

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencia Política

Carrera Profesional de Derecho



Razones jurídicas que no permiten formalizar ni continuar con la investigación preparatoria en las investigaciones de contaminación de fuentes de agua producidas por actividad minera en cajamarca 2008-2013

Nélida Ayay Chilón

Merly Jhudit Becerra Pérez

ASESOR

Abg. Mg. Henry Segundo Alcántara Salazar

Cajamarca – Perú

Noviembre – 2018

**UNIVERSIDAD PRIVADA
URRELO**

ANTONIO GUILLERMO



Facultad de Derecho y Ciencia Política

Carrera Profesional de Derecho



**RAZONES JURÍDICAS QUE NO PERMITEN FORMALIZAR NI CONTINUAR
CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN LAS INVESTIGACIONES DE
CONTAMINACIÓN DE FUENTES DE AGUA PRODUCIDAS POR ACTIVIDAD
MINERA EN CAJAMARCA 2008-2013**

Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el Título
Profesional de abogado

Nélida Ayay Chilón

Merly Jhudit Becerra Pérez

Asesor: Abg. Mg. Henry Segundo Alcántara Salazar

Cajamarca – Perú

Noviembre – 2018

COPYRIGHT © 2018 por

Nélida Ayay Chilón

Merly Jhudit Becerra Pérez

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

RAZONES JURÍDICAS QUE NO PERMITEN FORMALIZAR NI CONTINUAR CON LA
INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN LAS INVESTIGACIONES DE
CONTAMINACIÓN DE FUENTES DE AGUA PRODUCIDAS POR ACTIVIDAD MINERA
EN CAJAMARCA 2008-2013

Presidente: José Luis Coba Uriarte
Secretario: Jorge Luis Castañeda Maldonado
Asesor: Henry Segundo Alcántara Salazar

DEDICATORIA:

Dedicamos esta tesis a Dios porque nos ha dado la vida; a nuestros padres por velar siempre por nuestro bienestar y educación y a los luchadores del agua por haber ofrendado sus vidas enfrentándose a un monstruo, la minería.

WILLANA

Kay tisistam yayanchiqta qunchiq bidata quwashqanchiq rayku; taytanchiqkunta, icha paykunam kwidawanchiq, yanapawanchiqpismi yach'akunanchiqpaq; yaku kwidaqkunata, paykunam bidanta qunshqallapa pilyashpa suq atun auqawan, miniriya shutiqta.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	XI
ABSTRACT	XII
CAPÍTULO I	1
INTRODUCCIÓN	1
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.1.1. <i>Planteamiento del problema</i>	1
1.1.2. <i>Formulación del problema</i>	3
1.1.3. <i>Justificación</i>	3
1.2. OBJETIVOS	4
1.2.1. <i>Objetivo General</i>	4
1.2.2. <i>Objetivos Específicos</i>	4
1.3. MARCO TEÓRICO	5
1.3.1. <i>Bases Teóricas</i>	5
1.3.2. <i>Definición de términos básicos</i>	8
1.4. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	16
1.4.1. <i>Operacionalización de variables</i>	16
1.5. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	18
1.5.1. <i>Enfoque</i>	18
1.5.2. <i>Tipo</i>	18
1.5.3. <i>Diseño</i>	18
1.5.4. <i>Dimensión temporal y espacial</i>	18
1.5.5. <i>Unidad de análisis</i>	18
1.5.6. <i>Población o Universo</i>	19
1.5.7. <i>Muestra de Estudio</i>	19
1.5.8. <i>Método de Hermenéutico-Jurídico</i>	19
1.5.9. <i>Técnicas de investigación</i>	20
1.5.10. <i>Instrumentos</i>	21
1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN	21
1.7. ASPECTOS ÉTICOS DE LA INVESTIGACIÓN	21
CAPÍTULO II.	22
MARCO JURÍDICO GENERAL DE PROTECCIÓN FRENTE A LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	22
2.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y NACIONALES FRENTE A LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	22
2.1.1. <i>Declaración Universal de Derechos Humanos</i>	22
2.1.2. <i>Otros tratados</i>	24

2.1.3.	<i>El Protocolo de Kioto</i>	31
2.2.	INSTRUMENTOS NACIONALES DE PROTECCIÓN A CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	32
2.2.1.	<i>Constitución Política de 1993</i>	32
2.2.2.	<i>Ley General del Medio Ambiente- Ley N° 28611</i>	33
2.2.3.	<i>Código Penal de 1991</i>	39
CAPÍTULO III		40
LA TEORÍA DEL DELITO EN LA CONTAMINACIÓN DE FUENTES DE AGUA		40
3.1.	LA TEORÍA DEL DELITO	40
3.1.1.	<i>La tipicidad del delito contaminación del ambiente</i>	41
3.1.2.	<i>La antijuridicidad en el delito de contaminación de ambiente</i>	43
3.1.3.	<i>La culpabilidad en el delito de contaminación de ambiente</i>	45
3.2.	LA PRUEBA DE LOS HECHOS PRESUNTAMENTE DELICTUOSOS	46
CAPÍTULO IV		48
LA NO FORMALIZACIÓN NI CONTINUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA-EN LAS INVESTIGACIONES DE CONTAMINACIÓN DE FUENTES DE AGUA PRODUCIDAS POR ACTIVIDAD MINERA		48
4.1.	BREVE NARRACIÓN DE LOS CASOS ENCONTRADOS	48
4.1.1.	<i>Caso 1</i>	48
4.1.2.	<i>Caso 2</i>	49
4.1.3.	<i>Caso 3</i>	49
4.1.4.	<i>Caso 4</i>	50
4.1.5.	<i>Caso 5</i>	52
4.1.6.	<i>Caso 6</i>	53
4.1.7.	<i>Caso 7</i>	54
4.1.8.	<i>Caso 8</i>	55
4.1.9.	<i>Caso 9</i>	57
4.1.10.	<i>Caso 10</i>	58
4.1.11.	<i>Caso 11</i>	60
4.2.	RESULTADOS DE LOS INDICADORES ESPECÍFICOS	62
4.2.1.	<i>La redacción del tipo como una ley penal en blanco</i>	62
4.2.2.	<i>Falta de jurisprudencia condenatoria en este tipo de casos de contaminación Ambiental</i>	64
4.2.3.	<i>Interpretación del delito (artículo 304°) como un delito de peligro concreto</i>	65
4.2.4.	<i>Insuficiencia probatoria</i>	66
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		70
CONCLUSIONES		70
RECOMENDACIÓN		72

REFERENCIAS	73
ANEXO 1: HOJA DE RECOJO DE DATOS	78
ANEXO 2: ASHLITA	79

ÍNDICE DE FIGURAS Y DE TABLAS

Figura 1: Legislación límites máximos permisibles en el portal del minan	37
Figura 2: Límites Máximos Permisibles para la descarga de efluentes líquidos de actividades minero – metalúrgicas	38
Figura 3: Necesidad del informe de la entidad administrativa	63
Figura 4: Uso de la jurisprudencia penal previa	64
Figura 5: Delito de peligro o de resultado	66
Figura 6: Suficiencia de medios probatorios	67
Figura 7: Informe de la autoridad administrativa	68
Figura 8: Visión completa de los indicadores	69
Tabla 1: Operacionalización de Variables	17
Tabla 2: Resumen total de los indicadores	68

RESUMEN

La presente investigación se realizó con la intención de dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las razones jurídicas que no permiten formalizar ni continuar con la Investigación Preparatoria en las investigaciones de contaminación de fuentes de agua producidas por actividad minera en Cajamarca 2008-2013? La respuesta del problema se concentra básicamente en el análisis de las investigaciones de contaminación de fuentes de agua provocada por la actividad minera en la etapa preliminar y en la preparatoria, para lo cual se hizo un análisis profundo de las disposiciones y de la normatividad internacional y nacional. Los objetivos específicos que se desarrollaron son: i) Exponer la protección de fuentes de agua desde la perspectiva del derecho nacional y de los instrumentos internacionales; ii) Analizar la aplicación de la Ley N° 28611 en conjunto con el Código Penal por parte de los fiscales y iii) Determinar los fundamentos jurídicos de los casos archivados de delitos de contaminación (Fuentes de agua por actividad Minera) entre los años 2008- 2013. Se llegó a determinar que las razones jurídicas por las cuales se dispone no formalizar ni continuar con la Investigación Preparatoria en las investigaciones de contaminación de fuentes de agua producidas por la actividad minera, en orden de importancia, son: (1) Falta de jurisprudencia condenatoria en este tipo de casos de contaminación Ambiental, (2) La redacción del tipo como una ley penal en blanco, (3) Insuficiencia probatoria y (4) La interpretación del delito (artículo 304°) como un delito de peligro concreto.

Palabras clave: Ambiente sano y equilibrado; contaminación fuentes de agua.

ABSTRACT

The current research was made having as a goal to answer the following question, what are the legal reasons that doesn't allow to formalize and continue to the Preparatory Investigation about the sources of water pollution investigations produced by the mining activity in the city of Cajamarca between the years 2008-2013? The answer to this problem has been focused basically in the analysis of previous investigations about the sources of water pollution produced by the mining activity in the preliminary and preparatory stage. In order to do that, it was made an in-depth analysis of the provisions and international and national regulations. The specific goals that have been developed are, (I) Make an exposition about the protection of the environment under the perspective of our national law and international instruments. (II) Analyze the application of Law No. 28611 in conjunction with the Criminal Code by prosecutors. (III) Determine the legal foundations of the filed cases for pollution offenses (Sources of water by mining activity) between the years 2008-2013. Ultimately, it was determined that the legal reason that doesn't allow to formalize and continue the Preparatory Investigation about the sources of water pollution investigations produced by the mining activity (listed here according to their level of importance) are, (I) Lack of condemnatory jurisprudence in this type of environmental pollution cases. (II) The wording of the type as a blank criminal law. (III) Evidence insufficiency and, (IV) the interpretation of the offense (article 304) as a specific crime of danger.

Key Words: Healthy and balanced environment; water sources contamination.

AGRADECIMIENTO:

A Dios por darnos la vida; a nuestros Familiares por habernos apoyado y por ser la razón de nuestra superación constante y; a nuestros amigos: Ofelia Vargas, Pablo Sánchez, Manuel Sánchez y Augusto Cortez e infaltablemente a nuestros docentes universitarios y a nuestro asesor, a quienes les debemos el aprendizaje adquirido en esta carrera profesional.

LISTA DE ABREVIATURAS USADAS

AAA:	Autoridad Administrativa del Agua.
ALA:	Autoridad Local del Agua
ANA:	Autoridad Nacional del Agua
DESA:	Dirección Ambiental de Salud
DIGESA:	Dirección General de Salud Ambiental
ECA:	Estándares de Calidad Ambiental
LMP:	Límites máximos permisibles
MINAM:	Ministerio del Ambiente
OEFA:	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1. El problema de investigación

1.1.1. Planteamiento del problema

El Estado Peruano, a través de la Constitución Política del Perú, protege los derechos de todo ser humano, entre ellos el de “vivir en un ambiente sano y equilibrado”.

El derecho a un ambiente sano y equilibrado es el derecho que garantiza el disfrute de los demás derechos, tales como: el derecho a la vida, el derecho a la recreación, el derecho a la dignidad, etc., ya que la efectividad del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado juega un rol muy importante para el ser vivo. Sin embargo, hoy en día, ese derecho se ve amenazado debido a varios factores de contaminación que son producto de la actividad diaria del hombre, uno de ellos es la actividad minera realizada en nuestro departamento de Cajamarca.

En el Departamento de Cajamarca, desde el año 1993, se han iniciado operaciones mineras de gran escala; estas actividades coincidentemente están aledañas al lugar en el que se ha suscitado la afectación al recurso hídrico.

En tal sentido, en estos últimos años, se ha observado la problemática de la alteración de fuentes de Agua existentes en cabeceras de cuenca ubicadas en la jalca cajamarquina. Se puede observar una afectación a fuentes de manantiales de agua, situación que ha provocado fuertes impactos como desaparición, alteración,

disminución de las fuentes caudales y trasvases; los cuales afectan a las comunidades campesinas que hacen uso del recurso hídrico, que se abastecen del elemento agua tanto en su consumo personal, así como ganadero y agrícola.

Ante la afectación que provoca la contaminación de fuentes de agua¹, las juntas directivas de la comunidades han ido interponiendo denuncias ante el Ministerio Público (Fiscalía del medio Ambiente) que es el llamado a actuar en la investigación ante la vulneración del derecho al ambiente sano y equilibrado por cuanto constituye un delito. Sin embargo, no se han obtenido los resultados esperados, ya que en la sede Fiscal las investigaciones referidas a la contaminación del medio ambiente en su gran mayoría se ha dispuesto no continuar con la Investigación Preparatoria, teniendo como fundamento principal la “insuficiencia de medios probatorios que acrediten fehacientemente la respectiva responsabilidad penal”; ello es corroborado en las disposiciones de archivo de la etapa preliminar y las disposiciones de archivo en la etapa preparatoria, en total 11 disposiciones.

En efecto, la realidad es preocupante ya que desde el 2008 hasta el 2013 se ha visto que el 84 % de las investigaciones han terminado siendo archivadas (de los reportes de estado de las investigaciones referidas a la contaminación ambiental por actividad minera-Ministerio Público de Cajamarca). Surge entonces la necesidad de investigar cuáles son los **motivos** porque las autoridades pertinentes se han visto impedidas de llegar al fondo del asunto, **si son razones jurídicas que interrumpen el avance de la formalización de las denuncias, y más aun no desarrollando actuaciones tendentes a prevenir o precautelar que las mencionadas contaminaciones se sigan dando;**

¹ Es correcto y oportuno hablar del tema de la protección de las denominadas fuentes de agua, en tanto componente del aludido derecho, resulta de vital importancia, puesto que es ineludible destacar al elemento agua, como la garantía de supervivencia, un tema polémico en nuestra Provincia de Cajamarca, la cual cuenta con una población aproximada de 16,533.91, que en su mayoría hacen uso efectivo del elemento líquido.

evidenciándose la necesidad de estudiar cuales serían las deficiencias existentes, destacando a priori, la inaplicación de principios ambientales de prevención y precautorio que nuestro ordenamiento ha impuesto vía Ley.

1.1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son las razones jurídicas por las que se dispone no formalizar ni continuar con la Investigación Preparatoria en las investigaciones de contaminación de fuentes de agua producidas por actividad minera en Cajamarca 2008-2013?

1.1.3. Justificación

En la presente tesis se da a conocer las razones jurídicas, por las cuales el fiscal dispone archivar la mayoría de casos de contaminación de fuentes de agua, en la etapa preliminar o no continúa con la etapa preparatoria en estos tipos de casos. Problemas que se vienen suscitando en Cajamarca, siendo más precisos, respecto de la investigación de los agentes causantes de la aludida contaminación.

Por ello, esta investigación resulta de interés, pues permitió reconocer si las deficiencias de investigación se deben al funcionamiento de los entes encargados de la respectiva investigación, o si, por el contrario, no se cuenta con las normas adecuadas que fortalezcan la actividad persecutora del delito.

Tal circunstancia denota una contribución de no poca importancia, pues **sustancia** o amplía la visión que se debe implantar a la investigación penal de delitos relacionados con el Medio Ambiente, permitiendo reflejar si se está dando un uso efectivo a

actuaciones que respeten la aplicación de principios ambientales de obligatorio cumplimiento, implantados a nivel nacional, así como internacional.

Visto ello, la investigación pretende ampliar el ámbito normativo a partir del cual se asegure que la función de investigación de delito ambiental corresponda a una adecuada tarea motivacional en la que se haya hecho intervenir una correcta valoración de las normas aplicadas al caso, como ya se dijo incidiendo también en la existencia o no de un déficit normativo.

1.2. Objetivos

1.2.1. Objetivo General

Determinar las razones jurídicas por las que se dispone no formalizar ni continuar con la Investigación Preparatoria en las investigaciones de contaminación de fuentes de agua producidas por la actividad minera en Cajamarca.

1.2.2. Objetivos Específicos

- Exponer la protección de fuentes de agua desde la perspectiva del derecho nacional y de los instrumentos internacionales.
- Analizar la aplicación de la Ley N° 28611 y del Código Penal por parte de los fiscales ambientales.
- Analizar los fundamentos jurídicos de los casos archivados de delitos de contaminación (Fuentes de agua por actividad Minera) entre los años 2008- 2013.

1.3. Marco Teórico

1.3.1. Bases Teóricas

Empezaremos esta sección mencionando que no se han encontrado estudios directos ni investigaciones, pues, hasta la fecha, no se ha realizado un estudio profundo sobre la contaminación de fuentes de agua por parte del Ministerio Público, mucho menos para determinar cuáles han sido los problemas que ocasionan su alteración, lo que **se ha** afirmado después de haber revisado las bases de datos de las bibliotecas de las universidades: UNC; UPAGU, UPSP, UPAP, UPN; así como de las páginas Web.

Es necesario resaltar que solo se han encontrado investigaciones sobre contaminación ambiental por factores diferentes a la contaminación de fuentes de agua por actividad minera; como las siguientes:

La Tesis titulada “*Resolución de conflictos Medioambientales en la Microcuenca Del Rio Porcón*”, realizada por el sociólogo Marco Arana Zegarra (2002, pp. 146-147) llega a la siguiente conclusión:

Es preciso reconocer que, en todos estos años, son los que más afectados están siendo por los impactos que las operaciones mineras causan sobre la calidad de las aguas: los campesinos siguen tomando aguas crudas sin el proceso de potabilización correspondiente (proceso que sí recibe el agua que consumen los pobladores de la ciudad), asimismo los campesinos siguen regando sus chacras y dando de beber a sus animales con las aguas contaminadas que bajan de la mina. Esta situación coloca en una delicada situación la implementación inmediata de resultados positivos concretos desde la Mesa de Diálogo, de manera que los

campesinos perciban que el proceso de resolución de conflictos es eficaz y les favorece concretamente, y así desistan de optar por salidas desesperadas. Esta es la magnitud del desafío del proceso de resolución de conflictos iniciado en la Mesa de Diálogo.

Por otro lado, para el ingeniero ambiental Agustín Chávez Medina (Chávez Medina, 2009) en una parte de su tesis titulada “*Diagnóstico de la infraestructura, gestión, operación y mantenimiento de los servicios de agua para consumo humano de cinco caseríos del distrito de Celendín, Cajamarca 2009*” menciona que el Perú será uno de los países que sufrirá el cambio climático en cuanto a sus recursos hídricos ya que es uno de los países que se ubica dentro de los 12 países que estaría afectando el recurso hídrico, comprendido entre los años 2008-2013. Esto ha sucedido porque la superficie de las jalcas que ha sido removida o alterada no podrá volver al mismo estado de su naturalidad.

Asimismo, Reinhard (Seifert, 2011), en su investigación titulada “*Inviabilidad del proyecto minero Conga*”, determina que, desde el año de 1994, aparecieron las denuncias por contaminación del agua; también menciona que existe un estudio del ministerio de salud que en los años 1991 y 1992 las aguas fueron limpias, cristalinas y sanas sin alteración alguna pero que desde los años 1993 esta situación ha ido cambiando.

Por otro lado, Oscar Hugo Julcamoro Ortiz, en su tesis titulada “*Vulneración del Desarrollo a Gozar de un Ambiente Equilibrado al Desarrollo de la vida Debido al Comercio Informal en el Mercado Santa Rosa de Cajamarca*”, concluye que el

comercio informal afecta el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la vida.

María Juana Cerquin Cortez, en su tesis titulada *“Impacto a los derechos sociales y culturales por ejecución de la concesión Minera Unicornio 2- Baños del Inca”*, concluye que se vulnera el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado se produce por la pérdida de la calidad de aire; así también por los ruidos y vibraciones; asimismo se vulnera el derecho a la salud por la contaminación de las aguas, del aire, del suelo, pues la concentración en el ambiente de los metales pesados que usa la minería con el cianuro, mercurio, plomo, arsénico, cadmio, cobre; a causa de los daños en la salud de las personas se incorporan con los alimentos o como partículas que se respira y se van acumulando en el organismo, hasta llegar a límite de toxicidad.

Julio Novoa Llanos e Iris Margot Villa Díaz, en su tesis Titulada *“La Naturaleza Jurídica del Delito de Contaminación del Ambiente Tipificado en el Artículo 304° del Código Penal Peruano”*, concluye que la estructura del delito de contaminación del ambiente tipificado en el artículo 304° del Código Penal tiene una estructura técnicamente compleja, debido al bien jurídico protegido, por lo que su verdadera naturaleza jurídica corresponde al tipo penal de peligro abstracto, al tener como parte del tipo al verbo *pueda causar*; asimismo el delito de contaminación del ambiente establece un requisito de procedibilidad, que es el informe previo de la autoridad ambiental competente respecto de la infracción a la normativa ambiental. Por ello consideramos que este informe, en el que se determine la infracción a la normativa ambiental, es un elemento que caracteriza al *pueda causar*, motivo por el cual no se puede esperar que el daño ambiental se exprese de manera material, sino que se deberá tener en cuenta la potencialidad del daño que está expresado en dicha infracción. El

legislador peruano al tipificar el delito de contaminación del ambiente lo ha realizado teniendo en cuenta tres elementos fundamentales: 1) La naturaleza colectiva del bien jurídico protegido, 2) La fórmula de los delitos de peligro basados en la potencialidad del daño ambiental y 3) El uso de la técnica del reenvío o ley penal en blanco.

1.3.2. Definición de términos básicos

1.3.2.1. Ambiente

El diccionario de la Real Academia española define a “ambiente” como el “que rodea o a alguien como elemento de su entorno”; asimismo, lo define como “aire o atmósfera de un lugar”.

El Glosario Jurídico Ambiental Peruano lo define como Conjunto de seres bióticos y abióticos y sus relaciones funcionales que caracterizan un determinado espacio físico/ El entorno incluyendo el agua, el aire y el suelo, y su interrelación, así como las relaciones entre estos elementos y los organismos vivos/ Abarca todos los factores físicos y sociales que constituyen el entorno de los seres humanos y que incluye elementos como la tierra, el agua, la atmósfera, el clima, el ruido, el olor, el sabor, la energía, la disposición de residuos, la contaminación continental y marítima, los factores biológicos de animales y plantas, así como los valores culturales, los sitios históricos, los monumentos y los paisajes/ El entorno o ambiente como el conjunto de 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 así como la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el

patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros. (Foy Valencia & Valdez Muñoz, 2012, p. 40).

1.3.2.2. Ambiente Adecuado y Equilibrado

En la presente investigación se ha tomado en cuenta lo siguiente, en cuanto a un medio ambiente “sano y equilibrado, lo cual es importante en el desarrollo de investigación:

El Tribunal Constitucional considera que:

Es posible inferir que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, sus componentes bióticos, como la flora y la fauna; los componentes abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo; los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico. A todo ello, habría que sumar los elementos sociales y culturales aportantes del grupo humano que lo habite. Tales elementos no deben entenderse desde una perspectiva fragmentaria o atomizada, vale decir, en referencia a cada uno de ellos considerados individualmente, sino en armonía sistemática y preservada de grandes cambios. Por consiguiente, el inciso 22) del artículo 2° de la Constitución, implica que la protección comprende el sistema complejo y dinámico de todos sus componentes, en un estado de estabilidad y simetría de sus ecosistemas, que haga posible precisamente el adecuado desarrollo de la vida de los seres humanos.

Al respecto María Juana Cerquin Cortez y Doris Marilú Tirado Castillo la consideran de la siguiente manera:

El derecho a un ambiente sano y equilibrado le pertenece a todo individuo y pueblo de la humanidad y es uno de los derechos frecuentes en la teoría de los derechos humanos, pues es uno de los presupuestos fundamentales para el ejercicio del resto de derechos.

1.3.2.3. Fuentes de agua

El diccionario de la Real academia española define a “fuente” como Manantial de agua que brota de la tierra.

Las fuentes de agua nacen las aguas en una altura de aproximadamente 3000 a 3500 metros sobre el nivel del mar, se dividen discurren libremente a las partes intermedias y bajas de las cuencas y posteriormente desembocan al mar o al atlántico. Luego regresan como lluvia al terminar el proceso de evaporación en alta mar, a las montañas donde están localizadas las empresas mineras. (Seifert, 2011).

De lo citado y de conocimiento propio definimos que las fuentes de aguas son:

Fuentes de agua, manantial de agua y ojos de agua son lo mismo para nuestra cultura como se lo denomina en Porcón y en sus alrededores, entonces lo que quiere decir es que en las jalcas andinas se origina las fuentes de agua o las nacientes de agua, que a través de sus venas de agua va llegando a sus destinos para así poder abastecer a todos aquellos que los necesitamos y siendo

considerado hoy en día como aquel elemento vital para la supervivencia del ser humano.

1.3.2.4. Contaminación a las Fuentes de Agua

El diccionario de la Real academia española define a la “contaminación” como Acción y efecto de contaminar.

Por otra parte, el manual Ossorio la define como la gravedad las diversas contaminaciones pueden constituir delito o falta de falsedad, de corrupción de menores, de escándalo público o de volver nocivas las aguas destinadas al consumo de las personas. También hace mención al enfoque higiénico, al finalizar el siglo XX se ha emprendido por doquier las luchas contra la contaminación atmosférica.

El Glosario Jurídico Ambiental Peruano define la contaminación como Acción que resulta de la introducción de contaminantes al ambiente/ Acto de introducir sustancias dañinas (o cantidades excesivas de sustancias que generalmente no son dañinas) al ambiente, causando impactos negativos/ Alteración de la pureza o la calidad de aire, agua, suelo o productos vegetales, animales, químicos u otros, por efecto de la adición o del contacto accidental o intencional con plaguicidas/ Es la alteración directa o indirecta, de propiedades radiactivas, biológicas, térmicas o físicas de una parte cualquiera del medio ambiente, que puede crear un efecto nocivo o potencialmente nocivo para la salud, supervivencia o bienestar de cualquier especie viva. Es la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna,

degradar la calidad del ambiente o de los recursos de la nación o particulares. (Foy Valencia, et at, 2012, p. 129)

El Glosario Jurídico Ambiental Peruano define la contaminación ambiental como Acción que resulta de la introducción por el hombre, directa o indirectamente en el ambiente, de contaminantes que, por su concentración, al superar los patrones ambientales establecidos o por el tiempo de permanencia, hagan que el medio receptor adquiera características diferentes a las originales, perjudiciales y nocivas a la naturaleza o a la salud. (Foy Valencia, et at, 2012, p. 133).

Las autoras de esta tesis definen la contaminación de fuentes de agua como: la alteración o contaminación al ambiente en este caso por la presencia de las mineras que votan todos sus relaves a las fuentes de agua o a las nacientes de agua.

1.3.2.5. Contaminación de fuentes de agua

La contaminación de fuentes de agua hace referencia a que producto de la actividad humana se han producido cambios en el estado natural del agua haciéndola que se transgredan los límites permisibles.

1.3.2.6. Calidad de agua

Antes de hacer referencia a la calidad de agua es bueno remitirse a los tipos de agua que pueden existir, en la actualidad la clasificación se encuentra en el Decreto Supremo N° 004-2017-MINAM que se refiere a los estándares de calidad ambiental para el agua, lo señalado en el D. Sup. Se ha ordenado y presentado en la tabla 1 de esta tesis que se ve en las páginas siguientes.

Tabla 1: Estándares de calidad ambiental para el agua

Categoría	Subcategoría	Definición
Categoría 1: Poblacional y recreacional	A: Aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable	Entiéndase como aquellas aguas que, previo tratamiento, son destinadas para el abastecimiento de agua para consumo humano:
	A1. Aguas que pueden ser potabilizadas con desinfección	Entiéndase como aquellas aguas que, por sus características de calidad, reúnen las condiciones para ser destinadas al abastecimiento de agua para consumo humano con simple desinfección, de conformidad con la normativa vigente.
	A2. Aguas que pueden ser potabilizadas con tratamiento convencional	Entiéndase como aquellas aguas destinadas al abastecimiento de agua para consumo humano, sometidas a un tratamiento convencional, mediante dos o más de los siguientes procesos: Coagulación, floculación, decantación, sedimentación, y/o filtración o procesos equivalentes; incluyendo su desinfección, de conformidad con la normativa vigente.
	A3. Aguas que pueden ser potabilizadas con tratamiento avanzado	Entiéndase como aquellas aguas destinadas al abastecimiento de agua para consumo humano, sometidas a un tratamiento convencional que incluye procesos físicos y químicos avanzados como precloración, micro filtración, ultra filtración, nanofiltración, carbón activado, ósmosis inversa o procesos equivalentes establecidos por el sector competente.
	B: Aguas superficiales destinadas para recreación	Entiéndase como aquellas aguas destinadas al uso recreativo que se ubican en zonas marino costeras o continentales. La amplitud de las zonas marino costeras es variable y comprende la franja del mar entre el límite de la tierra hasta los 500 m de la línea paralela de baja marea. La amplitud de las zonas continentales es definida por la autoridad competente
	B1. Contacto primario	Entiéndase como aquellas aguas destinadas al uso recreativo de contacto primario por la Autoridad de Salud, para el desarrollo de actividades como la natación, el esquí acuático, el buceo libre, el surf, el canotaje, la navegación en tabla a vela, la moto acuática, la pesca submarina o similares.
	B2. Contacto secundario	Entiéndase como aquellas aguas destinadas al uso recreativo de contacto secundario por la

Categoría 2: a) Subcategoría C1:
Extracción, Extracción y cultivo de
cultivo y otras moluscos,
actividades equinodermos y
marino costeras y tunicados en aguas
continentales marino costeras

C2: Extracción y cultivo
de otras especies
hidrobiológicas en
aguas marino costeras

C3: Actividades marino
portuarias, industriales
o de saneamiento en
aguas marino costeras

C4: Extracción y cultivo
de especies
hidrobiológicas en lagos
o lagunas

Categoría 3:
Riego de D1: Riego de vegetales
vegetales y bebida
de animales

Autoridad de
Salud, para el desarrollo de deportes
acuáticos con botes,
lanchas o similares.

Entiéndase como aquellas aguas cuyo uso
está destinado a la extracción o cultivo de
moluscos (Ej.: ostras, almejas, choros,
navajas, machas, conchas de abanico,
palabritas, mejillones, caracol, lapa, entre
otros), equinodermos (Ej.: erizos y estrella
de mar) y tunicados.

Entiéndase como aquellas aguas destinadas
a la extracción o cultivo de otras especies
hidrobiológicas para el consumo humano
directo e indirecto. Esta subcategoría
comprende a los peces y las algas
comestibles

Entiéndase como aquellas aguas aledañas a
las infraestructuras marino portuarias,
actividades industriales o servicios de
saneamiento como los emisarios
submarinos.

Entiéndase como aquellas aguas cuyo uso
está destinado a la extracción o cultivo de
especies hidrobiológicas para consumo
humano.

Entiéndase como aquellas aguas utilizadas
para el riego de los cultivos vegetales, las
cuales, dependiendo de factores como el
tipo de riego empleado en los cultivos, la
clase de consumo utilizado (crudo o cocido)
y los posibles procesos industriales o de
transformación a los que puedan ser
sometidos los productos agrícolas:

- Agua para riego no restringido Entiéndase
como aquellas aguas cuya calidad permite
su utilización en el riego de: cultivos
alimenticios que se consumen crudos (Ej.:
hortalizas, plantas frutales de tallo bajo o
similares); cultivos de árboles o arbustos
frutales con sistema de riego por aspersión,
donde el fruto o partes comestibles entran
en contacto directo con el agua de riego,
aun cuando estos sean de tallo alto; parques
públicos, campos deportivos, áreas verdes y
plantas ornamentales; o cualquier otro tipo
de cultivo. - Agua para riego restringido
Entiéndase como aquellas aguas cuya
calidad permite su utilización en el riego
de: cultivos alimenticios que se consumen
cocidos (Ej.: habas); cultivos de tallo alto
en los que el agua de riego no entra en
contacto con el fruto (Ej.: árboles frutales);
cultivos a ser procesados, envasados y/o
industrializados (Ej.: trigo, arroz, avena y

Categoría 4: Conservación del ambiente acuático	D2: Bebida de animales		quinua); cultivos industriales no comestibles (Ej.: algodón), y; cultivos forestales, forrajes, pastos o similares (Ej.: maíz forrajero y alfalfa). Entiéndase como aquellas aguas utilizadas para bebida de animales mayores como ganado vacuno, equino o camélido, y para animales menores como ganado porcino, ovino, caprino, cuyes, aves y conejos. Entiéndase como aquellos cuerpos naturales de agua superficiales que forman parte de ecosistemas frágiles, áreas naturales protegidas y/o zonas de amortiguamiento, cuyas características requieren ser protegidas.
	Subcategoría E1:	Lagunas y lagos	Entiéndase como aquellos cuerpos naturales de agua lénticos, que no presentan corriente continua, incluyendo humedales.
	E2: Ríos		Entiéndase como aquellos cuerpos naturales de agua lóticos, que se mueven continuamente en una misma dirección.
		Ríos de la costa y sierra	Entiéndase como aquellos ríos y sus afluentes, comprendidos en la vertiente hidrográfica del Pacífico y del Titicaca, y en la parte alta de la vertiente oriental de la Cordillera de los Andes, por encima de los 600 msnm.
		Ríos de la selva	Entiéndase como aquellos ríos y sus afluentes, comprendidos en la parte baja de la vertiente oriental de la Cordillera de los Andes, por debajo de los 600 msnm, incluyendo las zonas meándricas.
	Subcategoría E3:	Ecosistemas costeros y marinos - Estuarios	Entiéndase como aquellas zonas donde el agua de mar ingresa en valles o cauces de ríos hasta el límite superior del nivel de marea. Esta clasificación incluye marismas y manglares.
		Marinos	Entiéndase como aquellas zonas del mar comprendidas desde la línea paralela de baja marea hasta el límite marítimo nacional. Precísese que no se encuentran comprendidas dentro de las categorías señaladas, las aguas marinas con fines de potabilización, las aguas subterráneas, las aguas de origen minero - medicinal, aguas geotermales, aguas atmosféricas y las aguas residuales tratadas para reuso.
		Estuarios	Entiéndase como aquellas zonas donde el agua de mar ingresa en valles o cauces de ríos hasta el límite superior del nivel de marea. Esta clasificación incluye marismas y manglares.

Entonces dependiendo del tipo de agua que se trate y de los estándares permitidos es lo que acreditará la calidad de agua en específico. Para esta tesis interesó lo referido a la categoría referida a bebida de animales y agricultura.

1.4. Hipótesis de la investigación

Las razones jurídicas por las cuáles se dispone no formalizar ni continuar con la Investigación Preparatoria-en las investigaciones de contaminación de fuentes de agua producidas por actividad minera; son:

1. La redacción del tipo como una ley penal en blanco.
2. Falta de jurisprudencia condenatoria en este tipo de casos de contaminación Ambiental.
3. Interpretación del delito (artículo 304°) como un delito de peligro concreto.
4. Insuficiencia probatoria

1.4.1. Operacionalización de variables

Se presenta en la tabla 2 de la siguiente página.

Tabla 2: Operacionalización de Variables

VARIABLES	INDICADORES	ÍTEM	TÉCNICAS
Razones jurídicas de la no formalización de la Investigación Preparatoria-en Delitos de contaminación de fuentes de agua producidas por actividad minera	Argumentos dados por el fiscal explícita o implícitamente que se constituyen como las siguientes variables.		Observación Documental
1. La redacción del tipo como una ley penal en blanco.	1. Es necesario un informe de la entidad administrativa competente.	1	
2. Falta de jurisprudencia condenatoria en este tipo de casos de contaminación Ambiental.	2. No es posible recurrir a un precedente previo.	2	
3. Interpretación del delito (artículo 304°) como un delito de peligro concreto.	3. Se señala la necesidad de que la acción genere un peligro.	3	
4. Insuficiencia probatoria	4. No se cuenta con los medios probatorios necesarios	4 y 5	

1.5. Metodología de la investigación

1.5.1. Enfoque

El enfoque que se le ha dado a la presente investigación es cualitativo (Sánchez Zorrilla, Tantaléan Odar y Coba Uriarte, 2015, p. 12).

1.5.2. Tipo

El tipo de la presente investigación es *lege data* (Sánchez Zorrilla et al., 2015, p. 12), pues solo se estudió las razones jurídicas por las cuales se archivan las investigaciones de contaminación de fuentes de agua producidas por actividad minera.

1.5.3. Diseño

EL diseño que se propone es no-experimental, por cuanto no se manipularán variables (Sánchez Zorrilla et al., 2015, p. 12), ya que el fenómeno (las carpetas) ya se encuentran culminadas y es en ella donde se buscarán, de forma objetiva, las razones de archivo.

1.5.4. Dimensión temporal y espacial

El presente trabajo de investigación se ha basado en analizar las investigaciones archivadas de contaminación de fuentes de agua producidas por actividad minera desde la fecha 2008 hasta 2013, del distrito fiscal de Cajamarca.

1.5.5. Unidad de análisis

Fueron las carpetas fiscales.

1.5.6. Población o Universo

Se encontraron 11 disposiciones de no Formalizar ni continuar con la Investigación Preparatoria de las investigaciones de contaminación ambiental.

1.5.7. Muestra de Estudio

Para obtener la muestra, se ha tenido en cuenta la accesibilidad en físico del total de las Disposiciones de no Formalizar ni continuar con la Investigación Preparatoria de las investigaciones de contaminación de fuentes de agua producidas por actividad minera; para ello se utilizó el método de muestreo no probabilístico por conveniencia,² siendo la muestra la de 11 carpetas sobre la Investigación Preparatoria de las investigaciones de contaminación de fuentes de agua producidas por actividad minera.

1.5.8. Método de Hermenéutico-Jurídico

Aunque de difícil comprensión, se puede resumir diciendo que este método le interesa saber la función que cumple el derecho, es decir cómo funciona, o, en este caso, como es entendido por los fiscales el tipo penal bajo estudio. En efecto, el método es presentado por Carlos Ramos Núñez (2000) del modo siguiente:

En consecuencia, una investigación jurídica que opte por la metódica funcionalista partirá siempre del trato directo con la realidad (...). Una tesis funcional parte normalmente de una base empírica. Su objeto es la realidad social relevante de un comportamiento individual o colectivo. Las tesis de esta clase suelen intentar un diagnóstico sobre la conformidad o dicotomía entre el orden

² Puede ser utilizado cuando el investigador tiene como objetivo hacer un estudio cualitativo o exploratorio.

jurídico abstracto y el orden social concreto. Las tesis funcionales se preocupan en descubrir la trama de intereses políticos, económicos o ideológicos que subyacen a la formulación, interpretación y aplicación de las normas e instituciones jurídicas. Podría decirse que estas tesis procuran desnudar lo aparente, retirar el camuflaje que esconde la realidad que puede ser dolorosa o desagradable. (...). (p. 115)

El método³ funcional permitirá en la presente investigación analizar la realidad del archivo masivo de las investigaciones ambientales ello se lograra a través de los datos que se extraerán de las investigaciones y a la vez el citado método nos permitirá interpretar las normas sustantivas, de tal manera, que se podrá conseguir un diagnóstico sobre el orden jurídico abstracto y el orden social concreto, aunque claro, solo se lo hará en el análisis de los expedientes y la transcripción de alguna experiencia vivida por las investigadoras.

1.5.9. Técnicas de investigación

1.5.9.1. Observación documental

La observación documental permitió estudiar la información contenida en las carpetas y los legajos de archivo de las investigaciones de contaminación de fuentes de agua producidas por actividad minera del despacho de la Fiscalía del Ambiente-Cajamarca; la información que se recolectó se lo hizo a través de apuntes, anotando todo lo relevante para la presente investigación con el fin de lograr una adecuada interpretación de los datos obtenidos para que sea un trabajo de investigación realmente que pueda servir.

³ Este método parte normalmente de una base empírica, su objeto es la realidad social relevante de un comportamiento individual o colectivo.

1.5.10. Instrumentos

1.5.10.1. Hoja de recojo de datos

El presente instrumento permitió plasmar la información obtenida a través del recojo de información documental, para su correcto procesamiento y análisis (ver anexo 1).

1.6. Limitaciones de la investigación

La investigación presentaba limitaciones en el sentido que no se cuenta con libros especializados en el tema. También encontramos límites al no poder acceder a las disposiciones e informes contenidas en las carpetas fiscales de aquí de Cajamarca, además de que el tema que se ha elegido son pocos los casos, pero que si existe en Cajamarca. Dicho esto, el estudio se realizó bajo una perspectiva estrictamente jurídica, dejando de lado lo social.

1.7. Aspectos éticos de la investigación

Ya que en la presente investigación fue indispensable analizar las Disposiciones de no Formalizar ni continuar la Investigación Preparatoria de las investigaciones de contaminación de fuentes de agua, se ha tenido acceso a las carpetas fiscales, por lo que en nuestra calidad de responsable de la presente investigación, nuestro compromiso con las partes de las investigaciones de contaminación de fuentes de agua, es de proteger los datos de las partes e información con la mayor rectitud, honestidad, con el único objetivo de garantizar su derecho a la privacidad ante terceros ajenos a la presente investigación.

CAPÍTULO II

MARCO JURÍDICO GENERAL DE PROTECCIÓN FRENTE A LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

2.1. Instrumentos internacionales y nacionales frente a la contaminación ambiental

2.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

Es conocido que la Declaración Universal de los Derechos Humanos se produce luego de la Segunda Guerra Mundial, cuando la humanidad empieza a preguntarse y preocuparse por los acontecimientos que se han vertido en ese periodo tan corto de tiempo. Es así que se la adopta y proclama por la Resolución de la Asamblea General del 10 de diciembre de 1948.

En el artículo 1 de esta Declaración se afirma: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Sin embargo, en cuanto al medio ambiente no se ha dejado establecido ningún lineamiento. Esto se explica porque en la década de los cuarenta, la humanidad tenía como tema pendiente de resolver el trato del humano con el humano, las guerras pusieron en evidencia que debería establecer un límite para sus actos, de este modo, la preocupación por los derechos del

hombre no dejó notar que era indispensable la protección del lugar en donde habita el hombre.

Lo ocurrido es muy bien sintetizado por John Knox (2017) cuando manifiesta:

La Asamblea General adoptó la Declaración Universal en 1948 y los dos pactos en 1966. El movimiento moderno sobre el medio ambiente aún no había comenzado. Comienza de verdad a fines de los 60 y a principios de los 70 (p. 9).

En efecto, la afirmación de Knox también hace ver que los dos siguientes pactos internacionales de derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de 16 de diciembre de 1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de 16 de diciembre de 1966), tampoco hacen mención a la protección de la naturaleza.

Sin embargo, luego de que se empezara a propagar la preocupación medio ambiental en el mundo, le correspondió a los tribunales y cortes, realizar una interpretación acorde con los tiempos actuales, de modo tal que, las presiones de los movimientos ambientalistas, trajo como resultado que

estos tribunales y expertos en derechos humanos comenzaron a “enverdecer” derechos humanos ya existentes. Por ejemplo, la Corte Europea ha examinado cómo el derecho humano a la vida y el derecho humano a la privacidad, puede ser afectado por el daño al medio ambiente. El Sistema Interamericano investigó el derecho a la propiedad, especialmente en el contexto de personas indígenas.

Los relatores especiales examinaron una amplia gama de derechos, incluyendo vivienda, alimento y agua (Knox, 2017, p. 9)

2.1.2. Otros tratados

La lista de otros tratados existentes en el mundo es bastante amplia. Un resumen debidamente sustentado se ha encontrado en la Enciclopedia libre (2018) que se reproduce a continuación:

1. Convención sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medioambientales, Aarhus, 1998
2. Convención Alpina Junto con sus nueve protocolos.
3. Acuerdo ASEAN sobre polución del cemento transfronteriza
4. Convención para la conservación de los recursos vivos marinos de la Antártida (CCAMLR), Canberra, 1980.
 - a. Acciones acordadas para la conservación de la fauna y flora de la Antártida
 - b. Convención para la conservación de las focas de la Antártida
 - c. Convención para la conservación de los recursos vivos marinos de la Antártida
 - d. Protocolo sobre protección del medio ambiente del Tratado Antártico
5. Tratado sobre misiles antibalísticos (Tratado ABM) (ABMT)
6. Acuerdo de Asia-Pacífico sobre el desarrollo limpio y el clima

7. Convenio de Barcelona para la protección del Mar Mediterráneo, 1976
8. Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, Basilea, 1989.
9. Convención sobre armas biológicas (Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas [Biológicas] y toxinas y sobre su destrucción) (BWC)
10. Acuerdo de Bonn (medio ambiente)
11. Convenio de los Cárpatos: Acuerdo marco sobre la protección y desarrollo sustentable de los Cárpatos
12. Protocolo de Cartagena sobre bioseguridad
13. Convención sobre Armas Químicas
14. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)
15. Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (CTBT)
16. Convención para la protección de las focas de la Antártida
17. Convención sobre cooperación en la protección y desarrollo del medio ambiente marino y costero de la región central y occidental de África, Abidjan, 1981.
18. Convención para la protección y desarrollo del medio ambiente marítimo de la región del Caribe, Cartagena de Indias, 1983.
19. Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino y zona costera de la zona sureste del Pacífico, Lima, 1981.

20. Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste (Convención OSPAR), París, 1992.
21. Convención para la Protección de los recursos naturales y el medio ambiente en la región del Pacífico sur, Nouméa, 1986.
22. Convención para la Protección, Gestión y Desarrollo del medio ambiente marino y costero de la región este de África, Nairobi, 1985.
23. Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica (Convención de Asistencia), Viena, 1986.
24. Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), Nairobi, 1992.
25. Convenio sobre Ciertas Armas Convencionales
26. Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de bienes peligrosos por carretera, tren, y vías navegables internas (CRTD), Ginebra, 1989.
27. Convenio sobre municiones de racimo
28. Convenio sobre notificación temprana de un accidente nuclear (Convenio de notificación), Viena, 1986.
29. Convenio sobre pesca y conservación de recursos vivos de alta mar
30. Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia
31. Convención sobre seguridad nuclear, Viena, 1994.
32. Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daño nuclear, Viena, 1963.
33. Convenio relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural de Europa

34. Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres, (Convenio de Bonn), Bonn, 1979.
35. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, (CITES), Washington DC, 1973.
36. Convención de Londres sobre la Descarga de Desechos de 1972
37. Convención sobre la prohibición del uso de técnicas de modificación del medio ambiente con fines militares u hostiles
38. Convención sobre la protección y el uso de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Convención del agua ECE), Helsinki, 1992.
39. Convención sobre los efectos transfronterizos de accidentes industriales, Helsinki, 1992.
40. Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convenio de RAMSAR)
41. Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación (CNULD), París, 1994.
42. Convención para la protección del Mar Negro contra la polución, Bucarest, 1992.
43. Convención para la protección del medio ambiente marítimo en la zona del mar Báltico (Convención de Helsinki de 1992), Helsinki, 1992.
44. Convenciones dentro del Programa de UNEP sobre los mares regionales

45. Convención sobre la prohibición de la importación en África y el control de los desplazamientos transfronterizos y la gestión de residuos peligrosos en África, Bamako, 1991.
 - a. Protocolo de EMEP
 - b. Protocolo sobre óxido de nitrógeno
 - c. Protocolo sobre compuestos orgánicos volátiles
 - d. Protocolos para la reducción de las emisiones de azufre 1985 y 1994
 - e. Protocolo de metales pesados
 - f. Protocolo de polución POP del aire
 - g. Protocolo de efectos múltiples (Protocolo de Gotenburgo)
46. Directiva sobre la protección legal de los inventos biotecnológicos
47. Comunidad de la Energía (Tratado de la Comunidad de la Energía del sur este de Europa) (ECSEE)
48. Convención Espoo (Convención sobre la evaluación de impacto ambiental en un contexto transfronterizo]], Espoo, 1991.
49. European Agreement Concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Inland Waterways (AND), Ginebra, 2000.
50. Acuerdo europeo relativo al transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera (ADR), Ginebra, 1957.
51. FAO International Code of Conduct on the distribution and use of Pesticides, Roma, 1985.
52. FAO International Undertaking on Plant Genetic Resources, Roma, 1983.

53. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (UNFCCC), Nueva York, 1992.
54. Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea
55. Geneva Protocol (Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare)
56. Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los Buques
57. International Convention for the Conservation of Atlantic Tunas (ICCAT), Rio de Janeiro, 1966.
58. International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil, Londres, 1954, 1962, 1969
59. International Convention for the Regulation of Whaling (ICRW), Washington, 1946.
60. Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura
61. International Tropical Timber Agreement, (ITTA), Ginebra, 1994.
62. Kuwait Regional Convention for Co-operation on the Protection of the Marine Environment from Pollution, Kuwait, 1978.
63. Regional Convention for the Conservation of the Red Sea and the Gulf of Aden Environment, Jeddah, 1982.
64. Protocolo de Kioto sobre el cambio climático - reducción de la emisión de gases de efecto invernadero
65. Acta sobre el Tratado de Aves Migratorias de 1918

66. Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan el ozono, Montreal, 1989.
67. North American Agreement on Environmental Cooperation
68. Protocolo del Tratado de la Antártida sobre protección del medioambiente
69. Putrajaya Declaration of Regional Cooperation for the Sustainable Development of the Seas of East Asia, Malasia, 2003.
70. Ramsar Convention Convention on Wetlands of International Importance, especially as Waterfowl Habitat, Ramsar, 1971.
71. Convenio de Róterdam (Convenio de Róterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional), Róterdam, 1998.
72. Convención de Estocolmo (Convención de Estocolmo sobre los contaminantes orgánicos persistentes) Estocolmo, 2001.
73. Tratado de prohibición parcial de ensayos nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo el agua
74. Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares 1996
75. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar
76. Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación
77. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático

78. Convención de Viena para la protección de la capa de ozono, Viena, 1985, incluye el Protocolo de Montreal sobre sustancias que degradan la capa de ozono, Montreal 1987.
79. Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, Viena, 1963.
80. Convención de Waigani (Convención sobre la prohibición de la importación en los países isleños del Forum de residuos peligrosos y radioactivos y para controlar el desplazamiento transfronterizo y gestión de recursos peligrosos en la región sur del Pacífico), Waigani, 1995.
81. Iniciativa sobre el clima de occidente
82. Acuerdo de Escazú (Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe), 2018.

En seguida se tratará brevemente sobre el Protocolo de Kioto por ser el más importante de los tratados firmados por los países en beneficio del Ambiente.

2.1.3. El Protocolo de Kioto

En la ciudad de Kioto, ubicada en Japón, el 11 de diciembre de 1997 se adoptó el que sería denominado Protocolo de Kioto, el cual entraría en funcionamiento el 16 de febrero de 2005.

El Protocolo de Kioto sobre el cambio climático es un acuerdo internacional firmado en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), que tiene por objetivo reducir las emisiones de seis gases de efecto invernadero que causan el

calentamiento global. Estos gases son dióxido de carbono (CO₂), gas metano (CH₄) y óxido nitroso (N₂O), y los otros tres son gases industriales fluorados: hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆), en un porcentaje aproximado de al menos un 5 %, dentro del periodo que va de 2008 a 2012, en comparación a las emisiones a 1990. (Culturizando.com, 2018, párr. 2)

Por esas razones este protocolo es el más importante para proteger la atmosfera de la tierra, y, por consiguiente, al ser humano que la habita.

2.2. Instrumentos nacionales de protección a contaminación ambiental

La legislación medio ambiental en el Perú es abundante, por ello hemos sido oportunas y solo se comentará la legislación pertinente para esta tesis.

2.2.1. Constitución Política de 1993

Nuestra Constitución peruana actual data de 1993, y es en su artículo 2 donde, prioritariamente, se encuentran señalados los derechos fundamentales, encontrándose como uno de ellos el derecho al ambiente sano y equilibrado, en específico, es en el inciso 22 en donde encuentra la prescripción toda persona tiene derecho: “A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. Es posible leer, en la parte final, que literalmente se dice que es un “derecho fundamental gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

Eso significa que el Estado debe promover las políticas para que esto sea factible, como si fuera poco con el artículo anteriormente citado, en la propia Constitución existe el artículo 68°, en donde se establece que “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”. Siguiendo a Chanamé Orbe, el medio ambiente debe tener las características de ser equilibrado y adecuado (2015, p. 283), por lo que, es de entenderse que, dentro de las políticas del Estado, estas deben ser las más resaltantes para conservar el medio ambiente.

Es importante señalar que el hecho de que esté presente este artículo en la Constitución hace notar que “incluye una variada gama de derechos y responsabilidades que incluyen la preservación de la naturaleza, el control de las sustancias nocivas – particularmente las de uso industrial– y la protección de la salubridad pública y privada” (Rubio Correa, 2012, p. 43).

2.2.2. Ley General del Medio Ambiente- Ley N° 28611

La Ley General del Medio Ambiente fue promulgada a los trece días del mes de octubre de dos mil cinco. Esta Ley cuenta con 154 artículos regulatorios más 11 de orientación que pertenecen al título preliminar. Para esta tesis, es pertinente citar el artículo IX del título preliminar, en donde se prescribe el principio de responsabilidad ambiental:

El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a

compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

Acá es factible notar con claridad que la ley ha previsto que el causante de alguna degradación al medio ambiente y de sus componentes, tendrá que reparar el daño causado, al respecto entonces, cabe preguntarse qué es el medio ambiente y ¿cuáles son sus componentes de los que habla la ley? La propia ley, en su artículo dos⁴, establece una definición que, habiendo sido interpretada se ha comentado que el “ambiente” o “medio ambiente”, se presenta como el conjunto de “circunstancias y procesos físicos, químicos, biológicos y antropológicos interrelacionados entre sí, son los que propician las condiciones necesarias para que el hombre pueda desarrollar su vida con normalidad buscando obtener su pleno desarrollo personal, social, económico y cultural” (Giorffino Remy, 2016, p. 19).

El Tribunal Constitucional entiende por medio ambiente a:

El mundo exterior que rodea a todos los seres vivientes y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En **puridad**, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales -vivos e inanimados- sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo

⁴ Específicamente en el párrafo 2.3 se establece: “Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, 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”.

determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos) [...]

El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana. Así, entre los elementos carentes de utilidad y beneficio y que, incluso, pueden afectar la vida humana tenemos los terremotos, maremotos, ondas de frío o calor, etc. En cambio, aquellos que pueden ser de utilidad, beneficio o aprovechamiento material o espiritual para el hombre son los denominados recursos naturales. (Sentencia recaída en el Exp. 0048-2004-PI/TC, fund. 27)

Ahora bien, continuando con la ley, es importante señalar que también se encuentra recogida en esta las limitaciones correspondientes al derecho de propiedad como a los de libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, los que deberán estar sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo del ambiente (Artículo 6).

En ese sentido, en cuanto a lo correspondiente al Estándar de Calidad Ambiental, la ley la regula en el artículo 31, y en el 31.1 hace mención al “Estándar de Calidad Ambiental”, llamado “ECA”, el cual es definido por la propia ley como

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.

Luego la Ley va a referirse de forma específica en cuanto al Límite Máximo Permisible (Artículo 32), en específico en su párrafo uno define al Límite Máximo Permisible (LMP),

es la medida de la concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por la respectiva autoridad competente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos.

Este artículo hace uso de la técnica llamada en derecho penal “ley penal en blanco”, por cuanto es una norma que remite a otra para complementarla: “Según el parámetro en particular a que se refiera”, siendo así es necesario recurrir a la normatividad administrativa en específico para saber si estamos ante una infracción, esto se debe a la variedad de posibles infracciones que pueden existir, para esta tesis interesa en específico la contaminación de agua, pero aun así, es posible apreciar en la figura 1 que existe más de una reglamentación al respecto:



Figura 1: Legislación límites máximos permisibles en el portal del MINAM

De todos los decretos supremos que existen, el que resulta siendo relevante para esta tesis es el final, el que se refiere a los Límites Máximos Permisibles para la descarga de efluentes líquidos de actividades minero – metalúrgicas, aprobado por D.S. N° 010–2010-MINAM. La tabla que interesa es la que se muestra en la figura 2.

Parámetro	Unidad	Límite en cualquier momento	Límite para el Promedio anual
pH		6 - 9	6 - 9
Sólidos Totales en Suspensión	mg/L	50	25
Aceites y Grasas	mg/L	20	16
Cianuro Total	mg/L	1	0,8
Arsénico Total	mg/L	0,1	0,08
Cadmio Total	mg/L	0,05	0,04
Cromo Hexavalente(*)	mg/L	0,1	0,08
Cobre Total	mg/L	0,5	0,4
Hierro (Disuelto)	mg/L	2	1,6
Piomo Total	mg/L	0,2	0,16
Mercurio Total	mg/L	0,002	0,0016
Zinc Total	mg/L	1,5	1,2

Figura 2: Límites Máximos Permisibles para la descarga de efluentes líquidos de actividades minero – metalúrgicas

Es importante indicar que estos valores tendrán validez siempre y cuando el muestreo y análisis hayan sido realizados de conformidad con el Protocolo, en donde se debe tomar en cuenta los niveles de precisión, exactitud y límites de detección del método utilizado, por lo que es factible observar que se trata de un procedimiento sumamente técnico, por ello es que en la doctrina y legislación existe lo que se ha denominado el principio precautorio, que debería estar presente siempre en todos estos casos, pues su existencia es equivalente a la presunción de inocencia en el proceso penal.

Este principio es objeto de críticas, sin embargo, no se debe olvidar que

el “*principio de precaución*” no implica el retroceso o resistencia en la ciencia o en el desarrollo de nuevas tecnologías, lo que representa en esencia, es que este desarrollo se realice de forma responsable garantizando la vida, integridad física y el medio ambiente. (Pinto Vargas, 2017, p. 127)

En cuanto a la responsabilidad, el artículo 74 es claro, pues puntualiza que toda la responsabilidad le corresponde al titular de operaciones por sus actividades que incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión, es así que les atribuye responsabilidad “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”.

Estos conjuntos de normas son de tipo administrativo. Además, en el Perú, también existe la protección penal, de esto nos ocuparemos en seguida.

2.2.3. Código Penal de 1991

Como se infiere del título, este Código Penal fue dado en 1991. Se trata de un código con las nuevas corrientes doctrinarias dentro de él (Villavicencio Terrones, 2016). Es su parte especial encontramos una regulación específica para los que han sido denominados delitos ambientales, que comprende los artículos 304 al 314-D, en el Título XIII.

Este Título, a su vez, tiene cuatro capítulos. En el primero tenemos los Delitos de Contaminación (Artículo 304 al 307-F), el segundo están los Delitos contra los Recursos Naturales (Artículo 308 al 313), seguido por el capítulo de Responsabilidad Funcional e Información Falsa (Artículo 314 al 314-B) y, finalmente, el cuarto, son las Medidas Cautelares y Exclusión o Reducción de Penas (Artículo 314-C al 314-D).

En esta tesis interesa el primer capítulo, que está referido a los delitos de contaminación, en específico se estudió el artículo 304, el que, se presentará en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III

LA TEORÍA DEL DELITO EN LA CONTAMINACIÓN DE FUENTES DE AGUA

En este capítulo se hará una aproximación a la noción jurídica y académica de lo que se debe entender por plagio. Se distingue lo jurídico con lo académico pues la última obedece a una serie de valores que en estricto no se van a corresponder, necesariamente, con los jurídicos, como se verá.

3.1. La teoría del delito

Para Raúl Plascencia Villanueva, esta teoría tiene el objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano sea a través de una acción o de una omisión, en estos términos dicho análisis no solo alcanza a los delitos sino incluso a todo comportamiento humano del cual pueda derivar la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídico penal (Plascencia Villanueva, 2000, p. 15).

Al respecto, el Autor Villavicencio Terrones, menciona lo siguiente con respecto a esta teoría tan importante para el derecho penal: “La teoría de la imputación penal es un *instrumento ordenador de criterios y argumentaciones* que se pueden utilizar en la decisión y solución de casos Jurídico- Penales” (Villavicencio Terrones, 2006, p. 224).

Es el filtro que se utiliza por el administrador de justicia, para calificar una conducta como delito o no; teniendo en cuenta tres elementos: Típica, antijurídica, Culpable. Por ello, se va a analizar el delito de contaminación ambiental de acuerdo a esta teoría.

3.1.1. La tipicidad del delito contaminación del ambiente

EL primer filtro por el que debe pasar cualquier comportamiento humano para que pueda ser considerado como delito, es el que se refiere a la tipicidad. Esto significa que previamente la conducta tiene que estar descrita como delito, lo que también va de la mano del principio de legalidad, de este modo se tiene que recurrir al Código Penal o a las Leyes Penales para ver si la conducta puede ser merecedora de ser llamada delito.

En ese sentido, como se dio a notar en el capítulo previo, el delito de contaminación ambiental se encuentra debidamente establecido en el artículo 304 del Código Penal, el cual, prescribe:

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

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

Resulta entonces que sí está establecido el ilícito penal y, con toda claridad se puede notar que se trata de un tipo penal abierto, pues se encuentra redactado del siguiente modo: “El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles”, la explicación de la ley penal en blanco es la siguiente:

Encontramos la parte en blanco o indeterminada de la norma penal en el supuesto de hecho, es decir, en la descripción de la conducta delictiva. Por otra parte, la sanción o consecuencia jurídica penal se halla en la norma penal y no se requiere su remisión a otros preceptos. Por lo tanto, es necesario distinguir entre norma sancionadora y norma complementaria, donde el tipo de la ley penal en blanco solo se configurará plenamente mediante una norma complementaria. (Villavicencio Terrones, 2006, p. 137).

Por lo cual se va a tener que recurrir a la autoridad administrativa para configurar el tipo penal, que fue lo que se presentó en el capítulo anterior.

En cuanto a la tipicidad también es posible distinguir lo que la doctrina llama tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva, la primera ya viene siendo tratado pues nos revela las características que describe el tipo penal para que se configure el delito. esto es lo que se ha llamado los verbos rectores, los cuales, en estos casos son “descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental”.

Las fuentes de agua se encuentran dentro de la descripción del tipo cuando en el artículo está redactado “en...las aguas terrestres o subterráneas”. Ahora bien, los verbos, las acciones que se pueden realizar ahí son las del párrafo anterior.

La descripción típica también permite observar quienes son el sujeto activo y quienes el sujeto pasivo. El primero es quien realiza la acción y el segundo es quién recibe la acción del primero. En este caso, al no describir características específicas a quien hace la acción, se entiende que cualquier persona puede ser autora del delito.

En cambio, en el sujeto pasivo si es pertinente a la naturaleza, pero vista difuso, de modo tal que su lesión nos coloca a la sociedad como los sujetos pasivos: “la sociedad en su conjunto sería la agraviada” (Peña Cabrera Freyre, 2010, pp. 209-210). Esta noción pertenece a una corriente antropocéntrica, en donde el ser humano sería la medida de todo y no reconoce el valor propio de la naturaleza. En cuanto al agua en específico, no es que nos pertenezca, como lo hace notar “defendemos que el agua no es de nadie, pertenece al planeta, a otras especies, a las generaciones futuras, y es un bien público” (Barlow, 2016, p. 10).

En cuanto a la tipicidad subjetiva, en la primera parte se entiende que el delito es doloso, es decir que se tuvo la conciencia y voluntad de realizar la acción prohibida. Sin embargo, en el segundo párrafo se ve que también existe una modalidad culposa, es decir que no existió la voluntad de realización del tipo penal.

3.1.2. La antijuridicidad en el delito de contaminación de ambiente

En el siguiente nivel de análisis de la teoría del delito encontramos a la antijuridicidad, este se presenta por cuanto no toda conducta que es típica, tiene que estar en contra de todo el ordenamiento existente. La doctrina habla de causas de

justificación a la aceptación de una conducta típica (Villavicencio Terreros, 2016, p. 530).

Estas causas se encuentran explícitamente presentes en el artículo 20 del Código Penal, en donde se señala que está exento de responsabilidad penal:

3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa. c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. 4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro. 8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Debe entenderse que como el derecho penal es personalísimo, estas causales son de atribución individual a la conducta del sujeto, por eso, en este delito, no se puede afirmar que será una causa de justificación la legítima defensa, ya que la descripción

típica de la conducta impide que eso sea posible. Sin embargo, el estado de necesidad agresivo si podría estar presente, eso es que se esté “ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro”. Cuando, por ejemplo, para salvarse de un derrame de ácido contaminante, la persona tuvo que volcarlo sobre una fuente de agua.

También se podría hablar de un ejercicio de un oficio, cuando se da una orden a los soldados de verter el contaminante encontrado. Aunque esta postura es discutible y es lo que se hace con las plantas de tratamiento de pasta básica de cocaína, no debería estar permitida y se deberían crear protocolos que cuiden el ambiente.

En resumen, si es posible hacer mención a las causas de justificación en el delito de contaminación ambiental, pero si estas no existen, se pasa al siguiente nivel de análisis del tipo penal, la culpabilidad.

3.1.3. La culpabilidad en el delito de contaminación de ambiente

En este caso interesa analizar al sujeto activo, para saber si él posee las características necesarias que permiten atribuirle la responsabilidad y el reproche de su conducta. Dentro de esta categoría se encuentra a la imputabilidad por minoría de edad, a las graves alteraciones psíquicas y el error de comprensión de la antijuridicidad.

Por lo cual, es posible que también se le pueda atribuir esta categoría al individuo que haya ocasionado contaminación ambiental, pero en el caso de esta tesis, referida a contaminación por la minería, no puede estar presente, ya que se entiende que se trata de una organización, en donde el último que realiza la acción lo hizo por

mandatos superiores y que este individuo no sufre de ningunas de las características anteriormente mencionadas.

3.2.La prueba de los hechos presuntamente delictuosos

Cuando se inicia la acción penal, esta supondrá que el fiscal tendrá que hacer encajar los hechos materia de investigación a la conducta descrita en la ley y a lo acontecido en la realidad fáctica (la primera sería la realidad jurídica). Esto, dicho en otras palabras, significa que se tiene que probar lo afirmado.

En este caso del delito de tesis, servirá como modelo la forma de investigar una descarga, nos será útil lo hecho en Chile por la Jornada de Fiscales Especializados en Delitos Ambientales:

- Dónde se efectuó la descarga;
- La existencia de recursos hidrobiológicos que parezcan afectados.
- Ubicación (fijación fotográfica y planimétrica)
- A través de la toma de muestras: precisar la calidad del agua, determinar la concentración de los respectivos agentes contaminantes y de cualquier otro componente peligroso.
- Describir el mecanismo general que explica el daño a los recursos hidrobiológicos generado por las sustancias vertidas.
- Determinar los métodos de filtrado y si ha existido contaminación subterránea.
- Si existen otras fuentes emisoras que descarguen en dicho cuerpo de agua.

- Realizar una evaluación sobre las posibles consecuencias para la salud animal o vegetal, el abastecimiento de la población y el impacto ambiental de las aguas contaminadas. (2014, p. 11)

CAPÍTULO IV

LA NO FORMALIZACIÓN NI CONTINUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA-EN LAS INVESTIGACIONES DE CONTAMINACIÓN DE FUENTES DE AGUA PRODUCIDAS POR ACTIVIDAD MINERA

En este capítulo se presenta el análisis de las carpetas fiscales, con la intención de conocer las razones jurídicas que ocasionaron su archivo. En una primera parte se presenta una breve narración de los casos encontrados y, en seguida, el análisis de los indicadores presentados en la parte metodológica (introducción) de esta tesis.

4.1. Breve narración de los casos encontrados

4.1.1. Caso 1

Número de Caso: 171-2012 Lugar: Chugur Hualgayoc

Fecha de inicio y término: 27 de octubre del 2012 al 18 de febrero del 2013

Resumen de los hechos investigados:

El señor Orlando Mejía Agip Teniente Alcalde de la Municipalidad de Chugur hace la denuncia verbal el 27 de octubre del 2012, ante la PNP del mismo distrito, señalando que en el río del caserío Ramírez se advierte la muerte de varias truchas. En esta investigación también vemos la presencia de la dirección general de productos de pesquería; que es el laboratorio que procedió a realizar el análisis de dos ejemplares (truchas) las cuales no estaban en la condición de ser analizados ya que se encontraban

deteriorados. La investigación culmina en febrero de 2013, argumentando que ya no se puede hacer ninguna diligencia porque transcurrido mucho tiempo.

4.1.2. Caso 2

Número de Caso: 78-2010 Lugar: Caserío Quishuar Corral

Fecha de inicio y término: 15-11-2010 al 26-05-2011

Resumen de los hechos investigados:

La junta directiva del canal de riego Challuaquero La Pasana y canal de riego Quishuar Corral, de la provincia de Cajamarca, denuncian ante el fiscal provincial del delito en medio ambiente, que la empresa minera Yanacocha; ha realizado aperturas de acceso para las exploraciones mineras en la localidad de Quishuar Corral, realizando movimiento de tierras, lo cual ha provocado que las aguas se contaminen, cambien de color turbia llegando de esta forma al sistema de agua potable de la cual es para consumo humano que se abastecen dichos pobladores. También en dicha denuncia adjuntan las resoluciones donde indica que son usuarios. La investigación culmina el 24 de noviembre argumentando que no se ha prestado las facilidades del caso por parte de los denunciantes.

4.1.3. Caso 3

Número de Caso: 198-2012 Lugar: Cuenca del Rio Llaucano-Hualgayoc

Fecha de inicio y término: 07-12-2012 al 24-10-2013

Resumen de los hechos investigados:

Mediante informe N° 013-2012-REG-CAJ/DRS-DESA-UEPA-HEH, se presenta el informe de ensayo N° 0091, personal de DESA CONJUNTAMENTE con

DIRESA han realizado monitoreos en la cuenca del río Llaucano, porque se venía desarrollando el programa de vigilancia de recursos hídrico teniendo como objetivo el de Vigilar la calidad sanitaria y ambiental de los cuerpos de agua del país. Encontrando como resultado que la calidad del agua se encuentra sobre los límites máximos permisibles, no apta para aguas de categoría 3 riego de vegetales y bebida de animales. Inmediatamente se dio a conocer a la fiscalía especializada en materia ambiental, el fiscal a cargo dispuso, disposición de apertura de investigación preliminar.

Oficiándose al personal de DIRESA, para que confirme el informe n° 13-2012, sin embargo, respondieron que no podía brindar ninguna información porque no se encuentra en sus archivos y además el personal que lo elaboro ya no se encuentra laborando en su representada.

Luego se solicitó la participación de un representante a la autoridad local del agua, para que validara el informe, pero respondieron que su representada no ha tomado muestras de dicho informe y por lo tanto no lo puede validar.

Asimismo, se solicitó la información a la administración local del agua, respondiendo que se encuentra en implementación y no tiene data de la calidad del agua en la cuenca del río Llaucano.

Se archiva la investigación al no existir línea base que permita comparar los resultados obtenidos en la toma de muestras realizada por la dirección ejecutiva de salud ambiental de Cajamarca. Por lo tanto, se dispone que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria.

4.1.4. Caso 4

Número de Caso: 88-2008 Lugar: Comunidad de Porcón Bajo Quilish y Chilinkaqa

Fecha de inicio y término: 03 de noviembre del 2008 al 25 de junio del 2013

Resumen de los hechos investigados:

El presidente del canal Quilish Porcón Bajo señor Zeferino Zambrano Yopla, interpone denuncia por la presunta desaparición de manantiales (alteración del medio ambiente), alegando que la empresa minera Yanacocha ha construido una poza tubular cercana a los manantiales que abastecen a la comunidad de Porcón. En dicha denuncia hace mención que ellos son usuarios desde hace muchos años demostrando resoluciones donde indica la cantidad de agua que alimenta a dicho canal, sin embargo, en el año 2001 se dan con la sorpresa que la empresa también hace uso de los mismos manantiales y que cuentan con resolución que la autoridad local del agua les entrego. Esta construcción del pozo tubular habría ocasionado la disminución del caudal de agua y desaparición de algunas otras, después de realizar inspecciones junto a la empresa minera Yanacocha y la autoridad local del agua se dice que no se tiene claro la desaparición de los manantiales del agua. Uno de los representantes de la autoridad nacional del agua dice que la afectación posiblemente se debe a la construcción de la poza tubular o fenómenos naturales pero que no es seguro. Por su parte el fiscal aduce que el denunciante no tiene la cantidad exacta de los manantiales existentes y por otra parte que solo se realizó una sola el aforo otorgarse el derecho de uso de agua, sin que haya hecho, un estudio de comportamiento de la fuente hídrica tanto en la época de estiaje como en la época de lluvia y tenerse la certeza de que si se trata o no la existencia de un manantial. Asimismo, señala que el manantial desaparecido no cuenta con documentación que acredita su existencia y que no poseen las características

propias de un manantial. Por lo tanto, no se determina que la desaparición de los manantiales se haya producido por la construcción de la poza tubular. Por todo lo expuesto la fiscalía dispone no que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria.

4.1.5. Caso 5

Número de Caso: 05 de abril del 2010 – 16 de mayo del 2011

Resumen de los hechos investigados:

El señor Geremías García Mondragón alcalde del centro poblado de Cobro Negro de la Provincia de San Miguel manifestó que el 05 de abril del 2010, se produjo derrame de, en las instalaciones de la empresa JOHESA, la misma que tiene una zona de parqueo en dicho centro poblado. En el informe N° 18-2010/GR.CAJ/DRSC-DESA-UEPA, emitido por la DESA, llegando a los siguientes resultados que las aguas obtenidas en la quebrada que discurre por las instalaciones de la empresa concluye que las concentraciones de arsénico, cadmio, mercurio, plomo y zinc cumplen para aguas de categorías III. Las concentraciones de hierro no cumplen con los Estándares de calidad ambiental para aguas de categoría III, asimismo en el presente informe se da a conocer que DESA, no cuenta con material para recojo de muestras para el análisis de hidrocarburos en el agua.

En el informe 03- 2011 GR.CAJ/DRS-DESA-UEPA/ASV, emitido por DESA, respecto de la interpretación de resultados sobre las muestras de suelo obtenidas dentro de las instalaciones de la empresa JOHESA, informe que concluye que los metales Zinc, cadmio, plomo y cobre están bajo el límite establecido en CANADIAN SOIL QUALITY GUIDELINES FOR THE PROTECTION OF ENVIRONMENTAL AND

HUMAN HEALTH. Menciona que los metales manganeso, mercurio, arsénico, cromo no se encuentran como detectables. También manifiesta que no existe normativa canadiense para el valor límite de hierro y mucho menos no existe normativa peruana para el análisis de metales pesados en suelos. Además, dicha empresa con autorización correspondiente para el almacenamiento de DIESEL B2 dentro de sus instalaciones. Por lo tanto, el hecho denunciado no constituye delito por tal motivo dispone no procede recomendar ni exhortar en consecuencia archívese.

4.1.6. Caso 6

Número de Caso: 1706045200-2012-41-0 Lugar: Caserío de Tumbacucho-Hualgayoc -Cajamarca.

Fecha de inicio y término: 16 de marzo 2012- 29 de enero 2013

Resumen de los hechos investigados:

La Denuncia interpuesta por Pelayo Saldaña Cieza (41 años de edad) presidente del regadío Basillo Vega, ante la Fiscalía especializada en materia ambiental contra quienes resultes responsables, aludiendo que el regadío Basillo Vega o el pescado, que es de consumo humano y agropecuario presenta turbidez de color gris desde el día 16 de marzo 2012; no obstante está atentando contra la vida, cuerpo y salud y el medio ambiente, este cambio tan repentino, pues en esta agua se pudo verificar que había truchas muertas.

En el acta a folios (20) Alexander Becerra Sánchez, representante de DESA, indica que no cuenta con personal para poder realizar la diligencia correspondiente. Hay frustración de diligencias importantes tal y como se dejó constancia en folios 22, donde se pide que la diligencia reprogramación de la toma de muestras, ya que se canceló la 17

de abril del 2012, dicha diligencia en folios 23 se menciona que no se cuenta con recursos económicos por tal motivo no se ha tomado las muestras correspondientes, folios (38) recién se realiza la toma de muertas.

Folios (47) se menciona en la disposición del 21 de junio del 2012 que pese a que la fiscalía solicito el informe de la autoridad del agua y este hizo caso omiso se llega a la conclusión de que se debe prorrogar 20 días adicionales la investigación preliminar. A folios (51) El presidente del regadío presenta un informe de la DESA señala que el agua no son aptas riegos ni bebida para animales debido a la concentración de arsénico supera 365% y 224%.

Dirección ejecutiva de salud ambiental de Cajamarca se pide q remita informe, pero no la emite por tal motivo hay una prorroga en la investigación de 20 días adicionales a la investigación preliminar a folios (83), además se pide que se haga entrega de la documentación correspondiente bajo responsabilidad administrativa a folios (84).

El 29 de enero 2013 se emite una disposición de archivo de la investigación preliminar folios (219 a 228), que hay resultados por el laboratorio acreditado de INDECOPI en la cual concluye que no hay contaminación de la fuente de agua El Pescado.

4.1.7. Caso 7

Número de Caso: 143-2009 Lugar: Caserío Negritos Alto, sector la Pajuela

Fecha de inicio y término: 2009 al 20 de setiembre del 2010

Resumen de los hechos investigados:

Los señores Felipe Flores Duran, Eugenio Segundo Calúa Villanueva y Julio Calúa Flores habitantes de caserío Negritos Alto, sector la Pajuela Cajamarca, denuncian a la empresa Minera Yanacocha, que debido a los trabajos que vienen realizando, el único río que les queda (Río Cushuro), del cual esta familia y su comunidad se abastece, se encuentra totalmente contaminado y en consecuencia no es apta para consumo humano. También los pobladores manifiestan que los ríos antes tenían pescado (truchas), pero que en la actualidad han desaparecido y el color del agua es turbia, marrón y esto hace que las piedras también se pinten de otro color, los animales también ya no pueden beber esta agua porque se mueren. Por su parte el fiscal inicia la investigación atendiendo a su denuncia solicita a la DIGESA, para realizar el respectivo peritaje y posteriormente emitir el informe técnico sobre presencia de metales pesados y cianuro. En el informe N° 003-2010, emite el informe la Dirección General de Salud Ambiental, señalando que las muestras de aguas tomadas se encuentran dentro de los estándares nacionales de calidad ambiental que está considerada dentro de la categoría 3. (folios N° 243). También se aprecia en el informe técnico que en el río Cushuro existe alta concentración de manganeso, pero no es atribuible a persona determinada, sino que “esto es probablemente por la naturaleza del río ya que las concentraciones de los demás metales analizados se encuentran dentro de los límites máximos permisibles”. Por lo tanto, como en el informe se indica que no existe contaminación se dispone: No formalizar y continuar con la investigación preparatoria contra minera Yanacocha.

4.1.8. Caso 8

Número de Caso: 107-2011 Lugar: Caserío San Antonio de Pachachacas

Fecha de inicio y término: 07 de noviembre del 2011 al 15 de agosto 2013

Resumen de los hechos investigados:

La junta directiva del Sistema de Riego Tecnificado “Totoracocha Chica”, encabezado por su presidente Claudio García Vargas y la junta directiva, denuncian a la empresa Minera Yanacocha representado por su gerente General, por el delito ambiental en su figura de Alteración del Ambiente, porque en el lugar mencionado habría desaparecido los manantiales de agua que abastecen a dicho caserío en el distrito de la Encañada. (Folios 30), los usuarios mencionan que también cuentan con una resolución administrativa N° 710-2009-ANA-ALA-CAJ, donde se indica que son 71 usuarios quienes gozan de este líquido elemento. Pero que con el pasar del tiempo ha desaparecido algunos manantiales, debido a que la empresa minera ha realiza diferentes actividades, como el procesamiento de una planta calera y esto ha ocasionado la disminución del caudal de los manantiales y otros han desaparecido por completo. Como son los manantiales Uñigan I,II,III,IV no tienen agua.

Mediante informe Técnico legal de Supervisión especial Ambiental a la Unidad Minera China Linda, suscrita por la OEFA, concluye que “las actividades de voladura para la explotación de Caliza en la Unidad Minera China Linda han provocado un mayor fracturamiento, provocando variaciones en la dirección del flujo de agua subterránea tal como ha ocurrido el manantial La Chorrera” esto demuestra que hay responsabilidad de parte de la empresa. (a folios 38).

Así mismo se denuncia también a los representantes de la autoridad local del agua, por responsabilidad funcional en los delitos ambientales por tener conocimiento y de no hacer nada para impedirlo la desaparición de manantiales.

Sin embargo, como menciona el fiscal que no se tiene claro las existencias de los manantiales y de la existencia de las mismas. Dispone que no procede formalizar ni continuar con la investigación preparatoria contra el gerente general de la empresa Minera Yanacocha y tampoco contra el representante legal de la autoridad nacional del agua y de los que resulten responsables por la presunta comisión del delito de responsabilidad de funcionario.

4.1.9. Caso 9

Número de Caso: 1706045200-2012-35-0 Lugar: Distrito de Cachachi-Cajabamba- Cajamarca.

Fecha de inicio y término: 16 de marzo del 2012 hasta 18 de junio 2012

Resumen de los hechos investigados:

Que mediante denuncia realizada vía telefónica hecha por el comisario Danilo Neciosup colchado, da a conocer que en la zona de Tauma en caserío de San José en el distrito de Cachachi provincia de Cajabamba departamento de Cajamarca, a horas 2:25 de la tarde, se intervino a dos sujetos que transportaban Cianuro dirigiéndose a la minería informal la chilca, estos sujetos con nombre Segundo Cerna Marquina de 52 años llevaba en una mochila con 15 kilos de cianuro cargado y Jorge Luis Valeriano Marquina 19 años de edad que llevaba 16 kilos de cianuro en una mochila cargado a su espalda, en la cual se procede a una incautación de las dos mochilas de cianuro que fue llevado a dependencia de Cajabamba par las investigaciones pertinentes.

Segundo Cerna Marquina de 52, en su declaración (a folios 11 y 12) declara que la mochila que el traía le fue encargada por una persona desconocida, la cual le pago 100 soles para que lo llevara pasando el cerro anticlinal Algamarca también conocido como la chilca, en donde se viene realizando minería informal y que no conoce Jorge Luis Valeriano Marquina ya que se encontraba a 10 metros cuando fue intervenido.

Jorge Luis Valeriano Marquina en su declaración manifiesta que no conoce a la persona de Segundo Cerna Marquina y que la policía dedujo que material de cianuro encontrado en el camino era suyo, ya que a unos 35 metros se le incauto la mochila al Señor Segundo.

El Caso es archivado por el argumento que la conducta realizada es atípico, puesto que no cumple con lo plasmado en el artículo 304 del Código penal, que el cianuro fue llevado en mochilas estaba acondicionado en una bolsa y costal de polietino y que “no ha existido derrame vertimiento, emisión de la sustancia peligrosa en ningún cuerpo como receptor el suelo, agua superficial, agua subterránea, no resultando relevante la exacta determinación de la sustancia materia de la presente investigación en atención a los principios de la economía y celeridad procesal” (folio 52). Y que se debe producir un daño grave (delito de peligro concreto) y que en nuestro país no tenemos estándares de calidad ambiental para el suelo ni aire a las concentraciones de cianuro, y que el hecho se produjo antes de que se penalice la minería ilegal; por tal razón se decide el archivo definitivo en fecha 18 de junio 2012.

4.1.10. Caso 10

Número de Caso: 1706045200-2012-193-0 Lugar: comunidad el tingo distrito y provincia de Hualgayoc- Cajamarca

Fecha de inicio y término: 24 de noviembre 2012 -24 de octubre del 2013

Resumen de los hechos investigados:

Cesar Estela Pérez denunció contra quienes resulten responsables a folios 14 a 15, el hecho ocurrido el día 24 de noviembre 2012 en la madrugada 3 am, las aguas contaminadas de los pozos de percolación de la planta de lixiviación de empresa minera Coimolache S.A abrían rebalsado y discurrido aguas por el río Tinto Maygasbamba que como consecuencia abrían contaminado las agua de la cuenca de Río el tingo y que los trabajadores de la Empresa al percatarse del hecho estaban en el pleno recojo de las aguas residuales, se toma las fotos las cuales se presentan en la investigación: derrame de aguas que llegó a la naciente del río tingo en el sector “el Hueco” de la comunidad el tingo distrito y provincia de Hualgayoc- Cajamarca. Además, presenta el denunciante la corrección de denuncia aludiendo contra quienes resulten responsables o Minera Coimolache S.A folios (24).

Mediante disposición treinta uno, la misma que dispuso una prórroga para que pueda la autoridad administrativa en este caso OEFA hacer llegar su informe y realizarse algunas diligencias preliminares más que ayuden esclarecer los hechos, y además reservar provisionalmente la presente investigación fiscal, a folios 153.

Hay una declaración de del representante legal de la minera Coimolache S.A, el señor Marco Antonio Arispe Belaochea, donde menciona que tuvo conocimiento del hecho pero que la OEFA sabía y que por tratarse según ellos de un evento menor no fue reportado.

Mediante Disposición emitida 24 de octubre del 2013 que resuelve que no procede formalizar ni continuar con la investigación preparatoria, en razón de que no existe vertimientos influyentes o filtraciones procedentes de las pozas de lixiviación de la Compañía Coimolache S.A.

4.1.11. Caso 11

Número de Caso: 1706045200-2011-5-0 Lugar: Caserío de San Antonio de Pachachacas- Encañada- Cajamarca.

Fecha de inicio y término: 07 de noviembre 2003 a

Resumen de los hechos investigados:

El Señor Nestor Cueva Lobato de la Comunidad de Pachachacas interponen denuncia el 06 de noviembre del 2003 contra la empresa minera Yanacocha S.R.L por el delito contra la ecología en su figura de contaminación del medio ambiente en su forma agravada y contra la salud pública en su figura de contaminación de aguas destinadas al consumo, aludiendo que el dicho caserío notaron en el manantial rasgos de un material extraño en el agua, cambio de color y olor que era parecido al petróleo manifiesta y que por casualidad esta laguna se encuentra a unos 300 metros de la cartera de Chinalinda que es de propiedad de la minera Yanacocha S.R.L. Además, menciona en su denuncia que hay 200 truchas muertas y 7 cabezas de ganado los que se han encontrado muertos producto de la contaminación del agua que abastece a la comunidad de Pachachacas. a folios (34),

Según informe de la Gerencia Regional de recursos naturales y gestión del medio ambiente, de fecha 20 de enero 2011, menciona que la laguna está a unos 300 metros de la cantera de la Chinalinda de propiedad de la empresa Minera Yanacocha SRL a folios (301), la DIGESA (Dirección Regional De Salud) con un informe de fecha 26 de octubre de 2009 verifica la intoxicación de los trabajadores y disminución de caudales.

A folios (300) se ordena en disposición emitida por ministerio público incorporar a los integrantes del sistema de riego tecnificado de Pachachacas a folios (300)

En este se ve la participación de las autoridades administrativas tales como ALA menciona que no existe registro de monitoreo de la calidad de agua de la laguna. También está la participación de OEFA que concluye en su informe que hay impacto negativo en la laguna Totoracocha chica debido a carbohidratos que contribuyen con el aumento de Ph, ocasionando aguas alcalinas y que la minera Yanacocha SRL, está incumpliendo con sus responsabilidades ambientales con el proyecto de Chinalinda a folios (309)

Por parte de la dirección regional de salud ambiental menciona en sus informes que el cambio de color y caudalidad podría ser debido a la ausencia de microalgas y que estas flotaciones algales requieren de muchos estudios y que el Perú se carece de estas investigaciones a folios 309 primer párrafo.

Interpusieron un recurso de queja contra una disposición de recomendación a la autoridad local del Agua ANA realice acciones conforme a ley para la sanción administrativa correspondiente, a la OEFA realice acciones conforme a ley para

sancionar administrativamente, contra esta disposición de recomendación que obra en folios 309 se interpone recurso de queja, pero es declarada infundada aludiendo que es recurso de recomendación mas no una decisión definitiva Fs. (359 a 360)

4.2. Resultados de los indicadores específicos

Una vez presentados los resúmenes de los casos que se pudo encontrar en los archivos de la fiscalía, corresponde ahora someter a prueba la hipótesis, para lo que es preciso recordar que lo que interesa a esta tesis son las razones jurídicas por las cuáles se dispone no formalizar ni continuar con la Investigación Preparatoria-en las investigaciones de contaminación de fuentes de agua producidas por actividad minera. Se plantearon como razones jurídicas a (1) la redacción del tipo como una ley penal en blanco, (2) Falta de jurisprudencia condenatoria en este tipo de casos de contaminación Ambiental, (3) Interpretación del delito (artículo 304°) como un delito de peligro concreto y (4) Insuficiencia probatoria. Por ello, que una vez revisado las carpetas, se pueden verificar si esas son las razones o no.

4.2.1. La redacción del tipo como una ley penal en blanco

Cuando se hizo el análisis correspondiente de la teoría del delito y del tipo penal de contaminación ambiental, se pudo establecer que la técnica de redacción usada por el legislador es la de una norma penal en blanco, es decir que la norma, en

su parte de supuesto de hecho se encuentra incompleta y que, para complementarla, se remite a una norma administrativa. Pues bien, como era de esperarse, se pensó que esta podría ser un motivo para el archivo de las investigaciones emprendidas, los resultados se muestran en la figura 3.

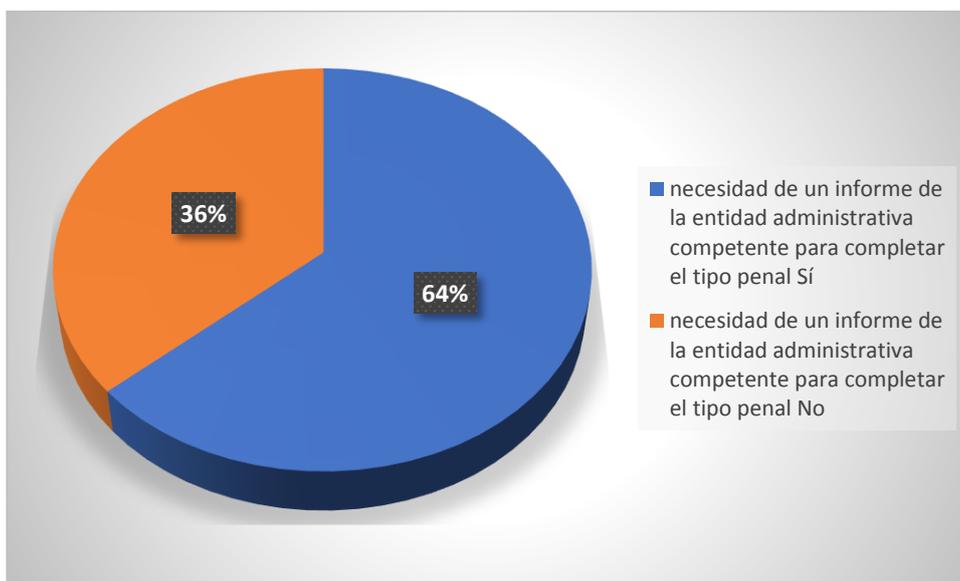


Figura 3: Necesidad del informe de la entidad administrativa

En la figura 3 se observa que el 64% de las carpetas necesita un informe previo de la entidad administrativa para poder continuar con la investigación, pues bien, no debe confundirse que estemos frente a una norma penal en blanco (que abarca el 100% de los casos) con ya la aplicación específica. En efecto, como norma sí se necesita que se complemente con otra norma de carácter administrativo, pero acá estamos viendo que solo en un 64% de casos fue necesario recurrir a la entidad administrativa para que se continúe con la investigación.

Es cierto que existen otros delitos que recurren a la misma técnica legislativa de la norma penal en blanco, pero acá únicamente se está evaluando el caso específico de fuentes de agua, en el sentido que su regulación es tan amplia que el fiscal no

cuenta con toda ella en el campo de su actuación y fácil acceso motivo por el cual tiene que solicitar un informe a la autoridad administrativa. Lo cual también puede deberse a la falta de estrategia que tenga el fiscal para poder investigar los casos, pero esto no se ha abordado en esta tesis.

4.2.2. Falta de jurisprudencia condenatoria en este tipo de casos de contaminación Ambiental

En la práctica jurisdiccional y fiscal se acostumbra tomar como punto de apoyo los criterios dados anteriormente por órganos jurisprudenciales de mayor jerarquía, pues sentirán respaldada su postura. En caso de los fiscales, esto les permitirá tener mejores argumentos y sustentos en sus decisiones y así continuar con sus investigaciones, pero en caso de no existir, se debilitaría la postura, esto se ve en la figura

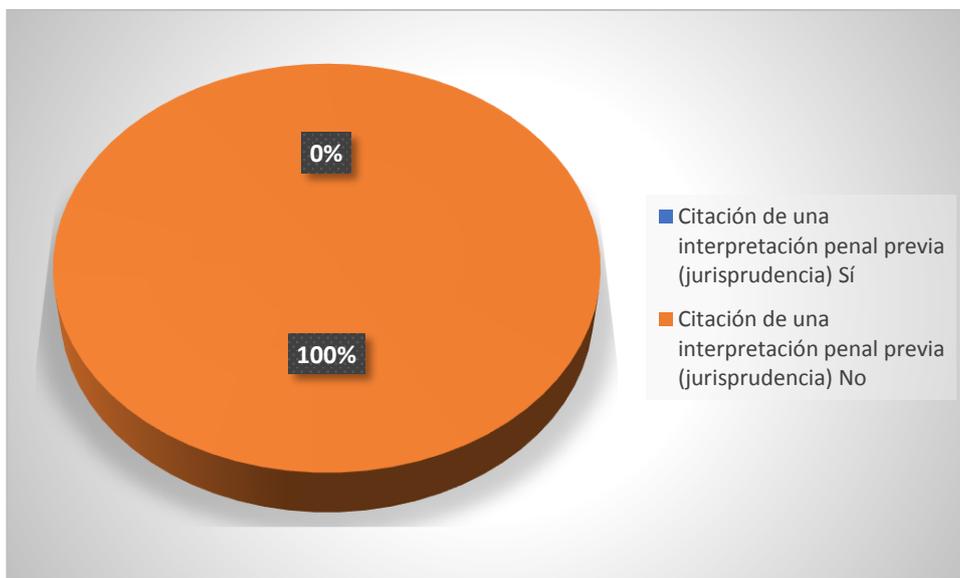


Figura 4: Uso de la jurisprudencia penal previa

En este caso se nota con absoluta claridad que no ha existido ninguna citación previa que remita a una jurisprudencia penal que ya haya realizado una interpretación de los artículos pertinentes del Código Penal, y esto constituye una razón jurídica, ya

que el fiscal puede dudar de sus decisiones a tomar, sobre todo si tomamos en cuenta que el principio precautorio es el que debe regir las relaciones entre el hombre y la naturaleza. Sin embargo, a no existir una jurisprudencia penal previa, se estaría ocasionando que se inhiba esta posibilidad.

Si bien es cierto que existen citas en cuanto a las definiciones dadas por el Tribunal Constitucional y alguna de carácter administrativo, el fiscal local no puede hacer uso de alguna sentencia penal y por ello, esta es una de las razones que ocasionan el archivo.

4.2.3. Interpretación del delito (artículo 304°) como un delito de peligro concreto

Ahora bien, el concepto más abstracto en la búsqueda de las disposiciones de archivo se refiere a la concepción del fiscal como un delito de peligro concreto, esto significa que tiene que existir la posibilidad de un daño inminente al bien jurídico protegido. Pero la otra opción es que se busque la lesión tangible, es decir que ya no se está ante un caso de peligro concreto sino ante un delito de resultado. Como se ve en la figura 5.



Figura 5: Delito de peligro o de resultado

En esta figura se nota que solo en el 36% de los casos se plantea la posibilidad de tener un peligro en concreto, por lo que, en la mayoría de las investigaciones se asume que el delito tiene que haber producido una lesión al bien jurídico, es decir que se transforma en un delito de resultado. Esto explicará el uso de los medios probatorios que se analizarán en seguida.

4.2.4. Insuficiencia probatoria

Para esta variable se tuvo en cuenta dos indicadores en específico, uno general, que se refiere a cualquier medio probatorio, y el otro es específico que alude solo al informe de contaminación proveniente por la autoridad administrativa pertinente.

La figura 6 permite observar que sí han existido los medios probatorios suficientes, en un 64% pese a ello no se ha logrado continuar con la investigación, esto se puede deber al siguiente indicador (figura 7).

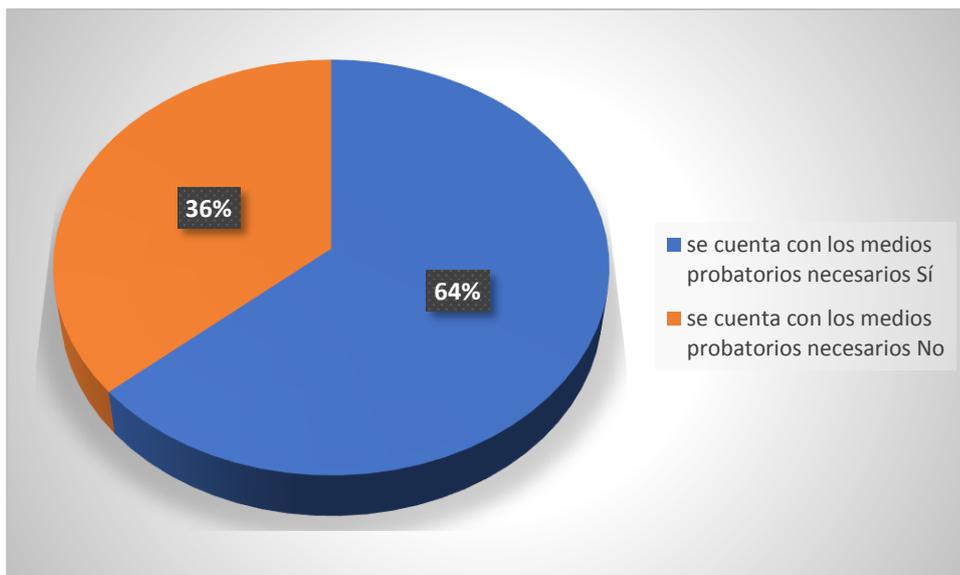


Figura 6: Suficiencia de medios probatorios

En cuanto al indicador específico del informe de la autoridad administrativa señalando el cumplimiento de los estándares permisibles o la ausencia de este, es factible notar que, en su mayoría, el 64% de casos (figura 7), deja notar que se debe a este informe o a la ausencia de él. Es decir que hay casos en donde el informe afirma que se cumplen los mínimos permisibles y que, por tanto, no existe delito alguno, pero también existen casos en donde no se contó con ningún tipo de informe y por ello no fue posible seguir con la investigación, ya que el fiscal dio prioridad a la presunción de inocencia en desmedro del principio precautorio ambiental.

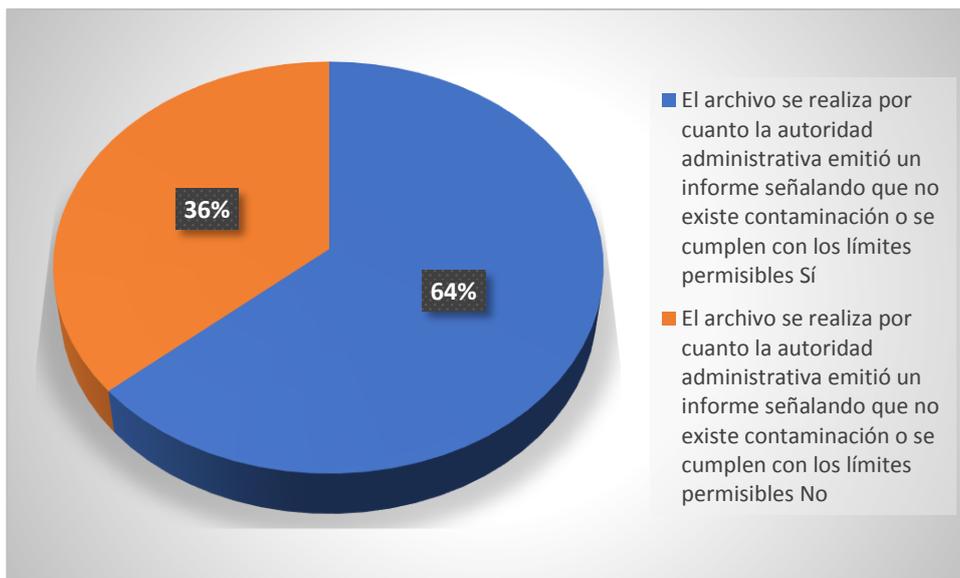


Figura 7: Informe de la autoridad administrativa

Luego de haber podido leer las disposiciones de archivo y de buscar los indicadores respectivos, nos hemos dado cuenta que todas nuestras variables están presentes, pero no tienen el mismo peso, por cuanto el porcentaje con el que aparecen no es el mismo, tal como se indica en la siguiente tabla 3.

Tabla 3: Resumen total de los indicadores

	necesidad de un informe de la entidad administrativa competente para completar el tipo penal	Citación de una interpretación penal previa (jurisprudencia)	Se señala la necesidad de que la acción denunciada esté generando un peligro en específico	se cuenta con los medios probatorios necesarios	El archivo se realiza por cuanto la autoridad administrativa emitió un informe señalando que no existe contaminación o se cumplen con los límites permisibles
Sí	63.64%	0.00%	36.36%	63.64%	63.64%
No	36.36%	100.00%	63.64%	36.36%	36.36%

Eso deja notar la forma dispareja en que se presentan los indicadores y que, para una mejor comprensión, será necesario recurrir a la figura 8, la cual a su vez ayudará a formar las conclusiones.

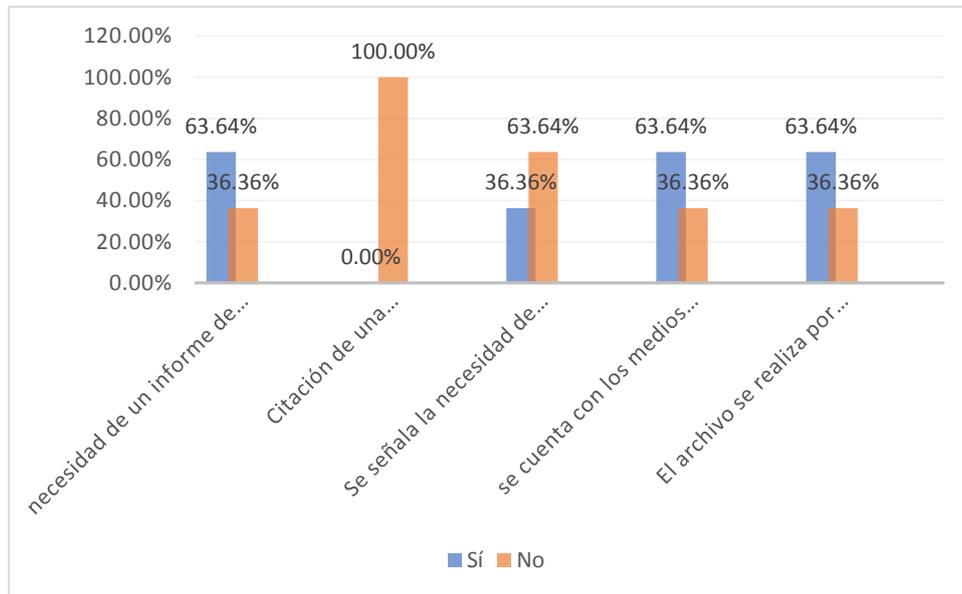


Figura 8: Visión completa de los indicadores

Es posible notar que la ausencia de jurisprudencias previas es una de las principales causas del archivo, seguida por el resto de razones presentadas en la hipótesis.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

1. Las razones jurídicas por las cuales se dispone no formalizar ni continuar con la Investigación Preparatoria-en las investigaciones de contaminación de fuentes de agua producidas por actividad minera son: (1) La redacción del tipo como una ley penal en blanco (2) Falta de jurisprudencia condenatoria en este tipo de casos de contaminación Ambiental (3) la interpretación del delito (artículo 304°) como un delito de peligro concreto y (4) Insuficiencia probatoria.
2. La protección de las fuentes de agua desde la perspectiva del derecho nacional y de los instrumentos internacionales ha ido en aumento con el transcurrir de los años y, tanto en la vía administrativa como penal, se recurre a la técnica de la ley en blanco, por lo que se necesita recurrir a otra normatividad que permite complementar la principal.
3. La aplicación de la Ley N° 28611 en conjunto con el Código Penal por parte de los fiscales no ha logrado detener el número de denuncias sobre la “contaminación” sin embargo, los casos siguen siendo archivados por las razones a las que se arribaron en la primera conclusión.
4. Se ha determinado que los casos archivados de la fiscalía se lo hace recurriendo a los criterios: necesidad de un informe de la entidad administrativa competente para completar el tipo penal (63.64%), ausencia de una interpretación penal previa (jurisprudencia) con el 100.00%, se señala la

necesidad de que la acción denunciada esté generando un peligro en específico (36.36%), no se cuenta con los medios probatorios necesarios (63.64%) y el archivo se realiza por cuanto la autoridad administrativa emitió un informe señalando que no existe contaminación o se cumplen con los límites permisibles (63.64%).

Recomendación

1. Como no ha sido un propósito de esta tesis analizar el principio de legalidad y de presunción de inocencia, imperantes en el derecho penal, debe investigarse ¿cómo debe interpretarse el principio precautorio para no vulnerar derechos individuales ni para generar impunidad?
2. También resulta siendo necesario comparar qué sucede con la redacción del tipo como una ley penal en blanco en los otros delitos que tienen estas características, de modo tal que se pueda determinar una la eficacia de esta técnica.

REFERENCIAS

Andaluz Westreicher, C. (2011). *Manual de derecho ambiental*. (3ª ed.) Lima: Iustitia.

Arana Zegarra, M. (2002). *Resolución de conflictos Medioambientales en la Microcuenca Del Rio Porcón*. Recuperado de <http://cajamarca.de/download/marco-tesis.pdf>.

Barlow, M. (2016). Entrevista. *Pueblos, revista de información y debate* 68, 6-10

Cerquín Cortez, M. & Tirado Castillo, D. (2016). *Impacto a los Derechos Sociales y Culturales por Ejecución de la Concesión Minera Unicornio 2- Baños del Inca*. (Tesis para obtener el título profesional de abogado inédita) Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Cajamarca.

Chanamé Orbe, R. (2015). *La constitución comentada*. (9ª ed.). Lima: Ediciones Legales.

Chávez Medina, A (2009). *Diagnóstico de la infraestructura, gestión, operación y mantenimiento de los servicios de agua para consumo humano de cinco caseríos del distrito de Celendín, Cajamarca 2009*. Recuperado de http://www.aguaandes.com/sites/default/files/eventos/ponencias/presentacion_lima_20141_0.pdf.

Culturizando.com (2018). *¿Qué es el Protocolo de Kioto?* Recuperado de <https://culturizando.com/que-es-el-protocolo-de-kioto/>

Derechos de Tercera generación o Derechos de Los Pueblos. Recuperado de <http://www.cubaencuentro.com/derechos-humanos/clasificacion-y-caracteristicas/clasificacion/derechos-de-tercera-generacion-o-derechos-de-los-pueblos>

Diccionario de la lengua española edición del Tricentenario. Recuperado de <http://dle.rae.es/?w=diccionario>.

Foy Valencia, P. & Valdez Muñoz, W. (2012). *Glosario Jurídico Ambiental Peruano*. Lima: Fondo Editorial Academia de la Magistratura.

Giorffino Remy, L. (2016). *Manual de derecho ambiental*. Limas: Thomson Reuters.

Instituto Nacional de Estadística (2015). *Estimaciones departamentales de la población: 1995-2015. Cajamarca*. Recuperado de <https://www.inei.gob.pe/media/Menu>

Jornada de Fiscales Especializados en Delitos Ambientales. (2014). *Problemas forenses relacionados con delitos ambientales: La prueba de la causalidad*. Recuperada de http://www.uchile.cl/documentos/dificultades-en-la-acreditacion-de-conductas-tipicas-en-los-delitos-medio-ambientales-pdf-1705-kb_121836_1_3921.pdf

Julcamoro Ortiz, O. & Potosí Estacio, S. (2016). *Vulneración del Derecho a Gozar de un Ambiente Equilibrado y Adecuado al Desarrollo de la Vida debido al Comercio Informal en el Mercado " Santa Rosa" de Cajamarca*. (Tesis para obtener el título profesional de abogado inédita) Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Cajamarca.

- Knox, J. (2017). El mandato de naciones unidas sobre los derechos humanos y el medio ambiente. En *Derechos Humanos y Medio Ambiente Avances y desafíos para el desarrollo sostenible*. (pp. 7-14). Recuperada de <http://www.uy.undp.org/content/dam/uruguay/docs/MAyE/undp-uy-pub-ddhh-ma-2017.pdf>
- Medina Chávez.A. (2009). *Diagnóstico de la Infraestructura, Gestión, Operación y Mantenimiento de los Servicios de Agua para Consumo Humano de cinco Caseríos el Distrito de Celendín*. (Tesis para obtener el título profesional de Ingeniero Ambiental) Universidad Nacional de Cajamarca.
- Mendoza Coba, A. & Aliaga Cabrera, L. (2015). *Sustento científico-doctrinario que explica que la alteración del flujo de la materia y energía en el ecosistema vulnera el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida*. (Tesis para obtener el título profesional de abogado inédita) Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Cajamarca.
- Ministerio del Ambiente. *Compendio de la legislación ambiental peruana*. Lima.
- Novoa Llanos, J. & Villas Díaz I. (2016). *La Naturaleza Jurídica Del Delito de Contaminación del Ambiente Tipificado en el artículo 304° del Código Penal Peruano*. (Tesis para obtener el título profesional de abogado inédita) Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Cajamarca.
- Ossorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.edición del Tricentenario*. Buenos Aires: Heliasta.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2010). *Derecho penal, parte especial*. (t. 4). Lima: Idemsa.

- Pinto Vargas, R. F. (2017). *Organismos genéticamente modificados desde una perspectiva jurídica*. Bolivia: Ediciones Gráfica Virtual.
- Plascencia Villanueva, R. (2000). *Teoría del Delito*. México.
- Ramos Núñez, C. (2000). *Como hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima-Perú: Editorial Gaceta Jurídica. Recuperado de <http://myslide.es/documents/como-hacer-una-tesis-de-derecho-y-no-envejecer-en-elintento-carlos-ramos.html#>
- Reinhard Seifert. (s.f.) Cajamarca- Perú: *Defendamos las Cabeceras de Cuencas Hidrograficas*. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/2468957D1B6B16B70525797B00693832/\\$FILE/76912513-Defensa-de-las-cabeceras-de-cuenca-hidrografica-en-Cajamarca-Peru.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/2468957D1B6B16B70525797B00693832/$FILE/76912513-Defensa-de-las-cabeceras-de-cuenca-hidrografica-en-Cajamarca-Peru.pdf)
- Rubio Correa, M. (2012). *Para conocer la Constitución de 1993*. (3ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Sánchez Zorrilla, M., Tantaléan Odar, C. & Coba Uriarte, J. L. (Edts.). (2015). *Protocolo de proyectos y tesis*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPAGU.
- Seifert Reinhard. (noviembre 2011). *Inviabilidad del proyecto minero Conga*. Recuperado de <http://www.voltairenet.org/article171875.html>
- Villavicencio Terrones, F. (2006). *Introducción al Derecho penal Parte General*. Lima, Lima, Perú: Grijley.

Witker, J. (1986). *Cómo elaborar una tesis de grado en derecho. En Lineamientos Metodológicos y Técnicos para el estudiante o investigador de derecho.*
México: Civitas.

Anexo 1: Hoja de recojo de datos

Número de Caso: _____ Lugar: _____

Fecha de inicio y término: _____

Resumen de los hechos investigados:

.....
.....
.....
.....

1. ¿Se menciona la necesidad de un informe de la entidad administrativa competente para completar el tipo penal? (Límites permisibles)

Sí () No ()

2. ¿Se cita alguna interpretación penal (jurisprudencia) previa?

Sí () No ()

En caso de ser afirmativa mencione la parte correspondiente:

.....

3. ¿Se señala la necesidad de que la acción denunciada esté generando un peligro en específico?

Sí () No ()

En caso de ser afirmativa mencione la parte correspondiente:

.....
.....

4. ¿Se señala de forma explícita o se puede inferir que no se cuenta con los medios probatorios necesarios?

Sí () No ()

En caso de ser afirmativa mencione la parte correspondiente:

.....
.....

5. El archivo se realiza por cuanto la autoridad administrativa emitió un informe señalando que no existe contaminación o que se cumplen con los límites permisibles.

Sí () No ()

Anexo 2: Ashlita

Anexamos nuestro resumen de Tesis en quechua, porque en nuestro País es uno de los idiomas originarios oficiales reconocido nuestra carta magna, y además cabe mencionar que todavía existe en nuestro Cajamarca lugares en donde se habla este idioma y nosotros somos parte para conservación de este legado que nos dejó nuestros antepasados, y también en esta las denuncias presentadas provienen de comunidades campesinas en donde está latente el idioma quechua.

Kay inbistigasyun rurakaran tapunakunan, tapukunata. ¿mayqanchí karan rasunkuna jwisypa ama siginan maskashpa chay lluqshiq mapachaq yakupata chay minirya llaqtapi, chay wata ishkay waranqa pusaqpi, ishkay waranqa ch'unka kimsapi?. Rispwista pilyaqkunapam kunsintrakan chay análisis nishanpi, chay mapachaq lluqshiq yakupata rurashanrayku chay minirya, chayrayku ruranllapa ancha unay ukupi analista chay nurma suq nasyunkunapawan, llaqtanchiqpawanpis. Chay ancha ruranakunam, rurakaran kayshina. i) Rikachiran kwidanan, ch'awpi ampyintita paypa dirichunwam, suq nasyunkunapawanpis. ii) Analisisashunllapa ishkay pusaq waranqa suqta pach'ak ch'unka suqniyuq liyta pulla kudigu pinalwan chay fiskalpawan. iii) Ushyay funtamintu juridikuta chay kasu waqaychadu mapacha yakupata rurashan minirya. Chay watakuna ishkay waranqa pusaqpi, ishkay waranqa ch'unka kinsapi. Ch'ayamuran ushyakanan rasun juridika, chaypim ninllapa ama siginan maskashpa

chay inbistigasyun allichashanta. Yakupata rurashanrayku minirya kamchiq kan. 1) Manan kanchu jurisprudencia wichuna kay ch'awpi mapachapaq. 2) Manam kanchu liy pinal yuraq. 3) Manam kanchu ch'awpi prubaturyukuna. 4) Willanakuna dañaqpa artikulu kimsa pach'ak ch'uskuyuq saqra dañaqpa.

Klabi rimaykuna: Lluqshiq yaku, mapachaq, waqaychay ushyash kasukunata.