



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

**EL DERECHO PENAL COMO PRIMA RATIO FRENTE A
CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES DERIVADOS DE LA
ACTIVIDAD MINERA EN EL PERÚ**

**Tesis para optar el grado de Maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales**

REYES NORABUENA FIDEL MISAEL

Asesor: Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú
2017

Nº. Registro: T0571

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor Elmer Robles Blácido Presidente

Magister Víctor Efraín Flores Leiva Secretario

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo Vocal

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

A Dios, por concederme la bendición y la fortaleza en cada momento de mi vida.

A la EPG de la UNASAM POR permitirme concretar este anhelo personal y profesional.

A mis padres por su ejemplo y apoyo.

ÍNDICE

	Página
Resumen	ix
Abstract	x
I. INTRODUCCIÓN	1-13
1.1. Objetivos	11
1.2. Hipótesis	12
1.3. Variables.....	12
II. MARCO TEÓRICO	14-58
2.1. Antecedentes	14
2.1.1. Antecedentes Locales.....	14
2.1.2. Antecedentes Nacionales	14
2.1.3. Antecedentes Internacionales.....	20
2.2. Bases teóricas	19
2.2.1. El derecho penal como prima ratio	26
2.3. Definición de términos	48
III. METODOLOGÍA	59-89
3.1. Tipo y diseño de investigación	59
3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....	60
3.2.1. Población.....	61
3.2.2. Muestra.....	61
3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información	62
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información	63
IV. RESULTADOS	66-110

4.1.Resultados empíricos: Presentación de la unidad de análisis.....	66
4.2.Descripción, representación e interpretación de los datos	67
4.3.Análisis de los casos a nivel Judicial y del Ministerio Publico	97
4.3.1. A nivel del Ministerio Público	97
4.3.2. A nivel del Poder Judicial	108
V. DISCUSIÓN.....	111-180
5.1. La expansión del Derecho Penal	111
5.2. Las tendencias de la política criminal a la expansión del poder punitivo	112
5.2.1. Generalidades	112
5.2.2. Globalización	115
5.2.3. La expansión del poder punitivo	117
5.3. El derecho penal como mecanismo de control.....	121
5.4. Derecho Penal, Control social y delincuencia.....	135
5.5. Crítica al Sistema Penal como forma de reacción social ante la criminalidad.....	137
5.6. La nueva regulación de los delitos ambientales.....	142
5.6.1. Generalidades	142
5.6.2. A modo de aproximación: Conceptos generales	142
5.6.3. La protección jurídico-penal del medio ambiente.....	151
5.6.4. Bien jurídico protegido	157
5.6.5. Ley penal en blanco y la accesoriedad del derecho penal.....	165
5.6.6. La reforma político-criminal de los delitos ambientales a través de la ley N° 29263	171
5.7. El Derecho Penal como prima ratio frente a conflictos sociales.....	172

5.8. Validación de la hipótesis	174
VI. CONCLUSIONES	181-183
VII. RECOMENDACIONES.....	184-186
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	187-198

RESUMEN

El propósito fundamental de la investigación fue analizar los fundamentos y características del derecho penal como *prima ratio* frente a conflictos socioambientales derivados de la actividad minera en el Perú; para lo cual se realizó una investigación de tipo teórica, por su naturaleza cualitativa, diseño no experimental y transversal, nivel explicativo, empleándose como instrumento de recolección de datos las fichas, análisis de contenido, siendo la unidad de análisis los documentos (Legislación, doctrina y Jurisprudencia); donde se obtuvieron los siguientes resultados: el incremento del *ius puniendi* del Estado para enfrentar los conflictos socioambientales, creación de nuevos tipos penales donde se punibiliza a quien participan en estos conflictos, agravamiento de las penas y reducción de garantías; demostrado que el sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver, en lugar de componer conflictos, los reprime y, a menudo, éstos mismos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también por efecto de la intervención penal, pueden surgir conflictos nuevos en el mismo o en otros contextos; por ello el sistema punitivo, por su estructura organizativa y por el modo en que funciona, es absolutamente inadecuado para resolver los conflictos socioambientales mineros.

PALABRAS CLAVES: Derecho penal, Principio *prima ratio*, Conflictos socioambientales, Actividad minera.

ABSTRACT

The fundamental purpose of the investigation was to analyze the foundations and characteristics of criminal law as a *prima ratio* in the face of socio-environmental conflicts arising from mining activity in Peru; For this purpose, a theoretical research was carried out, due to its qualitative nature, non-experimental and transversal design, explanatory level, using the files as an instrument for data collection, content analysis, and the analysis unit being the documents (Legislation, doctrine and Jurisprudence); where the following results were obtained: the increase of the *ius puniendi* of the State to face socio-environmental conflicts, creation of new criminal types where punishments are made to those who participate in these conflicts, aggravation of sentences and reduction of guarantees; demonstrated that the punitive system produces more problems than it tries to solve, instead of composing conflicts, it represses them and, often, they acquire a more serious character in their own original context; or also as a result of criminal intervention, new conflicts may arise in the same or in other contexts; for that reason the punitive system, by its organizational structure and by the way in which it works, is absolutely inadequate to solve the socio-environmental mining conflicts.

KEYWORDS: Criminal Law, Principle of *Prima Ratio*, Socio-environmental Conflicts, Mining Activity.

I. INTRODUCCIÓN

Según reporte de la Defensoría del Pueblo el año pasado fueron 272 los conflictos sociales detectados. Los problemas de origen minero son los que más abundan en el país y el temor al daño ambiental genera gran parte de los conflictos sociales. De acuerdo al estudio de la Defensoría, el año 2011 se presentaron 272 conflictos sociales, de los cuales 223 se encuentran activos (82%) y 49 en estado latente (18%). Además, 104 conflictos se encuentran en proceso de diálogo y solo se han resuelto tres.

Los conflictos sociales más comunes, según la defensoría, tienen que ver con problemas socioambientales (125). De estos, el 70% (87 casos) corresponde a conflictos por actividades mineras, el 10% (12 casos) está relacionado con el sector hidrocarburos, el 8% (10 casos) está referido a residuos sólidos y saneamiento, el 5% (6 casos) a recursos energéticos, el 2% (3 casos) está relacionado con recursos hídricos, otro 2% (3 casos) es por la instalación de antenas de telefonía celular y 1% (1 caso) tiene que ver con tala ilegal en una zona de reserva.

El análisis defensorial profundiza también en las causas de estos conflictos y da cuenta de que el motivo más recurrente es el “temor a posible afectación ambiental” y la “supuesta contaminación generada”. Ambas causas están presentes en 98 de los conflictos socioambientales.

Sin embargo, este estudio debería ser complementado por el siguiente dato obtenido por defensoría: según el tamaño de las empresas que son parte en los

conflictos, en tres de cada cuatro disputas está involucrada una minera grande o mediana, mientras que en el 20% restante aparece una pequeña minera o la actividad artesanal. Cabe recordar que la actividad extractiva en gran y mediano tamaño es de competencia del Poder Ejecutivo (Ministerio de Energía y Minas) mientras que la pequeña y artesanal de los gobiernos regionales. Es decir; si ese sector del Ejecutivo actuara con más eficiencia, los conflictos sociales disminuirían mucho.

Por otro lado, al analizar a los involucrados en los conflictos socioambientales, se destaca una mayor participación de las empresas extractivas, fundamentalmente mineras. En tres de cada cuatro casos. En los restantes, la representación de los agentes económicos son mineros informales y empresas no extractivas.

La participación de la sociedad civil recae en la mitad de los casos en la comunidad campesina, seguido por los centros poblados o caseríos y las formas de organización como frentes de defensa, comités de lucha, comités de desarrollo, entre otros. Lo que también vale resaltar es que la participación del Estado en este tipo de conflictos se aprecia repartida entre el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales, así como en las municipalidades, ya sea provinciales o distritales. Son justamente los municipios distritales los más involucrados en estos casos.

Lo descrito, no es ajeno a nuestra realidad, más aun si en nuestro medio no solo tenemos la presencia de la gran minería representado por Barrick y Antamina, sino también tenemos la presencia de la mediana y pequeña minería, tanto formales

como informales, y los conflictos sociales generados por problemas ambientales siempre están presente en nuestro medio, por lo que es necesario investigar en esta área temática y es lo que nos proponemos hacer con este proyecto de investigación que se encuentra comprometida con la búsqueda de vías de solución a estos conflictos, en el marco del respeto al Estado de Derecho y el orden público, a fin de garantizar los derechos de las poblaciones afectadas por la minería y el desenvolvimiento de una actividad minera compatible con un desarrollo sostenible que minimice los impactos ambientales y sociales de esta actividad.

El problema ambiental

Una causa muy importante de los conflictos mineros es la percepción de los graves daños ambientales causados por la minería y de los escasos beneficios que han recibido las comunidades locales. En este contexto, la mayoría de la población local carece de interés en apoyar las actividades mineras y sí, por el contrario, puede sumarse fácilmente a las protestas en contra de esta actividad. Sin embargo, aun siendo importante este factor, existen indicios para pensar que habría otros determinantes del conflicto tan importantes o más que la conciencia ambientalista de las comunidades locales.

Un hecho que llama la atención es la escasa atención de la población a otros problemas ambientales igualmente importantes que los planteados por los grandes proyectos mineros, y en algunos casos de mayor severidad, respecto de los cuales se evidencia una relativa indiferencia. Un ejemplo de ello es la existencia de

sectores que realizan una fuerte oposición a la Compañía Antamina en Huaraz y Huarmey, no obstante, la existencia en dichas localidades de problemas mucho más severos, como es el caso de los relaves de Ticapampa en el Río Santa, entre Cátac y Recuay, o el de las emisiones de las fábricas de harina de pescado en Huarmey.

La pobreza y extrema desigualdad social

El Perú es un país que se caracteriza por una enorme desigualdad social. Más de la mitad de la población es pobre, y más de la tercera parte se encuentra en situación de extrema pobreza. Por otra parte, la conquista española originó el surgimiento de desigualdades no sólo económicas y sociales, sino también raciales y culturales, las cuales contribuyen a los desencuentros entre distintos sectores de la sociedad. En este contexto, importantes sectores sociales se mantienen excluidos de los servicios públicos, de la satisfacción de necesidades básicas, y en general de los beneficios de la sociedad moderna. El surgimiento y avance de la violencia política en los 80' es una consecuencia de esta situación de exclusión, que ha originado sentimientos de frustración e impotencia que se reflejan en conductas antisociales, ya no sólo individuales sino también colectivas, y que configuran un contexto problemático y sumamente difícil para la gobernabilidad. Un problema serio en este sentido es que, aun si la minería pudiera en algunos casos aportar beneficios importantes para una determinada región, la distribución de los beneficios a nivel individual podría ser demasiado pequeña como para generar un interés de la población en defender dicha actividad.

En este contexto, conductas de prepotencia y desdén de los funcionarios y empleados de las empresas mineras podrían también haber alimentado sentimientos negativos que dificultan las posibilidades de entenderse para poder llegar a acuerdos consensuados que eviten las situaciones conflictivas.

En algunos casos las empresas también han realizado prácticas paternalistas para ganar el apoyo de sectores de la población y han contribuido a generar conflictos internos en las comunidades, o a exacerbar los ya existentes. Así, en ocasiones se han producido conflictos por haber la empresa otorgado determinados beneficios u obras a unas comunidades y no a otras que se sentían con igual derecho. Esto ha contribuido a la situación conflictiva y al encono de las posiciones contrarias a la actividad minera. Por otra parte, los altos ingresos de los trabajadores de las compañías mineras, en comparación con la pobreza de la población local, han ocasionado también conductas de superioridad y menosprecio, además de otros problemas aún más serios, como el incremento de la prostitución o su aparición como un problema local.

Se ha señalado también que el establecimiento de la mina ha originado en las ciudades cercanas un incremento significativo de la demanda por alimentos y servicios, con el consecuente impacto sobre los precios locales. De tal forma que mientras sólo un segmento de la población se ha beneficiado con empleo en la mina o el desarrollo de sus negocios, la mayoría ha tenido que enfrentar las subidas de precios.

Toda esta situación ha originado serias tensiones sociales, las cuales no han sido manejadas adecuadamente por las empresas y han contribuido a formar un sentimiento de rechazo a éstas entre diversos sectores de la población. En este contexto, el tratamiento de las relaciones de las empresas con las comunidades de su entorno ha carecido de un adecuado asesoramiento de profesionales en antropología y sociología, los cuales han estado ausentes o no han tenido el peso necesario en la definición de las políticas empresariales.

En este sentido, es claro que existen marcadas diferencias culturales y sociales entre los pobladores de las regiones donde se ubican los yacimientos mineros y los funcionarios de las empresas y del Estado, lo cual no solamente hace difícil la comunicación y comprensión, sino que, además, en muchos casos tales diferencias contribuyen a agravar los conflictos.

La percepción del MEM como entidad parcializada en favor de las empresas

La debilidad institucional del Estado, en buena medida debido a limitaciones presupuestales, se ha reflejado en la incapacidad del MEM para asegurar una adecuada supervisión y fiscalización de las actividades mineras, en particular respecto del cumplimiento de las obligaciones ambientales y sociales de las compañías mineras. Pero también la mayor cercanía social y cultural entre los funcionarios públicos y aquellos de las compañías mineras, que responde a factores objetivos de naturaleza histórica y social, y no necesariamente a una opción

individual o institucional, frente a su distancia respecto de las poblaciones locales, ha facilitado un mayor entendimiento entre los primeros, lo cual ha contribuido a la imagen de un MEM parcializado con las empresas.

Por otra parte, la inadecuación de la normativa para proteger efectivamente los derechos ciudadanos a un ambiente libre de contaminación y a ser compensados por los impactos de la minería, ha limitado también la efectividad de la labor del Estado para lograr el respeto a estos derechos. Al respecto, la legislación diseñada para promover la inversión minera en el país, durante los 90', se concentró esencialmente en otorgar facilidades a los inversionistas en desmedro de las consideraciones ambientales y sociales. De allí que los funcionarios públicos no hayan contado con instrumentos legales suficientes para mejorar la fiscalización ambiental y proteger adecuadamente los derechos del ciudadano, y así librarse de la imagen de ser favorables a las empresas mineras.

Es necesario precisar, sin embargo, que la parcialización del MEM a favor de las empresas no ha sido sólo un asunto de percepción de la población debido a circunstancias desfavorables o la ausencia de una normativa adecuada. Por el contrario, la conducta de los funcionarios del MEM, generalmente de menor rango, ha sido en algunos casos de hostilidad frente a los derechos de las poblaciones locales y a aquellas entidades que han asumido su defensa, como son las ONGs, e incluso la Defensoría del Pueblo. Asimismo, con frecuencia los funcionarios públicos no han entendido cabalmente la necesidad ni los propósitos de los procedimientos de consulta y participación ciudadana, de tal manera que al llevarlos

a cabo lo han hecho en algunos casos sin propiciar una participación efectiva y sin atender debidamente las preocupaciones ciudadanas.

Cabe reconocer, sin embargo, que en los últimos años las más altas autoridades del MEM se han mostrado abiertas y favorables a corregir las conductas negativas señaladas en el párrafo precedente, así como los vacíos y problemas de la normativa. Sin embargo, en el poco tiempo transcurrido, ello ha sido insuficiente para modificar la percepción de parcialización del MEM, particularmente en el contexto de las prácticas negativas de los funcionarios de menor jerarquía.

Bajo esta percepción de la población respecto del rol del MEM, resulta mucho más difícil que dicho ministerio sea creíble en su rol de autoridad ambiental. Más aún porque la falta de credibilidad del Estado en general afecta también a los funcionarios de este sector y hace muy difícil que ellos puedan tener acogida para contribuir a explicar los beneficios y perjuicios de la actividad minera.

La existencia de intereses diversos y la falta de gobernabilidad

Entre los factores que han contribuido a intensificar los conflictos alrededor de la actividad minera cabe mencionar también la presencia de sectores radicales, con estrategias maximalistas, que han basado sus plataformas políticas en la oposición radical a la minería, y que en algunos casos han liderado los movimientos de oposición a esta actividad. En este caso, es notoria la ausencia en los lugares apartados donde se asientan los proyectos mineros, de los partidos políticos que creen en el sistema democrático, mientras que sí están presentes sectores

radicalizados cuya estrategia política se basan en la confrontación e incluso la violencia. No es casual, por tanto, que en la mayoría de conflictos mineros la presencia de actos de violencia sea una constante.

La situación se torna más compleja al constatar que, frecuentemente, una vez desatado el conflicto, los partidos democráticos se sumaron a los movimientos radicales en contra de la minería con el fin de no perder vigencia política. Y así se ha conformado un frente opositor antiminerero radical que ha tenido éxito en lograr, por la vía de la violencia, la paralización de proyectos como Tambogrande, Cerro Quilish, Majaz, y La Zanja, al tiempo que amenaza con paralizar varios más. Esta oposición radical ha rechazado canalizar las demandas locales por las vías institucionales, lo que ha dificultado el logro de avances en el marco legal e institucional para proteger mejor los derechos e intereses de las comunidades locales.

Otro actor importante han sido diversas ONGs que han prestado su apoyo a los movimientos locales en contra de la minería. Si bien entre estas organizaciones hay diferencias de grado en su oposición a la actividad minera, en algunos casos su apoyo ha sido importante para ampliar el frente opositor, además de haber provisto asesoría técnica y medios económicos.

La Iglesia Católica también suele ser un actor en estos conflictos y, aunque su rol ha sido generalmente contribuir a lograr salidas de consenso a las situaciones de conflicto, en ciertos casos ha rechazado totalmente la realización de actividades

mineras, y ha actuado en coordinación con las ONGs y organizaciones de base más radicales.

Es importante precisar, sin embargo, que en nuestra apreciación el conflicto minero no puede atribuirse principalmente a la actuación de actores con intereses particulares, los cuales ciertamente tienen un rol importante en la intensificación del conflicto, el comunicado de los Obispos de la Arquidiócesis de Piura, Diócesis de Chulucanas, y el Vicariato Apostólico de Jaén del 01-05-04 declara el ámbito de esas tres Jurisdicciones Eclesiásticas como “áreas no aptas para la exploración y explotación mineras” compañías mineras, sino que la causa esencial son los problemas de desigualdad y pobreza que caracterizan a nuestro país, en el contexto de un marco institucional y legal diseñado con el objeto de favorecer a los inversionistas mineros.

En este marco, un problema importante que influye en la intensidad de los conflictos es la falta de gobernabilidad, reflejada en la escasa presencia del Estado en las zonas de conflicto minero, así como su limitada capacidad de ejercer su autoridad para imponer el orden público. Es esta debilidad del Estado la que ha abierto el espacio para la proliferación del uso de medidas de fuerza, e incluso la violencia, como instrumento principal para lograr reivindicaciones de diversa naturaleza. En este contexto, los sectores políticos más radicales han actuado prácticamente sin restricciones, y en algunos casos con impunidad, utilizando medidas de fuerza y la violencia en contra de los proyectos de exploración minera.

Es indudable que el Estado debe recuperar su capacidad de asegurar el orden público; sin embargo, la estrategia que adopte para lograr este objetivo debe ser muy cuidadosa y respetuosa de los derechos ciudadanos.

En particular, las demandas de poner “mano dura” de un sector de opinión pueden no sólo ser ineficaces, sino incluso pueden también contribuir a agravar los conflictos y afectar la viabilidad de la minería en el largo plazo. Una respuesta inadecuada frente a los actos de indisciplina social, en el contexto de fragilidad del sistema democrático, lejos de resolver los problemas podría ocasionar consecuencias impredecibles.

1.1. Objetivos

Objetivo general

Analizar los fundamentos y características del derecho penal como *prima ratio* frente a conflictos socioambientales derivados de la actividad minera en el Perú.

Objetivos específicos

- Explicar el tratamiento dogmático y jurisprudencial del derecho penal como *prima ratio* en los conflictos socioambientales mineros en el Perú.
- Describir los rasgos característicos del derecho penal como *prima ratio* en los conflictos socioambientales mineros en el Perú.

- Identificar y explicar los factores que determinan la actuación del derecho penal como *prima ratio* en los conflictos socioambientales mineros en el Perú.

1.2. Formulación de Hipótesis¹

El sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver, en lugar de componer conflictos, los reprime y, a menudo, éstos mismos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también por efecto de la intervención penal, pueden surgir conflictos nuevos en el mismo o en otros contextos; por ello el sistema punitivo, por su estructura organizativa y por el modo en que funciona, es absolutamente inadecuado para resolver los conflictos socioambientales mineros.

1.3. Variables

- **Variable Independiente:** El derecho penal como *prima ratio*.

Indicadores:

- ✓ Política criminal
- ✓ Teoría de la pena

¹ Las hipótesis en las investigaciones dogmáticas o teóricas son “opcionales”, y si se plantean son solo descriptivas, como el que se ha planteado en el proyecto en el punto 2.5. constituyendo una hipótesis de trabajo, que nos servirá de guía en la investigación, los elementos de variables, unidad de análisis y conectores lógicos son propias de la hipótesis correlacionales, de causalidad o de diferencia de grupos que se plantean en investigaciones cuantitativas o jurídicas sociales, planteamientos tomados de Mauro Zelayaran Durand de su libro “*Metodología de la Investigación Jurídica*” quien plantea al respecto que: “... que no en todas las hipótesis descriptivas se formulan una estructura de variables... siendo simplemente enunciativas”, p. 239.

- ✓ Teoría del Delito
- ✓ Doctrina
- ✓ Normatividad
- ✓ Jurisprudencia

- **Variable Dependiente:** Conflictos socioambientales mineros.

Indicadores:

- ✓ Conflictos
- ✓ Practica judicial
- ✓ Expedientes judiciales
- ✓ Aplicación
- ✓ Problemas

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

2.1.1. Antecedentes Locales

Gamarra David² (2011), Tesis titulada: “La ley penal ambiental y su relación con responsabilidad penal por delitos de contaminación ambiental generados por la actividad minera en la provincia de Recuay”, donde el autor concluye que La administración pública de nuestra Región, llámese los entes involucrados en la preservación del medio ambiente no tiene interés en recurrir al Ministerio Público a fin de ejercitar acción penal por delitos de contaminación ambiental provenientes de efluentes mineros descontrolados en los Distritos de Ticapampa y Cátac de la Provincia de Recuay y La legislación penal establecida en el código penal peruano no es efectiva para este caso en específico, de allí la desconfianza en el poblador, en el líder campesino, en el dirigente vecinal, en el funcionario público de recurrir a las denuncias de índole penal para prevenir, controlar o reprimir la comisión de esta clase de delitos.

2.1.2. Antecedentes Nacionales

a) Pérez, José.³, tesis Yanacocha: cambios y permanencias en el conflicto social minero. La presente tesis pretende un primer intento de registro y explicación

² GAMARRA, David (2011), “*La ley penal ambiental y su relación con responsabilidad penal por delitos de contaminación ambiental generados por la actividad minera en la provincia de Recuay*”, Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Ciencias Penales, UNASAM, Huaraz.

³ PÉREZ, José. (2012). “*Yanacocha: cambios y permanencias en el conflicto social minero*”. [Tesis doctoral]. Lima: Universidad Católica del Perú.

de los cambios más sustanciales que al impacto del caso Minera Yanacocha se producen en el tema del conflicto social minero. Asimismo se pretende develar las tendencias más estructurales que, pese al impacto antes indicado, se mantienen como sólidas permanencias. Teniendo en cuenta que el conflicto asociado a Minera Yanacocha, un conflicto que se configura básicamente en torno al tema ambiental, se procesa ante todo como una “guerra” de carácter mediático, uno de los soportes metodológicos más sustanciales usados en la captura de data ha consistido en observar día a día, mes a mes y año a año, desde el año 2000 hasta 2003, los “dardos” mediáticos que se “lanzan” mutuamente los contendientes del conflicto: Yanacocha, por un lado, y un dinámico conjunto de segmentos ambientalistas del pueblo de Cajamarca, por otro.

De igual manera, para hacer más eficiente la detección de los cambios y/o permanencias, se ha implementado la estrategia de construir una suerte de “línea de base” consistente en una exhaustiva revisión bibliográfica y en el estudio de dos casos de contraste constituidos por el caso Hualgayoc minero colonial, y Hualgayoc republicano del Siglo XX, anterior al caso Yanacocha. Los cambios tienden a asociarse a los objetivos explícitos que pretenden materializar los contendientes inmersos en el conflicto (minería como palanca del desarrollo: Minera Yanacocha; defensa de la salud y vida como elementos centrales del desarrollo: contendientes ambientalistas). Las permanencias tienen que ver con objetivos instrumentales que en forma no explícita pretenden materializar los contendientes con su participación en el conflicto. Los cambios asociados al caso Yanacocha se procesan en todos los

pilares estructurales del conflicto: en la estructura de los actores, de los objetivos y en la de los escenarios. Cambios en el sistema social minero y también cambios en el entorno social minero.

b) Acevedo, J.⁴, tesis *Comunicación y conflictos socioambientales en el Perú*. La tesis presenta un conjunto de reflexiones sobre la actuación de radios educativas y comunitarias en contextos de conflicto social principalmente entre empresas mineras y comunidades en el Perú. Parte de una aproximación a la problemática de los conflictos socioambientales, cuyo número e intensidad se ha incrementado significativamente en los últimos años. Propone una descripción de los principales escenarios y actores, incluidos medios de comunicación, así como los problemas de carácter estructural que se ubican a la base de las relaciones de conflictividad social.

Presenta una definición general de las radios comunitarias y educativas y sus proyectos de comunicación; propone y analiza los principales ejes de tensión y los desafíos que afrontan estas emisoras en situaciones de conflictividad, tensiones que tienen que ver con las nociones de objetividad y pluralismo informativo en el marco de relaciones asimétricas de poder y comunicación entre empresas, Estado y comunidades; así como la ubicación y el rol de las emisoras frente al tejido social en situaciones de conflictividad, entre otros campos del quehacer comunicativo.

⁴ ACEVEDO ROJAS, Jorge. (2010). *“Comunicación y conflictos socioambientales en el Perú”*. [Tesis doctoral]. Lima: Universidad católica del Perú.

c) Arana, M.⁵, tesis Resolución de Conflictos Medioambientales en la Microcuenca del Río Porcón, Cajamarca 1993-2002. El objetivo es investigar sobre los conflictos medioambientales surgidos en nueve años de relaciones entre la Empresa Minera Yanacocha SRL y las comunidades de su entorno. Se trata de conflictos que giran alrededor de la posesión y calidad de recursos naturales fundamentales como la tierra y el agua. Analíticamente, se distinguen dos manifestaciones del conflicto medioambiental: El primer conflictivo se originó con el proceso de compra de tierras por parte de Minera Yanacocha SRL en la zona del cerro Quilish, durante los años 1993-1994. La segunda manifestación del conflicto, tuvo origen en el derrame de sustancias tóxicas en las plataformas de exploración del Cerro Quilish en 1993, y se ha prolongado hasta hoy debido a que inicialmente se intentó una “solución de compromiso” que no resolvió el problema de la contaminación de aguas en las raíces mismas de los factores que la ocasionaban.

A lo largo de nueve años, las denuncias de los campesinos que acusan contaminación de las aguas de los ríos y canales de riego han ido in crescendo y la problemática se ha extendido más allá de las fronteras de la microcuenca para llegar a afectar también a la población de Cajamarca. Este conflicto es de una complejidad mayor puesto que involucra no sólo a la sociedad rural, sino también urbana de Cajamarca, ya que la ubicación de las minas se halla precisamente en la cabecera de la cuenca que abastece de agua a la población de la ciudad. La búsqueda de

⁵ ARANA ZEGARRA, Marco A. (2009). *“Resolución de Conflictos Medioambientales en la Microcuenca del Río Porcón, Cajamarca 1993-2002”*. [Tesis doctoral]. Lima: Pontificia Universidad Católica Del Perú.

soluciones a este conflicto aún se halla en curso en el espacio social y geográfico más amplio de la Mesa de Diálogo del CTAR - Cajamarca.

d) Echave, J. y Diez A.6, tesis Conflictos sociales. Durante los últimos años, la actividad de extracción de minerales ha crecido de manera significativa en el mundo, y el Perú ha sido uno de sus importantes campos de expansión. Nuestro país posee en efecto considerables reservas, cuya explotación se vuelve rentable a medida que el precio de los metales en el mercado internacional se incrementa. En este contexto, los gobiernos sucesivos han implementado progresivamente, desde 1990, una serie de reformas destinadas, en primer lugar, a facilitar las inversiones orientadas a la explotación de los recursos mineros, y, en segundo lugar, a mitigar los impactos negativos que pudiera tener esta explotación.

Estas reformas, sin embargo, no han logrado evitar que se multipliquen por todo el país conflictos sociales que giran en torno a la actividad minera. Una hipótesis central que recorre este trabajo radica en el hecho de que, de acuerdo con las más recientes teorías del conflicto, los conflictos mineros no pueden ser resueltos, sino tan sólo transformados.

En otros términos, los conflictos mineros se desprenden de múltiples incompatibilidades entre sistemas de producción y modos de uso de los recursos naturales; entre diferentes concepciones del desarrollo deseable; entre necesidades y aspiraciones diferentes de sociedades locales, del Estado y de las empresas, e

⁶ ECHAVE J. y DIEZ A. (2009). “*Conflictos sociales*”. [Tesis de maestría]. IEP instituto de estudios peruanos.

involucran muchos otros factores que, a diferencia de otros conflictos entre actores sociales y salvo algunas situaciones particulares. “Analizando el conflicto”, propone un recorrido analítico que va desde la descripción comparada de los conflictos y de las estrategias de los actores, hacia las causas y temas que se ponen en juego en las manifestaciones del conflicto para los diversos actores. En conclusión estas deben permitir reubicar la actividad minera en el marco de un proyecto de desarrollo nacional, articulado con una visión de ordenamiento territorial. Así la actividad minera podrá encontrar su “lugar”, en todo sentido, en el seno de un proyecto de país compartido por los peruanos.

e) Bebbington A.7, tesis Actores y ambientalismos: conflictos socio-ambientales en Perú. Esta tesis identifica cinco tipos de ambientalismos que están presentes en los conflictos mineros en el Perú: el conservacionista, el nacionalista-populista, el de defensa de las formas de vida, el de justicia socio-ambiental y el ecologismo profundo. Se sugiere que cada ambientalismo conlleva diferentes salidas a los conflictos ambientales: la compensación en unos casos o el debate público abierto y otros.

Es esta segunda salida la que promovería un fortalecimiento de la democracia. La experiencia histórica sugiere que muchas instituciones del estado de bienestar han nacido a raíz de los conflictos sociales. En este sentido los

⁷ BEBBINGTON, A. (2008). *“Actores y ambientalismos: conflictos socio-ambientales en Perú”*. [tesis de maestría]. Lima: Universidad Mayor de San Marcos.

conflictos pueden verse no como problemas a resolver en el corto plazo sino como motores que empujan procesos de transformación institucional.

2.1.3. Antecedentes Internacionales

a) Gonzales, M8., tesis *Ecólogos y mega-minería, reflexiones sobre por qué y cómo involucrarse en el conflicto minero-ambiental*. La minería a gran escala (mega-minería) está recibiendo un impulso importante en Argentina. Esta actividad, cuyo desarrollo requiere el sacrificio de áreas extensas y la utilización de sustancias tóxicas, ha generado conflictos socio-ambientales de diversa magnitud, sobre los que diferentes sujetos sociales han hecho pública su postura.

Por el contrario, algunas asociaciones profesionales (Asociación Argentina de Ecología [ASAE] y Sociedad Argentina para el Estudio de los Mamíferos [SAREM]), con participación activa de Ecólogos, se han mantenido al margen de ese debate. En este sentido, se propone una serie de mecanismos posibles que permitan a los ecólogos involucrarse en el debate. Estos mecanismos incluyen: la participación en las evaluaciones de informes mineros, la difusión de estas evaluaciones, el apoyo a los técnicos estatales responsables de evaluar los EIA y los planes de monitoreo, el inicio de acciones legales contra profesionales y funcionarios que avalen informes de baja calidad y la promoción de conductas éticas dentro del campo de la Ecología.

⁸ GONZALES, M (2009). *“Ecólogos y mega-minería, reflexiones sobre por qué y cómo involucrarse en el conflicto minero-ambiental”*. [Tesis de titulación] Argentina. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1155>

b) Mendoza, M.9, tesis Nuevos conflictos sociales mineros en Argentina. Desde el año 2003, se ha producido en Argentina un aumento en la conflictividad social de los proyectos mineros. El artículo analiza el primer conflicto ambiental minero que instala en la agenda pública argentina el debate en torno de esta actividad, en la ciudad de Esquel (2002-2003). Esta experiencia impulsa la organización de una red de comunidades afectadas en todo el país. Se reconstruye el ciclo del conflicto: su inicio, sus puntos de inflexión, los actores, sus percepciones y lenguajes de valoración, considerando lo que estuvo en juego en las diferentes etapas. El conflicto se inicia con una serie de disputas en torno de la información y la percepción del riesgo que socavan la confianza de la comunidad en el proyecto y sus impulsores. Se constituye así un movimiento vecinal que antepone al esquema centralizado y poco participativo de evaluación del proyecto una lectura propia del mismo, expresando su postura en una diversidad de lenguajes de valoración que no encuentran cabida en el proceso formal de toma de decisiones. En el cierre, va tomando forma una interpretación estructural de sus orígenes, atribuidos a los esquemas de toma de decisión y a la desigual distribución de beneficios propiciada por el marco normativo nacional, promotor de la minería.

c) Cebada, D.¹⁰, tesis Historia de la contaminación minera en España-med. XXJ y los conflictos sociales. La tesis analiza la evolución de los conflictos de

⁹ MENDOZA Mariana (2008). "*Nuevos conflictos ambientales mineros en Argentina*". [Tesis doctoral]. Universidad de Argentina. [acceso 02-02-2014]. Disponible desde: [www.http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2940961](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2940961).

¹⁰ PEREZ CEBADA, Juan Diego (2008). "*Historia de la contaminación minera en España XXJ y los conflictos sociales*". [tesis doctoral]. España: Universidad de Huelva. [acceso 02-02-2014]. Disponible desde: <http://revistas.igme.es/index.php/bgm/article/view/87/86>.

polución minera en España antes de la denominada “Era Ecológica”. Se distinguen en ese sentido tres apartados, que responden a la clásica división en los tres grandes ámbitos (aire, agua, suelo) que se ven afectados, si bien al final del trabajo se retoma una perspectiva holística. La actitud de las grandes empresas mineras, la organización de los grupos antihumistas y, sobre todo, las medidas legales puestas en práctica con ocasión de los diversos casos que se plantean son objeto de estudio. Como colofón, la descripción de las diversas etapas de esa evolución y el comportamiento de los distintos agentes sociales afectados dan lugar a varias reflexiones sobre el carácter pionero de las disposiciones legales en este ámbito en España y sobre el origen del ecologismo.

d) Calderón F.¹¹, tesis Conflictos sociales en América Latina. La conflictividad en los países de América Latina presenta rasgos comunes: plataformas de exclusión y desigualdades crónicas cuestionadas por la ciudadanía; conflictos complejos que relacionan esas desigualdades con su número e intensidad; combinación de protestas sociales expresadas tanto en el plano nacional como en el cultural global; racionalidades prácticas en las tensiones originadas por la reproducción social¹¹ que conviven con demandas de mayor eficacia y eficiencia institucional y con conflictos culturales sistémicos.

Asimismo, Estados omnipresentes en todas las esferas conflictivas, con limitaciones para procesarlas, y sociedades con conflictos fragmentados; nuevos espacios públicos donde las tensiones se representan de manera contradictoria y

¹¹ CALDERÓN GUTIÉRREZ, Fernando (2007). “*Conflictos sociales en América Latina*”. [tesis de titulación]. Flacso, Argentina.

conflictos que se desplazan a las redes de información y comunicación con efectos multiplicadores en los nuevos escenarios de poder. Existe una mayor complejidad social relacionada con sistemas políticos y Estados con limitadas capacidades de gestión. Las situaciones y los escenarios prospectivos son diversos y sus opciones abiertas.

e) Ossadón, M.¹², tesis Eficiencia del derecho penal: El caso de los delitos contra el medio ambiente. La creación de tipos penales en relación con los nuevos riesgos que imperan en nuestra sociedad ha de limitarse a supuestos en que se trate de bienes jurídicos merecedores, necesitados y susceptibles de protección penal.

Actualmente se acepta un criterio de legitimación ad effectum de la pena, que responde a una justificación basada en criterios utilitaristas. Esto significa que la presencia de un bien jurídico digno de protección y necesitado de la misma no resulta siempre suficiente para legitimar la intervención penal, sino que deben también considerarse los posibles efectos que producirá la norma penal. Y si el objetivo del Derecho penal es la protección de ciertos bienes jurídicos fundamentales, su legitimación deberá valorarse en relación con la efectiva protección que se les pueda brindar.

Otros efectos benéficos de la norma penal no serían suficientes para justificarla. Por lo tanto, el Derecho penal meramente simbólico constituye un

¹² OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2006). *“Eficiencia del derecho penal: El caso de los delitos contra el medio ambiente”*. [tesis doctoral]. Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

ejercicio ilegítimo de la potestad penal, con consecuencias que a largo plazo atentan contra la propia funcionalidad del sistema penal. La problemática descrita se concreta con el análisis de un posible nuevo “delito contra el medio ambiente”.

f) Bauman, Zen¹³, tesis Conflictos sociales y su tendencia en América. Existe una tendencia a la descentralización de los conflictos y a la emergencia de experiencias locales de procesamiento democrático de estos. Esta tendencia conduce al desarrollo de una nueva política centrada en relaciones constructivas entre los actores y las gestiones municipales que se caracterizan por ser legítimas y eficaces, poseen agencia ciudadana en los procesos y resultados, y en definitiva construyen una democracia de ciudadanía a escala local.

A pesar de la lógica centralista o de descentralización sin desconcentración de recursos, existen tendencias actuales e históricas a la descentralización de los conflictos en favor del Estado territorial, municipal o regional. Como se ilustra en el gráfico 6, del total de conflictos registrados en el período de estudio, el 16% corresponden a demandas dirigidas hacia el Estado local y un 6% a los gobiernos regionales. Esta tendencia se relaciona en casos relevantes con la emergencia de actores socioculturales y políticos, que buscarían la expansión de una política constructivista.

En los casos de las ciudades de Porto Alegre, Rosario, Bogotá, La Paz y Villa El Salvador, entre otras, son notables ejemplos de aplicación de políticas públicas

¹³ BAUMAN, Zygmunt (2005). *“Conflictos sociales y su tendencia en América”*. [Tesis de doctorado]. Losada, Madrid.

para procesar conflictos sociales en favor de una democracia plural y sustantiva, capaz de enfrentar mejor los problemas de la desigualdad y el desarrollo. Estas experiencias y otras similares muestran que es posible encontrar y quizás propagar experiencias en que se procura convertir los conflictos, o parte de ellos, en acuerdos que se transformen en metas y resultados concretos.

g) Carbajal, J.¹⁴, tesis *La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia*. El objetivo es mostrar cómo, a través de la historia los marcos constitucionales y legales han estado al servicio de sectores dominantes, contrarios a las aspiraciones de la sociedad, situación por la cual el conflicto social del país se ha perpetuado.

La tesis está dividida en dos partes: la primera busca hacer un recuento histórico desde 1850 a 1991, en ésta se mostrarán los conflictos sociales, los intereses y las lógicas que se dieron en torno al espacio constitucional y político, y la implementación de derechos individuales, sociales y económicos. En la segunda parte se analizan los cambios que se implementaron en la Constitución de 1991 y sus efectos frente a las aspiraciones de la sociedad.

La historia constitucional del país muestra que no ha sido prolífica en el reconocimiento de derechos; las garantías individuales consagradas en la Carta fueron negadas durante gran parte de su vigencia; en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, el país atestiguó a lo largo del siglo veinte una proliferación de movimientos sociales que buscaron su reconocimiento, con el fin

¹⁴ CARBAJAL, J (2005). *“La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia”*. [Tesis de maestría]. Bogotá: ILSA.

de lograr condiciones de vida justa. Con la Constitución de 1991 se incluyó una amplia gama de derechos, que marcaron un nuevo punto de partida en la vida jurídica del país y canalizaron el sentido de la presión social, hacia la exigencia de su cumplimiento; este hecho ha sido rechazado por parte de sectores conservadores del país quienes proponen limitar el catálogo de derechos.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. El derecho penal como *prima ratio*

2.2.1.1. Generalidades

En las sociedades contemporáneas ha surgido un preocupante fenómeno conocido como la judicialización de las relaciones sociales, manifestándose principalmente mediante la utilización exacerbada de la solución punitiva formal en los diferentes conflictos sociales; fenómeno que implica un desmesurado daño social, por cuanto el uso simbólico e instrumental excesivo del recurso penalizante provoca mayor deterioro social que el que se pretende solucionar.

Las victimizaciones que provoca el Sistema Penal con su acción se producen, en buena medida, por “la gravedad, pesadez y trascendencia del instrumento penal”,¹⁵ por ello, el Derecho Penal solo debe ser aplicado como respuesta reactiva cuando sea inexcusable como manifestación de una justificada

¹⁵ VARONA MARTÍNEZ, Gema (1998). *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Editorial Comares, Granada, p. 24.

protección personal y social.

Los principales cuestionamientos al Sistema Penal pasan por su supuesta ineficiencia controladora y por los costos resultantes de la acción del entramado punitivo en el contexto social. La ineficiencia del Sistema Penal se asocia a su incapacidad de regular la coexistencia humana; al respecto conviene valorar que la responsabilidad de garantizar el control de la entropía social no corresponde únicamente al Sistema Penal; este último es solo el eslabón final de la cadena controladora, el recurso extremo que actuará subsidiariamente y con objetivos limitados.

Achacar al Sistema Penal, como subsistema particular del Control Social, la responsabilidad por la desregulación social constituye una falacia sustentada en la pretendida centralidad del Control Social Formal y asociada a un inaceptable legalismo controlador difuso en todo el tejido social.

El Sistema Penal no puede responder por una ilimitada responsabilidad controladora social, el sesgo analítico en este sentido debe encaminarse a que realmente logre cumplir sus funciones de protección, orientación y prevención. Rechazamos enérgicamente cualquier sobredimensionamiento de las capacidades reguladoras penales, por cuanto cabe a otras ramas del Derecho y a otras dimensiones controladoras compartir esas responsabilidades.

La mayor racionalidad cuestionadora del sistema gravita en torno a los costos resultantes del quehacer punitivo. Varias son las razones de crítica al ejercicio

de la Justicia Penal en las sociedades modernas, una de ellas radica en que el desempeño de las funciones del Derecho Penal implica la imposición de una sanción constitutiva de un sufrimiento doloroso para el penado y colateralmente para su familia. Este subproducto dañoso de la acción del Sistema Penal “es en cierto sentido una paradoja moral, pues se persigue el bienestar de la sociedad, la restricción del uso y amenaza de la coacción, la salvaguardia de la libertad, y la promoción de la dignidad humana; recurriendo a actividades que implican coerción, privación de libertad y desmedro de la dignidad humana”¹⁶.

2.2.1.2. Principales críticas al derecho penal actual

A. El uso excesivo de la sanción de privación de libertad

La sanción penal en sus variantes más severas, nos referimos a la pena de muerte y a la privación de libertad, representa una peculiar cirugía social en la que los cirujanos y sus instrumentos (sistema penal) extirpan una parte del cuerpo social (el justiciable) que ha demostrado con su comportamiento (el acto delictivo) ser portador de determinada “malignidad social”. La anterior alegoría nos evoca el inmenso riesgo de los remedios violentos, los que solo deben utilizarse en situaciones extremas para las que no existan alternativas posibles.

¹⁶ SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y HOUED VEGA, Mario Alberto (1996). “Abolicionismo y Democracia”. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 8, No. 11. Disponible en sitio web: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2011/sanch11.htm>, p. 6. (Consultado 14/10/2011).

Los representantes de la dogmática penal partidarios del recrudecimiento de la pena privativa de libertad parecen desconocer que a pesar de todas las sanciones penales aplicadas hasta el momento, la cuota de reincidencia delictiva permanece extraordinariamente alta; por ello con razón se afirma que la variante de reacción social caracterizada por el aumento indiscriminado del rigor penal¹⁷ solo conduciría a un sobredimensionamiento del Sistema de Justicia sin la correspondiente reducción del fenómeno criminal. Las autorizadas opiniones de Claus Roxin expresan que “se espera demasiado cuando se supone que a través de las penas duras se reducirá sustancialmente la criminalidad existente”.¹⁸

El mencionado científico expresa su distanciamiento del incremento en el volumen de aplicación de las penas privativas de libertad, lo que argumenta a partir de cuatro inconvenientes¹⁹ de este tipo de sanción: **1-** Resulta difícil educar para un comportamiento adecuado en sociedad a partir de condiciones de encierro radicalmente distintas a la vida en libertad. **2-** La pena privativa de libertad posee un efecto disocializador, al sustraer al recluso de sus vínculos comunitarios normales. **3-** Se produce un efecto de “infección criminal” motivado por los contactos e inter- cambios con los demás reclusos, reforzándose y profundizándose la deformación personalógica. **4-** El enorme coste financiero que significa para la sociedad mantener el funciona- miento

¹⁷ Se refiere a la variante político-criminal conocida como “Maximalismo Penal” y que se caracteriza por la ampliación indiscriminada del rigor penal, acentuando dicho rigor, tanto en la elevación de las penas como en el desarrollo de la eficacia del Sistema Penal, a través del aumento del número de policías, jueces, fiscales, centros penitenciarios, etc.

¹⁸ ROXIN, Claus (2000). “*Problemas actuales de la Política Criminal*”, Conferencia dictada en el ciclo “Puntos de discusión de vanguardia en las ciencias penales”, septiembre, Múnich, p. 2.

¹⁹ *Ibidem*.

del sistema penitenciario.

No resulta novedosa la afirmación de que la realidad carcelaria ha evidenciado una amplia pobreza en el desarrollo de la pretendida capacidad resocializadora de la pena privativa de libertad. La alta cuota de reincidencia y el ostensible engrosamiento de la carrera criminal de los penados demuestran el fracaso de la cárcel como instrumento de Control Social, entre otras razones porque “no se puede segregar personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas”²⁰.

Se demuestra con lo valorado hasta el momento, que la pena de privación de libertad debe ser usada en última instancia por la agencia judicial del Sistema Penal; teniendo en cuenta que a esta reacción enérgica solo conviene recurrir en los casos que sea útil y necesario, pues su empleo exagerado implica una saturación penitenciaria, que a la postre desvirtúa la utilidad y pertinencia del Control Social Punitivo.

B. La estigmatización derivada de la acción del Sistema Penal

Conjuntamente con la aplicación de una sanción penal, encontramos un resultado no declarado ni perseguido por la reacción formal ante el delito; nos referimos a la estigmatización como efecto residual de la acción del Sistema Penal.

²⁰ BARATTA, Alessandro (1990). “*Resocialización o control social*”, Ponencia presentada en el Seminario “Criminología Crítica y Sistema Penal”, organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, Lima. Disponible en sitio web: <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/Resocializacion.pdf>. (Consultado 14/10/2011)

La violencia o intimidación de violencia física que implica la pena privativa de libertad significa una afectación corporal o limitación física de movimientos que se concentra en una temporalidad determinada; sin embargo, la estigmatización se entroniza como una consecuencia social que permanece visible en el medio y en el tiempo, pues “trasciende el eventual cumplimiento de la pena formal, deviniendo en una sanción casi perpetua y de erosión lenta”.²¹

La estigmatización como “corolario informal de la reacción formal contra el delito”,²² constituye un sufrimiento impuesto al justiciable que como padecimiento queda fuera del control y de las intenciones del Sistema Penal. Si consideramos que el individuo es un sujeto social y que la estigmatización afecta precisamente su condición de ser social, podrá comprenderse en parte la trascendencia que para la actividad del reo (tanto laboral, social, comunal, etc.) tendrá este proceso colateral dañoso.

Como consecuencia de la estigmatización, aparece la reducción de la autoestima del sujeto y consecuentemente la autoestigmatización. Más allá de la marginación real a que lo somete su medio social, comienza en el individuo un proceso de automarginación, generado por una autovaloración como ente anómalo, negativo y extraño al conglomerado social. Sus intereses vitales se atemperan a esta percepción negativa y como resultado el individuo estructura

²¹ SALAS PORRAS, Ricardo (1996). “*La reacción formal al delito y sus funciones no declaradas*”, En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 8, No. 11. Disponible en sitio web: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2011/salas11.htm>. (Consultado 13/10/2011).

²² *Ibídem*.

su actuar, proyectándose al cumplimiento del comportamiento antisocial que se presupone o se espera de él, en consonancia con la estigmatización y la autoestigmatización a que está sometido, produciéndose así la desviación secundaria²³.

C. El fenómeno de la prisionalización

Los resultados destructivos de la cárcel sobre la personalidad del sujeto sometido a sanción de privación de libertad son conocidos como efectos de prisionalización.

Tales consecuencias negativas poseen índole diversa, destacándose los daños psicológicos y los daños sociológicos; en el caso de los primeros se manifiestan los estados depresivos y angustiantes y en lo que respecta a la óptica sociológica se pueden valorar como resultados dañosos la asunción de puntos de vista, valores y normas propios de la subcultura carcelaria²⁴ basada en las informales relaciones de poder y violencia que se estructuran jerarquizadamente en el contexto penitenciario.

Según Baratta²⁵ la socialización negativa existente en los centros penitenciarios, se configura a través de dos procesos: uno de “desculturización” y otro de

²³ MILÁN ACOSTA, Guillermo y DÍAZ AMAU, María (1998). “*La percepción social del delito y de los procesos de estigmatización en la sociedad cubana de los 90. Una aproximación*”, Ponencia al IV Encuentro Internacional sobre Ciencias Penales, La Habana, p. 2.

²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José (1987). *Control Social y Sistema Penal*, Editorial PPU, Barcelona, pp. 467-468.

²⁵ BARATTA, Alessandro (2001). *Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal*, 7ma reimpresión, Siglo XXI editores S.A., México, pp. 193-196.

“culturización”. La “desculturización” acontece como consecuencia de la desadaptación a la vida en libertad por la pérdida de los referentes sociales relacionados con los valores y modelos de comportamiento propios de la vida social normal. Mientras la “culturización” es identificada por este autor con la prisionalización, proceso en que los antiguos referentes sociales son sustituidos por actitudes, formas de comportamiento y valores propios del ambiente carcelario. El “aprendizaje adaptativo” de la cultura dominante en la prisión contrarresta las pretensiones reeducativas y resocializadoras de la pena de prisión, poniendo en crisis de legitimidad la propia sanción de privación de libertad.

D. La cuestionada legitimidad del Sistema Penal

A modo de resumen sobre las críticas dirigidas al ejercicio del Derecho Penal conviene explicar que la suma e interacción de todas ellas han desatado un cuestionamiento más o menos exacerbado referido a la actuación del Sistema Penal. La literatura al respecto habla de una crisis de legitimidad²⁶ en el ejercicio del Control Social Punitivo, aludiendo que los daños resultantes del quehacer penal (excesivo uso de la sanción de privación de libertad, estigmatización, prisionalización, etc.) no justifican los reducidos resultados controladores reflejados en el progresivo deterioro de la disciplina y estabilidad social y en el aumento de la reincidencia y la multireincidencia en las sociedades

²⁶ ELBERT, Carlos Alberto (2001). “*El sistema penal ante las exigencias del presente*”, Ponencia presentada en el Primer Encuentro Peruano de Profesores de Derecho Penal, Santa Fe. Disponible en sitio web: <http://www.lexpenal.com.ar>. (Consultado 12/09/2011).

actuales.

La legitimidad²⁷ en la actuación del Sistema Penal debe estar avalada por una racionalidad teórica y fáctica. Percibimos la racionalidad teórica en dependencia de la estructuración coherente y diáfana del discurso jurídico-penal destinado claramente a justificar los fines de control social y de protección de los individuos; con el mayor acercamiento posible de la proyección del “deber ser” del sistema a las condiciones reales de vida, lo que significa la existencia de una teoría jurídico-penal que posea un alto grado de realismo social, garantizando así su posibilidad de aplicación. Por su parte la racionalidad práctica descansa en el cumplimiento real del fin y las funciones del sistema, por tanto, el Sistema Penal podrá ser considerado legítimo desde el momento que consigue regular los conflictos a él sometidos, restableciendo el orden y la coexistencia social mediante la protección, prevención y orientación conductual. Lo anterior se traduce en el sentido de que el Aparato de Justicia Penal consigue ser fácticamente racional y consecuentemente legítimo en la medida que demuestra poseer la operatividad social para lo cual se encuentra destinado,²⁸ minimizando la violencia social a través de una actuación ponderada y garantista.

²⁷ Por la legitimidad del Sistema Penal debe entenderse las valoraciones racionales justificativas de la acción del Control Formal. “Legitimidad es, en definitiva, juicios de valor a argumentar y fundamentar; legitimación expresa, por su parte, juicios de hecho, constatación o no de su presencia social”. DÍAZ, Elías (1998). *Curso de Filosofía del Derecho*, Editorial Marcial Pons S.A., Madrid, p. 29.

²⁸ SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y HOUED VEGA, Mario. Ob. Cit., p. 7.

2.2.1.3. Actuales posiciones político-criminales referidas al desarrollo del derecho penal.

Los sesgos valorativos gravitantes alrededor de la eficacia y los costos sociales del Sistema Penal han derivado en explicaciones contrapuestas de las razones de la carencia de operatividad social del mismo. Un sector de la sociedad mayoritariamente anclado en los grupos de poder de los países capitalistas sostiene que la escasa capacidad preventiva y controladora del Derecho Penal se deriva de la debilidad en su aplicación y en consecuencia propugnan un aumento del rigor punitivo del sistema, es el caso de los partidarios del Maximalismo Penal. Otra perspectiva extrema y opuesta radicalmente a la anterior se desarrolla en el seno de los estudios dogmáticos y criminológicos sobre el Derecho Penal y explica la ineficacia del Sistema Punitivo como situación definitiva e irrevocable agravada por la deslegitimación que se deriva de los daños colaterales de aplicación de la sanción de privación de libertad; por ello este sector es decidido partidario de la eliminación del Sistema Penal, nos referimos a la posición Abolicionista Penal. El Maximalismo Penal y el Abolicionismo Penal son tendencias político-criminales en las que no existe la actualmente necesaria ponderación de las formas organizativas del control. En la Maximización se hiperbolizan las facultades reguladoras del Control Social Formal materializado en el Sistema Penal, mientras en el Abolicionismo se

extrapolan las capacidades de los controles sociales informales.²⁹

El movimiento pendular drástico de tales propuestas político-criminales modernas presenta entonces un extremo maximalista y un extremo abolicionista del Sistema Penal; sin embargo como posición intermedia que opera como “fiel de la balanza” político-criminal decisoria, aparece una tercera posición partidaria de una redefinición reductiva del Aparato de Justicia conformando lo que se conoce como Minimalismo Penal, variante partidaria de un Sistema Penal repensado sobre la base de concretar efectivamente sus garantías procesales máximas con un uso mínimo del recurso controlador. A continuación analizaremos separadamente estas posiciones.

A. El maximalismo penal

El maximalismo penal descansa en la negación absoluta del principio garantista de intervención mínima; según el cual el Derecho Penal solo debe ser utilizado para resolver los conflictos que amenacen o dañen los bienes jurídicos fundamentales ante la ausencia de otro recurso de control. La tendencia de hiperbolización del Derecho Penal recurre al modelo disuasorio clásico³⁰ de reacción frente a la criminalidad, exigiendo el uso exclusivo de las

²⁹ El sentido de nuestro análisis descansa en las opciones político -criminales (Maximización, Abolición y Derecho Penal Mínimo) y no en modelos criminológicos explicativos o de aproximación a la cuestión criminal, como pueden ser el modelo realista conservador o de derecha, la Criminología Crítica y el Neorrealismo de Izquierda.

³⁰ El modelo disuasorio clásico de reacción social ante la criminalidad, cumple apenas con la expectativa punitiva del Estado, presumiendo que la ejecución de la pena desaconsejará preventivamente a los miembros de la sociedad y al sancionado en especial de cometer nuevos delitos. Los componentes del Control Social a que recurre se reduce al Derecho Penal como único sistema normativo, a las sanciones negativas y estigmatizantes, a las agencias creadoras y operadoras del

estrategias represiva y preventiva penal con una desmedida competencia del Estado a través de los mecanismos formales de control, pretendiéndose con ello la utilización ejemplarizante y simbólica del Derecho Penal.

La fragilidad argumentativa de la posición recrudecedora del Control Formal salta a la vista. El uso hipertrofiado de la respuesta punitiva, apenas significaría un aumento de la criminalidad detectada como lógico correlato a la ampliación de la represión penal; lo que no se traduce necesariamente en una disminución de la criminalidad real. La expansión desproporcionada de la vía punitiva, lo que lograría a la postre sería el desarrollo de un control penal desordenado y arbitrario. Otra razón de crítica sobre lo improcedente que resultaría si entronizamos la penalización excesiva de la vida en sociedad como la variante más favorecida a la hora de garantizar la anhelada pacificación social; radica en que el Derecho Penal constituye un recurso violento y dañoso que solo debe ser usado en *ultima ratio*. “Mala política criminal aquella que contempla el problema social del delito en términos de mera disuasión, desentendiéndose del imprescindible análisis etiológico de aquel y de genuinos programas de prevención”.³¹

Por último, el proyecto de una sociedad mejor posible no es coherente con

Sistema Penal; usando como estrategia funcional exclusiva la represión, dicho modelo de respuesta es regido únicamente por el Estado y se desarrolla a partir de los mecanismos formales del Control Social. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (1999). *Tratado de Criminología*, Editora Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 937-939.

³¹ GARCÍA -PABLOS DE MOLINA, Antonio (1994). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Editora Tirant lo Blanch, Valencia, p. 246.

esta posición maximizadora del Control Social Formal.

B. El abolicionismo penal

La controversia alrededor de la necesidad de desaparición del Sistema Penal genera múltiples equívocos que ameritan ser superados con una clara definición de este movimiento crítico hacia el Derecho Penal; por ello recurrimos al concepto aportado por Mauricio Martínez³² que plantea que “por abolicionismo se conoce una corriente de la criminología moderna o crítica, que como su nombre lo indica, propone la abolición no solo de la cárcel, sino de la totalidad del sistema de la justicia penal”. Básicamente el común denominador justificativo de las posiciones radicales de este movimiento versa alrededor de la ilegitimidad del subsistema controlador punitivo, aduciendo que las ventajas controladoras obtenidas son inferiores a los perjuicios derivados de su acción. Así pues, las doctrinas abolicionistas son aquellas “que no reconocen justificación alguna al derecho penal y que auspician su eliminación (...) no admitiendo ningún posible fin o ventaja como justificante de las mayores aflicciones provocadas por ese derecho penal”.³³

Los postulados principales que sustentan la posición abolicionista parten de la consideración de que la categoría delito pretende expropiar erróneamente un conflicto de entidad personal que debe resolverse únicamente por los

³² MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio (1990). *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica*, Editorial Temis, Bogotá, p. 13.

³³ FERRAJOLI, Luigi (1986). “*El Derecho Penal Mínimo*”. En: Poder y Control, No. 0, Editorial PPU, Barcelona, p. 36.

implicados, y en segundo lugar persiguen la eliminación del Sistema Penal, el que debe ser sustituido por variantes basadas en el diálogo, la concertación, la concordia; en fin, por modelos de solución de conflictos de esencia participativa.³⁴ Dentro de las propuestas alternativas manejadas por el Abolicionismo Penal se encuentran, entre otras, la Justicia Comunitaria³⁵ y la Justicia Civil Compensatoria.³⁶

El radicalismo de las ideas de la abolición penal ha motivado numerosas críticas entre las que se destaca la de Mauricio Martínez, autor que califica las propuestas abolicionistas de “pura futurología”,³⁷ pues no explican cuándo, cómo y quién sustituirá al Sistema Penal. Por su parte Bustos Ramírez, afirma que “el abolicionismo, (...) como el avestruz, pretende ignorar que el Sistema Penal está aquí y ahora, (...), con lo cual lo único que hace es construir castillos de arena”.³⁸ La criminóloga Rosa Del Olmo manifiesta refiriéndose al abolicionismo que “algunos de sus críticos sostienen que se trata de una peculiar mezcla de ingeniería social de bajo nivel con una especulación epistemológica de alto nivel”.³⁹ Por lo general las críticas que se concitan sobre

³⁴ SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y HOUED VEGA, Mario. Ob. Cit., p. 9.

³⁵ La Justicia Comunitaria constituye un modelo de justicia consensual, informal, colectiva, no profesional y no estatal.

³⁶ La Justicia Civil Compensatoria se orienta principalmente a la compensación de la víctima (indemnización de daños) y a la conciliación entre agresor y víctima; en esta variante propuesta por los abolicionistas la compensación y la reparación civil funcionarán como castigo. *Vid.* MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. Ob. Cit., pp. 87 -102.

³⁷ *Ibíd.*, p. 92.

³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. Ob. Cit., p.456.

³⁹ DEL OLMO, Rosa (1990). “*Hacia dónde va la Criminología en América Latina*”, Lección inaugural dictada en el Instituto de Criminología, Ciencias Penales y Penitenciarias de la Universidad Santiago de Cali, Colombia, p. 17.

el movimiento abolicionista coinciden en calificarlo de propuesta ingenua y utópica carente de serias alternativas sustitutivas del Control Social Penal.⁴⁰

Sin embargo, negar absolutamente los valores del movimiento abolicionista sería desconocer algunos méritos de sustancial trascendencia en los estudios sobre el Sistema Penal. Entre otros aspectos positivos cabe reconocer que el punto de vista abolicionista volcó la atención sobre algunas manifestaciones de arbitrariedad y violencia del Control Punitivo; puso el acento sobre la relatividad histórica-cultural de los bienes tutelados por el Derecho Penal y atrajo la atención sobre los intereses de la víctima, figura tradicionalmente olvidada por el Sistema Penal.

C. El minimalismo penal

En la búsqueda incesante de la humanización de la función controladora punitiva, los representantes ⁴¹ del movimiento conocido como Minimalismo Penal proponen en esencia una contracción del Sistema Penal, que solo autorice la intervención penal cuando sea imprescindible para que la violencia informal no desestabilice el orden social. Esta corriente propone la elaboración de una política criminal alternativa que incluye la reducción a corto plazo del Derecho Penal a partir de la descriminalización,⁴² las reformas sociales

⁴⁰ BOVINO, Alberto (1999). “*Manual del buen abolicionista*”. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 11, No. 16. Disponible en sitio web: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2016/bovino16.htm>. (Consultado 28/10/2011).

⁴¹ Dentro del movimiento del Minimalismo Penal se encuentran incluidos autores como: FERRAJOLI, BARATTA, BUSTOS RAMÍREZ, GARCÍA MÉNDEZ, BERGALLI, etc.

⁴² FERRAJOLI, Luigi (1992). “*Derecho Penal Mínimo y bienes jurídicos fundamentales*”, En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 4, No. 5. Disponible en sitio web:

estructurales y la abolición de la cárcel.

La posición de no abolición total del Sistema Penal es fundamentada por los Minimalistas Penales en la real posibilidad de reducir la violencia punitiva mediante garantías sustanciales y procesales, y en la necesidad de que el Derecho Penal cumpla determinadas funciones simbólicas que construyan la memoria colectiva sobre lo socialmente inaceptable, funcionando como alerta social.⁴³

Respecto a la razón justificante del mantenimiento del Sistema Penal, la corriente minimalista presenta ambivalencias valorativas; una de estas posiciones aduce que el Sistema Penal debe mantenerse para la defensa de los integrantes más débiles del entramado social y para la otra posición, la racionalidad existencial de la Ley Penal radica en su capacidad de reducir la violencia institucional estatal que de lo contrario progresaría incontrolablemente. “Esta visión dual se puede centrar en la consideración de que el Derecho penal no sólo legitima la intervención penal, también la limita, el Derecho penal, no solo permite castigar, sino que permite evitar los castigos excesivos”.⁴⁴

2.2.1.4. Necesidad actual del derecho penal

Las posiciones valorativas sobre la necesidad o no del Derecho Penal deben evitar radicalismos tendenciosos que carezcan de fiabilidad científica. Resultan

<http://www.poderjudicial.go.cr/-salatercera/revista/REVISTA5/edit5.htm> (Consultado 13/10/2011).

⁴³ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. Ob. Cit., pp. 113-122.

⁴⁴ *Ibíd.*

inaceptables desde una valoración racional, ponderada y científica las opciones contrapuestas que oscilan entre la negación totalitaria radical de la coerción punitiva propia de las posiciones abolicionistas y la visión acrítica de las actuales tendencias maximizadoras del Derecho Penal. En ambos extremos acecha el caos organizativo social; en el primer caso porque la ausencia o infrautilización del Control Social Penal generaría una caótica espiral reactiva informal con nuevos poderes emergentes fuera de regulación y en el segundo caso porque el propio Estado adquiriría un suprapoder controlador que lo convertiría en un Estado de Policía.

La pretendida abolición del Sistema Penal, en la etapa actual de desarrollo de la sociedad, solo garantizaría a nuestro juicio, una incontrolable anarquía social, pues los instrumentos controladores no penales sustitutivos del Derecho Penal propuestos por los abolicionistas, se encuentran apenas esbozados en el nivel teórico y sin ninguna validación práctica; por lo que puede afirmarse que la posición abolicionista del Derecho Penal defendida principalmente por los criminólogos críticos evidencia su actual incapacidad para ofertar una alternativa medianamente viable al Control Social Formal, representado por el Derecho Penal. La postura abolicionista podría valorarse como una perspectiva romántica o utópica en las actuales condiciones del desarrollo humano.

Según De La Cruz Ochoa “no cabe esperar un cambio metodológico esencial ni el abandono del Derecho Penal y su sustitución por otras formas alternativas del control social, (...). Un abandono del Derecho Penal en manos de

consideraciones científico sociales podría favorecer, dada la ausencia de límites, la aparición de procesos de estigmatización colectiva e hipercriminalización de exclusiva base utilitaria”.⁴⁵

A pesar de los inconvenientes y críticas a que puede ser sometido el Control Social Punitivo, el mismo continua jugando entre otros, el fin de configuración de la paz social y de aseguramiento del orden de convivencia, a través de la protección de los bienes jurídicos fundamentales. En aras del cumplimiento de esos fines imprescindibles para el momento actual, el Derecho Penal es calificado por el segmento doctrinal más realista como “una amarga necesidad”⁴⁶ para la concordia social y como “un mal necesario y por ello requerible, pero en todo caso un mal”.⁴⁷ Siendo así, se acepta que la existencia de las leyes penales y de sus mecanismos de aplicación aporta en la práctica un relativo orden social.

Reconocemos que la intervención punitiva por sí sola no garantiza la eliminación de las conductas delictivas, sin embargo, aún cuando las leyes no son la solución, no podemos obviar la evidencia de que en los momentos actuales careceremos de una relativa paz y estabilidad social, si la esfera jurídica no actúa como factor regulador coadyuvante de otras políticas sociales

⁴⁵ DE LA CRUZ OCHOA, Ramón (2002). “*Política Criminal. Notas sobre su concepto, métodos y sus relaciones con la Criminología y el Derecho Penal*”, En: Revista Cubana de Derecho. No. 20, Editada por la Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, p. 12.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ ROXIN, Claus (1998). “*¿Tiene futuro el Derecho Penal?*”. En: Cuadernos de Derecho Judicial, Volumen No. 49, Editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 374.

de lucha contra la criminalidad. Por consiguiente, “el Derecho Penal evita la anarquía y, por tanto, es indispensable”.⁴⁸

Nuestra posición opta por la existencia de un Derecho Penal Mínimo y Garantista caracterizado por tutelar solo bienes jurídicos de la mayor trascendencia y únicamente sancionador de ataques especialmente graves a esos bienes. Las restantes ofensas y lesiones se tramitarían por otras vías jurídicas o extrajurídicas; a partir de la aceptación racional de que el Sistema Penal posee un límite en su contribución al Control Social de la delincuencia. Propugnamos el carácter garantista, por cuanto, el propio Derecho Penal debe autoacotarse con vistas a controlar al mínimo el daño y la estigmatización que supone la aplicación de las sanciones penales.

2.2.1.5. El derecho penal mínimo y garantista

El Derecho Penal Mínimo y Garantista constituye un modelo de intervención penal que parte de la filosofía de que los remedios violentos siempre son riesgosos; de hecho en todas las esferas de las relaciones humanas, incluido el Derecho, la práctica ha demostrado que las soluciones drásticas a los problemas correspondientes acarrear a la larga secuelas indeseables.⁴⁹ Por ello la filosofía garantista ha sufrido un constante renacimiento, con la aparición en la actualidad de un auge en el Derecho Penal Garantista como subsistema

⁴⁸ ROXIN, Claus. “*Problemas actuales...*”. Ob. Cit., p. 2.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1993). *En busca de las penas perdidas*, Editorial Temis, Bogotá, pp. 68 -75.

controlador autolimitado a partir de tres variables principales: su humanización, el estricto cumplimiento del principio de intervención mínima y su carencia de compromiso en la protección de intereses morales.⁵⁰ Sobre la base de la limitación al máximo posible de las potestades criminalizantes y sancionatorias, “el derecho penal pasa a identificarse con un garantismo máximo y, por ende, a constituirse en un derecho penal mínimo”.⁵¹

Al analizar el Derecho Penal Mínimo y Garantista como modelo de reacción social formalizada no pueden obviarse las posiciones científicas de Luigi Ferrajoli, autor clásico en este enfoque, el cual asume que “lo que hoy es utopía no son las alternativas al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías; la utopía no es el abolicionismo, lo es el garantismo, inevitablemente parcial e imperfecto”.⁵² En definitiva, para que un Derecho Penal sea considerado mínimo y garantista debe satisfacer todo un conjunto de garantías penales y procesales que reduzcan la violencia sancionatoria del mismo, maximizando la protección de los no desviados a través de su defensa contra los delitos y minimizando también el daño que el propio Sistema Penal puede causar a los delincuentes.

El reconocimiento del Derecho Penal como “una lamentable necesidad” en aras de evitar la anarquía punitiva en las actuales condiciones sociales; responsabiliza a la Política Criminal y al Sistema de Control Social, con el hecho

⁵⁰ DE LA CRUZ OCHOA, Ramón (2001). “*Control Social y Derecho Penal*”, En: Revista Cubana de Derecho. No. 17, Editado por la Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, pp. 23 -26

⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. Ob. Cit., p. 29.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit., p. 44.

de que ese uso inexorable del Derecho Penal debe restringirse al mínimo indispensable, lo cual no significa renunciar a criminalizar aquellas conductas dañosas que socaven el orden social, por ejemplo: los comportamientos lesivos que aparecen como resultado de manipulaciones regresivas de determinados adelantos tecnológicos. Al respecto Bustos Ramírez expresa que “cuando se habla de Derecho Penal Mínimo, no es solamente de una tendencia descriminalizadora, sino también de una tendencia criminalizadora. Se trata de averiguar cuáles son aquellos intereses más importantes de la sociedad y cuáles son las afecciones más graves a esos intereses, y ello puede implicar descriminalización, pero también criminalización”.⁵³

A nuestro modo de ver un Derecho Penal Mínimo y Garantista, como parte de una Estrategia General de Control Social dirigido a reducir la delincuencia, debe caracterizarse por su reducido tamaño y peso en comparación con los restantes mecanismos y agencias de Control Social.

Solo cuando despojemos al Control Social Punitivo de la hipertrofia normativa y consecuentemente de la lesividad inherente a su uso indiscriminado, con toda su secuela de violencia y estigmatización; es que podremos llevar al Sistema Penal a ser considerado como un efectivo escudo protector de la seguridad ciudadana y como un adecuado instrumento de Control Social de la

⁵³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José (1994). “*Principios fundamentales de un Derecho Penal democrático*”, En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 5, No. 8. Disponible en sitio web: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2008/Bustos08.htm> (Consultado 20/10/2011)

criminalidad.

2.2.1.6. Reflexiones finales

El Sistema Penal es sometido a innumerables críticas deslegitimadoras; las que pueden ser organizadas en los cuestionamientos relacionados con su supuesta ineficacia y en los cuestionamientos sobre los costos sociales y personales. Como producto de tales críticas las valoraciones perspectivas sobre el Sistema Penal se nuclean en torno a posiciones político-criminales contrapuestas como el Maximalismo Penal y el Abolicionismo Penal.

Persiguiendo la humanización y la ponderación de la, por el momento, necesaria reacción punitiva ante el delito existe una tercera posición alejada de extremos valorativos denominada Derecho Penal Mínimo que se instituye en la más racional respuesta actual en este marco, tal propuesta reactiva consiste en reducir al mínimo indispensable los ilícitos penales elevando al máximo las garantías del justiciable.

Resulta imprescindible reducir al mínimo indispensable el uso de la sanción de privación de libertad dentro del Sistema Penal Peruano, teniendo en cuenta sus negativas secuelas colaterales (prisonalización, estigmatización etc.) analizadas en este trabajo. Tal reducción implica la reconsideración de la política sancionatoria del Aparato de Justicia Penal sobre bases de una variabilidad que amplíe el uso de otras variantes de penas principales y accesorias previstas en nuestra legislación actual.

Por lo que recomendamos reevaluar la Política Penal de nuestro Estado; posibilitándose el desarrollo de cambios legislativos que reduzcan el marco de acción del Sistema Penal. Por lo anterior consideramos posible la reinstauración de un Derecho Penal de *última ratio*, mínimo y garantista y la inserción de alternativas al Derecho Penal.

2.3. Definición de Términos⁵⁴

- **Derecho penal.-** El derecho penal es una rama del derecho que está dentro del derecho público, cuyos objetos de regulación son: el delito, los autores y partícipes de los delitos, las penas, y las medidas de seguridad. El estudio del derecho penal se divide en dos partes: derecho penal general y derecho penal parte especial. El Derecho Penal general que se ocupa de la estructura de la norma penal, los principios que las inspiran, la teoría general del delito, dentro de éste se encuentra la aplicación de la ley penal, principios de territorialidad, irretroactividad, principios, las prisiones y reclusiones, las causas de imputabilidad etc. Y la parte especial, que se ocupa de las infracciones delictivas en particular (homicidios, violaciones, hurtos, etc.). es decir aquí se estudia específicamente el delito en sí.
- **Prima ratio.-** Cabe destacarse en este punto que la concepción del cuerpo social en cuanto a que sólo con la aplicación de penas cada vez más duras se logrará combatir más eficazmente al delito, ha ido acompañada en los

⁵⁴ Ver. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, disponible en sitio web: <http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00312-enciclopedia-jurida-omeba.html>, (Consultado 20/10/2011)

últimos tiempos por un notable abandono en el campo del derecho penal de principios político criminales clásicos —esto es “garantistas”— siguiendo una tendencia universal de búsqueda de eficacia al menor costo posible. Abandono éste que convierte al derecho penal de ultima ratio en un sistema de prima ratio, y, en muchos casos —lamentable y peligrosamente— de sola ratio y antigarantista, con el aditamento de formar en el imaginario colectivo la idea de que existen ciudadanos de primera y de segunda clase.

- **Conflictos socioambientales.-** Entendemos por conflicto socioambiental al proceso que involucra a dos o más partes, conscientes de una incompatibilidad social, política o cultural, real o percibida, en torno al control, uso, manejo, acceso o explotación de espacios y/o recursos naturales. Entre los conflictos de este tipo que más destacan en el país se encuentran los conflictos entre empresas extractivas mineras, comunidades y el Estado. A pesar que probablemente subamos mucha información sobre este tipo de conflictos también incluiremos otros con presencia de diferentes actores y asuntos conflictivos. Los conflictos socioambientales son parte clave de los procesos de desarrollo y de rearticulación en la región, de la administración deberá marcar la diferencia entre conflicto y violencia, comprendiendo que la manera en que conceptualizamos los conflictos influye en la manera en que trabajamos por su transformación. Los conflictos se asemejan a los laberintos: son complejos, confusos e incluso irritantes, se desvían por distintos caminos pero son el motor de cambio social.

- **Actividad minera.-** La minería es la obtención selectiva de los minerales y otros materiales de la corteza terrestre. También se denomina así a la actividad económica primaria relacionada con la extracción de elementos de los cuales se puede obtener un beneficio económico. Dependiendo del tipo de material a extraer la minería se divide en metálica y no metálica. Los métodos de explotación pueden ser a cielo abierto o subterráneo. Los factores que lo determinarán serán entre otros la geología y geometría del yacimiento y la característica geomecánica del mineral y el estéril.
- **Control Social.-** Básicamente, el “control social” van a ser una serie de mecanismos institucionalizados o no (informales o formales) que van a regular la vida y la conducta del individuo (persona básicamente, hablando de manera general, puesto que el término persona e individuo varían si es que profundizamos en los diferentes tipos de derechos penales, tal es el caso del Derecho Penal del enemigo) en sociedad. El control social va a variar de acuerdo a la estructura de poder que tiene una sociedad determinada, puesto que van a existir grupos dominantes y dominados, con sectores más o menos alejados a los centros de decisión. Conforme a esa estructura, se “controlará” socialmente la conducta de los hombres (a todos de una u otra forma se aplica este control, tanto a los que estén lejos o cerca, fuera o al interior de estos grupos de poder). Por ello podemos decir que el control social, debido a ésta “centralización – marginación” de grupos más cercanos o lejanos al poder, se presenta de manera bastante amplia. En conclusión podemos decir que el control social, ese control (o serie de mecanismos) que viene desde el

Estado (formalizado, institucionalizado, punitivo o no) hasta el difuso (medios masivos, familiar, rumores, modas) para regular y controlar la vida del hombre en una determinada sociedad, de acuerdo a ciertos tipos de variables, que, básicamente vienen desde el poder y la ideología imperante en éste (poder) hacia el control del Estado. Es por eso que de aquí van a nacer diferentes tipos de concesiones acerca de cómo debería ser o manejar el control social institucionalizado punitivo. Cabe resaltar que, como la “idea de control social” es tan amplia, es iluso reducir éste concepto a un contenido mínimo como la es el sistema penal, sino es necesario analizar también la estructura familiar, la educación, la medicina y muchos otros aspectos que hacen al complicadísimo trabajo social. Por eso justamente hablamos de control social, porque éste se va a aplicar a toda una sociedad. Ahora que irá a controlar más a unos que a otros, si es cierto; por ello hablamos de ideología y poder, y de distintos tipos de derechos penales y variables respecto al control social difuso.

- **Derecho Penal Mínimo.-** El Derecho Penal en su acepción tradicional se identifica como una forma de control social formal de reacción, acaso el más violento de los métodos utilizados para la consecución de sus fines. Dicho de una manera sencilla hablar de Derecho Penal Mínimo es llevar a la esfera de aplicación del derecho penal el mínimo de conductas transgresoras. En la evolución del ius puniendi podemos apreciar que no ha sido lineal, pacífica y que por demás no apunta a límites concretos. Hay quienes afirman que el Derecho Penal camina hacia su propia tumba y será reemplazado por un

nuevo derecho correccional construido sobre bases positivistas. Dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a todas las situaciones. El estado dejaría de ser de derecho, los ciudadanos vivirían bajo la amenaza penal, la inseguridad en vez de la seguridad y el estado en vez de ser un estado de derecho se convierte así, de esta manera en un estado policía. El Derecho Penal Mínimo surge en Europa del Sur y es la que mayor influencia ha ejercido en América Latina; se orienta hacia la reducción de la pena con intención de abolirla. Plantea que las "clases subalternas" son las más criminalizadas y las más victimizadas; parte de una crítica al sistema penal y plantean su abolición para unos de la cárcel y para otros del sistema penal total, pero deberá transitar por un período en el que paulatinamente vaya reduciéndose al mínimo. Según el principio de intervención mínima, el Derecho Penal debe ser la última ratio de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito).

- **Sistema Penal.-** El sistema penal es la parte del control social que resulta institucionalizado en forma punitiva y con discurso punitivo. Es el conjunto del derecho penal, el derecho procesal penal y el sistema penitenciario, que en la práctica, abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito, hasta que se impone y ejecuta una pena, presuponiendo una actividad normalizadora que genera la ley que institucionaliza el

procedimiento, la actuación de los funcionarios y señala los casos y condiciones para actuar. Esa idea en un sentido limitado, puesto que también, podemos ver al sistema penal en un sentido más amplio, dentro del cual vemos las distintas acciones y omisiones de los órganos de éste, bajo la influencia del poder y su ideología que aparentemente nada tiene que ver con el sistema penal. Tales como las acciones dirigidas del sistema penal hacia personas que hacia acciones, los procedimientos contravencionales de control a sectores marginados de la población, las facultades sancionatorias policiales arbitrarias, las penas sin proceso, las ejecuciones sin proceso, acciones ambientadas bajo discursos asistenciales encubiertos bajo ideología psiquiátrica o institucionalizadora (en el caso de niños abandonados o pobres y ancianos, etc.).

- **Abolicionismo penal.-** Esta corriente de pensamiento, conocida como abolicionismo, ya que dentro de la misma existen diversas posturas, tiene como premisa básica justamente la abolición de las penas y el sistema penal en general, asegurando que el mismo no pudo lograr soluciones concretas para los conflictos sociales. Insisten en que no se debe intentar encontrar soluciones dentro del sistema penal actual, sino que se debería hallar una alternativa al mismo. Una de las principales críticas que esboza el abolicionismo al sistema penal es que el mismo interviene en muchos asuntos que las mismas partes involucradas no consideran un delito, abstrayéndose de los hechos reales y cerrando su cerco de acción al espacio de la ley penal, impidiendo llegar a una solución que no sea punitiva, de ese

modo se deja de lado la víctima y se legitima la total intervención estatal. Este procedimiento penal típico es considerado una visión simplificadora del hombre y su naturaleza, que permite solo ver algunos aspectos de la misma y no considera todos los aspectos de la relación. Se opone total y completamente a la apropiación del conflicto por parte del Estado. Está demostrado que en ocasiones la misma intervención del sistema penal crea grandes riesgos para el autor, tal como puede verse en casos como el consumo de drogas y aborto, donde los posibles imputados deben realizar sus actividades ocultamente y sin ningún tipo de regulación o elementos de seguridad, aumentando los riesgos de la misma. Una característica particular del pensamiento abolicionista es que no posee método u objetos propios, ni un sistema determinado establecido, sino que para lograr su objetivo (la eliminación del sistema penal actual) se proponen todas las estrategias o acciones imaginables, siempre con la premisa de no actuar sobre el sistema penal rigente, ya que aseguran que el mismo asimilaría los cambios y seguiría su marcha tal como se encontraba al principio; se puede admitir cualquier método, siempre y cuando el mismo sea eficaz.

- **Maximalismo penal.-** Nuevo movimiento mundial que se ha venido forjando, derivado del combate frontal al crimen organizado transnacional que ha venido socavando las estructuras de ciertos Estados, pues han aparecido de nuevas modalidades delictivas de última generación como lo son la trata de personas, narcotráfico, tráfico de armas, blanqueo de capitales, etc. En este sentido la comunidad internacional tomó en serio esa

problemática, desencadenando en la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, conocida como Convención de Palermo, y sus protocolos, celebrada en Palermo, Italia del 12 al 15 de Diciembre del año 2000. En ese instrumento se insta a los Estados partes a tipificar en sus legislaciones determinados delitos, considerados graves, fomentando el expansionismo del Derecho Penal, para enfrentar aquella criminalidad transfronteriza. Por ello puedo afirmar que ya no estamos a presencia de un minimalismo Ferrajoliano sino que ante un maximalismo penal, llamado a resolver mediante un sin número de tipo penales, otras esferas que antes no se penalizaban, generándose una inflación que se agrava al utilizar tipicidades abiertas, cuyos verbos rectores son eminentemente discrecionales, cuyas previsiones permiten al Juzgador una interpretación subjetivista, verbigracia, es que en algunos tipos se utilizan recurrentemente fórmulas como “o con cualquier otro propósito similar” “o cualquier otro interés” Es un renacer de los tipos penales abiertos en pleno siglo XXI.

- **Estigmatización penal.-** Por tratarse de un fenómeno esencialmente social-jurídico, debemos destacar como además se hace depender del flujo de intereses políticos, e incluso de estimulaciones electorales, en sociedades donde la crispación social ha hecho de la seguridad ciudadana el arma electoral de principal importancia, pretendiendo lograr con sanciones cada vez más estigmatizantes la ansiada garantía, "Esto es, en pocas palabras, un Estado que busca la "curación" de las enfermedades sociales por intermedio

de la sanción", lo que el propio autor gusta de llamar un Estado Terapéutico. Por lo cual el Gobierno, con toda su amalgama creadora y ejecutora de Derecho, tendrá una carga significativa respecto al tema. De acuerdo a la naciente tendencia que subraya la función expresiva de la pena, "avergüence para reintegrar o confronte para arrepentir y reformar", y sobre el fundamento que estas penas favorecen la prevención general al sugestionar a los delincuentes potenciales -precio altamente costoso para este fin-; aparecen un inédito tipo de sanción, de hecho ya se recogen significativos resultados para grupos de delincuentes que temen perder su reputación, que a diferencia de las anteriores agudizan el fenómeno que hemos venido señalando.

- **Política Criminal.-** Se le denomina a la manera como la colectividad reacciona organizadamente, frente a las acciones delictuosas que amenazan su cohesión o su desarrollo armónico. La disciplina que estudia esta faceta del control social recibe, igualmente, el nombre de política criminal. Es tarea de esta disciplina, no sólo la descripción de la reacción social contra la delincuencia, sino también determinar los lineamientos que deberían seguirse a fin de lograr una mayor eficacia. Por esto, se ha considerado que la política criminal se presenta bajo dos aspectos: 1º Como una disciplina o un método de observación de la reacción anticriminal; tal como es, efectivamente, practicada. 2º Como un arte o estrategia de lucha contra la delincuencia; elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva. La política criminal es, en consecuencia, una parcela

de la política jurídica del Estado, la que a su vez es parte de su política general. La programación y realización de una correcta y coherente lucha contra la delincuencia, depende del apoyo y fomento de los estudios tendientes a describir el sistema de reacción social y a determinar los lineamientos y los medios más eficaces.

- **Garantismo.-** El garantismo es una corriente jurídica que parte del reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y de su efectiva protección y tutela. Para ello, es prioritario el reconocimiento y enunciado explícito de tales derechos fundamentales en la Constitución, y la creación de instituciones y procedimientos que permitan una efectiva protección del conjunto de prerrogativas de los individuos que se plasman en los derechos civiles, políticos y sociales. Las “garantías” son justamente las técnicas coercitivas que permiten controlar y neutralizar el poder y el derecho ilegítimo.
- **Proceso penal.-** El proceso penal puede definirse como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

3.1.1. Tipo de investigación

Correspondió a una Investigación Teórica: Dogmática – Normativa⁵⁵, que buscó ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de los conflictos socioambientales a la luz del derecho penal, donde se analizó los principios del derecho penal, eficacia del derecho penal y tratamiento normativo.

3.1.2. Tipo de diseño

Correspondió a la denominada No Experimental⁵⁶, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no tuvo grupo de control ni experimental; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico de los conflictos socioambientales a la luz del derecho penal identificado en el problema después de su ocurrencia.

⁵⁵ Cfr. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima. Asimismo siendo una investigación dogmática, de naturaleza normativa o teórica no es requisito la delimitación temporal ni espacial, requisito válido solo para las investigaciones empíricas o jurídicas sociales, que no es el caso de la presente investigación. Por tanto especificar el lugar y tiempo de ejecución no es necesario. Planteamientos tomados de Chávez Rosero, Fernando en su artículo “Algunos alcances sobre el método dogmático en la investigación jurídica” disponible en www.essentiaius.es/B3-metodo.htm, donde plantea que: “Una investigación de carácter jurídico dogmático concibe al problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacionen con la institución o especie legislativa. Su contenido básico será de interpretar el derecho formal”.

⁵⁶ ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

3.1.2.1. Diseño General

Se empleó el diseño Transversal⁵⁷, cuya finalidad fue recolectar datos de la variable de estudio en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir las variables de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado.

3.1.2.2. Diseño específico:

Se empleó el diseño explicativo⁵⁸, toda vez que se estudió los fundamentos, características, manifestaciones sobre los conflictos socioambientales a la luz del derecho penal y los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se ha seguido en la construcción de la información y/o conocimiento:

Proceso que incluye:

- a) Determinación de la población o sujetos de estudio
- b) Selección de la muestra

⁵⁷ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación*, Editorial McGraw Hill, México, p. 151.

⁵⁸ *Ibíd.* p. 155

c) Diseño del instrumento

d) Aplicación del método para procesar la información

3.2.1. Población

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a la doctrina desarrollada por los juristas.
- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2016.

3.2.2. Muestra⁵⁹

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales.

⁵⁹ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. Ob. Cit., pp. 169-180.

3.2.3. Unidad de Análisis⁶⁰

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad. Además, la unidad de análisis estuvo compuesta por:

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.
- Unidad de registro: Documental en base al análisis de categorías e información en las fuentes del derecho, obtenidos mediante los IRI.

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información⁶¹.

- a) Para recoger la información para validar, cuestionar y alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales, resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.

⁶⁰ GOMES, Romeu. “Análisis de datos en la investigación”. En: *Investigación social*. Buenos Aires: Lugar editorial, 2003, p. 55. Expresa que “La palabra categoría, se refiere en general a un concepto que abarca elementos o aspectos con características comunes o que se relacionan entre sí. Esa palabra está relacionada a la idea de clase o serie. Las categorías son empleadas para establecer clasificaciones. En este sentido trabajar con ellas implica agrupar elementos, ideas y expresiones en torno a un concepto capaz de abarcar todo”, En ese sentido, las categorías son los diferentes valores, alternativas es la forma de clasificar conceptuar o codificar un término o expresión de forma clara que no se preste para confusiones a los fines de determinada investigación.

⁶¹ ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 127-132.

- b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.
- c) Para obtener datos y/o información de las normas jurídicas se empleó la técnica exegética, hermenéuticas, teleológica, con el cual se pudo determinar el contenido de las mismas.
- d) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo⁶², para lograr la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina, para lo cual se empleó la argumentación jurídica para el análisis de la información. Los criterios que se siguieron en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

⁶² BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Editorial Trillas, p. 43.

- Sistematización de la información.

Finalmente, los datos que se obtengan con los instrumentos antes indicados sirvieron para **validar la hipótesis**⁶³ en base la teoría de la **argumentación jurídica**⁶⁴, debido a que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar, justificar el derecho. Por lo que, la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino el de justificar los planteamientos o enunciados.

En ese sentido, Ramos Núñez, establece que: La prueba de la hipótesis será posible solo si ella ha sido formulada correctamente. De allí derivará validez. En realidad, no podemos probar que una hipótesis es verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio. Para decirlo, en otros términos, no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis –como creen muchos-, sino que se aporta evidencia a favor o en contra de la hipótesis. Cuanto más intenso haya sido el trabajo de investigación, mayor será la solidez de nuestra comprobación.”⁶⁵

⁶³ ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Editorial Fecatt, Lima, p. 58 y ARANZAMENDI, Lino (2011). *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, pp. 112 y ss. “Las investigaciones jurídicas-teóricas, se particulariza, porque tienen como punto de partida un determinado marco teórico y permanece en él. Su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar, cuestionar, refutar o validar las existentes, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico”

⁶⁴GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el derecho*, Editorial Palestra. Lima, p. 49

⁶⁵ RAMOS NUÑEZ, Carlos. Ob. Cit., p. 129.

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados empíricos: Presentación de la unidad de análisis

Cabe precisar que, siendo una investigación dogmática, donde no se requiere trabajar con datos empíricos, toda vez que el objeto de investigación está centrado en una institución jurídica, y lo que se busca es estudiarlo a la luz de las fuentes formales del derecho, se vio por conveniente incluir esta parte de trabajo empírico para poder demostrar la ocurrencia del problema en la realidad, sin que ello significa desnaturalizar el tipo de investigación que se ha realizado.

En ese sentido, se determinó que la unidad de análisis lo constituyeran los Jueces penales de la jurisdicción de la Corte Superior de Justicia de Ancash y los abogados especialistas en materia penal pertenecientes al Colegio de Abogados de Ancash sobre el derecho penal como *prima ratio* frente a conflictos socioambientales derivados de la actividad minera en el Perú.

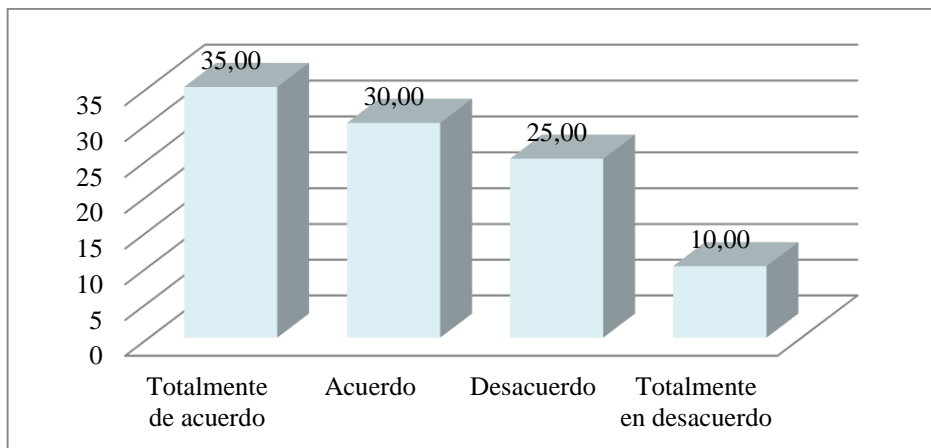
4.2. Descripción, representación e interpretación de los datos

4.2.1. Las sociedades contemporáneas actuales ha surgido un preocupante fenómeno conocido como la judicialización de las relaciones sociales, manifestándose principalmente mediante la utilización exacerbada de la solución punitiva formal en los diferentes conflictos sociales.

Cuadro N° 01

	F	%
Totalmente de acuerdo	35	35.00
Acuerdo	30	30.00
Desacuerdo	25	25.00
Totalmente en desacuerdo	10	10.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 01

La judicialización de las relaciones sociales mediante la utilización exacerbada de la solución punitiva formal en los diferentes conflictos sociales

INTERPRETACIÓN

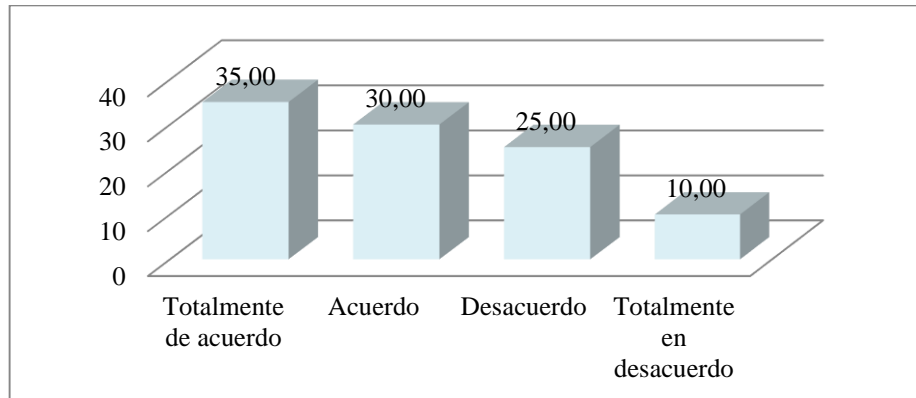
Los resultados indican que la mayor parte de los encuestados si está de acuerdo en que en las sociedades contemporáneas actuales ha surgido un preocupante fenómeno conocido como la judicialización de las relaciones sociales, manifestándose principalmente mediante la utilización exacerbada de la solución punitiva formal en los diferentes conflictos sociales; ya que según el cuadro y el gráfico número uno se observa que un 35% de los encuestados está totalmente de acuerdo frente a la pregunta planteada; en tanto que un 30% está de acuerdo, un 25% está en desacuerdo y sólo un 10% está totalmente en desacuerdo.

4.2.2. El Derecho Penal en los últimos tiempos, se vienen caracterizado por la tendencia cada vez más acentuada a utilizar el ordenamiento punitivo como instrumento de gestión de los grandes problemas sociales y de manera especial frente a los problemas socio-ambientes mineros en el país.

Cuadro N° 02

	F	%
Totalmente de acuerdo	35	35.00
Acuerdo	30	30.00
Desacuerdo	25	25.00
Totalmente en desacuerdo	10	10.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 02

El ordenamiento punitivo como instrumento de gestión de los problemas socio-ambientes mineros en el país.

INTERPRETACIÓN

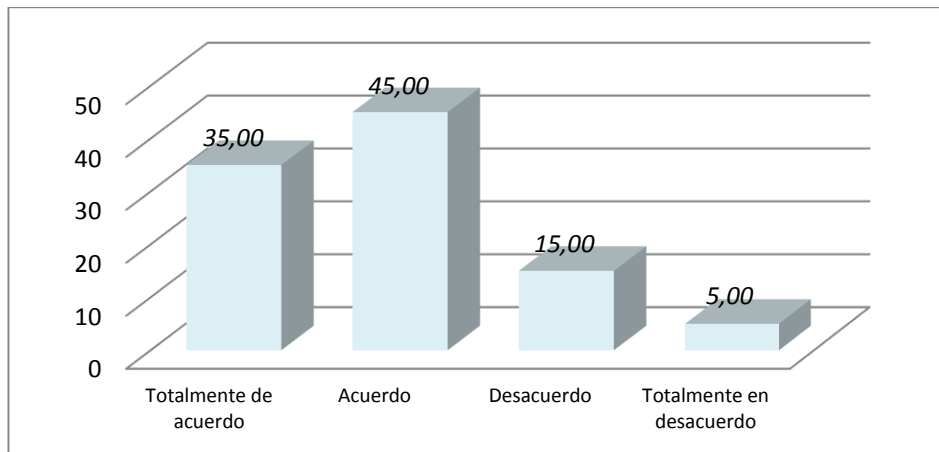
En el cuadro N° 2, frente a la pregunta planteada, podemos observar que el 35% de los encuestados está totalmente de acuerdo; el 30% está de acuerdo; el 25% está en desacuerdo y el 10% está totalmente en desacuerdo, lo que nos hace deducir que la mayoría de los encuestados considera que el Derecho Penal en los últimos tiempos, se vienen caracterizado por la tendencia cada vez más acentuada a utilizar el ordenamiento punitivo como instrumento de gestión de los grandes problemas sociales y de manera especial frente a los problemas socio-ambientes mineros en el país.

4.2.3. Considera que la tipificación de nuevas conductas ilícitas, –delito de minería informal-, así como en una creciente flexibilización de la reglas de imputación y de las clásicas garantías de orden sustantivo y procesal; son expresión de la tendencia del Derecho Penal como prima ratio en el país.

Cuadro N° 03

	F	%
Totalmente de acuerdo	35	35.00
Acuerdo	45	45.00
Desacuerdo	15	15.00
Totalmente en desacuerdo	05	5.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 03

La tipificación de nuevas conductas ilícitas, son expresión de la tendencia del Derecho Penal como prima ratio en el país.

INTERPRETACIÓN

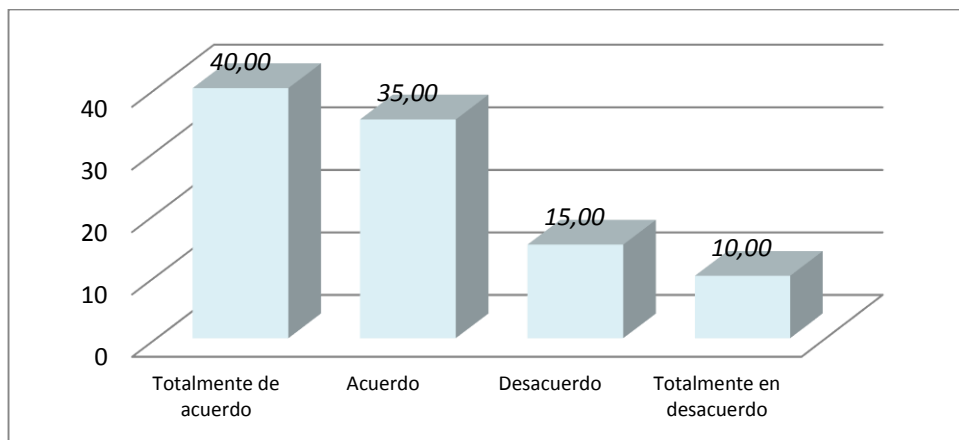
A la pregunta ¿Considera que la tipificación de nuevas conductas ilícitas, –delito de minería informal-, así como en una creciente flexibilización de la reglas de imputación y de las clásicas garantías de orden sustantivo y procesal; son expresión de la tendencia del Derecho Penal como prima ratio en el país? El 35% de los encuestados estuvo totalmente de acuerdo; en tanto que un 45% de los encuestados manifestó estar de acuerdo; el 15% reveló estar en desacuerdo y sólo el 5% estuvo totalmente en desacuerdo, por lo que podemos concluir que una gran totalidad de los interrogados está de acuerdo frente a la pregunta planteada.

4.2.4. Considera que es contradictorio asumir un modelo penal garantista con la tipificación de nuevas conductas penales, en especial a los referidos a los problema socio-ambientales.

Cuadro N° 04

	F	%
Totalmente de acuerdo	40	40.00
Acuerdo	35	35.00
Desacuerdo	15	15.00
Totalmente en desacuerdo	10	10.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 04

Es contradictorio asumir un modelo penal garantista con la tipificación de nuevas conductas penales, referidos a los problema socio-ambientales.

INTERPRETACIÓN

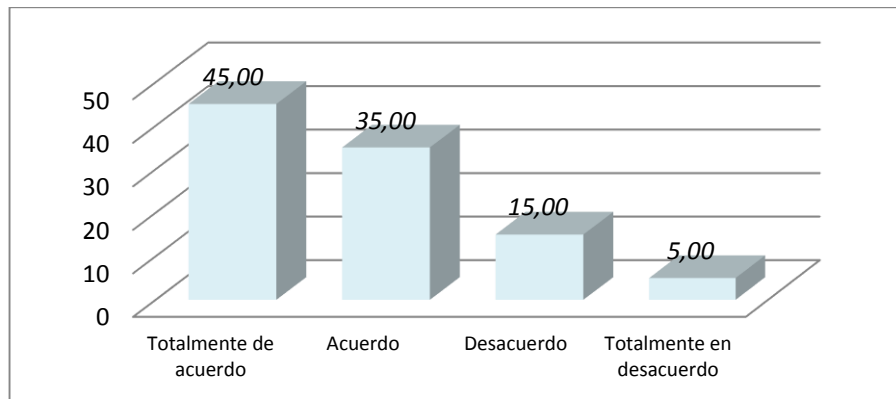
El cuadro N° 4; así como el gráfico N° 4 revelan que de todos los encuestados, la mayoría piensa que es contradictorio asumir un modelo penal garantista con la tipificación de nuevas conductas penales, en especial a los referidos a los problema socio-ambientales; esto lo podemos ver claramente en el porcentaje establecido; ya que el 40% está totalmente de acuerdo; el 35% está de acuerdo, haciendo ya una suma importante; en tanto que el 15% está en desacuerdo y sólo el 10% está en total desacuerdo.

4.2.5. Considera que el gobierno peruano está asumiendo la concepción y propuesta de lo que se ha catalogado como un “Derecho penal del enemigo”, que se traduce en una propuesta de Derecho penal máximo con un claro recorte de garantías constitucionales y procesales en lo referido a los problemas socio-ambientales.

Cuadro N° 05

	F	%
Totalmente de acuerdo	45	45.00
Acuerdo	35	35.00
Desacuerdo	15	15.00
Totalmente en desacuerdo	05	5.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 06

El gobierno peruano está asumiendo una propuesta de Derecho penal máximo con un claro recorte de garantías constitucionales y procesales en lo referido a los problemas socio-ambientales.

INTERPRETACIÓN

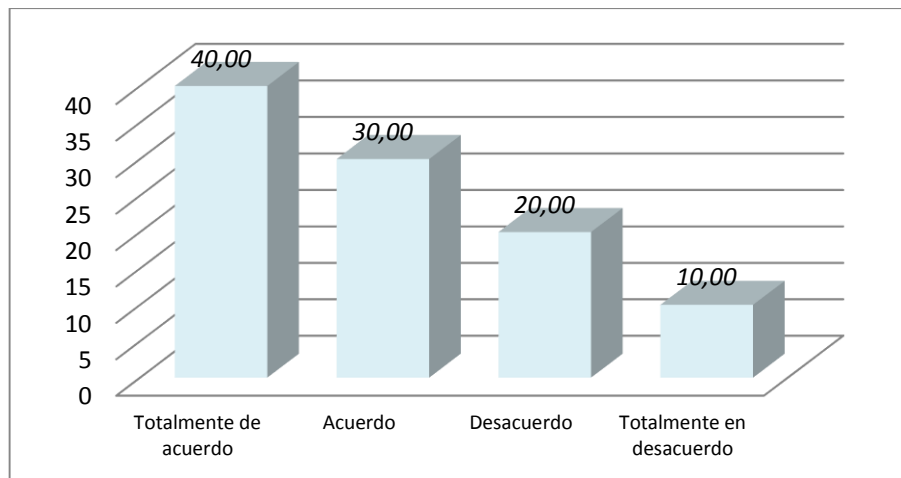
A la pregunta planteada un 45% de encuestados está totalmente de acuerdo; el 35% está de acuerdo; el 15% está en desacuerdo y un 5% está en total desacuerdo. Por lo que podemos afirmar que la mayoría de encuestados piensa que el gobierno peruano está asumiendo la concepción y propuesta de lo que se ha catalogado como un “Derecho penal del enemigo”, que se traduce en una propuesta de Derecho penal máximo con un claro recorte de garantías constitucionales y procesales en lo referido a los problemas socio-ambientales.

4.2.6. Está de acuerdo que el uso simbólico e instrumental excesivo del recurso penalizante provoca mayor deterioro social que el que se pretende solucionar.

Cuadro N° 06

	F	%
Totalmente de acuerdo	40	40.00
Acuerdo	30	30.00
Desacuerdo	20	20.00
Totalmente en desacuerdo	10	10.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 06

El uso simbólico e instrumental excesivo del recurso penalizante provoca mayor deterioro social que el que se pretende solucionar.

INTERPRETACIÓN

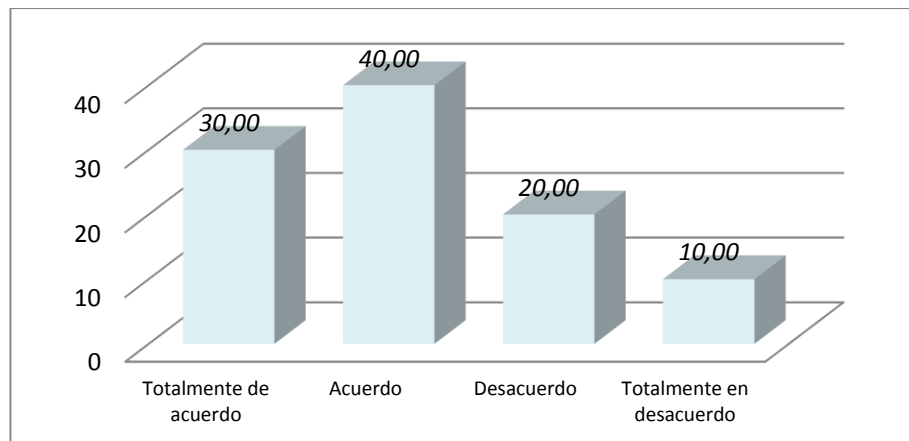
A la pregunta ¿Está de acuerdo que el uso simbólico e instrumental excesivo del recurso penalizante provoca mayor deterioro social que el que se pretende solucionar? El 40% de entrevistados manifiesta estar en total acuerdo; el 30% revela estar de acuerdo; el 20% de encuestados dice estar en desacuerdo y el 10% afirma estar en total desacuerdo; por lo que podemos afirmar que la mayoría de las personas encuestadas está de acuerdo con la interrogante planteada.

4.2.7. Considera correcto que el Derecho Penal solo debe ser aplicado como respuesta reactiva cuando sea inexcusable como manifestación de una justificada protección personal y social.

Cuadro N° 07

	F	%
Totalmente de acuerdo	30	30.00
Acuerdo	40	40.00
Desacuerdo	20	20.00
Totalmente en desacuerdo	10	10.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 07

El Derecho Penal solo debe ser aplicado como respuesta reactiva cuando sea inexcusable como manifestación de una justificada protección personal y social.

INTERPRETACIÓN

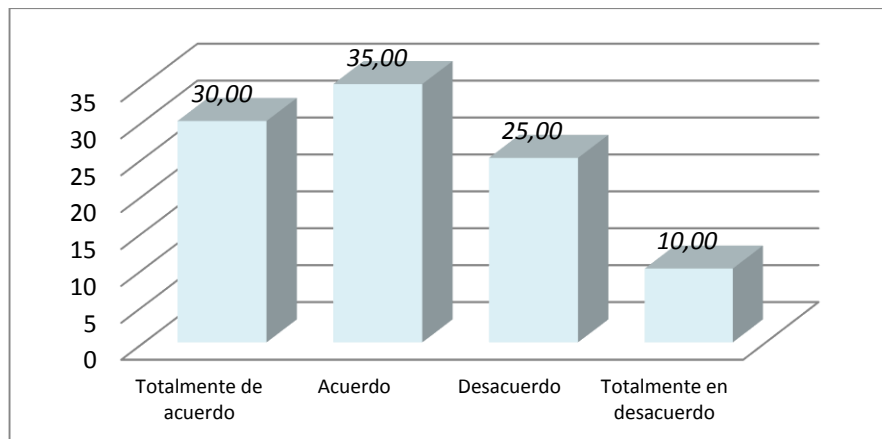
Se puede ver en el cuadro y gráfico que un 30% de los encuestados está totalmente de acuerdo; el 40% está de acuerdo, lo cual muestra una mayoría; el 20 % está en desacuerdo y el 10% de los entrevistados está en total desacuerdo. Lo cual nos hace concluir que la mayoría considera que el Derecho Penal solo debe ser aplicado como respuesta reactiva cuando sea inexcusable como manifestación de una justificada protección personal y social.

4.2.8. Considera que los principales cuestionamientos al Sistema Penal pasan por su ineficiencia controladora y por los costos resultantes de la acción del entramado punitivo en el contexto social.

Cuadro N° 08

	F	%
Totalmente de acuerdo	30	30.00
Acuerdo	35	35.00
Desacuerdo	25	25.00
Totalmente en desacuerdo	10	10.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 08

Los principales cuestionamientos al Sistema Penal pasan por su ineficiencia controladora y por los costos resultantes de la acción del entramado punitivo en el contexto social.

INTERPRETACIÓN

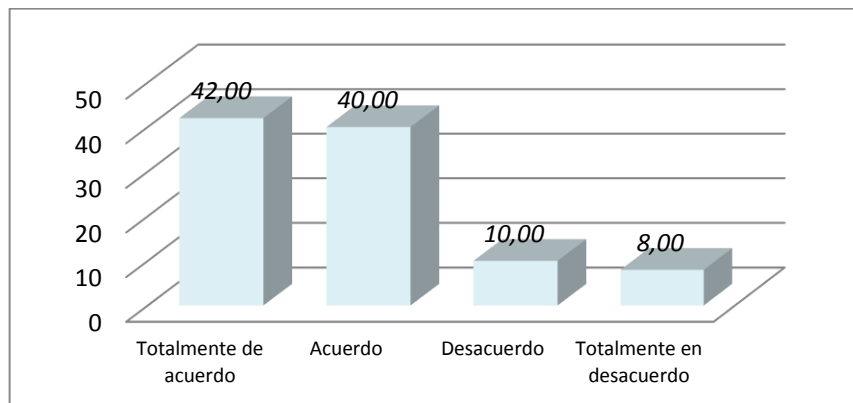
Los resultados de la tabulación de la pregunta planteada demuestran que el mayor porcentaje de encuestados considera que los principales cuestionamientos al Sistema Penal pasan por su ineficiencia controladora y por los costos resultantes de la acción del entramado punitivo en el contexto social. Lo cual podemos observarlo claramente en el cuadro y el gráfico N° 8 como sigue: el 30% está en total acuerdo; el 35% está de acuerdo; en tanto que sólo el 25% está en desacuerdo y el 10% de los encuestados está en total desacuerdo.

4.2.9. Considera que la ineficiencia del Sistema Penal se asocia a su incapacidad de regular la coexistencia humana; al respecto conviene valorar que la responsabilidad de garantizar el control de la entropía social no corresponde únicamente al Sistema Penal.

Cuadro N° 09

	F	%
Totalmente de acuerdo	42	42.00
Acuerdo	40	40.00
Desacuerdo	10	10.00
Totalmente en desacuerdo	08	8.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 09

La ineficiencia del Sistema Penal se asocia a su incapacidad de regular la coexistencia humana, la responsabilidad de garantizar el control de la entropía social no corresponde únicamente al Sistema Penal.

INTERPRETACIÓN

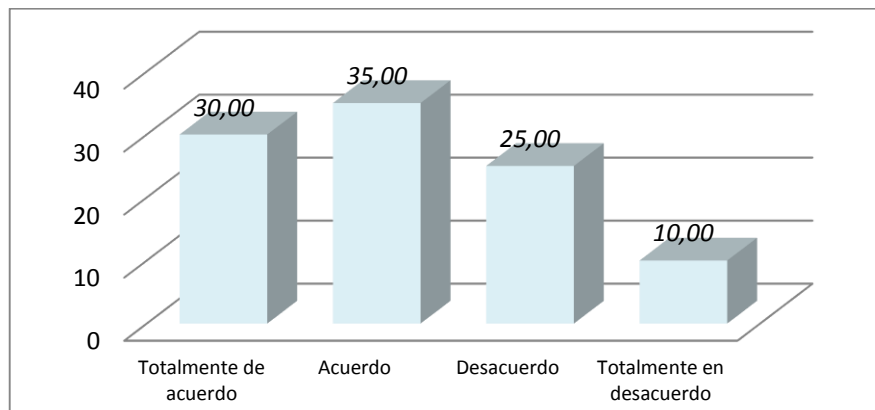
A la pregunta ¿Considera que la ineficiencia del Sistema Penal se asocia a su incapacidad de regular la coexistencia humana; al respecto conviene valorar que la responsabilidad de garantizar el control de la entropía social no corresponde únicamente al Sistema Penal? El 42% de los encuestados está totalmente de acuerdo; el 40% está de acuerdo; el 10% está en desacuerdo y el 8% está en total desacuerdo. Por lo que podemos decir que el mayor porcentaje de entrevistados están de acuerdo en considerar que la ineficiencia del sistema Penal se asocia a la incapacidad de la regular coexistencia humana.

4.2.10. Considera que achacar al Sistema Penal, la responsabilidad por la desregulación social constituye una falacia sustentada en la pretendida centralidad del Control Social Formal y asociada a un inaceptable legalismo controlador difuso en todo el tejido social.

Cuadro N° 10

	F	%
Totalmente de acuerdo	30	30.00
Acuerdo	35	35.00
Desacuerdo	25	25.00
Totalmente en desacuerdo	10	10.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 10

La responsabilidad por la desregulación social constituye una falacia sustentada en la pretendida centralidad del Control Social Formal y asociada a un inaceptable legalismo controlador difuso en todo el tejido social.

INTERPRETACIÓN

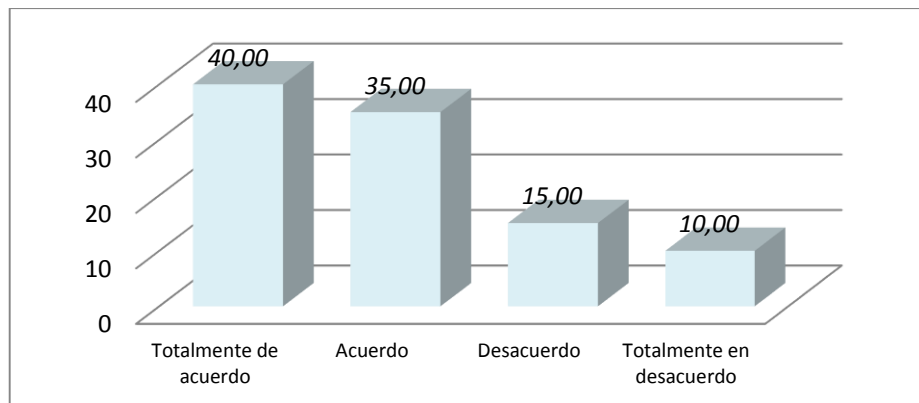
Según la tabulación del cuadro y gráfico N° 10, podemos establecer que el 30% de encuestados está totalmente de acuerdo con la pregunta planteada, el 35% está de acuerdo; en tanto que el 25% está en desacuerdo y sólo el 10% de los interrogados está en total desacuerdo, por lo que se puede afirmar que la mayoría piensa que achacar al Sistema Penal, la responsabilidad por la desregulación social constituye una falacia sustentada en la pretendida centralidad del Control Social Formal y asociada a un inaceptable legalismo controlador difuso en todo el tejido social.

4.2.11. Considera que los problemas socio-ambientales generados por la actividad minera en el país vienen deslegitimando la concepción del Derecho penal como ultima ratio.

Cuadro N° 11

	F	%
Totalmente de acuerdo	40	40.00
Acuerdo	35	35.00
Desacuerdo	15	15.00
Totalmente en desacuerdo	10	10.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 11

Los problemas socio-ambientales generados por la actividad minera en el país vienen deslegitimando la concepción del Derecho penal como ultima ratio.

INTERPRETACIÓN

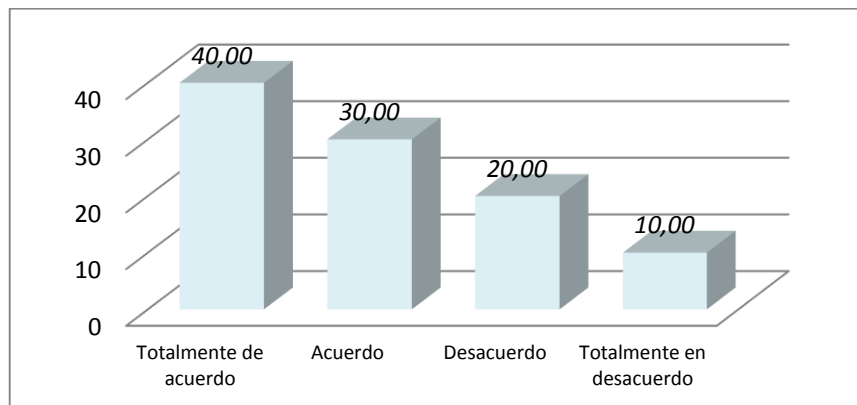
Los resultados de la tabulación del cuadro y gráfico N° 11 establecen que la mayoría de encuestados consideran que los problemas socio-ambientales generados por la actividad minera en el país vienen deslegitimando la concepción del Derecho penal como ultima ratio; en base a los siguientes porcentajes: el 40% está en total acuerdo; el 35% está de acuerdo; sólo el 15% está en desacuerdo y el 10% da a conocer su total desacuerdo.

4.2.12. Considera que la reacción penal caracterizada por el aumento indiscriminado del rigor penal solo conduciría a un sobredimensionamiento del Sistema de Justicia sin la correspondiente reducción del fenómeno criminal.

Cuadro N° 12

	F	%
Totalmente de acuerdo	40	40.00
Acuerdo	30	30.00
Desacuerdo	20	20.00
Totalmente en desacuerdo	10	10.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 12

La reacción penal caracterizada por el aumento indiscriminado del rigor penal solo conduciría a un sobredimensionamiento del Sistema de Justicia sin la correspondiente reducción del fenómeno criminal.

INTERPRETACIÓN

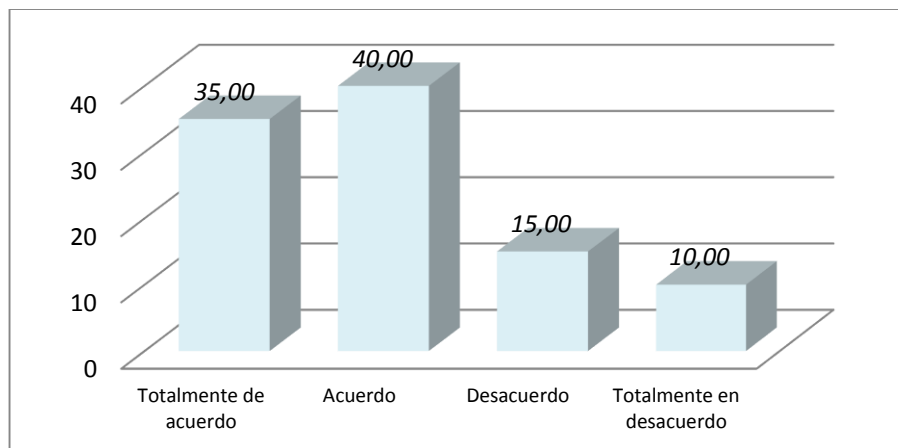
La mayoría de los encuestados se inclinó a considerar que la reacción penal caracterizada por el aumento indiscriminado del rigor penal solo conduciría a un sobredimensionamiento del Sistema de Justicia sin la correspondiente reducción del fenómeno criminal debido a que el 40% de encuestados estuvo en total acuerdo; el 30% estuvo de acuerdo; así como el 20% estuvo en desacuerdo y el 10% de los interrogados estuvo en total desacuerdo.

4.2.13. Considera que la alta cuota de reincidencia y el ostensible engrosamiento de la carrera criminal de los penados demuestran el fracaso del Derecho Penal como prima ratio y como instrumento de Control Social.

Cuadro N° 13

	F	%
Totalmente de acuerdo	35	35.00
Acuerdo	40	40.00
Desacuerdo	15	15.00
Totalmente en desacuerdo	10	10.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 13

La alta cuota de reincidencia y el ostensible engrosamiento de la carrera criminal de los penados demuestran el fracaso del Derecho Penal como prima ratio y como instrumento de Control Social.

INTERPRETACIÓN

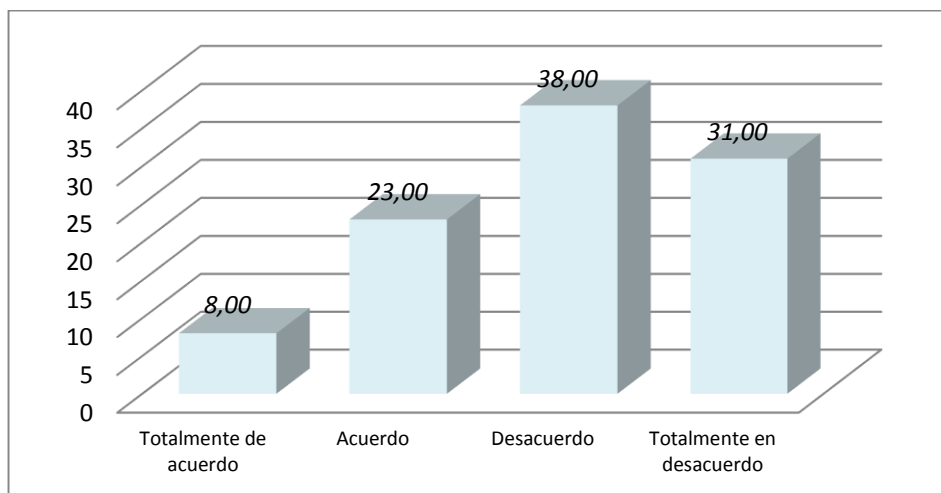
Frente a la pregunta ¿Considera que la alta cuota de reincidencia y el ostensible engrosamiento de la carrera criminal de los penados demuestran el fracaso del Derecho Penal como prima ratio y como instrumento de Control Social? El 35% de los encuestados manifestaron estar en total acuerdo; el 40% estuvo de acuerdo; el 15% reveló estar en desacuerdo y el 10% se mostró en total desacuerdo. Por lo que se puede decir que el mayor porcentaje de encuestados piensa que la alta cuota de reincidencia y el ostensible engrosamiento de la carrera criminal de los penados demuestran el fracaso del Derecho Penal como prima ratio y como instrumento de Control Social.

4.2.14. Considera que el Estado debe recuperar su capacidad de asegurar el orden público a través del endurecimiento del derecho penal.

Cuadro N° 14

	F	%
Totalmente de acuerdo	08	8.00
Acuerdo	23	23.00
Desacuerdo	38	38.00
Totalmente en desacuerdo	31	31.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 14

El Estado debe recuperar su capacidad de asegurar el orden público a través del endurecimiento del derecho penal.

INTERPRETACIÓN

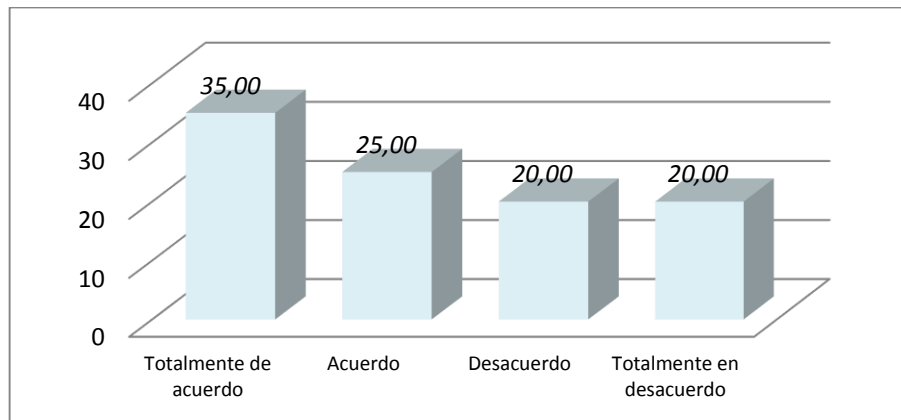
En el cuadro y gráfico N° 14 se puede observar que del total de encuestados el 8% manifiesta estar en total acuerdo; el 23% esta sólo de acuerdo; así como el 38% está en desacuerdo y el 31% está en total desacuerdo. Por lo que se puede afirmar que la mayoría de entrevistados está en desacuerdo en considerar que el Estado debe recuperar su capacidad de asegurar el orden público a través del endurecimiento del derecho penal.

4.2.15. Considera que el derecho penal se ha convertido en prima ratio frente a conflictos socioambientales derivados de la actividad minera en el Perú.

Cuadro N° 15

	F	%
Totalmente de acuerdo	35	35.00
Acuerdo	25	25.00
Desacuerdo	20	20.00
Totalmente en desacuerdo	20	20.00
	100	

FUENTE: Encuesta



FUENTE: Encuesta

Gráfico N° 15

El Estado debe recuperar su capacidad de asegurar el orden público a través del endurecimiento del derecho penal.

INTERPRETACIÓN:

Se puede ver en el cuadro y gráfico N° 15 que el 35% de encuestados está en total acuerdo; el 25% está de acuerdo; el 20% está en desacuerdo y el 20% está en total desacuerdo. Por lo que se puede concluir que la mayor parte de encuestados considera que el derecho penal se ha convertido en prima ratio frente a conflictos socioambientales derivados de la actividad minera en el Perú.

4.3. Análisis de los casos a nivel Judicial y del Ministerio Público

4.3.1. A nivel del Ministerio Público:

Se solicitó información respecto de los casos medio ambientales desde los años 2000 al 2007. El Ministerio Público indicó que esta información se encontraba sistematizada a partir del 2008 con el funcionamiento de la fiscalía de prevención ambiental y se hizo entrega de una relación de casos. Respecto de los años anteriores había que revisar los archivos uno por uno.

De la relación entregada se obtuvieron los siguientes datos. Desde mayo del 2008 a la fecha (Julio 2010) se han investigado 84 casos por presunto delito ecológico. De estos 39 han sido archivados definitivamente y 45 se encuentran en investigación.

Se solicitaron copias de diversas piezas procesales en investigaciones contra empresas mineras (archivados y en curso) por delito de contaminación de medio ambiente en su forma normal (art. 304) y agravada (art. 305). Esto con el fin de analizar los fundamentos de los dictámenes de archivamiento o acusación fiscal y poder dar seguimiento de estos casos ante el Poder Judicial. Los casos solicitados se pueden observar en la tabla siguiente:

**INVESTIGACIONES CONTRA EMPRESAS MINERAS MINISTERIO PÚBLICO
DE ANCASH 2008- 2010**

N° de Investigación	Art. C. Penal	Investigado	Información solicitada
2008- 127	304 y 305	Juan Tarazona Minaya	Acta de intervención y además estado de la investigación en la fiscalía penal donde fue derivado el caso
2008-173	305	Rep. legal Minera Huancapeti contra José Davila y otros	Acta de intervención del 26 y 27 de agosto del 2008 y Acusación fiscal
2008- 174	304 y 305	Duke Energy	Acta de intervención del 29 de agosto del 2008 y acusación fiscal.
2008- 242	304	Compañía Minera Nueva California	Acta de intervención del 21 de Noviembre del 2008 y acusación fiscal.
2008-262	304 y 305	Nilo Romero Marcos Ramírez	Acta de intervención del 10 de diciembre del 2008 y acusación fiscal
2008-273	304 y 305	LQR R	Acta del 17 de diciembre del 2008 y resolución de archivo provisional.
2009-19-0	304	Compañía Minera Antamina	Resolución de exhortación y resolución de archivamiento
2009-65-0	304	Representantes de la Empresa Minera Huallanca SA	Resolución de archivamiento
2009-92-0	304	Compañía Minera Antamina	Resolución de archivamiento del 27 de abril del
2009-145-0	304	Representante de la Empresa Minera Vernard	Acta de intervención del 22 de enero del 2009 Acusación fiscal
2009-218-0	304	Rep. Empresa Minera Shuntur	Acusación Fiscal
2009-256-0	304	Gerente General C. M. Santa Luisa de Huanzalá	Acta de archivamiento
2009-257-0	304	Gerente General Barrick	Estado actual del caso o (si se ha formalizado acusación) acusación fiscal.

- 1) Investigación N° 2008-173 por violación del art. 305 del CP contra el representante legal de Minera Huancapeti, José Davila y otros (Fiscalía Provincial de Aija)

Se solicitó tener acceso al Acta de intervención del 26 y 27 de agosto del 2008. Este documento tiene por título “Acta de constatación fiscal y recojo de indicios y evidencias técnico criminalístico”. En este documento se evidencia que el Fiscal de Prevención del delito ha acudido a la municipalidad provincial de Aija tras una denuncia interpuesta por el alcalde. El fiscal junto con otras autoridades (el Gerente Regional de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente del Gobierno Regional, el jefe de Laboratorio de la Dirección Ejecutiva de Salud Ambiental- DIRESA, un representante del municipio y el presidente del Comité de Defensa del medio ambiente de la provincia de Aija) proceden a realizar un recorrido por la Cuenca del Río Santiago donde vienen funcionando la empresa minera Huancapeti SAC a fin de realizar el recojo de muestras de agua.

El acta señala 6 puntos de muestreo y se deja constancia que dichas aguas son consideradas (de Acuerdo a la Ley General de Aguas N° 17752) de Clase 3 (agua para riego de vegetales comestibles y agua de consumo animal). Asimismo se hace de conocimiento de los presentes que los resultados de las muestras serán enviados a la DIGESA en Lima y tardarían aproximadamente tres meses en retornar con el resultado. Se indica posteriormente que existiendo laboratorios acreditados por Indecopi y fiscalizados por el Ministerio de Salud se dispone que las muestras tomadas sean remitidas a un laboratorio privado que cuente con dicha acreditación, encomendándose la cadena de custodia de las muestras al representante de la DIRESA Ancash. Este se encargaría de trasladarlo

a la ciudad de Lima en coordinación con el Alcalde del Gobierno Provincial de Aija.

Se dispone asimismo que las tomas fotográficas efectuadas por el Representante del Gobierno Regional sean remitidas al despacho fiscal. Se deja constancia que en el punto 3 de la toma de muestras viene funcionando la Minera Huancapeti, allí se verificó que vienen trabajando cuatro personas en los trabajos de Pasivos Ambientales de la ex minera Alianza y de la actual minera Huancapeti SAC. En el punto 5 se verificó el funcionamiento de la Minera llamada Limuna. Se deja constancia que ninguna de las mineras tenía ningún representante legal al momento de la intervención y que todas las minas son de tipo socavón. Finalmente también se deja constancia que no se contó con el representante de la Dirección de Energía y Minas pese a solicitárselo mediante oficio.

El representante del gobierno regional refiere que se ha constatado que no existe tratamiento de las aguas al interior de las minas salvo algunos intentos muy artesanales. Asimismo, que en toda la cuenca visitadas existe operación minera de mucha intensidad sin embargo no se verifican señalizaciones para el personal o vías de acceso considerando que el recorrido atraviesa la carretera Recuay- Aija.

El representante del Comité de Defensa de Aija refiere que existe preocupación de toda la ciudadanía de su provincia al encontrarse la única microcuenca en riesgo de ser contaminado por actos de explotación de Minera

Huancapeti o Limuna SAC. con lo que se contaminaría la única fuente de agua de consumo humano que almacena el recurso hídrico de las lagunas.

Posteriormente se elaboró un Acta de Acusación Fiscal por la presunta comisión de los delitos tipificados en los artículos 304 y 305 del Código Penal sin embargo se desconocen los resultados de esta investigación a nivel del Poder Judicial.

De la presente investigación se resalta lo siguiente: La investigación por presunta contaminación de aguas requiere el envío de una muestra a Lima para su análisis, el que suele demorar varios meses. Este análisis no comprende todos los metales peligrosos por lo que es necesario contar con la intervención de otro laboratorio, asumiendo el costo respectivo. Este costo es financiado muchas veces por las municipalidades o el gobierno regional, con el consecuente riesgo de politizar los resultados. El fiscal se encuentra atado de manos para la realización de un proceso diferente por falta de recursos.

2) Investigación N° 2009-145-0 contra el representante de la Empresa Minera Vernard (Juzgado Penal de Recuay)

Se formalizó denuncia contra Romel Rigoberto Macedo Rondán y Alfredo Basurto Lozano en sus condiciones de representante legal de las empresas mineras Vernad S.A.C y la Compañía Minera Huancapeti SAC. por comisión del delito tipificado en el artículo 304 del CP.

Se argumenta que la empresa minera Huancapeti está realizando vertimientos hacia el río Santa- Recuay, los cuales se encuentran por encima de los límites máximo permisibles conforme se desprende del Informe Técnico N° 096-2009- REGION- ANCASH- DIRES- DESA- LABORATORIO que en sus conclusiones precisa que en cuanto a metales totales del vertimiento H1 tiene presencia de arsénico, cadmio, mercurio, plomo y zinc y estos están por encima de los límites máximos.

Respecto de la empresa minera Vernard se desprende del Informe Técnico N° 097-2009- REGION- ANCASH- DIRES- DESA- LABORATORIO que tomando en cuenta los metales disueltos, el arsénico está por encima de los límites máximos permisibles.

Por tanto, siendo que la investigación de este tipo de delitos tiene por objeto la tutela y protección del medio ambiente y los recursos naturales, el cual es un bien jurídico de naturaleza colectiva, ello amerita una investigación a nivel judicial.

El Juzgado Provincial de Recuay (Expediente N° 2009- 256- P) mediante Resolución del 25 de noviembre del 2009 señala que se han hecho las siguientes constataciones:

- a) Se ha podido verificar que el dique de contención de una antigua cancha de relaves se encontraba en plena restauración. Sobre esta el representante de la Dirección Regional de Energía y Minas (DREM) dejó constancia que las canchas de relaves antiguas son considerados pasivos por lo que deben acreditar

el permiso y autorización respectiva para usarlos como canchas de relaves. Sobre este punto el Jefe de Planta de la Minera Huancapeti señaló que aún no se procesa mineral alguno porque recién están en proceso de montaje. Que se trataría de relaves pasivos antiguos desconociendo de qué minera sea. Que de acuerdo a la temporada de lluvias una acumulación de agua de esorrentía lava los pasivos de la relavera antigua y que por ello estaban reforzando los diques de estas relaveras antiguas para poder evitar que discurra el agua de estos pasivos.

- b) Mediante Oficio N° 292- 2009- REGION ANCASH/DREM se indica que Huancapeti cuenta con el certificado de operación minera otorgando a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos y respecto de la empresa Venard, que se dedica a extraer o concentrar la parte valiosa de los minerales desarraigados y/o fundir, purificar o refinar los metales, se encuentra en trámite su concesión de beneficio.
- c) Que el Informe N° 26- 2009GRA-DREM/ATA/crrg emitido por la DREM respecto de la Minera Huancapeti detalla el cumplimiento de la presentación de instrumentos de gestión ambiental tal como la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado aprobado mediante Resolución Directoral N° 003-2008- REGION ANCASH/DREM del 10 de enero del 2008.
- d) Que se ha efectuado una supervisión en la micro cuenca del Sipchop de la provincia de Recuay realizando toma de muestras de agua. De los resultados se ha expedido la Resolución Directoral N° 032- 2009- GRA- DREM de fecha 13 de febrero del 2009 mediante la cual se impone sanción administrativa a la

CIA Minera Huancapeti SAC con una multa de seiscientos unidades impositivas tributarias por infracción al art. 5° del Reglamento para la protección ambiental de la actividad minero metalúrgica y se dispone que Minera Huancapeti realice el cierre de los pasivos existentes acorde a la normatividad vigente y remedie las áreas afectadas a través de la implementación de la totalidad de las recomendaciones y que el titular cuente con el título de concesión de beneficio y autorizaciones de funcionamiento. Posteriormente no se ha informado del cumplimiento o no de la minera Huancapeti sobre la sanción ordenada por la entidad del Estado ni la adopción de medidas de protección ambiental. Sin embargo, si aparece en autos la solicitud efectuada por el Gerente General de Huancapeti con fecha 30 de julio del 2009 de una nueva inspección para demostrar que no había nueva contaminación y que el depósito de relaves era un pasivo ambiental que viene contaminando desde épocas remotas (desde que operaron otras compañías entre los años 1967 y 1980) los que habrían ocasionado el impacto ambiental constatado. Además, para remediar esto han solicitado una concesión de beneficio que se encuentra en trámite, en este se puede observar un anexo de “Diseño de la Rehabilitación del antiguo depósito de relaves de Huancapeti”.

- e) Respecto de la Minera Venard se informa que dicha empresa no cuenta con ninguna autorización ambiental y se ha impuesto la sanción por este hecho mediante Resolución Directoral N° 027- 2008- GRA/DREM al pago de dos unidades impositivas tributarias y la paralización temporal del funcionamiento de su planta de beneficio.

- f) Que la infracción al tipo penal del artículo 304 se sanciona a título de dolo, por cuanto a título de culpa se encuentra previsto en el segundo párrafo de dicha norma.
- g) Que se debe tener en cuenta el principio de última ratio, “por el cual se entiende que la facultad punitiva del Estado solamente es viable cuando frente a un hecho determinado se hayan agotado todos los medios legales posibles para solucionarla y que no exista otro sino la intervención punitiva del Estado. Es decir en materia de minería existen sanciones civiles, administrativas y penales para el infractor de las leyes, reglamentos y límites máximos permisibles de los cuales la autoridad competente debe agotar las dos primeras para acudir al derecho penal y en el caso que nos ocupa la autoridad competente, Dirección Regional de Energía y minas de Ancash en ejercicio de sus funciones ha establecido la sanción administrativa mediante la Resolución Directoral N° 032-2009- GRA/DREM contra la empresa Huancapeti donde ha impuesto una multa equivalente a seiscientos UIT y del mismo modo ha dispuesto a esta realizar otras actividades para proteger la seguridad del medio ambiente”. Es decir ha adoptado las medidas pertinentes por la autoridad ambiental en la vía administrativa y posteriormente a esta resolución directoral no existe ningún informe sobre el cumplimiento o no de dichas medidas dispuestas. Sin embargo se observa que en los Informes 096 y 097 del 22 de enero del 2009 los análisis de metales muestran que están por debajo de los LMP lo que significa que se viene cumpliendo con lo señalado en la ley minera. En estos informes se señala la necesidad de realizar un nuevo monitoreo en un período de tiempo, análisis que no se ha realizado.

h) A criterio de la juzgadora los hechos denunciados no alcanzan la categoría de delito de contaminación del medio ambiente imputables a título de dolo a los denunciados al haber sido sancionados administrativamente por la entidad correspondiente y cuyos responsables directos de dicha contaminación ambiental del agua no han sido identificados por tratarse de relaveras antiguas.

Que la actividad contaminante constatada no alcanza la categoría de delito imputable a título de dolo a los denunciados. Que en cuanto la empresa Venard aún se encuentra en trámite la concesión de beneficios por ende no cumple con los requisitos previstos por el artículo 77 del código de procedimientos penales para efectos de aperturar instrucción.

i) Se resuelve no haber mérito para aperturar instrucción contra Romel Rigoberto Macedo Rondán- representante de la empresa Venard y Alfredo Basurto Lozano- Representante de la CIA Minera Huancapeti por la presunta contaminación de delitos ambientales.

Este caso sin duda muestra el nivel de especialización técnica con el que debe contar el operador jurisdiccional para investigar este tipo de casos. De la lectura del expediente se puede arribar a las siguientes conclusiones: 1) Se señala que no se han excedido los Límites Máximos Permisibles sin embargo no se precisan cuáles son dichos límites, la norma que los ha aprobado o cuál es el sustento para arribar a dicha conclusión; 2) Existen dificultades para identificar el grado de responsabilidad de las mineras en la contaminación producida; 3) Existe una confusión entre el procedimiento sancionador a nivel administrativo y la facultad punitiva penal.

Sobre el primer punto consideramos que toda resolución debe tener un sustento que de forma gradual permita arribar a una conclusión. Además no debe bastar con señalar el hecho (que no se han rebasado los LMP) sino se debe explicar por qué.

Sobre el segundo punto considero que si bien es cierto en un proceso penal se debe determinar la responsabilidad de la agente en la comisión del ilícito, no se puede ignorar el hecho que estén escurriendo sustancias altamente contaminantes (arsénico) al río. La responsabilidad se puede determinar con la colocación adecuada de puntos de monitoreo para la medición de efluentes. En este punto quiero remitirme a la Sentencia de la Acción de Amparo N° 3510-2003-AA/TC del TC que señala la obligación del Estado de realizar acciones destinadas a conservar y prevenir el cuidado del medio ambiente. En este sentido la aplicación del “principio precautorio” debe conducir a efectuar todas las acciones necesarias para evitar que se siga produciendo dicha contaminación, situación que consideramos no se presenta en el caso.

Sobre el tercer punto es necesario mencionar que si bien el incumplimiento de una resolución administrativa puede traer como consecuencia una sanción administrativa ello no obsta el inicio de una investigación penal ante la comisión del ilícito, situación que se da en el presente caso.

4.3.2. A nivel del Poder Judicial:

En el Poder Judicial la situación de los expedientes judiciales es similar a los de la fiscalía. Las investigaciones medio ambientales no se encuentran sistematizadas y se encuentran archivadas en diversos lugares. Para la investigación de los casos se ha accedido a dos expedientes del Juzgado de Caraz (situada a 1 hora de Huaraz).

La búsqueda se tuvo que hacer de forma manual, expediente por expediente, encontrándose pocos casos tramitados como delitos ecológicos:

- 1) Expediente 2004-045-0-2602-JM-PJ por delito contra los recursos naturales, depredación de bosque protegido- Parque Nacional Huascarán (art. 310 CP) contra Antonio Clemente Valladares Milla y Demetrio Valladares Milla

El proceso se inició el mes de noviembre del 2003 en el Juzgado Penal de Caraz. Se imputó a los procesados el haber prendido fuego al desmonte que impedía el libre recorrido del agua en una acequia. Este fuego, debido al viento, se convirtió en un incendio incontrolable que duro 3 días y 3 noches hasta apagarse solo, afectándose seis hectáreas de la zona.

El proceso se llevó a cabo en el Juzgado Penal de Caraz y culminó el 29 de agosto 2008. Se absolvió a los inculpados, por no haberse practicado ninguna diligencia que acredite la comisión del delito así como la responsabilidad penal de los acusados, debido a que durante los plazos procesales no se ha cumplido con

cabalidad las diligencias ordenadas que hubieran permitido esclarecer los hechos debiendo los acusados ser absueltos por insuficiencia probatoria, tanto más que en materia penal la carga de la prueba corresponde al titular de la acción penal que es el Ministerio Público.

Este hecho no deja de lado que a nivel preliminar se ha recabado el Informe N° 004-2004- INRENA- AFFES ANCASH, sede Huaraz , elaborado por el Instituto Nacional de Recursos Naturales quienes habrían constatado aproximadamente 6 Ha. de zona afectada, donde verificaron la existencia de pastos nativos, especies arbustivas y plantas medicinales afectadas.

En el presente caso se puede observar que luego de 5 años de investigación no se han efectuado las diligencias necesarias para demostrar la responsabilidad penal hecho que trajo como consecuencia la absolución de las personas investigadas.

3) Expediente N° 2005- 0098- 0- 2602- JM- PE- 01 por delito por contaminación del medio ambiente (artículo 304) contra Hugo Prieto Milla

Se acusa al inculpado de venir causando impactos a la salud así como a la flora y a la fauna por el funcionamiento de maquinaria de procesamiento de carbón de piedra. Con fecha 31 de marzo del 2006 el Juzgado de Caraz declara sobreseída la instrucción seguida contra el procesado, por cuanto no se ha acreditado fehacientemente los actos punitivos dolosos. Asimismo, que no se ha acreditado que el inculpado haya infringido las normas de protección del medio ambiente,

pues es cierto que el inculpado viene acopiando carbón de piedra en la parte sur del caserío de Choquechaca pero cuenta con autorización minera para las labores de acopio.

Se observa en el presente caso que se omite precisar si el investigado viene cumpliendo con lo dispuesto en su estudio de impacto ambiental o el requerimiento de algún informe a las autoridades competentes sobre la actuación del investigado.

V. DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

5.1. La expansión del Derecho Penal

En los últimos años, quizá de modo más agudo en Perú, somos testigos de un crecimiento en los índices de criminalidad y el esfuerzo de los Estados para disminuir este fenómeno se da acudiendo, con mayor incidencia, al Derecho penal⁶⁶.

Pues no sólo se generan nuevos tipos penales, por parte del legislador, sino que nosotros mismos muchas veces, o nuestros familiares, hemos sido víctimas de algún delito. Es este panorama el que genera un ambiente general de inseguridad, frente al cual los Estados se encuentran en la obligación de elaborar y aplicar políticas que puedan remediar esta situación. Es así que, a nivel internacional, desde el Derecho penal se busca una respuesta para hacer frente a este crecimiento de la delincuencia acudiendo para ello al Derecho penal de modo más constante. Esto en doctrina se ha denominado como la expansión del Derecho penal⁶⁷ o simplemente la búsqueda de un sistema represivo apropiado⁶⁸.

⁶⁶ Al menos eso es lo que el legislador nos informa al generar nuevos tipos delictivos de manera constante, recordemos que sólo en el año 2012, se han generado numerosos tipos penales como por ejemplo el delito de “marcaje”, así como los nuevos delitos de peligro abstracto que sancionarán a los presos que posean aparatos electrónicos o de telecomunicación. Delitos sancionados hasta con 15 años de pena privativa de libertad.

⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. J.M Bosch editor, Barcelona, p. 14 y ss.

⁶⁸ HURTADO POZO, José (2005). *Derecho Penal-Parte General*, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima, p. 81.

Y este fenómeno expansivo ha tenido sus vertientes más saltantes en lo que se ha denominado el Derecho penal simbólico y Derecho penal punitivista⁶⁹, esto quiere decir que los Estados buscan solucionar el fenómeno de la criminalidad a través del establecimiento de nuevos delitos (Simbolismo) y además por medio de la elevación de penas en los delitos ya existentes (Punitivismo).

5.2. Las tendencias de la política criminal a la expansión del poder punitivo

5.2.1. Generalidades

El tema que da origen a estas reflexiones aparece como una de las discusiones más modernas y expandidas relacionadas con el castigo, de ahí que no sólo se verifiquen polémicas en torno a él en los países del continente, sino que también el debate que lo circunda llegue a los de la periferia.

Son muchas las naciones Latinoamericanas que observan impávidas la aparición de nuevas legislaciones –de emergencia⁷⁰- vinculadas con tratamientos diferenciales –en términos de garantías- ante determinada clase de delitos o de delincuentes⁷¹.

El segundo punto de interés del tema en trato está relacionado con el brusco viraje sufrido por los discursos –teorías– en estos últimos tiempos, pues a nadie se

⁶⁹ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003). *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, p. 62.

⁷⁰ DONNA, Edgardo Alberto (2004). *Reformas penales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, p. 10.

⁷¹ El autor de la obra recién señala sostiene en su prólogo que “La segunda idea de la reforma es, como dijimos, que quien está sospechando o que realmente ha cometido un delito es considerado un ‘enemigo’?, en el sentido del Proyecto antes citado. Y al enemigo se lo destruye, se lo aniquila, y se lo mata” (p. 10).

le escapa que en las últimas décadas, del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas en el ámbito de la criminología⁷², se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo⁷³. Y paradójicamente son estos tiempos donde también mucho se habla en los círculos intelectuales acerca de la necesidad de reconducir la intervención punitiva del Estado a un derecho penal mínimo⁷⁴.

¿Es esa una temática propia de la criminología como campo del saber⁷⁵?

Si adoptamos la conceptualización de HASSEMER en el sentido que “La (...) criminología se caracteriza tanto por una ampliación como por una prolongación en su perspectiva” y “cada vez con mayor claridad, la criminología ha demostrado que una política que pretende adaptarse a la omnipresente violencia, no debe simplificar ni dramatizar su objeto, sino dejarlo tal como es en toda su complejidad, incluyendo las condiciones comunicacionales que lo hacen surgir y lo modifican; y que este objeto a largo plazo no puede ser tratado ni por la fuerza ni represivamente”⁷⁶,

⁷² Ver las posiciones teóricas criminológicas que dominaban el último cuarto del siglo pasado: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMIREZ, Juan y MIRALLES, Teresa (2005). *El pensamiento criminológico*, Vol. I y II; Temis, Bogotá

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raul (2006). *El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, p. 13.

⁷⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús Maria (2006). *La expansión del derecho pena. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, Montevideo, p. 31.

⁷⁵ Entendemos por criminología siguiendo a ZAFFARONI al “saber (conjunto de conocimientos) que nos permite explicar cómo operan los controles sociales punitivos de nuestro margen periférico, qué conductas y actitudes promueven, qué efectos provocan y cómo se los encubre en cuanto ello sea necesario o útil, para proyectar alternativas a las soluciones punitivas o soluciones punitivas alternativas menos violentas que las existentes y más adecuadas al progreso social”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; *Criminología. Aproximación desde un margen*. Vol. I, Temis, Bogotá, 1993, p. 20).

⁷⁶ HASSEMER, Winfried (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Temis, Bogotá, pp. 42-43.

podemos entonces fácilmente convenir que el fenómeno en estudio se encuentra dentro de aquellos que debe ser analizado por el saber criminológico.

No queremos explayarnos demasiado sobre este punto, pero tal vez sea necesario también preguntarnos acerca de cuál es la importancia que tuvo y tiene la criminología como saber penal, y por otro lado, si existe algún tipo de vinculación entre ésta y la llamada política criminal, o, en términos más llanos, cuáles son las políticas que el Estado emprende en relación al fenómeno criminal y en su caso, cuál ha sido la ventaja que la criminología crítica, el realismo criminológico⁷⁷, el garantismo penal⁷⁸ y demás corrientes contemporáneas⁷⁹ le han aportado a la realidad penal si estas innovaciones no se reflejan en las orientaciones de las políticas criminales?

Sin intenciones de continuar sobre esta línea -porque excedería el objeto de estas reflexiones- pero con la convicción que resulta necesario polemizar sobre ellos, debemos ser honestos y expresar que creemos que en la actualidad o bien no existe vinculación alguna entre la criminología y la política criminal, o esa relación es muy débil, y esto se contradice con una intuición que tenemos que nos señala que ambos campos deberían seguir un camino que los reúna de alguna manera.

⁷⁷ Puede consultarse ZAFFARONI, Eugenio Raul (1989). *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires. Y una posición crítica en: NINO, Carlos Santiago (1994). "La huida frente a las penas", en Revista No hay derecho, N° 4, Buenos Aires, 1991.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editora Trotta, Buenos Aires.

⁷⁹ PAVARINI, Massimo (1992). *Control y dominación*, Siglo XXI, México; LARRAURI, Elena (1992). *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI, México y LAMNEK, Siegfried (1998); *Teorías de las criminalidad*, Siglo XXI, México, 1998.

En igual sentido ZAFFARONI expresa que “hasta ahora –y puede afirmarse que durante el último siglo y medio- se ha minimizado con poco esfuerzo la desconexión de la doctrina penal con la teoría política”⁸⁰.

De nuevo, sobre el objeto de estas líneas, pero también vinculado con lo antes reseñado, no podemos dejar de destacar que la creciente expansión de poder punitivo despierta interés también por las consecuencias a las que tal elección de política criminal lleva a los Estados que sostienen una democracia liberal.

5.2.2. Globalización

Mucho ha sido escrito sobre este tema, y a nuestro criterio, ningún autor ha logrado sistematizarlo desde una perspectiva político sociológica tan crítica e íntegramente como ZYGMUNT BAUMAN.

Este autor en distintas obras⁸¹ ha advertido sobre la diferenciación entre la vida moderna y la globalizada, caracterizando a la primera como sólida y como líquida a la segunda, explicando que esto no sólo identifica a los Estados, sino también a las relaciones interpersonales⁸².

Más recientemente ha afirmado -continuando con aquellas ideas- que “El estado nación era el grandioso sueño de una nación fundida con el sistema de gobierno: los intereses comunes disueltos en éste e indistinguibles de aquél en una

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul (1985). *El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, p. 15.

⁸¹ BAUMAN, Zygmunt (2000). *Modernidad Líquida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

⁸² BAUMAN, Zygmunt (2007). *Amor líquido*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

única entidad, una *raison d'état*. Como la supervivencia de la nación coincidía punto por punto con el poder obstinado e inexpugnable del estado, el amor a una nación se manifestó en su forma más acabada en la observancia meticulosa del interés del país y en la fidelidad en el servicio de todo lo que se presentara como interés del Estado y fuera reconocido como tal. El Estado podía reclamar para sí la lealtad indivisa de sus ciudadanos, pasando por sobre cualquier otro interés: si se los veía desde la perspectiva de la totalidad soberana del Estado, se trataba de meros particularismos”⁸³.

“La globalización es el término que comúnmente se utiliza para dar cuenta de esa extraña experiencia del ‘mundo que se agota’”⁸⁴ y que en palabras del autor no sólo ha terminado con los duros cimientos de la modernidad sino que todo lo que se intenta construir sobre esa base porosa carece de solidez.

En particular, éste autor llama la atención sobre la falta de una autoridad con la legitimación que antes se encontraba por imperio de la posesión del Estado en la autoridad administrativa territorial que correspondiese. Y en tal sentido afirma que “En el momento en que el Estado abandonó su pretensión de monopolizar la coerción legítima, y la coerción administrada por él, perdió su puesto de privilegio entre los muchos tipos de coerción (con grados variables, pero por definición

⁸³ BAUMAN, Zygmunt (2005). *La sociedad sitiada*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005, p. 18/19.

⁸⁴ *Ibíd.*

discutibles, de legitimidad) que operan en dos campos de batalla separados pero mutuamente dependientes”⁸⁵.

5.2.3. La expansión del poder punitivo

La globalización está precedida por una revolución tecnológica que es, ante todo, una revolución comunicacional. Este formidable avance permite que cunda por el planeta un discurso único de características autoritarias antiliberales, que estimula un ejercicio del poder punitivo mucho más represivo y discriminatorio pero de orden mundial⁸⁶.

Ya no estamos en el drama de la alienación, exclama BAUDRILLARD, sino en el éxtasis de la comunicación. Y este éxtasis si es obsceno. Ya no es la obscenidad de lo oculto, reprimido, oscuro, sino la de lo visible, de lo demasiado visible, de lo más visible que lo visible, la obscenidad de lo que ya no tiene secreto, de lo que es enteramente soluble en la información y en la comunicación⁸⁷.

Se verifica en Europa y en América Latina una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes⁸⁸.

⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. Ob. Cit., p. 21.

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul (2006). *El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, p. 51.

⁸⁷ BAUDRILLARD, Jean (1997). *El otro por sí mismo*, Anagrama, Barcelona, pp. 18/19

⁸⁸ Nuestro país no está exento de esta tendencia. Ver como ejemplo la abultada reforma sufrida en el último lustro por el Código Penal a través de las conocidas como “leyes Blumberg”.

Una de las obras que dio pie a esta discusión ha sido la de SILVA SANCHEZ⁸⁹, aparecida en Europa a fines de la década del '90. El Prof. de la U. Pompeu Fabra, por expansión del derecho penal se refiere a un complejo proceso de avance del derecho penal caracterizado no sólo por una generalizada agravación de las penas, sino por una tendencia creciente a utilizar el ordenamiento punitivo como instrumento de gestión de los grandes problemas sociales, frente a su antiguo y tradicional papel preventivo de riesgos individuales.

Claro que esta teorización no resulta de una visión trasnochada sino producto de una clara lectura de la realidad, que indica, como lo hace WACQUANT⁹⁰ que desde hace algunos años crece a lo largo de Europa uno de esos pánicos morales capaces, en virtud de su amplitud y virulencia, de modificar profundamente las políticas estatales y redibujar de manera duradera la fisonomía de las sociedades que afecta. Explica el Prof. de la U. de California que esas nociones no brotaron de manera espontánea y ya completamente elaboradas de la realidad. En efecto, se inscriben en una vasta constelación discursiva de términos y tesis procedentes de los Estados Unidos y referentes al crimen, la violencia, la justicia, la desigualdad, y la responsabilidad.

En términos de SILVA SANCHEZ no es infrecuente que la expansión del derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente)

⁸⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Ob. Cit., p. 78.

⁹⁰ WACQUANT, Loic (2000). *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Buenos Aires, p. 21.

solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principio, que tranquiliza a la opinión pública), lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva)⁹¹.

Así también encontraron tierra donde arraigarse las ideas vinculadas con discursos relativos al derecho penal de enemigo, es decir, uno de aquellos en que se subdivide el derecho penal (del ciudadano y del enemigo)⁹², caracterizado este último por un amplio adelantamiento de la punibilidad, penas desproporcionadamente altas, y relativización o supresión de garantías.

Esa expansión no sólo se encuentra vinculada con la criminalización primaria –expansión legislativa-, sino también con la criminalización secundaria, resultando un claro ejemplo de esto la denominada política de tolerancia cero nacida y criada en Nueva York –como instrumento de legitimación de la gestión policial y judicial de la pobreza que molesta⁹³- que para la década de los ‘90 se propagó en países del viejo continente y en naciones americanas (entre otras, Brasil y Argentina).

JAKOBS explica que la polarización que sufre el derecho, se produce porque por un lado se ocupa de resguardar los derechos de aquellos ciudadanos sometidos a proceso, pero por otro lado, de la mano del derecho penal del enemigo se

⁹¹ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Ob. Cit., pp. 6/7.

⁹² JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIA, Manuel. Ob. Cit., p. 2005.

⁹³ WACQUANT, Loic. Ob. Cit., p. 32.

transforma en un elemento que permite la persecución de delitos mediante la guerra⁹⁴.

Y muchas voces se alzaron a favor de estas ideas desde el propio campo jurídico, en tanto no puede olvidarse que, con la expansión del derecho penal hacia sectores de la vida comunitaria controlados por los grupos más acomodados –la empresa, la bolsa, determinados ámbitos científicos- quienes tradicionalmente habían formado parte de núcleo de sujetos pasivos de la criminalidad (clásica) se convierten de pronto en potenciales delincuentes, fomentando así una visión ideológica distinta del derecho penal que no aparece ya como mero reducto para reprimir a los marginados sino- al menos en opinión de los defensores de la llamada modernización del discurso de la criminalidad- como una potente herramienta para enfrentarse a los poderosos⁹⁵.

El Prof. de Bonn sostiene que tal dicotomía obedece al reconocimiento que se efectúa respecto de los delincuentes: puede tratarse de personas que han cometido un error o de individuos a los que hay que impedirle que destruyan el ordenamiento jurídico.

Y en este punto debemos remarcar que tal autor no se refiere a esos individuos como personas, puesto que no les reconoce ese carácter, es decir, no ve a esos seres

⁹⁴ JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIA, Manuel. Ob. Cit., p. 47.

⁹⁵ LAURENZO COPELLO, Patricia; Recensión de la obra de Silva Sanchez arriba citada, publicada en la misma, p. 209. La autora cita como ejemplo de esos defensores a la obra de GRACIA MARTÍN, Luis (2003). *Prolegómenos para la lucha para modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

como sujeto de derechos. Específicamente sostiene que “el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”⁹⁶.

Y este Derecho Penal del Enemigo encuentra como antecesores, en palabras de CANCIO MELIA, dos líneas de pensamiento teórico.

Por un lado el derecho penal simbólico⁹⁷ y por otro el neo punitivismo. La primera de ellas afirma que los fenómenos de neo criminalización sólo obedecen a la necesidad de cumplir efectos meramente simbólicos. La segunda, que representa un verdadero “clima punitivista” que recurre a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio de política criminal. Sin embargo, ambos fenómenos teóricos no resultan fácilmente escindibles, en tanto, el derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado hecho sino también a un específico tipo de autor quien es definido como un no igual, como otro. De esta relación fraternal, nace ese derecho penal polarizado⁹⁸.

5.3. El derecho penal como mecanismo de control

El derecho penal expresa de modo más intenso que otras materias jurídicas la soberanía nacional, soberanía a la que sólo se renuncia con disgusto, aunque esta renuncia sea meramente parcial, y de este modo—al menos en amplios sectores—

⁹⁶ JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIA, Manuel. Ob. Cit., p. 51.

⁹⁷ GARLAND, David. Ob. Cit., p. 297.

⁹⁸ JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIA, Manuel. Ob. Cit., p. 182.

el derecho penal se presenta como un derecho político⁹⁹. Desde este cariz, es unánime el criterio que el fenómeno criminal no es algo puramente individual o social sino en primer lugar como una construcción desde el control¹⁰⁰.

Es aquí donde cobra importancia el avance de la Criminología crítica¹⁰¹ en cuanto al cambio de paradigma al postular en reestructurar la sociedad más que reinsertar en ella al individuo, esto es, de su objeto etiológico (el paradigma etiológico entendido como la búsqueda de las causas individuales del comportamiento criminal¹⁰², ha fracasado como explicación de la criminalidad en general) pasa al estudio del control social con su mejor forma el derecho penal, que por cierto es la misma dogmática la que confirma este cambio de paradigma al reconocer el carácter político del delito, pero por criterios expositivos es bueno precisar que no se trata de abandonar el objeto de estudio del delito y el delincuente (Criminología clásica), como tampoco centrarse únicamente en el estudio de los mecanismos de control social (nueva Criminología) que permitiría del mismo modo

⁹⁹ TIEDEMAN, Klaus (1999). *La armonización del derecho penal en los estados miembros de la Unión Europea*”, Centro de Investigaciones de Derecho penal y filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 7; TOMAS Y VALIENTE, Francisco (1992). *El derecho penal de la monarquía absoluta* (siglos XVI, XVII y XVIII)”, 2da. Edición, Editora Tecnos, Madrid, p. 24.

¹⁰⁰ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1987). “Control social y sistema penal”, Editorial PPU, Barcelona.

¹⁰¹ Aunque desde finales de los años ochenta se dice que la criminología crítica se ha venido en crisis, pues la visión del delito como violación de derechos humanos es un cambio radical de esta línea de pensamiento. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*, 2da. Edición, Editora Civitas, Madrid, p. 150.

¹⁰² VARONA MARTÍNEZ, Gema (1998). *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica. Estudios de Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, pp. 5-6.

no estudiar los delitos, los delincuentes y la víctima, que hoy por hoy se habla de su redescubrimiento¹⁰³, acentuado mayormente después del 11 de septiembre al ocupar la atención de la política criminal de satisfacer y reparar los intereses de la víctima en lugar de la búsqueda de los efectos preventivos-generales para el autor y la Sociedad.

Esta consideración de observación se dejaba venir ante la clarísima relación directa entre la forma de Estado y el carácter de la pena con la que se castigan a los ciudadanos¹⁰⁴, tanto es así que del concepto de pena que se tenga será la concepción del derecho penal a regir, no cabe duda. El crimen es parte integral de nuestra sociedad, o como dice Jescheck parafraseando al profesor Beristain, de modo más específico, la pena privativa de la libertad es imprescindible por lo menos en el momento actual; no es posible imaginar una sociedad sin crimen, es la prístina realidad, tanto es así que el nivel cultural y la evolución de los pueblos se miden “por la naturaleza y la severidad de los castigos”¹⁰⁵, pues la penalidad suave o dura según la época, tiene por largo tiempo ocupado un posición de primer plano en cada aparato disciplinar.

Con esto podemos dejar superadas las tendencias que deseaban acabar con el derecho penal, o mejor decir, el abolicionismo, que quizás—dice Demetrio

¹⁰³ Cfr. GARCÍA- PABLOS, Antonio (1989). *La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal*, Instituto de Vasco de criminología, San Sebastián, p. 195; ESER, Albin (1998). *Temas de derecho penal y procesal penal*, Idemsa Editora, Lima.

¹⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob., Cit., pp. 53-58.

¹⁰⁵ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Ob. Cit., p. 23.

Crespo¹⁰⁶– ha servido para reivindicar la idea que los conflictos sean devueltos a sus protagonistas y recuperar a la víctima como parte del conflicto, la referencia a la protección de la víctima y a la compensación autor – víctima – y a la reparación¹⁰⁷ y mediación como posibilidades para ello–, es hoy punto central en la discusión político –criminal.

Pues bien, conocemos que desde el comienzo de la historia—incluso desde Adán y Eva¹⁰⁸ –, contando con hitos históricos como la caída del imperio romano hasta nuestros días, el hombre ha respondido de forma diferente en cada época al problema criminal, pero con baremo supra en nuestra disertación, que todas las disciplinas rodaban de forma independiente, craso error de sentido como quiera que hoy está en boga y con buen tino, la interdisciplinariedad, ya lo dice el refrán inglés que un problema compartido es un problema resuelto. En este sentido, la Criminología, la Política Criminal y el derecho penal no pueden concebirse como ciencias independientes, son interrelacionadas, pues ninguna de ellas son imaginarias o de inspiración humana, se requieren mutuamente.

¹⁰⁶ DEMETRIO CRESPO, Eduardo (1996). *“La solución de conflictos de intereses en derecho penal. Problemas dogmáticos y perspectivas político-criminales para la discusión”*. En: AA.VV. *Conflicto Social y Sistema Penal-Diez estudios sobre la actual reforma*, Editora Cóllex, Madrid, p. 32.

¹⁰⁷ Sobre la relevancia de la reparación en el derecho penal, se han planteado diferentes teorías a saber: a) La composición privada del conflicto, b) La incorporación de la reparación en el Derecho Penal como sanción penal, c) Establecer la reparación como un nuevo fin de la pena, d) convertir la reparación en una sanción autónoma, e) Otorgar a la reparación un papel dependiente dentro del Derecho Penal con su carácter civil inalterado.

¹⁰⁸ RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith (1997). *Equitipicidad, Culpabilidad, Preterintención y Subrogados Penales*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, El Salvador, pp. 49-50; ZULETA, Estanislao y otros (2004). *Psicoanálisis y Criminología*, 2da. Edición, Hombre Nuevo Editores, Medellín, pp. 71-72.

Tanto el penalista, el criminólogo y el político criminal los une el tema de la pena y sus diferentes teorías: absolutas, relativas y mixtas. Por todo esto debemos a la Criminología una cuestión importante, que el fenómeno criminal aparece denotado en las diferentes etapas de la vida, pues cada sociedad ha tenido su forma de criminalizar y castigar.

No cabe la menor duda, que la respuesta del hombre en las diferentes etapas al hoy denominado como fenómeno criminal ha sido desde siempre recurriendo al sistema penal como forma de solucionar los supuestos conflictos, y así ha quedado firme que el derecho penal es el instrumento más utilizado—no el más eficaz y garantista, pero sí el más intimidatorio¹⁰⁹—para el control social¹¹⁰, por antonomasia.

La Criminología crítica permite – dice Bustos¹¹¹ – una revisión total del derecho penal y la búsqueda de principios garantistas materiales cada vez más profundos, que limiten al mínimo el derecho penal, o conocido por todos como el derecho penal mínimo cuyo adalid es Luigi Ferrajoli en su conocida obra *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal*¹¹², en la medida de hacerlo más justo, pero como él mismo lo dice se trata “de un modelo límite, sólo tendencial y nunca

¹⁰⁹ NEUMAN, Elías (1989). *criminología y derecho penal al servicio de la persona*, Instituto de Vasco de criminología, San Sebastián, p. 154.

¹¹⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo y otros (1999). *Lecciones de derecho penal. Parte General*, 2da. Edición, Editora La Ley, Madrid, p. 1.

¹¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob., Cit., p. 21.

¹¹² FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, p. 855. En esta misma línea, BARATTA, Alessandro (1987). *Principios del derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*, Editora Depalma, p. 56.

perfectamente satisfacible, sabemos que la utopía reduccionista de Beccaria se ha convertido en una “quimera” que sólo los contemporáneos escandinavos y holandeses (Mathesen, Christie, Blanch o Hulsman) han pretendido radicalizar, proponiendo el abandono del castigo y la reapropiación por los propios actores del conflicto que subyace a toda situación problemática que se define como delito¹¹³.

Esta información, de limitar al mínimo el derecho penal es la que debe dar la criminología a la política criminal para un mejor derecho penal. Los progresos y la cobrada importancia en los últimos tiempos de la Política Criminal se le deben en gran parte a la Criminología, no cabe duda, desde el nacimiento informador dado por Lombroso, y con ello podemos decir que la Política Criminal, asume, por consiguiente, un papel central¹¹⁴, por lo que el lugar de discusión actual del derecho penal viene ocupado por un minimalismo verso un maximalismo, pues la teoría de la acción que constituyó el lugar de discusión entre finalistas y causalistas es cifrado en la actualidad de poco rendimiento porque solo ha servido para establecer qué no es acción penalmente relevante¹¹⁵; no obstante autores como Klaus y Gunther¹¹⁶ señalan que con la general expansión de deberes positivos el delito de omisión imprudente aparece en el centro de la sistemática del derecho penal. Pues bien, la

¹¹³ Cfr. BERGALLI, Roberto (1996). *Control Social Punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación: policía, jurisdicción y cárcel*, Editorial Bosch, Barcelona, p. 5; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1989). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires.

¹¹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2001). *Política Criminal*, Editora Cóllex, Madrid, p. 130.

¹¹⁵ JAEN VALLEJO, Manuel (1994). *El concepto de acción en la dogmática penal*, Editora Cóllex, Madrid, p. 41.

¹¹⁶ GUNTHER, Klaus (2000). *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. Un ‘cambio de paradigma’ en el derecho penal?*, Editorial Comares, Granada, pp. 490-505.

disciplina mejor informadora que se cuenta en la actualidad, la criminología, indicará la coherencia o no del derecho penal como forma de control social formal por excelencia con los demás formales e informales evaluándose de esta manera su eficacia.

Aquí está el meollo de la cuestión, de la lucha entre garantía y eficacia¹¹⁷, pues son dos conceptos movidos por las directrices de tal o cual política general de un Estado conforme las determine; por qué digo esto?, porque la información que da la criminología como ciencia fáctica¹¹⁸ es determinante en la evolución de la ciencia del derecho penal y dar con una visión real del derecho penal, tarea última de la investigación criminológica en el eslabón armónico interdisciplinario de la triada científica, con el fin de resolver los problemas penales referenciados en cada instante por el respeto a los derechos fundamentales en donde tipicidad, antijuricidad y culpabilidad deben ser desarrolladas bajo una función político – criminal, cuya elaboración mejor acabada es con Roxin; con todo, se propugna por reorientar el sistema jurídico penal a las consecuencias jurídicas, y es bueno decirlo que hoy por hoy se da importancia al problema.

Asistimos a la incontestable progresión de nuevas formas de criminalidad, tales como el terrorismo, los delitos económicos, la corrupción trasnacional, los problemas genéticos, los problemas del medio ambiente, la informática, la criminalidad organizada globalizada, etc., que han dado lugar en las dos últimas

¹¹⁷ BARATTA, Alessandro. Ob. Cit., p. 56.

¹¹⁸ JESCHECK, Hans Heinrich (1993). *Tratado de derecho penal. Parte General*, 4ta. Edición, Editores Comares, Granada, p. 39.

décadas a una gran actividad legislativa expresa Hirsch¹¹⁹, que pone en tensión el equilibrio pendular entre eficacia y garantía, y la idea de si se flexibiliza o no las categorías del delito generando problemas básicos a la tríada, por cuanto muchas veces se atiende más a la eficacia que a las garantías mismas—producto de la expansión del derecho penal¹²⁰, pero lo que ha de preocuparnos es que ante esa forma político criminal, la anticipación de la intervención penal¹²¹ cobra importancia y se llegue a un incontrolado utilitarismo y una reducción o incluso eliminación de las garantías, por el hecho que éstas no se compadezcan con el fin político propuesto, y allí si hay un problema mayor¹²², que se ha transformado en ineficacia del procedimiento penal¹²³, incluso.

Sin duda alguna, que la entrada al siglo XXI cuestiona la efectividad del control social ejercido hasta ahora por medio del orden legal. Después del 11 de septiembre de 2001, lo que ha quedado claro es que hay un nuevo desafío, ante la imposibilidad de afrontar mediante los instrumentos tradicionales con los cuales la democracia occidental tiene contenida, hasta el punto que el Presidente de los Estados Unidos, Bush, plantea la doctrina de atacar para prevenir, esto es, una tesis

¹¹⁹ HIRSCH, Hans Joachim (2000). *El derecho penal y procesal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Madrid, p. 61.

¹²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Ob. Cit., p. 20.

¹²¹ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel (1999). *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, España; TERRADILLOS BASOCO, Juan María (2001). *Peligro abstracto y garantías penales*, Editorial Aranzadi, Madrid, pp. 787-815.

¹²² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Ob. Cit., p. 32.

¹²³ B.J. MAIER, Julio (2001). “*Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?*”. En: AA.VV. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, p. 778.

de la anticipación, similar a una de las facetas del moderno derecho penal de anticipar la tutela penal, de gran controversia dogmática.

Con razón advierte Jescheck, que no todo lo útil es justo. Del mismo modo, cobra importancia el argumento de la doctrina española (Muñoz Conde y Hassemer en su *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, 1990): “Un derecho penal funcionalizado por la Política Criminal tiene más fácil justificación utilitaria de sus intervenciones ante la opinión pública y se puede adaptar armónicamente a los demás instrumentos políticos de solución de los problemas. Por eso, puede pronosticarse que la tendencia a la funcionalización del derecho penal se mantendrá”. En efecto, la doctrina en los últimos tiempos ha pasado de un pensamiento sistemático al pensamiento problemático¹²⁴ con sobrada razón, pero no podemos separarlos, deben ir de la mano en las soluciones de aquellos que aún no están acabados¹²⁵.

Este paso ha puesto en tensión las diferencias entre una concepción filosófica y una política criminal del Derecho penal, en cuanto que muchas veces una solución puede ser coherente desde la concepción filosófica pero ineficaz para efectos políticos criminales, como el discutido problema de mantener o no la culpa inconsciente entre Kohler y Roxin en cuanto que para este último es suficiente para la justificación de la pena, el que—comenta Silva Sánchez¹²⁶—con la ayuda de una

¹²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Ob. Cit., p. 22.

¹²⁵ SCHUNEMANN, Bernd (1991). *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Editora Tecnos, Madrid, p. 33.

¹²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Ob. Cit., p. 25.

conminación penal dirigida contra los homicidios imprudentes, se pueden salvar vidas que, de otro modo, se perderían; todo ello consecuente con la idea de excluir del derecho penal el azar, huelga decir, que los tipos de homicidios con culpa inconsciente han de ser evitables.

A decir verdad, las matizaciones filosóficas permiten subrayar que el fracaso momentáneo (Augenblicksversagen) de un sujeto por lo demás cuidadoso así sea grave el supuesto debe eximirse de responsabilidad al sujeto (criterio de Kohler).

De ahí pues que le queda un duro trabajo a la Criminología en dar la orientación correcta a la política criminal para que el derecho penal cada día sea mínimo, no en el sentido de encogimiento -porque como se nota la nueva realidad gesta tratar ciertos comportamientos- sino de mayores garantías, pues ante una máxima garantía, un mínimo derecho penal, en igual sentido huir cada día menos al derecho penal así la nueva realidad muestre nuevas formas comportamentales, ya que gran parte de ellas, pueden ser resueltas por otros mecanismos de control¹²⁷.

Es bueno advertir que esta forma de solución de los conflictos—que no lo es, sino más bien una decisión de conflictos – en una realidad como la colombiana, desde el prisma de mayor garantía no renuncia al constatado expansionismo del

¹²⁷ Aquí cobra importancia la discusión inacaba en delimitar una infracción penal de una administrativa. En el debate doctrinal de la distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo están Las teorías cualitativas de matriz penalista: a) las teorías del “Derecho penal administrativo”, b) las teorías de la indiferencia ética del ilícito administrativo; Las teorías de matriz administrativistas: las tesis de la función administrativa y el ordenamiento de la administración. Cfr. GARCÍA ALBERTO, Ramón (2001). *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos*, Editora Aranzadi, Madrid, p. 295.

derecho penal que se está configurando de manera inexorable en todos los países latinoamericanos.

En efecto, es preciso anotar que Perú no ha llegado al Estado de bienestar¹²⁸, eso lo sabemos todos los peruanos y sin embargo asumimos un expansionismo del derecho penal que no se compadece con nuestra realidad, con nuestro modelo de sociedad—que en el papel es SOCIAL Y DEMOCRÁTICO, y nos conlleva a que tenemos un Estado Bienestar¹²⁹ en el papel, de máximas garantías que no se cumplen-, en la mayoría de los casos por la importación de leyes de los países europeos.

Recientemente Gracia Martin¹³⁰ dice que el Derecho penal moderno, o una parte considerable del mismo, se denomina como “Derecho penal del riesgo”, en cuanto que un ámbito del Derecho penal moderno estaría constituido por un grupo de tipos delictivos—dice Gracia Martin —con un contenido de lo injusto relativamente homogéneo en virtud del dato común de que en todos ellos se trataría de la realización de conductas que representarían sólo, como máximo, un simple y mero peligro abstracto para bienes jurídicos principalmente individuales.

Pues bien, el asunto es que el control y la prevención de estos nuevos riesgos se le encomienda al Estado y para ello el legislador de turno recurre al tipo penal de

¹²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Ob. Cit., p. 42.

¹²⁹ ASHFORD, Douglas E (1989). *La Aparición de los Estados de Bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, p. 13.

¹³⁰ GRACIA MARTIN, Luis (2003). *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 60-61.

peligro abstracto, todo esto como consecuencia del desarrollo y del progreso científico y tecnológico, industrial y económico, en la sociedad actual que se precia de compleja como hemos señalado a lo largo de estas páginas.

De hecho, hoy por hoy, se pregona que la modernización del Derecho penal permite flexibilizar las garantías penales, lo que ha dividido la doctrina y recientemente anota Gracia Martín¹³¹, un reconocimiento de que la modernización del Derecho penal suponga una flexibilización de las garantías penales del Estado de Derecho sólo puede tener lugar, o bien a partir de una actitud epistemológica desvinculada y alejada de toda 'voluntad de saber' a la que normalmente acompaña una ideología conservadora y reaccionaria.

En esta misma línea Gimbernat Ordeig, quien considera que la teoría general del delito elaborada por la dogmática jurídico penal en los últimos 100 años constituye un imponente edificio que debe ser considerado como uno de los grandes logros de las ciencias del espíritu, y que no se puede hablar en absoluto, de que los nuevos conceptos fundamentales de esa teoría tengan que ser abandonados a la vista de nuevos fenómenos penales como la responsabilidad por el producto, los delitos medioambientales o el Derecho penal de empresa; por el contrario, dice Gimbernat, hay que mantener que los conceptos fundamentales tradicionales—que permanentemente se están desarrollando y perfeccionando ulteriormente—, como por ejemplo, el de la causalidad, el de los delitos impropios de omisión, el de la

¹³¹ *Ibidem.*

autoría y participación y el de la imprudencia, están plenamente en situación de asimilar esos nuevos fenómenos y de dar a los problemas que generan soluciones conformes con la justicia y con la seguridad jurídica¹³².

En el mismo sentido, es la reciente investigación del profesor Romeo Casabona, sobre el principio de precaución, quien señala que este Principio ha demostrado su interés y utilidad en relación con ciertas actividades y en ciertos ámbitos en los que no existe una certidumbre científica sobre los riesgos que comportan para bienes jurídicamente protegidos.

Pues bien el autor Romeo Casabona en su intento de poner límites al control penal de los riesgos penales con el denominado principio de precaución señala que la traslación del principio de precaución al Derecho Penal es posible y conveniente, tanto desde una perspectiva dogmática como político criminal, como herramienta más adecuada para contener algunos de los excesos de la sociedad del riesgo y no sólo para legitimarlos, y puntualiza: “Desde una perspectiva y con tales cautelas, el principio de precaución no comporta una quiebra o ruptura con algunas categorías fundamentales de la teoría del delito ni en particular de la concepción y función de la teoría del bien jurídico en el sistema penal, sino que ofrece un complemento de las mismas en lo que debería ser el estricto ámbito de aplicación del principio.

¹³² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2001). *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Universidad Nacional de Educación a distancia, Facultad de Derecho, Madrid, p. 370.

En efecto, el principio de precaución puede ser un buen complemento para el pensamiento de la prevención y de su instrumento, la previsibilidad, sin que comporte al mismo tiempo una vulneración del principio de culpabilidad. Por consiguiente, su utilidad se sitúa más bien en torno a la delimitación de la conducta jurídico – penalmente adecuada que como procedimiento al menos inmediato o directo, de imputación de resultados, aunque en ocasiones pueda producir este efecto”¹³³. Se advierte que el azar, desde el punto de vista filosófico es válido pero irrelevante para la política criminal actual, ya que el azar debe excluirse desde el punto de vista político criminal¹³⁴.

En efecto, la nueva sociedad se resiste a aceptar el caso fortuito en cuanto a la producción de daños por azar, y esta idea como bien lo recoge Silva Sanchez¹³⁵ se relaciona de modo directo con la auto-comprensión de una sociedad en la que la mayor parte de los peligros ya no se pueden concebir sin algún tipo de intermediación de decisiones humanas, de naturaleza activa u omisiva.

En este tránsito, sin duda alguna, se produce un cambio social en el pensamiento y la actuación; a fortiori en el Derecho penal, la sociedad del riesgo le ha dado un gran protagonismo y puesta en un primer plano en vía del control social.

¹³³ ROMEO CASABONA, Carlos María (2001). *Aportaciones del principio de precaución al derecho penal*, Universidad Nacional de Educación a distancia, Facultad de Derecho, Madrid, p. 104.

¹³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Ob. Cit., p. 46.

¹³⁵ *Ibidem*.

5.4. Derecho Penal, Control social y delincuencia

El Control Social Formal es centralizado por el Estado, poseedor de la exclusividad represiva en su totalidad, lo que se conoce como monopolio legítimo de la fuerza. El representante por excelencia de este tipo de control lo constituye el Sistema Punitivo o Sistema de Justicia Penal. El Sistema Penal acciona mediante una fuerza imperiosa para hacerse cumplir; entronizándose como un mecanismo exterior coercitivo que presupone un sometimiento de la voluntad individual a la fuerza del Derecho.

Siendo así, el Sistema Punitivo puede ser entendido como la interacción compleja de las agencias encargadas de la configuración y materialización del ius puniendi, como derecho exclusivo del Estado. “El sistema penal está configurado, entonces, mediante procesos de creación de un ordenamiento jurídico específico, constituido por leyes de fondo (penales) y de forma (procesales). Pero asimismo, deben existir unas instancias de aplicación de ese aparato legislativo, con la misión de concretar en situaciones, comportamientos y actores cuando se comete un delito y cómo este se controla”¹³⁶.

De lo expresado con anterioridad resulta deducible que el Sistema Penal, en tanto sistema de control social formal, se estructura en agencia legislativa y agencias ejecutivas. De un lado quién proyecta las normas y de otro las instancias que aplican

¹³⁶ BERGALLI, Roberto. Ob. Cit., p. 9.

esas normas previamente definidas; en este último caso nos referimos a los ámbitos policial, judicial y de ejecución penitenciaria.

Resulta difícil alcanzar una cabal comprensión del Sistema Penal, si no lo valoramos en su doble arista de manifestación: el plano normativo-abstracto y el plano práctico-concreto. De una manera abstracta se organiza cuando la agencia legislativa concibe y plasma en leyes todos los elementos definatoriales delictivos y funcionales del sistema, estructurando en su discurso teórico-normativo, el “deber ser” del Régimen Penal.

Es así que el poder legislativo elabora y describe las ilicitudes que serán consideradas como tipos delictivos; precisa los “rituales” o formas específicas de actuación para incoar y llevar a término los procesos penales y define legalmente la competencia y variantes de actuación e interacción de las agencias ejecutivas del aparato de Justicia Penal. Este plano abstracto o del “deber ser” se organiza, por tanto, de una manera estructural-normativa coherente y en él se engarzan en un entramado legislativo funcional un conjunto de Leyes, entre las que se incluyen: el código penal, la ley de procedimiento penal y las leyes orgánicas correspondientes a cada una de las instancias de aplicación del sistema.

El plano práctico-concreto se constituye cuando todo ese aparato normativo concebido en su momento por la agencia legislativa, debe entrar en funcionamiento práctico al aparecer las conductas violatorias de la Ley Penal o ilícitos penales. “Esto último es lo que pone en funcionamiento las instancias de aplicación del

sistema penal y el producto de sus actividades no necesariamente coincide siempre con las previsiones abstractas del ordenamiento jurídico”¹³⁷.

Por lo general, la realidad de aplicación o el “ser” del Sistema Penal difieren de su concepción legislativa abstracta. No siempre el discurso teórico-normativo es concretado coherentemente según la letra y el espíritu del legislador; en la práctica a veces se pierde la lógica sistémica funcional originariamente pretendida por la aparición de contradicciones entre las diferentes agencias, que determinan las desviaciones en la aplicación concreta de este sistema reactivo de control social.

5.5. Crítica al Sistema Penal como forma de reacción social ante la criminalidad.

La realidad contradictoria entre el “deber ser” y el “ser” del Sistema Penal genera falta de legitimidad en el mismo, lo que constituye una de las críticas más importantes y reiterativas a esta forma de control. Otra de las razones de incriminación del ejercicio de la Justicia Penal, radica en que el desempeño de la función retributiva o represiva implica la imposición de un “sufrimiento doloroso” al penado y colateralmente a su familia y otros individuos asociados al mismo.

Este subproducto dañoso de la acción del Sistema Penal “es en cierto sentido una paradoja moral, pues se persigue el bienestar de la sociedad, la restricción del uso y amenaza de la coacción, la salvaguardia de la libertad, y la promoción de la

¹³⁷ *Ibidem*.

dignidad humana, recurriendo a actividades que implican coerción, privación de la libertad y desmedro de la dignidad humana”¹³⁸. Se llega a afirmar, por algunos autores de tendencia abolicionista,¹³⁹ que la violencia social que es condenada a través de las tipificaciones delictivas, se convierte en violencia justificada y legal cuando es usada como sanción o penalidad por el Sistema Penal.

Conjuntamente con la violencia legitimada intrínseca a la aplicación de una sanción penal, encontramos un resultado no declarado ni perseguido por la reacción formal ante el delito; nos referimos a la estigmatización como efecto residual de la acción del Sistema Penal. La violencia o intimidación de violencia física que implica la pena privativa de libertad significa una afectación corporal¹⁴⁰ o limitación física de movimientos que se concentra en una temporalidad determinada; sin embargo, la estigmatización se entroniza como una consecuencia social que permanece visible en el medio y en el tiempo, pues “trasciende el eventual cumplimiento de la pena formal, deviniendo en una sanción casi perpetua y de erosión lenta”¹⁴¹.

¹³⁸ SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y HOUED VEGA, Mario Alberto (1996). *“Abolicionismo y Democracia”*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Disponible en sitio web: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA11/edit11.htm>.

¹³⁹ Corriente criminológica que propugna la abolición total del sistema penal por considerarlo nocivo, inoperante y deslegitimado.

¹⁴⁰ Se parte del criterio de que la pena de prisión al privar de movimientos y libertad al condenado, lo afecta en su corporeidad, aunque no en el sentido físico-dañoso de las penas corporales clásicas. Para la corriente abolicionista del Derecho Penal, la sanción de privación de libertad se diferencia de las penas corporales de la antigüedad, en que el tiempo de sufrimiento corporal en estas últimas era concentrado (por ejemplo el dolor al ser azotado); mientras que la pena de prisión actual es un sufrimiento físico que se prolonga en el tiempo

¹⁴¹ SALAS PORRAS, Ricardo (1996). *“La reacción formal al delito y sus funciones no declaradas”*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Disponible en sitio web: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA11/edit11.htm>.

A su vez como parte dolorosa de la estigmatización, aparece la reducción de la autoestima del sujeto y consecuentemente la autoestigmatización. Más allá de la marginación real a que lo somete su medio social, comienza en el individuo un proceso de automarginación, generado por una autovaloración como ente anómalo, negativo y extraño al conglomerado social. Sus intereses vitales se atemperan a esta percepción negativa y como resultado el individuo estructura su actuar, proyectándose al cumplimiento del comportamiento antisocial que se presupone o se espera de él, en consonancia con la estigmatización y la autoestigmatización a que está sometido.

Comprendemos que la visión crítica del Sistema Penal no debe limitarse a constatar la dosis de violencia que porta la imposición y ejecución de las penas o a reconocer la nociva secuela estigmatizante que victimiza al propio justiciable. El análisis holístico crítico que la realidad exige, debe extenderse además a la valoración en torno al funcionamiento de las instituciones, que dentro del propio aparato de justicia, son las encargadas de aplicar la concepción legislativa plasmada en las leyes.

Aun cuando el análisis de la labor de las agencias ejecutivas del control social formal no constituye objeto de este trabajo; no podemos obviar el razonamiento de que la acción de estas agencias debe materializarse dentro del marco estipulado por los legisladores; sin embargo, la realidad de aplicación de las normas nunca coincide con la concepción legislativa originaria; pues a “dichos aplicadores les queda espacio legal (...) para interpretar las normas, para subsanar sus oscuridades

o vacíos y, en fin, para decidir cuándo se aplican y cuando no, lo que, comúnmente se traduce en una continuación de las selecciones, positivas y negativas (...), realizadas en la etapa de creación de las disposiciones penales”¹⁴².

Otro relevante aspecto a criticar en el contexto del Sistema Penal lo constituye el exagerado uso de la sanción privativa de libertad. Las funciones de este tipo de penalidad se dirigen, según reconocimiento teórico, a imponer un castigo justo al delincuente (función retributiva); a garantizar la separación de este individuo del cuerpo social, logrando su incapacitación para cometer nuevos ilícitos (función neutralizante); la anterior finalidad se relaciona estrechamente con la demanda de protección o de defensa de la sociedad (función defensiva); y como objetivo esencial más perseguido encontramos la pretensión reeducativa que garantizaría supuestamente la reinserción del sancionado en su vida post-carcelaria (función resocializadora).

Estas pretensiones o finalidades de la pena, en la realidad se logran cumplir de manera parcial y solo desde la óptica retributiva y de la prevención especial negativa (neutralización). No resulta novedosa la afirmación de que la realidad carcelaria ha evidenciado ampliamente la pobre capacidad resocializadora de la pena privativa de libertad. La alta cuota de reincidencia y el ostensible engrosamiento de la carrera criminal de los penados demuestran el fracaso de la

¹⁴² SANDOVAL HUERTAS, Emiro (1985). *Sistema Penal y Criminología Crítica*, Editorial Temis, Bogotá, p. 69.

cárcel como instrumento de control social, entre otras razones porque “no se puede segregar personas y al mismo tiempo pretender reintegrarlas”¹⁴³.

La valoración en torno a la prisión adquiere matices peculiares en nuestra Latinoamérica, pues “el descreimiento masivo, (...), se potencia cuando se observa que mientras estos verdaderos resumideros multitudinarios de almas revelan cotidianamente su inutilidad y barbarie, la impunidad más descarada se obtiene de parte de quienes cometen enormes negociados, violentan sin pudor elementales deberes de cuidado que derivan en tragedias otrora impensables, lavan dinero, incurren en actos de corrupción de alarmante envergadura, trafican drogas y armas, etc.”¹⁴⁴.

Se demuestra con lo valorado hasta el momento, que la pena de privación de libertad debe ser usada solo en última instancia por la agencia judicial del Sistema Penal; teniendo en cuenta que a esta reacción enérgica solo debe recurrirse en los casos que sea conveniente y necesario, pues su empleo exagerado implica una saturación penitenciaria, que a la postre desvirtúa la utilidad y pertinencia del Control Social Punitivo.

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ *Ibíd.*

5.6. La nueva regulación de los delitos ambientales

5.6.1. Generalidades

La Ley N° 29263 del 2 de octubre de 2008 rediseñó los delitos contra el medio ambiente previstos en el Título XIII del Libro Segundo del Código Penal. Debido a ello, en este artículo se realiza un análisis de las circunstancias que motivaron las modificaciones en este ámbito de la criminalidad estrechamente vinculada con la legislación administrativa. Respecto de esta relación entre Derecho Penal y Derecho Administrativo, especialmente evidente en los delitos contra el medio ambiente, el autor señala, entre otras cosas, la necesidad de contar con una normativa penal realmente eficaz (no simbólica) y no subordinada a las disposiciones ni a los actos de la Administración.

5.6.2. A modo de aproximación: Conceptos generales

Cuando nos referimos al “medio ambiente” hacemos alusión a un término omnicomprendivo que abarca diversos conceptos privativos de la ciencia jurídico-ambiental. Debido a ello, resulta fundamental tratar de aproximarnos a las definiciones elementales recogidas por esa parcela del ordenamiento jurídico. Diseñar una estrategia de tutela del medio ambiente supone la articulación de una serie de respuestas jurídicas, de la utilización de todos aquellos medios de control social con los que cuenta el Estado, para prevenir, controlar y sancionar los comportamientos que puedan propiciar una afectación a dicho interés jurídico.

Si es que se parte de una política social (en puridad) preventiva, se debe emplear una serie de mecanismos, herramientas e instrumentos dirigidos al control de riesgos. El Derecho positivo no puede esperar a que se produzcan daños reales y visibles en el medio ambiente para intervenir ante concretas y específicas actividades humanas.

La actividad industrial, el comercio, la minería y los negocios en general exteriorizan actividades económicas indispensables tanto desde un plano sistémico como individual; significan actuaciones que son regladas por una serie de normas, por toda una frondosa legislación que en conjunto está orientada a evitar que se generen daños para los bienes jurídicos fundamentales (normas de seguridad, disposiciones de salubridad, etc.). Sin embargo, aparecen también otras leyes que van más allá, es decir, establecen determinados estándares en cuanto a los ruidos o al uso de ciertas sustancias químicas, con la finalidad de cautelar el medio ambiente.

La sociedad del riesgo (*Risikogesellschaft*), en la cual interactuamos, implica el reconocimiento de actuaciones riesgosas, permitidas o toleradas por el Derecho. Sin embargo, cuando dicha actuación supera esos límites de permisión no puede ser considerada lícita. Dicho de otro modo, la generación de una fuente de riesgo no permitido es el baremo valorativo que determina cuándo una conducta humana ingresa al terreno de la antijuridicidad.

La Ley N° 28611 (Ley General del Ambiente) establece en su artículo 24.1 que toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras

actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a la ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional. La ley y su reglamento desarrollan los componentes del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Sin duda, cuando ingresamos al fecundo campo de la modernidad del Derecho, podemos sostener correctamente que el Derecho del Medio Ambiente es cada vez más gravitante.

El ordenamiento jurídico debe encontrar respuestas eficaces al problema de la “contaminación ambiental”, que tantos perjuicios ocasiona a la humanidad. El Perú, en definitiva, no es ajeno a la actual crisis del ecosistema, pues basta dar una mirada a las urbes y zonas rurales de nuestro país para advertir la inmensa contaminación ambiental que inunda nuestras calles y parques.

Una ingente zona industrial, comercial o de negocios localizada en lugares céntricos, sin observar las prescripciones y ordenanzas sobre la materia, emite una serie de gases tóxicos, emisiones de ruidos molestos o filtraciones que pueden generar perjuicios al medio ambiente y a la salud de los habitantes. Por eso debe tomarse medidas inmediatas con base en políticas de gestión multisectoriales, si es que en realidad se pretende hacer algo al respecto¹⁴⁵. Estas políticas deben generar herramientas de control, prevención y sanción ante comportamientos de esa

¹⁴⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2009). “La contaminación ambiental como delito en el Código Penal”. En: Estudios de Derecho Penal. Parte especial, Jurista Editores, Lima, pp. 171-172.

naturaleza. En tal entendido, no puede esperarse a que ocurran acontecimientos catastróficos para actuar de forma decidida, sino que deben articularse acciones realmente preventivas.

Según el modelo descriptivo del estado de la cuestión, los Estados deben emprender políticas públicas, asumiendo el reto de barajar alternativas, posibilidades y soluciones a las graves amenazas para la salud y supervivencia de sus conciudadanos, sobre todo en países industrializados, donde los riesgos son mayores. Como expresa Caldas Vera, hoy se habla de una crisis ecológica no tanto por el crecimiento demográfico y el bienestar, sino por una actitud irresponsable del hombre frente a la naturaleza, no porque la Tierra esté perdiendo sus propiedades desde el punto de vista físico, sino porque el problema ambiental es político, dado que compromete a los poderes públicos¹⁴⁶.

De hecho, el problema del medio ambiente se genera por la propia conducta humana, manifestada a través de la depredación de los recursos naturales, del empleo de armamentos químicos y nucleares, de la instalación de plantas industriales, de los nuevos diseños científicos y de la tecnología, cuyo propio afán de avance y desarrollo ha llevado a escena nuevos riesgos para los bienes jurídicos fundamentales, que toman lugar en el terreno ambiental.

¹⁴⁶ CALDAS VERA, Jorge (2003). *“Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”*. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 58.

El artículo 74 de la Ley General del Ambiente hace referencia a la “responsabilidad general” del siguiente modo: “Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión”.

De otro lado, el artículo 78 *in fine* de la misma ley recoge la denominada “responsabilidad social de la empresa”, prescribiendo que el Estado promueve, difunde y facilita la adopción voluntaria de políticas, prácticas y mecanismos de responsabilidad social de la empresa, entendiendo por esta a un conjunto de acciones orientadas al establecimiento de un adecuado ambiente de trabajo, así como de relaciones de cooperación y de buena vecindad impulsadas por el propio titular de operaciones.

Todas las personas tienen el legítimo derecho de gozar de un ambiente sano, adecuado e idóneo para poder interrelacionarse con los demás, así como una aspiración en estricto individualista, de modo que la gestión ambiental debe ocuparse de esta tarea esencial, buscando los instrumentos y mecanismos jurídicos apropiados desde una base constitucional.

Esto implica, a la vez, que todos los actores comprometidos, sobre todo las empresas, en el marco de su objeto social, deben ajustar su accionar a las políticas sociales de gestión ambiental. Nos referimos a que se pueda garantizar “calidad de

vida”, como un concepto que se entrelaza en la idea de los derechos fundamentales individuales y la tarea de procurar un medio ambiente de calidad. La protección del medio ambiente aparece en la Constitución como uno de los elementos integrantes de la calidad de vida indispensable, aunque no único¹⁴⁷.

Al respecto, el artículo 31.1 de la Ley General del Ambiente describe que el Estándar de Calidad Ambiental (ECA) es la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos.

Por su parte, la Constitución en su artículo 66 dispone que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por su parte, los artículos 67 y 68 (*in finé*) de la Carta Magna establecen que el Estado determina la política nacional del ambiente, promueve el uso sostenible de sus recursos naturales y está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Doctrinariamente, suele distinguirse entre elementos naturales y recursos naturales. Estos últimos constituyen una especie dentro del género de los elementos

¹⁴⁷ JORDANO FRAGA, Juan (1995). *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Editorial Bosch, Barcelona, p. 106.

naturales, destinado a satisfacer necesidades humanas¹⁴⁸. Por su parte, anota Caillaux Zazzali¹⁴⁹ que, el concepto de uso sostenible de los recursos naturales implica su manejo sostenible, mediante actividades de caracterización, evaluación, planificación, aprovechamiento, regeneración, reposición, protección y control conducentes a asegurar la producción sostenible y la conservación de la diversidad biológica, los recursos naturales y el ambiente. Por esto es que el instrumento de la evaluación de impacto ambiental se convierte en un mecanismo objeto de proyección y medición de resultados donde todas las partes involucradas deben participar para lograr un consenso.

La Carta Política consagra en el inciso 22 de su artículo 2, que todo hombre tiene el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. El máximo intérprete de la constitucionalidad normativa, en la sentencia recaída en el Proceso de Inconstitucionalidad N° 0048-2004 (Regalías mineras), ha declarado en su fundamento 17 lo siguiente: “El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las

¹⁴⁸ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo (2005). “*Del ambiente y los recursos naturales*”. En: La Constitución comentada, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, p. 918.

¹⁴⁹ CAILLAUX ZAZZALI, Jorge. “*Política ambiental*”. En: La Constitución comentada, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, p. 931.

personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente.

Esto supone, por lo tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente”.

Por su parte, la Ley General del Ambiente recoge en su artículo 11 los denominados “Lineamientos ambientales básicos de las políticas públicas”, considerando lo siguiente:

- El respeto de la dignidad humana y la mejora continua de la calidad de vida de la población, asegurando una protección adecuada de la salud de las personas.

- La prevención de riesgos y daños ambientales, así como la prevención y el control de la contaminación ambiental, principalmente en las fuentes emisoras. En particular, la promoción del desarrollo y uso de tecnologías, métodos, procesos y prácticas de producción, comercialización y disposición final más limpias.
- El aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, incluyendo la conservación de la diversidad biológica, a través de la protección y recuperación de los ecosistemas, las especies y su patrimonio genético. Ninguna consideración o circunstancia puede legitimar o excusar acciones que pudieran amenazar o generar riesgo de extinción de cualquier especie, subespecie o variedad de flora o fauna.
- El desarrollo sostenible de las zonas urbanas y rurales, incluyendo la conservación de las áreas agrícolas periurbanas y la prestación ambientalmente sostenible de los servicios públicos, así como la conservación de los patrones culturales, conocimientos y estilos de vida de las comunidades tradicionales y los pueblos indígenas.
- La promoción efectiva de la educación ambiental y de una ciudadanía ambiental responsable, en todos los niveles, ámbitos educativos y zonas del territorio nacional.
- El fortalecimiento de la gestión ambiental, por lo cual debe dotarse a las autoridades de recursos, atributos y condiciones adecuados para el ejercicio de sus funciones. Las autoridades ejercen sus funciones conforme al carácter transversal de la gestión ambiental, tomando en cuenta que las cuestiones y

problemas ambientales deben ser considerados y asumidos integral e intersectorialmente y al más alto nivel, sin eximirse de tomar en consideración o de prestar su concurso a la protección del ambiente, incluyendo la conservación de los recursos naturales.

- La articulación e integración de las políticas y planes de lucha contra la pobreza, asuntos comerciales, tributarios y de competitividad del país con los objetivos de la protección ambiental y el desarrollo sostenible.
- La información científica, que es fundamental para la toma de decisiones en materia ambiental.
- El desarrollo de toda actividad empresarial debe efectuarse teniendo en cuenta la implementación de políticas de gestión ambiental y de responsabilidad social.

5.6.3. La protección jurídico-penal del medio ambiente

La protección del medio ambiente, requiere de una regulación destinada a normar las actividades humanas que puedan propiciar riesgos no permitidos para el ecosistema y que haga referencia al traslado y distribución de los riesgos de la modernidad a diversos agentes involucrados en esos comportamientos para que asuman las responsabilidades pertinentes. En la actualidad, la percepción cognitiva de la sociedad sobre dichos riesgos no adquiere los ribetes que merecen en la realidad en tanto no existe una concientización y sensibilización de dichos peligros. El drama, el pavor social, la zozobra colectiva se produce más bien con los hechos de sangre, con la violencia cotidiana expuesta por la prensa sensacionalista. Por el

contrario, son escasos los sectores de nuestra sociedad que se preocupan por estos temas.

La Ley General del Ambiente, en su artículo 127.1, señala que la educación ambiental se convierte en un proceso educativo integral que se da en toda la vida del individuo y que busca generar en este los conocimientos, las actitudes, los valores y las prácticas necesarios para desarrollar sus actividades en forma ambientalmente adecuada, con miras a contribuir al desarrollo sostenible del país. Los riesgos deben ser primeramente identificados, medidos en su real potencial, para poder formular los instrumentos jurídicos idóneos, que puedan a corto, mediano y largo plazo permitir un medio ambiente sostenible y equilibrado.

De seguro, el Derecho Ambiental adquiere en primera línea una gran responsabilidad frente a los riesgos que amenazan el sistema ecológico, pues debe estudiarlos, procesarlos, para luego distribuir las cargas y responsabilidades entre los actores sociales.

Empero, esta esfera del Derecho positivo puede resultar insuficiente para prevenir y controlar debidamente estas amenazas, por lo que desde el mismo ámbito del Derecho Público aparece el Derecho Penal como un instrumento que el Estado puede utilizar frente a aquellos comportamientos de mayor disvalor respecto al bien jurídico protegido. Se erige entonces un doble plano de acción, en el cual las políticas ambientales deben ser conciliadas con la política criminal, para garantizar condiciones favorables para la protección ambiental y la conservación de los

recursos naturales. De ahí que los injustos penales (“comportamientos prohibidos”) deban ser tipificados nítidamente distinguiéndolos de las desobediencias administrativas y evitando una mera “accesoriedad” del Derecho Penal respecto al Derecho Administrativo.

Como dice Schünemann, corresponde a la esencia del Derecho, entendido como el orden próspero de la convivencia humana, proteger la conservación de las bases de subsistencia de la humanidad con los medios más enérgicos que él posee, es decir, los del Derecho Penal. Pues sin esas bases no podrá existir más la sociedad humana y, por ende, tampoco el Derecho¹⁵⁰. Debemos llenar de contenido valorativo cada una de las parcelas del orden jurídico cuando del medio ambiente se trata, para asumir con propiedad las responsabilidades que se determinan en cada una de ellas.

En la doctrina colombiana se ha puesto de relieve que estructurar un Derecho Penal Ambiental plantea una paradoja encaminada a delimitar una serie de fenómenos políticos y sociales en los que se conjugan intereses de la más variada raigambre, dando lugar a una regulación jurídica diseñada como elemento de protección y conservación de los recursos naturales, por una parte, y como elemento generador del progreso, pues la protección ambiental no puede detener el desarrollo de la sociedad, por otra parte¹⁵¹. Una planificación inteligente puede y debe

¹⁵⁰ SCHÜNEMANN, Bernd (2008). “Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medio ambiente”. En: Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio, p. 203.

¹⁵¹ CALDAS VERA, Jorge. Ob. Cit., p. 57.

armonizar los recursos renovables y los no renovables que deben ser tratados en forma distinta, pero con prudencia y sabiduría¹⁵².

Al respecto, Eser -en la doctrina germana-, escribe que cuantos se ocupan del “Derecho Ecológico” corren el grave peligro de ir a parar entre los frentes de una polémica emocionalmente avivada: de un lado los defensores radicales del ambiente, a quienes parece faltar el sentido de lo económicamente factible; y del otro lado, los optimistas incondicionales de la Economía, los que aparecen aquejados de ceguera respecto de los fundamentos ecológicos de todo sistema¹⁵³. Ni una extrema y radical protección jurídica del medio ambiente es favorable al desarrollo socioeconómico de las naciones así como tampoco el evidente desinterés de los agentes económicos en la búsqueda de un ambiente sostenido de calidad resulta propicio para la conservación de un sistema ecológico de cara al futuro.

Lo antes dicho justifica a plenitud la intervención del *ius puniendi* estatal, en el sentido de que el Derecho Administrativo sancionador se muestra insuficiente para poder enfrentar la envergadura del problema que aqueja nuestra sociedad.

Deben rechazarse, entonces, aquellas posiciones dogmáticas de un sector doctrinario que postula la no intervención del Derecho Penal, bajo los postulados de un “Derecho Penal liberal” que gira a través de otros fundamentos y criterios de imputación jurídico-penal. Resulta inadecuado tratar de encauzar la respuesta

¹⁵² PEÑA CABRERA, Raúl (1992). *Código Penal comentado*, Editorial San Marcos, Lima, p. 325.

¹⁵³ ESER, Albin (2005). “*Derecho Ecológico*”. En: *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Traducción de Cuesta Arzamendi y Sanz Moran, Madrid, p. 115.

punitiva bajo la descripción social y estatal de hace más de dos siglos. En opinión de Reátegui Sánchez, las infracciones penales ambientales se encuentran neutralizadas por la contradicción con el Derecho Penal mínimo y la crisis que padece el Derecho Penal¹⁵⁴.

Sobre lo argumentado se pronuncia Schünemann criticando la corriente seguida por Hassemer y sus discípulos que objetan la intervención del Derecho Penal en el ámbito medio ambiental, señalando lo siguiente: “Antes bien, habría que oponerse enérgicamente a toda sustitución del Derecho Penal del medio ambiente por el Derecho Administrativo, ya que en el ámbito ecológico, en el que el Derecho Penal representa el máximo ético, no se puede prescindir de la fuerza formadora de costumbres, conforme a la antigua denominación, o de su efecto preventivo general de integración, utilizando la terminología actual. Como una forma encauzada y concebida a largo plazo de la legítima defensa de la sociedad contra amenazas elementales, el Derecho Penal tiene su lugar más indicado en la defensa de las bases de subsistencia, no solo de la sociedad actual, sino también de la sociedad futura”¹⁵⁵.

Una sociedad moderna, debe tener como contrapartida una “modernización” del Derecho Penal. Esto quiere decir que esta parcela del orden jurídico ha de ser redefinida a través de otros elementos dogmáticos que puedan construir legítimamente una imputación jurídico-penal y una formulación político-criminal adecuadas a los nuevos contornos de la criminalidad del tercer milenio. Dentro de

¹⁵⁴ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. Cit., p. 173.

¹⁵⁵ SCHÜNEMANN, Berna. Ob. Cit., p. 222.

ellas, la criminalidad ambiental ocupa un lugar privilegiado. De ahí que devenga en indispensable la utilización de los tipos de peligro concreto y abstracto, que, como se sabe, constituye un adelantamiento significativo de las barreras de contención penal.

En la doctrina se señala como la función más importante de la política criminal moderna, conforme a las necesidades de nuestro tiempo, la protección del lugar central que el medio ambiente merece en el orden de los bienes jurídicos¹⁵⁶

En tal sentido, deben sentarse las bases de una moderna dogmática penal y un efectivo sistema de justicia penal que actúe sancionando a los agentes de los delitos contra el medio ambiente, de modo que no se incurra en una deficiencia punitiva como en el caso de la criminalidad económica¹⁵⁷, en la que reina la impunidad. Como se señala en la doctrina nacional se comprueba un déficit en la aplicación de las normas ambientales, lo que confirma su utilización meramente simbólica¹⁵⁸.

A decir de Carmona Salgado, la sanción penal debe operar como un instrumento más del sistema legal vigente y debe tener por finalidad lograr una efectiva protección del medio ambiente y como misión esencial contribuir a encontrar el difícil equilibrio entre la salvaguarda de un adecuado hábitat para el normal desarrollo de la existencia humana y el necesario impulso que requiere el

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 204.

¹⁵⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009). *Derecho Penal Económico*, Jurista Editores, Lima, pp. 92-101.

¹⁵⁸ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Ob. Cit.*, p. 173.

crecimiento industrial, el cual, al redundar en beneficio de la economía nacional, termina por mejorar la calidad y el nivel de vida de las personas¹⁵⁹.

5.6.4. Bien jurídico protegido

El bien jurídico constituye la base sobre la cual el Derecho Penal asienta su legitimidad en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Esto quiere decir que la inclusión de los comportamientos penalmente prohibidos debe tener como correlato un interés digno y merecedor de tutela penal, en el sentido de que la protección punitiva constituya un imperativo para asegurar la subsistencia de los bienes jurídicos fundamentales.

Nuestros catálogos penales, fieles a un orden filosófico humanista, comienzan el listado delictivo con aquellos injustos típicos que atentan los bienes jurídicos anclados en su núcleo más duro (v. gr. delitos contra la vida, el cuerpo, la salud, el honor, la familia, la libertad, etc.)

Esto devela la naturaleza individualista de las formulaciones políticas criminales, que si bien pudo haber resultado una visión adecuada hace más de dos siglos, con el emprendimiento del Derecho Penal liberal, se muestra en la actualidad, obsoleta e inapropiada para conducir la política penal del tercer milenio. La sociedad posindustrial, sensible al significativo auge del estilo de vida industrial,

¹⁵⁹ CARMONA SALGADO, Concepción (2005). *“Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora, la fauna y los animales domésticos, disposiciones comunes”*. En: Derecho Penal Español. Parte especial. Coordinado por Manuel Cobo del Rosal, Dykinson, Madrid, p. 51.

da lugar a una serie de incidencias en la vida de las personas¹⁶⁰. La vida postmoderna está colmada de riesgos y amenazas latentes para los intereses jurídicos fundamentales.

Estos peligros no suelen ser percibidos materialmente, según la concepción tradicional de los daños, sino que se manifiestan de forma casi imperceptible pero con efectos poderosamente dañinos, que requieren ser neutralizados, controlados y prevenidos. La contaminación del medio ambiente es una de las amenazas más latentes y de mayor potencialidad perjudicial para la existencia del ser humano. El medio ambiente constituye la plataforma esencial de toda la humanidad, una condición indispensable para la supervivencia de la raza humana, de la flora y de la fauna. En palabras de Schünemann, la explotación indiscriminada de hoy significa la miseria de mañana¹⁶¹.

Podemos sintetizar al objeto de protección jurídico penal de la siguiente forma: “Aquel sistema, soporte fundamental sobre el cual han de desarrollarse adecuadamente todos los seres vivos que habitan sobre la tierra, es decir, un medio ambiente que, con propiedad, pueda garantizar el desarrollo sostenible de toda existencia vital, así como el de las próximas generaciones, de ahí que se consagre su valor constitucional”¹⁶².

¹⁶⁰ PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., p. 322.

¹⁶¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Ob. Cit., p. 206.

¹⁶² Barrero Cáceres, en la doctrina colombiana, señala respecto al modelo del medio ambiente, que el primer rasgo se refiere a la consideración de que este es la condición de posibilidad de supervivencia de los seres humanos; el segundo rasgo, es que se trata de un derecho fundamental, y, el tercero, es que la obligación del Estado de garantizar el medio ambiente, es decir, garante de un derecho fundamental, lo obliga a realizar acciones tendientes a lograr la indemnidad del ambiente.

La protección del ambiente exige una concepción diacrónica, calculada a largo plazo, que también incluya la garantía de condiciones humanas dignas para las próximas generaciones¹⁶³.

De acuerdo con Jordano Fraga, decir que el medio ambiente es un bien jurídico de nivel constitucional significa afirmar la consagración al más alto rango de un valor que nuestra sociedad considera digno de protección y promoción. Desde un punto de vista práctico, el reconocimiento del bien jurídico significa la existencia de normas destinadas a garantizar su protección, pero también el carácter de principio informador respecto al resto del ordenamiento jurídico¹⁶⁴.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004/PI, ha sostenido lo siguiente: “El Tribunal Constitucional considera que el medio ambiente, entendido sistemáticamente como el conjunto de fenómenos naturales en que existen y se desarrollan los organismos humanos, encuentra en el comportamiento humano una forma de acción y de creación que condiciona el presente y el futuro de la comunidad humana”.

Constituye un bien jurídico supraindividual, pues su titularidad no recae en una sola persona, sino en el colectivo social. Por ello, puede hablarse en este caso de “intereses difusos”; es decir, de los que se hallan presentes de “modo informal y

BARRERO CÁCERES, José Daniel (2008). “*La contaminación ambiental como delito de resultado*”. En: Estudios en Derecho y Gobierno, Bogotá, p. 88.

¹⁶³ TIEDEMANN, Klaus (2000). “*El Derecho Penal Ambiental alemán en su contexto europeo y mundial*”. En: Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad, Editorial Idemsa, Lima, p. 207.

¹⁶⁴ JORDANO FRAGA. Ob. cit., p. 80.

propagado a nivel de masa en ciertos sectores de la sociedad”¹⁶⁵ cuya esencia toma lugar a partir de su directa relación con los bienes jurídicos individuales, al margen de que estos comportamientos prohibidos puedan ocasionar daños cuantificables a personas determinables. En estos casos, las repercusiones negativas del deterioro del medio ambiente afectan a la sociedad en su conjunto. Piénsese, por ejemplo, en la contaminación atmosférica, en la destrucción de un paisaje o en la desaparición de una especie protegida¹⁶⁶.

A decir de Schünemann, tanto el verdadero interés de protección que se encuentra detrás del tipo penal como el bien de protección captado directamente por este, solo pueden estar constituidos por los bienes ecológicos mismos¹⁶⁷. Cabe anotar que la legitimidad del bien jurídico medio ambiente, viene caracterizada por su estrecha vinculación con los bienes jurídicos de orden personal, es decir, con la vida, el cuerpo y la salud de las personas; pues las tipificaciones penales que el legislador ha glosado en el Título XIII del Libro I del Código Penal responden a una idea reforzada y anticipada de la tutela de los intereses jurídicos personalísimos, como un bien jurídico funcional.

La justificación axiológica no debe entender que el medio ambiente -como bien jurídico-, no cuenta con autonomía sustantiva y procesal. Por el contrario, son las propias particularidades y singularidades de este interés jurídico, las que

¹⁶⁵ BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, *Ángeles* (1996). *Comentarios al Código Penal*, Volumen III, Valencia, p. 1593.

¹⁶⁶ JORDANO FRAGA. Ob. Cit., p. 80.

¹⁶⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Ob. Cit., p. 219.

determinan la independencia de su regulación, que se manifiesta en su penalización separada de los delitos que atentan contra la vida, el cuerpo y la salud.

A nuestro entender, las posibles afectaciones que pueda presentar el medio ambiente, pueden ser perfectamente conciliables con los daños en la integridad física de los individuos. Sin embargo, la titularidad respecto de ese menoscabo, en el primer caso, ha de recaer en la sociedad en su conjunto, mientras que en el segundo, en las mismas personas que resultan mermadas en la integridad de sus intereses fundamentales. Sin embargo, la *lex lata* ha querido también recoger dichas lesiones, de conformidad con el contenido normativo previsto en los últimos párrafos del artículo 305 del Código Penal, es decir, cuando por efecto de la contaminación se producen lesiones graves o la muerte de una persona.

Según la postura de Eser, el alcance fundamental de la protección puede deducirse de dos factores: i) de los objetos protegidos: la cuestión, de si junto a determinados bienes ambientales individuales se protegen, también, todas las especies ambientales y, por último, aunque no en importancia, el ecosistema en su conjunto; y, ii) de la intensidad de protección, a cuyo respecto puede distinguirse entre el aseguramiento de la existencia de cada bien ambiental, el de su calidad y el de su incolumidad¹⁶⁸.

Sobre el primer punto, cabe recalcar la visión definidamente antropocéntrica de la protección jurídica del medio ambiente, de los recursos naturales, así como la

¹⁶⁸ ESER, Albin. Ob. Cit., p. 117.

fauna silvestre y la flora. Estos son tutelados legalmente, en tanto resultan indispensables para la propia coexistencia del ser humano.

Se dice, entonces, que aparece también la conservación de la diversidad de especie a la luz de una nueva perspectiva: no solo como potencial genético para “cultivos de resistencia” en el ámbito de la flora o con fines de lucha biológica antiparasitaria (...), sino también de cara a la investigación en el campo de la tecnología genética, cuyas consecuencias no se nos alcanzan todavía plenamente¹⁶⁹. A partir de lo anotado, se señala en doctrina que se asume una óptica ecocéntrica, dejando de lado una visión estrictamente antropocéntrica, en la que el objeto amparado por la norma trasciende de la vida y salud humanas, para materializarse en los distintos elementos que integran el ambiente natural¹⁷⁰.

La Ley General del Ambiente, en su artículo 2.3, dispone que debe entenderse, para los efectos de ella, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

Con respecto al segundo aspecto, cabe precisar que la intensidad de la protección jurídica del medio ambiente no puede ser percibida desde una visión

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 125.

¹⁷⁰ CARMONA SALGADO, Concepción. *Ob. Cit.*, p. 53.

exclusivamente actual, sino también respecto a la creación de las condiciones necesarias y adecuadas para que las próximas generaciones puedan contar con una vida de calidad. En tal sentido no puede admitirse la idea de aprovechar los recursos naturales pensando en el presente sin tomar ninguna medida de precaución en interés de las generaciones del futuro.

Sostuvimos que el objeto de interés no se reduce a evitar daños y estragos al ecosistema, la biodiversidad y la fauna, sino la articulación de las bases de un medio ambiente de calidad. Por medio de esta protección se asegura también, de manera mediata, el aseguramiento de una cierta calidad existencial.

En resumidas cuentas, debe postularse una protección penal de mayor intensidad, que ha de orientarse no solo a la conservación y protección de un medio ambiente indispensable para el mantenimiento de la vida humana, sino también para asegurar un nivel óptimo de calidad de vida¹⁷¹. Los delitos ambientales, constituyen, por otro lado, auténticos tipos de peligro, de creación de un estado de riesgo para el bien jurídico tutelado, que en algunos casos puede ser contemplado desde una perspectiva concreta y en otros desde un plano abstracto. Por cierto, en otros se requiere que el hecho cause una lesión (últimos párrafos del artículo 305 del Código Penal).

No obstante, debe verse también que en algunos casos el legislador ha penalizado meras contravenciones administrativas, es decir, ha elevado a la

¹⁷¹ ESER, Albín. Ob. Cit., p. 129.

categoría de norma penal puras desobediencias administrativas, conforme se desprende de los artículos 311 y 312 del Código Penal, como consecuencia de la Ley N° 29263 del 2 de octubre de 2008 y del Decreto Legislativo N° 1084 del 28 de junio de 2008.

El bien jurídico en estos delitos no presenta una homogeneidad absoluta, como sucede en otras parcelas de la criminalidad. En los delitos ambientales se agrupan una serie de injustos típicos que vulneran específicos marcos del medio ambiente y con ello el sistema ecológico (en sentido estricto), así como los recursos naturales. Este último comprende la fauna, la flora silvestre, las especies acuáticas, los recursos genéticos y los bosques, como se revela del contenido de los tipos legales correspondientes¹⁷².

El medio ambiente está compuesto por un conjunto de elementos que, en la complejidad de sus relaciones, constituyen el marco, el medio y las condiciones de vida del hombre. No se puede hablar, por lo tanto, de un solo bien jurídico, sino de una serie de intereses jurídicos que han sido refundidos en una sola titulación de la codificación punitiva. Así, por ejemplo, la construcción en zonas destinadas a viales o bienes de dominio público constituye una grave infracción urbanística que no vulnera, en cambio, el medio ambiente natural¹⁷³.

¹⁷² Cfr. CALDAS VERA, Jorge. Ob. Cit., p. 62; PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., p. 322.

¹⁷³ CARMONA SALGADO, Concepción. Ob. cit., p. 52.

5.6.5. Ley penal en blanco y la accesoriadad del derecho penal

La concurrencia de una abundante normativa, en lugar de asegurar una protección jurídica eficaz, puede generar problemas de confusión de las normas, en este caso, entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, con una posible merma al principio del *non bis in idem*^{174 175}. No debe perderse de vista que existen ámbitos específicos de responsabilidad penal y de responsabilidad administrativa.

El artículo 135 de la Ley General del Ambiente dispone que: “El incumplimiento de las normas de la presente Ley es sancionado por la autoridad competente en base al Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental. Las autoridades pueden establecer normas complementarias siempre que no se opongan al Régimen Común. En el caso de los gobiernos regionales y locales, los regímenes de fiscalización y control ambiental se aprueban de conformidad con lo establecido en sus respectivas leyes orgánicas”.

Lo anotado cobra mayor vigencia con la sanción de la Ley N° 29263 que ha acentuado la relación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador. La prohibición penal no puede ser entendida de forma unilateral, es decir, desde una sola óptica de la norma jurídico-penal, pues requiere ser integrada por las disposiciones legales administrativas sobre la materia, dando lugar a lo que

¹⁷⁴ BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles. Ob. Cit., p. 1594.

¹⁷⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009). *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, Tomo I, Rhodas, Lima, pp. 90-111; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., pp. 184-185.

se denomina como “ley penal en blanco”. Como se recuerda, en estas leyes, el intérprete debe remitirse necesariamente a la normatividad extrapenal para completar el contenido del injusto típico (ambiental).

Si bien las leyes penales en blanco han recibido numerosas críticas, estas pueden salvarse siempre y cuando la normatividad extrapenal sea estricta en su composición normativa, esto es, cuando emplee términos diáfanos y precisos. Asimismo, en el caso de la criminalidad ambiental su legitimidad reside en el hecho de su complejidad y la constante revisión de las normas medioambientales, que supondría, en caso de estar reguladas de forma cerrada en el Código Penal, una frecuente modificación de los dispositivos penales.

El cumplimiento de la tipicidad de la conducta supone la previa constatación de una típica “desobediencia administrativa”, cuando el legislador hace alusión en la construcción normativa a la “contravención a leyes, reglamentos o a límites máximos permisibles”. Frente a estas hipótesis, el primer elemento, en orden a determinar la relevancia jurídico-penal del comportamiento, es verificar la infracción normativa (reglamentaria), para luego, constatar la idoneidad de la acción u omisión para producir un verdadero estado de peligro para el bien jurídico tutelado. Es decir, la contravención administrativa debe configurar la generación de un riesgo jurídicamente desaprobado, pero con ello no se tiene aún un injusto penal, en tanto que para ello se requiere la valoración de un efectivo peligro para el interés jurídico penal.

Se habla, por lo tanto, de un doble nivel de disvalor. Con ello se quiere poner de relieve que la categoría del “injusto penal ambiental” no puede determinarse con el solo concurso del Derecho Administrativo sancionador ni tampoco con la única intervención de Derecho Penal.

La vinculación del Derecho Penal con el Derecho Administrativo (ambiental) se advierte en la subordinación a que se somete la punición respecto a un acto típico de la Administración¹⁷⁶. Al respecto, el artículo 304 del Código Penal, señala a la letra lo siguiente: “El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles (...)”; mientras que el artículo 306 del Código Penal señala: “El que, sin autorización (...)”.

Por tales motivos, el primer elemento es definir si el agente infringió la ley o el reglamento o, en su defecto, si ejecutó la conducta disvaliosa sin contar con la autorización de la autoridad competente. Una ostensible accesoriadad del Derecho Penal respecto al Derecho Administrativo puede verse en el artículo 311 del Código Penal que recoge el delito de utilización indebida de tierras agrícolas, en el que la configuración del injusto se encuentra totalmente subordinada a la contravención de la legalidad extrapenal, que se contempla en la propia norma penal.

En palabras de Tiedemann, la dependencia más fuerte se presenta cuando la norma penal de conducta por sí sola prescribe la observancia de determinadas

¹⁷⁶ TIEDEMANN, Klaus (1999). “*Relación entre Derecho Penal y autorización jurídico-administrativa*”. En: Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental, Editorial Idemsa, Lima, p. 160.

decisiones de la autoridad administrativa y, con ello, de manera exclusiva el injusto administrativo formal es objeto del tipo delictivo¹⁷⁷.

Al margen de la flagrante “administrativización” del Derecho Penal que se manifiesta en algunas de los delitos contra el medio ambiente, en el caso específico de la expresión “sin autorización”, nos preguntamos con razón ¿Qué sucede cuando el agente establece un vertedero o botadero de residuos sólidos que pueda perjudicar gravemente la calidad del ambiente, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos, contando con la autorización de la Administración¹⁷⁸⁻¹⁷⁹?

Es que acaso no puede desconocerse que en una Administración donde campea la corrupción, el soborno y el cohecho, pueden obtenerse licencias, concesiones y/o autorizaciones de forma ilegal, donde la resolución que autoriza no cumple en todos los casos con el proceso de evaluación que se requiere para aprobar la solicitud. Nos encontramos frente a un tropiezo del legislador, que en principio podría generar lagunas de impunidad, pues conductas peligrosas para el bien jurídico tutelado, quedarían sustraídas de una efectiva sanción punitiva, lo que resulta político-criminalmente insatisfactorio. Dicho así: una autorización administrativa formalmente válida no puede exonerar de responsabilidad penal al autor, cuando es materialmente inválida.

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ Cuestión distinta resulta de que esa misma conducta pueda a su vez, ser cobijada en otros tipos penales.

¹⁷⁹ La exigencia de un permiso o certificado válido en el caso de los delitos contenidos en el artículo 308 del Código Penal.

Se pone en discusión el hecho de que el legislador haya subordinado en materia ambiental la intervención del Derecho Penal a decisiones puras de la Administración, lo que le resta autonomía e independencia. No puede olvidarse que si bien el *ius puniendi* estatal debe actuar generalmente de forma autónoma, no es menos cierto que en materias –tan versátiles y dinámicas- como el medio ambiente, resulta casi imposible pretender independizar la reacción penal del Estado. Sin embargo, esto tampoco puede conducir a otro extremo: el completo sometimiento del Derecho Penal. A mi juicio, debería procurarse una solución intermedia, que tenga como premisa la tarea fundamental del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho: “La protección preventiva de bienes jurídicos”¹⁸⁰.

En opinión de Schünemann, en el Derecho Penal del medio ambiente naturalmente se aplica el principio de la accesoriedad respecto del Derecho Administrativo, en la medida en que se entiende por este las leyes que regulan el aprovechamiento del medio ambiente. De hecho, el principio de unidad del ordenamiento jurídico ha de irradiar todo el ámbito de punición, en el sentido de que una conducta que es permitida por el Derecho Administrativo no puede, en ningún caso, ser amenazada con una pena. No obstante, esta afirmación no puede implicar que el legislador, para privilegiar a ciertos grupos y/o sectores de la economía, sustraiga de la reacción punitiva hechos en realidad lesivos para un bien jurídico, como aconteció con la dación de los Decretos Legislativos N°s 1034 y 1044.

¹⁸⁰ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. Cit., pp. 181-185.

La problemática descrita podría ser resuelta de la siguiente manera: si es que se verifica a posteriori que la autorización administrativa cuenta con serios vicios de irregularidad, al adolecer de ciertos elementos intrínsecos de validez, se puede postular la declaratoria de su nulidad cuyos efectos se retrotraen al momento de la emisión del acto administrativo, debido a lo cual el principio de legalidad permanecería incólume (*lex praevia*). En estos casos, el agravio al “interés público” es más que evidente, al ponerse en riesgo un bien jurídico de relevancia colectiva.

El artículo 202 de la Ley N° 27444 (Ley de Procedimiento Administrativo General)¹⁸¹, dispone al respecto lo siguiente: “202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público (...)”.

Por su parte, la Ley General del Ambiente, en su artículo 7.1, dispone que las normas ambientales, incluyendo las de salud ambiental y de conservación de la diversidad biológica y los demás recursos naturales son de orden público. Es nulo todo pacto en contra de lo establecido en dichas normas legales.

¹⁸¹ De aplicación supletoria según lo dispuesto en la tercera disposición final y complementaria de la Ley N° 27444.

5.6.6. La reforma político-criminal de los delitos ambientales a través de la ley N° 29263

La necesidad del Estado peruano de suscribir un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, propició toda una reforma legislativa en varios ámbitos del ordenamiento jurídico. Para este último país resultaba indispensable que el Perú adecuara su Derecho positivo, de acuerdo a un estándar normativo que permitiera proteger eficazmente los recursos naturales, la fauna silvestre, los derechos intelectuales y la propiedad industrial.

Han sido pues los compromisos contraídos con los Estados Unidos y no la discusión respecto a los actos involucrados, los que han incidido en la reforma político-criminal de los delitos ambientales. Esto, sin embargo, no significa que en todos los casos la reforma penal sea equivocada. En resumidas cuentas, la sanción de la Ley N° 29263 ha implicado la incorporación de nuevas figuras delictivas, así como una mayor drasticidad de la escala de penas, debido a lo cual puede decirse que el legislador apeló una vez más a los fines preventivo-generales de la pena. Este es el caso de los artículos 308-A, 308-B, 308-C, 308-D, 310-A, 310-B, 310-C y 314-B del Código Penal. Otra agravación sustancial de la reacción punitiva puede verse en el tipo penal previsto por el artículo 310 del Código Penal (Delitos contra los bosques o formaciones boscosas).

Así también, se han incorporado mecanismos estrictamente procesales, conforme se desprende de los artículos 314-C y 314-D, pese a que esto supone una deficiente y asistemática técnica legislativa.

El legislador que cree que el Derecho Penal constituye la herramienta más eficaz para combatir los comportamientos sociales más disvaliosos se equivoca, pues la intimidación y/o disuasión que pretende lograr en la psique de los individuos para que estos se abstengan de cometer estas conductas es solo relativa, como puede observarse en las últimas reformas penales que en algunos casos supuso la sanción de pena de cadena perpetua¹⁸².

5.7. El Derecho Penal como prima ratio frente a conflictos sociales

Una de las características del Derecho penal moderno es su carácter de prima ratio, por lo que resulta urgente buscar argumentos a los efectos de precisar cuándo es necesaria la aplicación del derecho penal para el sector minero peruano, en términos de eficiencia y racionalidad. La actuación de los distintos organismos de la empresa minera puede ser pasible, entre otros, de la comisión de delitos tipificados contra el medio ambiente.

En este contexto, existen reglas de imputación que limitan la responsabilidad penal de cada área específica de la empresa minera, pues cada responsable de área

¹⁸² REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., pp. 171-173.

tiene funciones exclusivas y responsabilidades diferentes, de acuerdo al protocolo de actividades que realiza.

Los organigramas singulares de cada empresa minera definen actuaciones de los órganos de dirección o gestión, motivo por el cual quedan explicitadas las eventuales responsabilidades en caso de comisión de ilícitos penales.

En el caso específico contemplado en el Título XIII del Código Penal peruano, aprobado por Decreto Legislativo N°635 (1991), modificado por la Ley N° 29263 (2008), que establece a la contaminación del medio ambiente entre los Delitos Ambientales, a través del incumplimiento de leyes, reglamentos o Límites Máximos Permisibles, quedarían definidas las cadenas de responsabilidades, identificando la actuación punible del infractor.

Expertos penalistas del país han manifestado su opinión en el sentido que mal haría el Estado peruano con intentar llegar con sanciones penales desproporcionadas contra las compañías mineras, en lugares donde el Estado no ha podido llegar aún con infraestructura de servicios básicos (Educación, salud, viviendas, carreteras, agua, desagüe, luz, etc.).

El Estado debe regular la aplicación de los instrumentos de gestión como es el caso de adecuados Límites Máximos permisibles, a efectos de establecer reglas claras y altos niveles de predictibilidad en torno a las actividades que tengan que ver con el tema de fiscalización del sector minero, OSINERGMIN le dio las posta a OEFA y constituye una agenda pendiente, que debe tratarse con un mayor análisis

económico del Derecho aplicado a la realidad peruana y de la teoría de la Ejecución Pública de las Leyes sectoriales y no como se estaría promoviendo actualmente en el ministerio del medio ambiente, el cual vendría recurriendo al derecho penal como prima ratio para hacer frente a los conflictos sociales incrementados por una mayor inversión en el sector minero y una inadecuada comunicación entre las partes en conflicto.

Principios como el de última ratio tienen un evidente sustento de carácter político, pues, en concreto, la decisión de intervenir constituye una determinación del poder legislativo, vale decir, del congreso peruano.

5.8. Validación de la hipótesis

La hipótesis planteada en la investigación fue: “El sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver, en lugar de componer conflictos, los reprime y, a menudo, éstos mismos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también por efecto de la intervención penal, pueden surgir conflictos nuevos en el mismo o en otros contextos; por ello el sistema punitivo, por su estructura organizativa y por el modo en que funciona, es absolutamente inadecuado para resolver los conflictos socioambientales mineros”; el mismo que ha quedado validado o confirmado en base a los siguiente fundamentos jurídicos, desarrollados en el marco teórico y discusión:

- a. El fenómeno expansivo que ha experimentado el Derecho penal en los últimos tiempos, caracterizado por la tendencia cada vez más acentuada a utilizar el

- ordenamiento punitivo como instrumento de gestión de los grandes problemas sociales, que ha desembocado en una –hasta hace poco– insospechada tipificación de nuevas conductas, así como en una creciente flexibilización de las reglas de imputación y de las clásicas garantías de orden sustantivo y procesal; lo cual ha originado un profundo debate entre dos posiciones antagónicas que pretenden, por un lado, seguir alimentando la propuesta de un discurso penal garantista con asistencia plena de las garantías propias de un Estado de Derecho.
- b. Por otro, la consolidación de un discurso de la emergencia y la clara propuesta de lo que se ha catalogado como un “Expansionismo penal o populismo penal”, que se traduce en una propuesta de Derecho penal máximo con un claro recorte de garantías constitucionales y procesales, habida cuenta del apareamiento de nuevas formas de delincuencia, como la criminalidad organizada, la criminalidad de las empresas, la corrupción político-administrativa y el abuso del poder, el terrorismo, etc.
 - c. El problemas de la criminalidad ambiental y los conflictos socioambientales, vienen creando espacios muy peligrosos como consecuencia del expansionismo penal, en empelar al derecho penal no como ultima ratio sino como prima ratio de la solución de los conflictos sociales en el país, en donde se pueda aplicar un Derecho penal de privación de la libertad con reglas de imputación y procesales relativizadas al máximo, por aquella idea del riesgo que, en efecto, tiene presente el Derecho penal moderno.
 - d. Las razones por las cuales se pretende legitimar aquel discurso penal maximalista y, a reglón seguido, ensayaremos algunos argumentos tendientes a objetar

semejante propuesta en aras de determinar que, en este caso, efectivamente, ya no se puede desconocer el hecho de que se ha trastocado la concepción liberal del Derecho penal, al pretender minar el aparato garantístico de derechos que se ha venido configurando a lo largo de su historia, argumentos a los cuales desde ya anticipamos nuestra adhesión.

- e. **La Relativización de las críticas dirigidas a la “expansión del Derecho penal”**. Un sector importante de la doctrina ha hecho serios cuestionamientos a las características del nuevo Derecho penal, que pueden ser resumidas de la siguiente manera: Por un lado, se ha incidido en la idea de que se estaría produciendo un abandono del núcleo del Derecho penal mínimo y una ruptura con los principios de intervención mínima y ultima ratio, por cuanto el moderno Derecho penal se ha ido alejando de un modelo destinado a la protección exclusiva de bienes altamente personales –como la vida, la integridad física, la libertad, etc.– para convertirse en un Derecho penal de mayor intervención en la esfera del ciudadano, que se manifiesta en el aumento de conductas penalmente tipificadas con el fin de proteger bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.
- f. Esto se traduce en la idea de que el Derecho penal ha intervenido en ámbitos cuyos problemas estarían ya resueltos por otras ramas del ordenamiento jurídico, las cuales, en comparación con el Derecho penal, limitarían en menor medida la libertad del ciudadano. Por otro lado, se critica también que el Derecho penal moderno no es más que un Derecho penal simbólico, al intentar canalizar a través de sus normas necesidades como la erradicación del delito y la “sensación” de

inseguridad, que no son satisfechas por otras vías, para de esta manera apaciguar a la población a través del mensaje de que el Estado “está actuando”.

- g. La intervención del Derecho penal se hace necesaria en determinadas materias, y para llegar a determinar aquella necesidad se debe partir del análisis de supuestos concretos o específicos, en la medida en que las razones para esa intervención pueden ser muy diferentes según las materias a regular, pues precisamente el error en el que incurren los críticos de la expansión del Derecho penal es que parten de afirmaciones generales sobre la función o alcance de esta rama del ordenamiento jurídico, lo que no les permite afirmar o negar la necesidad de intervenir en dichos supuestos concretos.
- h. De esta manera toma el ejemplo del medio ambiente, en el que, por un lado, existe un amplio consenso social y, por ende, doctrinal, acerca de la necesidad de proteger este bien jurídico, razón por la cual determinados atentados medioambientales ya se encuentran tipificados hace tiempo en el derecho administrativo sancionador –como también lo han estado ciertos atentados producidos en otros ámbitos como la flora y fauna, el ordenamiento del territorio o el orden socioeconómico–, pero, por otro lado –y pese a las críticas sobre la excesiva intervención penal– también está extendida la opinión de que la persecución e imposición de la consiguiente sanción cuando se cometen estos atentados no se produce, o no se lo hace con la efectividad necesaria, es decir, que el derecho administrativo en este ámbito no estaría resolviendo el problema de forma suficiente ni satisfactoria. Ante esto la solución dada a la problemática dada por los críticos de la expansión ha sido mantener la regulación

dentro del ámbito administrativo y modificar y adecuar sus mecanismos para hacer frente satisfactoriamente a las agresiones al medio ambiente, en procura de que el Derecho administrativo se convierta, en definitiva, en una respuesta suficiente y satisfactoria del conflicto planteado, y no a acudir a la última ratio del Derecho penal para solucionar los conflictos que se generan en este ámbito; sin embargo –sostiene– en la configuración actual del sistema administrativo no se cuenta con los medios de control necesarios para hacer frente a determinado tipo de infracciones.

- i. Las agresiones más graves contra el medio ambiente –que serían las que, en principio, deben ingresar al Derecho penal– son, en su inmensa mayoría, cometidas por grandes estructuras empresariales, y como las sanciones previstas para estas agresiones es meramente económica, la cuantía de esa sanción ya está integrada a sus costes de producción y, por ende, ya es un valor esperado para el delincuente, sin que las previsiones legales logren conseguir una adecuada prevención de las infracciones.
- j. En las últimas décadas, junto con el avance y consolidación de la democracia, la conflictividad social medio ambiental se ha mostrado como uno de los temas más sensibles y preocupantes, y ha recibido atención creciente por parte de las autoridades y funcionarios públicos, los líderes y fuerzas políticas, los medios académicos, las organizaciones sociales y, en general, la opinión pública.
- k. Las respuestas de los estados latinoamericanos al desafío de la conflictividad no han sido desde luego similares; dependiendo de las fuerzas políticas a cargo de los gobiernos, tales respuestas han estado en función de distintos factores, entre

los que cabe mencionar sus lecturas globales de la realidad; la manera cómo enfocaban e interpretaban las causas de los conflictos y la capacidad de movilización e influencia de los actores sociales. Son también importantes las fortalezas y debilidades institucionales; las normas y reglas de juego preexistentes, entre otros. A partir de todo ello, se diseñaron e implementaron diversas estrategias y medidas para trabajar en la gestión de los conflictos.

- l. En el caso del Perú, con una débil institucionalidad estatal y un sistema político caracterizado por la precariedad orgánica de la mayoría de los partidos y fuerzas actuantes en la escena política, se ha tenido un conjunto de protestas sociales en general dispersas y fragmentadas a lo largo del territorio; muchas de ellas de corta duración y objetivos puntuales; otras más sostenidas y de mayor aliento. Tomando en cuenta las dos últimas décadas, éstas inicialmente obedecieron a problemas derivados de la gestión de los gobiernos locales; y luego, al promediar la década pasada, la mayoría de conflictos se desencadenaron en torno a la presencia de industrias extractivas, especialmente de la mediana y gran minería. Lo cual se relaciona a la llegada de grandes inversiones (nacionales y extranjeras) atraídas por las nuevas reglas de juego establecidas en el país a partir de los años noventa y más tarde por el boom de los precios de los minerales.
- m. Sin embargo, debe precisarse que actualmente, la conflictividad social del país incluye también casos asociados a la minería informal e ilegal, hoy uno de los conflictos más complejos y extendidos por todo el Perú; así como a la exploración y explotación de hidrocarburos, principalmente ubicados en la Amazonía, donde la incursión de las empresas en territorios donde habitan

pueblos indígenas ha desatado una serie de tensiones sociales. Es también significativo el número de conflictos por demarcación territorial, entendibles en un país donde alrededor del 90% de sus distritos y provincias no tienen límites definidos después de casi 200 años de vida republicana, y en donde muchos de ellos se han “reactivado” ante la presencia de industrias extractivas y problemas de larga data como el acceso a los recursos hídricos y a la distribución de las rentas derivadas de la minería. Están finalmente los de carácter agrario, que incluyen a pequeños y medianos agricultores, a cocaleros y otros². Todos ellos plantean demandas de distinto contenido y suponen desafíos que el Estado peruano debe afrontar a fin de garantizar la gobernabilidad democrática, los derechos ciudadanos, la inversión y el desarrollo inclusivo.

- n. En la medida que las capacidades institucionales para tratar la conflictividad se fortalezcan y la población visualice al Estado como un garante y protector de sus derechos y de los recursos naturales, mayor será su eficacia para afirmar la gobernabilidad democrática y mayor su legitimidad social.

VI. CONCLUSIONES

1. Existe un conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos –anteriormente reseñados– que ha provocado en el Derecho penal un cúmulo de efectos, y que configuran lo que se ha dado por llamar “expansión”. alguna de las manifestaciones de la expansión del Derecho penal se traduce en la ampliación del ámbito de lo penalmente prohibido, produciéndose nuevos tipos penales o ampliándose los ya existentes, en el incremento de las penas clásicas o introducción de nuevas sanciones y en la flexibilización de los principios político-criminales o de las reglas de la imputación.
2. A raíz del apareamiento de este fenómeno se han derivado sendas y respetables críticas desde un sector importante de la doctrina, que basan sus cuestionamientos, principalmente, en que se estaría produciendo un abandono del núcleo del Derecho penal mínimo y una ruptura con los principios de intervención mínima y ultima ratio.
3. El Derecho penal moderno se ha ido alejando de un modelo destinado a la protección exclusiva de bienes altamente personales –como la vida, la integridad física, la libertad, etc.– para convertirse en un Derecho penal de mayor intervención en la esfera del ciudadano, que se manifiesta en el aumento de conductas penalmente tipificadas con el fin de proteger bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.
4. Los conflictos socioambientales son procesos interactivos entre actores sociales movilizados por el interés compartido en torno a los recursos naturales,

como tales: son construcciones sociales, creaciones culturales, que pueden modificarse según cómo se los aborde y se los conduzca, según cómo sean transformados y según cómo involucren las actitudes e intereses de las partes en disputa. Uno de los mayores desafíos enfrentados por el mundo actual es la integración de la actividad económica con la preservación ambiental, las preocupaciones sociales y la generación de sistemas eficientes de gobernabilidad.

5. Los conflictos socioambientales tienen diversas aristas que requiere de intervenciones y propuestas integrales, que puedan dar cuenta de la necesidad de articular a aquellos que son parte del problema para que también sean parte de la solución. El aporte que los ancashinos podemos hacer a este análisis es muy valioso ya que los conflictos tardan mucho tiempo en gestarse por lo tanto su transformación requiere de plataformas y análisis creativos sostenibles en el tiempo que tomen en cuenta las particularidades culturales y ambientales de todos las voces.
6. La política criminal del tercer milenio se vincula fundamentalmente con la protección de bienes jurídicos, que desbordan la estructura de los intereses estrictamente individuales, para insertarse en el ámbito de los denominados intereses difusos, en tanto protección de bienes jurídicos supraindividuales pertenecientes a toda la sociedad. Entre estos, el medio ambiente ocupa un lugar trascendental, en mérito a su relevancia ius constitucional.
7. La reforma político-criminal ambiental, no solo ha conllevado la tipificación de figuras delictivas novedosas, sino que ha incidido también en un

reforzamiento del correcto funcionamiento de la Administración Pública, en tanto se amenaza penalmente aquellas actuaciones que involucran a los funcionarios y/o servidores públicos con competencias en las labores de fiscalización, control y supervisión del comportamiento de los particulares respecto a la adecuada explotación de los recursos naturales al punto de haber consignado la responsabilidad funcional ambiental, tal como se prevé en el artículo 314 del Código Penal.

8. Se debe destacar que la tarea del Derecho Penal en materia ambiental, no podrá ser eficaz si es que dicho instrumento no se ve aparejado con otros instrumentos de control social que puedan prevenir cualquier clase de conducta que, aún de forma alejada, signifique un peligro para los componentes ambientales. Por ello, cuando se ponga gravemente en riesgo el equilibrio de los sistemas naturales, entrará en juego la ley penal, como instrumento insustituible de solución de conflictos allá donde el resto del ordenamiento jurídico no haya podido tutelar el correspondiente bien jurídico con un mecanismo menos lesivo. Esta protección no debe ser simbólica, sino eficaz.

VII. RECOMENDACIONES

1. Si bien el Derecho no puede esquivar a las demandas de mayor protección estatal en general y penal en particular, producto de aquella nueva autocomprensión de la sociedad, esto no implica que el ius puniendi deba ser ejercitado basado únicamente en el reclamo social para que los problemas derivados de tal circunstancia se solucionen inmediatamente, peor cuando muchas de las veces se cree erróneamente que el Derecho penal es la “respuesta mágica” que los solucionará.
2. Aumentar la crudeza del poder punitivo del Estado para culminar en un nivel de autoritarismo sin precedentes, no contribuye en la solución de los conflictos socioambientales. Por lo que se recomienda que las leyes penales que se tengan que dictar deben ser el resultado de un proceso reflexivo y científico, en el que se escuchen a los diferentes sectores de la comunidad, desde O.N.G., asociaciones civiles, colegios profesionales y hasta institutos científicos del ámbito académico. Solo así se puede dar paso a un proceso de modernización razonable en el Derecho penal.
3. Hacer hincapié en la necesidad de fortalecer la institucionalidad para el abordaje de la conflictividad ambiental en contextos emergentes donde el poder de veto de la sociedad civil está al orden del día. Por ello, que la necesidad de

sensibilización y concientización de la población en general a fin de tener ciudadanos cada vez más sensibilizados que generen nuevas voces que se alcen en defensa de los recursos naturales y protección del medio ambiente.

4. Promover y garantizar la capacitación continua, en el manejo de conflictos sociales, de los policías llamados a intervenir y dotar de armamento no letal y equipos protectores para los efectivos policiales que participan en el control del orden interno.
5. Garantizar el acceso a la justicia, verdad y reparación de los afectados por el uso abusivo de la fuerza en situaciones de protesta social. Habilitar de manera urgente un procedimiento administrativo para la reparación de los afectados, incluyendo mujeres y niños dependientes de los primariamente afectados. El Estado tiene la obligación de investigar y sancionar.
6. Se respete el debido proceso a las personas procesadas en el contexto de la protesta social. Derogar las normas que criminalizan la protesta social y permite investigar a las personas fuera de sus ámbitos de competencia.
7. Establecer un sistema normativo que permita el procesamiento y sanción a las empresas y/o sus directivos en que se vean involucradas en violaciones de derechos humanos. Eliminar la prestación de servicios privados de seguridad por las fuerzas del orden a las empresas extractivas, sea cual sea la forma jurídica

por la que se brinden éstos. Así mismo anular los convenios existentes entre empresas mineras y la Policía Nacional.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEVEDO ROJAS, Jorge. (2010). “Comunicación y conflictos socioambientales en el Perú”. [Tesis doctoral]. Lima: Universidad católica del Perú.
- ARANA ZEGARRA, Marco A. (2009). “Resolución de Conflictos Medioambientales en la Microcuenca del Río Porcón, Cajamarca 1993-2002”. [Tesis doctoral]. Lima: Pontificia Universidad Católica Del Perú.
- ASHFORD, Douglas E. (1989). La Aparición de los Estados de Bienestar, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid
- B.J. MAIER, Julio (2001). “Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?”. En: AA.VV. Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba
- BARATTA, Alessandro (1990). “Resocialización o control social”, Ponencia presentada en el Seminario “Criminología Crítica y Sistema Penal”, organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, Lima. Disponible en sitio web: <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/Resocializacion.pdf>.
- BARATTA, Alessandro (2001). Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal, 7ma reimpression, Siglo XXI editores S.A., México
- BARRERO CÁCERES, José Daniel (2008). “La contaminación ambiental como delito de resultado”. En: Estudios en Derecho y Gobierno, Bogotá
- BAUDRILLARD, Jean (1997). El otro por sí mismo, Anagrama, Barcelona

- BAUMAN, Zygmunt (2000). Modernidad Líquida, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- BAUMAN, Zygmunt (2005). “Conflictos sociales y su tendencia en América”. [Tesis de doctorado]. Losada, Madrid.
- BAUMAN, Zygmunt (2005). La sociedad sitiada, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005
- BAUMAN, Zygmunt (2007). Amor líquido, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.
- BEBBINGTON, A. (2008). “Actores y ambientalismos: conflictos socio-ambientales en Perú”. [tesis de maestría]. Lima: Universidad Mayor de San Marcos.
- BERGALLI, Roberto (1996). Control Social Punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación: policía, jurisdicción y cárcel, Editorial Bosch, Barcelona
- BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles (1996). Comentarios al Código Penal, Volumen III, Valencia
- BOVINO, Alberto (1999). “Manual del buen abolicionista”. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 11, No. 16
- BRIONES, Guillermo (1986). Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales. México: Editorial Trillas
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1987). “Control social y sistema penal”, Editorial PPU, Barcelona.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José (1987). Control Social y Sistema Penal, Editorial PPU, Barcelona
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José (1994). “Principios fundamentales de un Derecho Penal democrático”, En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 5, No. 8.
- CAILLAUX ZAZZALI, Jorge. “Política ambiental”. En: La Constitución comentada, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima
- CALDAS VERA, Jorge (2003). “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Universidad Externado de Colombia, Bogotá
- CALDERÓN GUTIÉRREZ, Fernando (2007). “Conflictos sociales en América Latina”. [tesis de titulación]. Flacso, Argentina.
- CARBAJAL, J (2005). “La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia”. [Tesis de maestría]. Bogotá: ILSA.
- CARMONA SALGADO, Concepción (2005). “Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora, la fauna y los animales domésticos, disposiciones comunes”. En: Derecho Penal Español. Parte especial. Coordinado por Manuel Cobo del Rosal, Dykinson, Madrid
- DE LA CRUZ OCHOA, Ramón (2001). “Control Social y Derecho Penal”, En: Revista Cubana de Derecho. No. 17, Editado por la Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana
- DE LA CRUZ OCHOA, Ramón (2002). “Política Criminal. Notas sobre su concepto, métodos y sus relaciones con la Criminología y el Derecho Penal”,

En: Revista Cubana de Derecho. No. 20, Editada por la Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana

- DEL OLMO, Rosa (1990). “Hacia dónde va la Criminología en América Latina”, Lección inaugural dictada en el Instituto de Criminología, Ciencias Penales y Penitenciarias de la Universidad Santiago de Cali, Colombia
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (1996). “La solución de conflictos de intereses en derecho penal. Problemas dogmáticos y perspectivas político-criminales para la discusión”. En: AA.VV. Conflicto Social y Sistema Penal- Diez estudios sobre la actual reforma, Editora Cóllex, Madrid
- DONNA, Edgardo Alberto (2004). Reformas penales, Rubinzal Culzoni, Santa Fé
- ECHAVE J. y DIEZ A. (2009). “Conflictos sociales”. [Tesis de maestría]. IEP instituto de estudios peruanos.
- ELBERT, Carlos Alberto (2001). “El sistema penal ante las exigencias del presente”, Ponencia presentada en el Primer Encuentro Peruano de Profesores de Derecho Penal, Santa Fe. Disponible en sitio web: <http://www.lexpenal.com.ar>
- ESER, Albin (1998). Temas de derecho penal y procesal penal, Idemsa Editora, Lima.
- ESER, Albin (2005). “Derecho Ecológico”. En: Temas de Derecho Penal y Procesal Penal. Traducción de Cuesta Arzamendi y Sanz Moran, Madrid
- FERRAJOLI, Luigi (1986). “El Derecho Penal Mínimo”. En: Poder y Control, No. 0, Editorial PPU, Barcelona

- FERRAJOLI, Luigi (1992). “Derecho Penal Mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 4, No. 5. Disponible en sitio web: <http://www.poderjudicial.go.cr-/salatercera/revista/REVISTA5/edit5.htm>
- FERRAJOLI, Luigi (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid
- FERRAJOLI, Luigi (1997). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Editora Trotta, Buenos Aires.
- GAMARRA, David (2011), “La ley penal ambiental y su relación con responsabilidad penal por delitos de contaminación ambiental generados por la actividad minera en la provincia de Recuay”, Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Ciencias Penales, UNASAM, Huaraz.
- GARCÍA -PABLOS DE MOLINA, Antonio (1994). Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas, Editora Tirant lo Blanch, Valencia
- GARCÍA- PABLOS, Antonio (1989). La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal, Instituto de Vasco de criminología, San Sebastián
- GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). La argumentación en el derecho, Editorial Palestra. Lima
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2001). Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Universidad Nacional de Educación a distancia, Facultad de Derecho, Madrid

- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo y otros (1999). Lecciones de derecho penal. Parte General, 2da. Edición, Editora La Ley, Madrid
- GONZALES, M (2009). “Ecólogos y mega-minería, reflexiones sobre por qué y cómo involucrarse en el conflicto minero-ambiental”. [Tesis de titulación] Argentina. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1155>
- GRACIA MARTIN, Luis (2003). Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Tirant lo Blanch, Valencia
- GUNTHER, Klaus (2000). De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. Un ‘cambio de paradigma’ en el derecho penal?, Editorial Comares, Granada
- HASSEMER, Winfried (1999). Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal, Temis, Bogotá
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). Metodología de la Investigación, Editorial McGraw Hill, México
- HIRSCH, Hans Joachim (2000). El derecho penal y procesal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad, Tomo II, Rubinzal - Culzoni Editores, Madrid
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo (2005). “Del ambiente y los recursos naturales”. En: La Constitución comentada, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima
- HURTADO POZO, José (2005). Derecho Penal-Parte General, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima

- JAEN VALLEJO, Manuel (1994). El concepto de acción en la dogmática penal, Editora Cóllex, Madrid
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003). Derecho Penal del Enemigo, Editorial Thomson-Civitas, Madrid
- JESCHECK, Hans Heinrich (1993). Tratado de derecho penal. Parte General, 4ta. Edición, Editores Comares, Granada
- JORDANO FRAGA, Juan (1995). La protección del derecho a un medio ambiente adecuado, Editorial Bosch, Barcelona
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio (1990). La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica, Editorial Temis, Bogotá
- MENDOZA Mariana (2008). “Nuevos conflictos ambientales mineros en Argentina”. [Tesis doctoral]. Universidad de Argentina. [acceso 02-02-2014]. Disponible desde: [www.http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2940961](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2940961).
- MILÁN ACOSTA, Guillermo y DÍAZ AMAU, María (1998). “La percepción social del delito y de los procesos de estigmatización en la sociedad cubana de los 90. Una aproximación”, Ponencia al IV Encuentro Internacional sobre Ciencias Penales, La Habana
- NEUMAN, Elías (1989). criminología y derecho penal al servicio de la persona, Instituto de Vasco de criminología, San Sebastián
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2006). “Eficiencia del derecho penal: El caso de los delitos contra el medio ambiente”. [tesis doctoral]. Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

- PAVARINI, Massimo (1992). Control y dominación, Siglo XXI, México
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009). Derecho Penal Económico, Jurista Editores, Lima
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009). Exégesis al nuevo Código Procesal Penal, Tomo I, Rhodas, Lima
- PEÑA CABRERA, Raúl (1992). Código Penal comentado, Editorial San Marcos, Lima
- PEREZ CEBADA, Juan Diego (2008). “Historia de la contaminación minera en España XXJ y los conflictos sociales”. [tesis doctoral]. España: Universidad de Huelva. [acceso 02-02-2014]. Disponible desde: <http://revistas.igme.es/index.php/bgm/article/view/87/86>.
- PÉREZ, José. (2012). “Yanacocha: cambios y permanencias en el conflicto social minero”. [Tesis doctoral]. Lima: Universidad Católica del Perú.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2009). “La contaminación ambiental como delito en el Código Penal”. En: Estudios de Derecho Penal. Parte especial, Jurista Editores, Lima
- ROBLES TREJO, Luis (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Editorial Fecatt, Lima
- ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). Fundamentos de la investigación científica y jurídica, Editorial Fecatt, Lima
- ROMEO CASABONA, Carlos María (2001). Aportaciones del principio de precaución al derecho penal, Universidad Nacional de Educación a distancia, Facultad de Derecho, Madrid

- ROXIN, Claus (1998). “¿Tiene futuro el Derecho Penal?”. En: Cuadernos de Derecho Judicial, Volumen No. 49, Editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid
- ROXIN, Claus (2000). “Problemas actuales de la Política Criminal”, Conferencia dictada en el ciclo “Puntos de discusión de vanguardia en las ciencias penales”, Septiembre, Múnich
- RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith (1997). Equitipicidad, Culpabilidad, Preterintención y Subrogados Penales, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, El Salvador
- SALAS PORRAS, Ricardo (1996). “La reacción formal al delito y sus funciones no declaradas”, En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 8, No. 11
- SALAS PORRAS, Ricardo (1996). “La reacción formal al delito y sus funciones no declaradas”. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel (1999). El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal, Universidad de Valladolid, España
- SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y HOUED VEGA, Mario Alberto (1996). “Abolicionismo y Democracia”. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica
- SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y HOUED VEGA, Mario Alberto (1996). “Abolicionismo y Democracia”. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 8, No. 11

- SANDOVAL HUERTAS, Emiro (1985). Sistema Penal y Criminología Crítica, Editorial Temis, Bogotá
- SCHÜNEMANN, Bernd (1991). Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales, Editora Tecnos, Madrid
- SCHÜNEMANN, Bernd (2008). “Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medio ambiente”. En: Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992). Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. J.M Bosch editor, Barcelona
- SILVA SANCHEZ, Jesús Maria (2006). La expansión del derecho pena. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, B de F, Montevideo
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María (2001). Peligro abstracto y garantías penales, Editorial Aranzadi, Madrid.
- TIEDEMAN, Klaus (1999). La armonización del derecho penal en los estados miembros de la Unión Europea”, Centro de Investigaciones de Derecho penal y filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá
- TIEDEMANN, Klaus (1999). “Relación entre Derecho Penal y autorización jurídico-administrativa”. En: Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental, Editorial Idemsa, Lima

- TIEDEMANN, Klaus (2000). “El Derecho Penal Ambiental alemán en su contexto europeo y mundial”. En: Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad, Editorial Idemsa, Lima
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco (1992). El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)”, 2da. Edición, Editora Tecnos, Madrid
- VARONA MARTÍNEZ, Gema (1998). La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica, Editorial Comares, Granada
- VARONA MARTÍNEZ, Gema (1998). La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica. Estudios de Derecho Penal, Editorial Comares, Granada
- WACQUANT, Loic (2000). Las cárceles de la miseria, Manantial, Buenos Aires
- ZAFFARONI, Eugenio Raul (15). El enemigo en el Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1989). En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal, Editorial Ediar, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1993). En busca de las penas perdidas, Editorial Temis, Bogotá
- ZAFFARONI, Eugenio Raul (2006). El enemigo en el Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires
- ZELAYARAN DURAND, Mauro (2000). “Metodología de la investigación jurídica”, Ediciones Jurídicas, Lima.

- ZULETA, Estanislao y otros (2004). Psicoanálisis y Criminología, 2da. Edición, Hombre Nuevo Editores, Medellín
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2001). Política Criminal, Editora Cóllex, Madrid