



4 de agosto de 2021

LA PRUEBA AMBIENTAL EN EL PROCESO PENAL

(Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México,
Panamá y Perú)

Online – 24 de febrero ala 19 de mavo

Yolanda Ortiz Mallol y Marta Sánchez Recio (Coords.), Dra. Angely Maillo (estudio Brasil)



Este documento ha sido elaborado con la financiación de la Unión Europea. Su contenido es sólo responsabilidad de su autor y del programa EL PACCTO, y no refleja necesariamente las opiniones de la Unión Europea.

4 DE AGOSTO DE 2021

Contenido

Síntesis del Producto	3
Análisis por países	5
Argentina	5
Aspectos generales del perito y la prueba pericial	5
2.- Parte especial: de los delitos medioambientales y su prueba en el proceso.	6
BOLIVIA	7
1.- Aspectos generales: del perito y la prueba pericial	7
2.- Parte especial: de los delitos medioambientales y su prueba en el proceso.	8
CHILE:	10
1.- Aspectos generales: del perito y la prueba pericial	10
2.- Parte especial: de los delitos medioambientales y su prueba en el proceso.	12

COLOMBIA.....	14
Capítulo único: análisis de las principales problemáticas en torno a la pericia.	14
ECUADOR:.....	16
1.- Aspectos generales: del perito y la prueba pericial.....	17
2.- Parte especial: de los delitos medioambientales y su prueba en el proceso.	18
MÉXICO:.....	19
1.- Aspectos generales: del perito y la prueba pericial.....	19
2.- Parte especial: de los delitos medioambientales y su prueba en el proceso.	21
PANAMÁ:.....	23
1.- Aspectos generales: del perito y la prueba pericial.....	23
2.- Parte especial: de los delitos medioambientales y su prueba en el proceso.	23
PERÚ:.....	24
1.- Aspectos generales: del perito y la prueba pericial.....	24
2. Parte especial: de los delitos medioambientales y su prueba en el proceso.....	26
CONCLUSIONES FINALES	27
En atención a todo lo expuesto, se contemplan como propuestas:	30
ANEXO: formularios	31

La prueba ambiental en el proceso penal (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, México, Panamá y Perú)

Síntesis del Producto

“Datos! Datos! Datos!... no puedo hacer ladrillos sin arcilla -exclamó Sherlock Holmes”
(El misterio de Copper Beeches, Arthur Conan Doyle).

El Derecho Penal constituye la herramienta que, como sociedad, hemos creado para protegernos frente a los ataques más graves a los diversos bienes jurídicos, entre los que se encuentra el medioambiente. A través de ella se condena al delincuente y se auxilia o preserva a la víctima, ya sea persona, animal o la propia Pachamama. Sin embargo, este esperado resultado final sólo se alcanza mediante un tránsito: la búsqueda de la llamada “verdad material”, para la que es necesario el hallazgo e interpretación de todo tipo de señales e indicios; del rastro, en definitiva, que deja a su paso el delito.

El presente trabajo colectivo tiene como finalidad, precisamente, analizar ese espacio intermedio que existe entre la comisión del hecho delictivo y su sanción penal. Y, en concreto, los problemas que surgen para encontrar a tiempo o analizar con rigor los vestigios de los diferentes ilícitos medioambientales. Y nadie como los propios actores que diariamente lidian con ello para dar una respuesta fiel a la realidad. Con ese fin, han sido remitidos a los fiscales de los distintos Estados que han colaborado –Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Panamá y Perú- unos cuestionarios, incluidos en este trabajo a modo de anexo, en los que se analizan las incidencias de ordinario surgidas en la práctica cotidiana tanto a nivel de la prueba pericial en general como de las singularidades de cada tipo de delito.

La razón de centrarnos en la prueba pericial reside en que, en los delitos contra el medioambiente –y no somos excesivos al afirmarlo-, el informe pericial constituye la verdadera semilla germinal. Y es así, porque la valoración técnica que se realice de la afectación medioambiental de la conducta ilícita determinará tanto la existencia o no de

delito como la cuantificación de la responsabilidad civil derivada de éste; esto es, el coste de la restauración del bien o la declaración de su irreversibilidad. Por tanto, abarcará el ilícito y determinará sus consecuencias.

4

El esquema del análisis llevado a cabo engloba: las exigencias para ser perito, el informe pericial, las vicisitudes del desarrollo de la pericia en el proceso y las especificidades de cada tipo delictivo. En todo caso, centrándonos en las carencias y deficiencias que se aprecian por los fiscales nacionales en cada escenario como modo de aportar soluciones y ofrecer propuestas. Y las fuentes del contenido del informe son de forma exclusiva las aportaciones de los fiscales incluidas en el citado anexo.

Al fin y al cabo, también era el Sr. Holmes quien afirmaba que constituye “un error capital teorizar antes de tener datos”.

Análisis por países

Argentina

Aspectos generales del perito y la prueba pericial

La Fiscalía argentina no cuenta con un equipo de peritos con dependencia funcional de la misma, aun cuando resultare deseable una centralización de tales profesionales a fin de mejorar el servicio. Siendo aquel el escenario del que partimos, el nombramiento tendrá lugar, en aquellos casos en los que el delito así lo requiera, entre el listado de peritos con la titulación exigida previamente inscritos en la jurisdicción, pudiendo recurrir a universidades y/o institutos privados especializados en materia de investigación. La designación judicial del perito es lo garantiza su imparcialidad, así como el hecho de que sus honorarios sean públicos. En caso de que delitos en los que un funcionario público se vea investigado, se prevé acudir a organismos diferentes de aquel al que tal persona pertenezca para garantizar la rectitud del dictamen. Si bien los peritos integrados en la Administración no tienen exclusividad y pueden realizar pericias privadas, se pliega a normas sobre incompatibilidad y tienen obligación de reserva respecto de cuanto se haya actuado en el procedimiento.

La Fiscalía carece de partida presupuestaria para el encargo de pruebas periciales, siendo posible habilitar una partida para tal fin en caso de ser necesario. No obstante, tal obstáculo se solventa con el deber de colaboración con la Fiscalía a cargo de los órganos gubernamentales, puesto que tal coste se absorbe por los presupuestos de gastos de tales organismos.

No resulta exigible un número mínimo de peritos, como tampoco es necesario que el dictamen pericial sea ratificado por otro perito. No obstante, en caso de que la defensa así lo solicitare, será designado otro perito por el magistrado cuya participación será la misma que la del perito oficial.

En cuanto al contenido del informe, la cuestión de la reparación del daño solo es objeto de examen si el órgano judicial así lo exige, atendiendo a los ensayos y estudios que existan en la comunidad científica. En el caso de exigencia de responsabilidad penal a los directivos de una empresa, la pericial versará sobre el hecho de que la empresa a su cargo realice una actividad contraria a la norma penal aplicable.

Desde el punto de vista procesal, no existen problemas de tiempo para la elaboración del informe derivados del plazo de instrucción. Se encuentra regulada la manera en la que ha de conservarse el lugar a fin de mantener la integridad de las muestras a tomar, contemplándose la posibilidad de tomar la misma incluso por un auxiliar o persona sin la preceptiva titulación en caso de pérdida inminente de la misma, siempre que se ajuste al protocolo, si bien se recoge la conveniencia de contar con una guía de profesionales y laboratorios oficiales cuyo conocimiento en la materia pudiera ser de notable ayuda a la toma de decisiones durante la investigación. La prueba se puede impugnar en cualquier momento del proceso, sin que sea necesario aportar un informe contradictorio, si bien la defensa puede proponer sus propios peritos.

En cuanto al valor que pueda darse a la pericial realizada en otro país, Argentina no cuenta con casos en los que se haya planteado atribuir valor a la pericial realizada en el extranjero. No obstante, apuntan los convenios de cooperación interinstitucional entre Ministerios Públicos,

destacando el Convenio de Cooperación Interinstitucional suscrito en el marco de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos y redes de cooperación disponibles para intercambiar información en investigaciones penales, como las redes de Cooperación Penal Internacional y Protección ambiental de la AIAMP, la Red especializada de Ministerios Públicos del Mercosur, la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, la Red Latinoamericana del Ministerio Público ambiental y la Red Suramericana de Observancia y Aplicación de la Normativa de Vida Silvestre. Además existen tratados de Asistencia bilaterales y regionales que pueden ser utilizados como base para solicitar la asistencia jurídica, e incluso a pesar de la inexistencia del tratado, con tal de responder recíprocamente. No conviene olvidar el carácter transnacional de este tipo de delincuencia ni la posible implicación con delitos de corrupción, siendo aplicable la normativa de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

2.- Parte especial: de los delitos medioambientales y su prueba en el proceso.

En los delitos relativos a la flora, fauna y maltrato animal no existe una previsión específica en cuanto a la titulación que deba tener el especialista. No se prevé la necesidad de realizar un examen previo al animal, aunque resulta conveniente hacerlo. La valoración del daño permite tener en cuenta el tiempo de sanación y las secuelas sufridas por el animal, aunque no está recogido en la norma el coste derivado del cuidado, traslado y alojamiento del animal, encomendando esto último en muchas ocasiones a entidades sin ánimo de lucro. No resulta tipificado el simple abandono como conducta punible

En el caso de la caza ilegal, en Argentina, la valoración del daño tiene en cuenta el grado de protección de la especie afectada. En el caso de México, existe una norma específica que tiene en cuenta la protección de la especie. En Chile, los ejemplares tienen diferentes grados de protección, si bien no existe una valoración predeterminada, determinándola el juez según su prudente arbitrio y los antecedentes aportados al proceso.

En el tipo consistente en la introducción de especies invasoras, en el caso de Argentina, basta con que el perito sea un experto en la materia en particular, sin que se exija una determinada titulación de antemano.

Exportación, importación, comercio, transporte y tenencia de especies protegidas. En Argentina Existe libertad a la hora de escoger el perito que deba realizar el informe, sin que exista normativa específica en cuanto a la valoración del daño. No se tiene en cuenta el riesgo para la salud de las personas y sí existe una normativa nacional que categoriza el grado de amenaza de cada especie.

En lo referente a contaminación, y comenzando con la acústica, como ocurre en algún otro país no se encuentra penalmente tipificado en Argentina. Sí de aguas y suelos, en la que, en cuanto a la toma de muestras, no resulta necesario que esté presente la defensa, que puede realizar un estudio privado de la situación y aportarlo al proceso, si bien la pericia la realiza el perito designado por el juez.

Respecto de la contaminación del aire, se prevé en la Ley 24.051 y disponen de medios técnicos para analizar la calidad del aire.

En el caso de vertederos ilegales de residuos, el contenido de la pericia ha de recaer sobre el tipo de residuo, el tiempo que lleva funcionando el vertedero a fin de hacer la correspondiente toma de muestras y determinar la calidad de las aguas subterráneas, y determinar si existen indicios de la quema de basuras por la posible afección a la salud derivado de ello. No se exige una titulación específica ni el cálculo del daño al medio ambiente. El principal problema es la ausencia de medios técnicos en estos lugares, lo que da lugar al carácter indiciario de la pericial.

7

Respecto de los daños ambientales, se valora por el coste de recomposición (actos jurídicos o materiales de reposición de la cosa, valores históricos que se pierden en términos de servicios ambientales, el daño reflejo sobre el propietario). En el caso de los delitos de peligro, la pericial deberá probar que se trate efectivamente de residuos peligrosos, la afectación y la puesta en peligro de la salud. Si además se ha producido un daño ambiental, este elemento externaliza la gravedad del delito a efectos de pena y culpabilidad, siendo relevante el factor temporal en estos casos.

Los incendios forestales en Argentina no requieren una titulación específica en el perito, contando con un cuerpo especializado (División de Investigación de Siniestros de la Policía Federal Argentina), tratándose de un cuerpo de policías interdisciplinario. El daño se cuantifica teniendo en cuenta la superficie afectada, lo que se puede determinar por control satelital, siendo el tiempo requerido para la repoblación un elemento que incide a la hora de valorar el daño, si bien solo incide en la gravedad de la conducta y extensión del daño. El coste de los medios empleados para sofocar el incendio puede estar comprendido en la responsabilidad civil y reclamado por el Estado en dicha jurisdicción.

En el caso de la autorización ilegal de actividades contaminantes, el delito cometido por el funcionario público puede tramitarse junto con el delito base o en legajo separado. Por tal motivo, se puede realizar un único dictamen. El objeto de esta pericial es definir si la actividad es contaminante y si en tal caso la autorización se ajusta a los parámetros de la normativa aplicable.

En cuanto a los bienes culturales, no se prevé normativamente la tasación del bien, no encontrándose prevista la valoración del daño. En el supuesto de afectación de un yacimiento arqueológico, tal elemento pudiera servir para valorar el daño, si bien no existe previsión específica en cuanto al daño irreparable. No es necesario que el perito tenga una titulación específica, designándose por el juez a cargo de la causa

Por último, existen importantes ausencias en la norma pena que impiden la valoración de la prueba pericial. Tal es el caso de la minería ilegal, construcciones en zonas o áreas protegidas, tala ilegal y delitos de alteración grave del hábitat.

BOLIVIA

1.- Aspectos generales: del perito y la prueba pericial.

La Fiscalía boliviana dispone de sus propios peritos, si bien no de forma exclusiva, y dependen del Instituto de Investigaciones Forenses, integrado en la Fiscalía. Cuentan con peritos titulados, existiendo la posibilidad de nombrar a una persona de idoneidad manifiesta si no es posible contar con un perito en el lugar del proceso. El nombramiento se realiza por el Ministerio Fiscal, designando a un profesional o persona de idoneidad manifiesta así como los puntos sobre los que versará la pericia, lo que se notifica al investigado para que proponga/complete las cuestiones sobre las que ha de versar la pericia.

En cuanto a la garantía de imparcialidad del perito, no existen mecanismos específicos, teniendo en cuenta si formación profesional, buena fe, conciencia, etc. Sus honorarios no son públicos y no es común que se solicite al juez la regulación de los honorarios del perito.

La Fiscalía dispone una partida presupuestaria a cuyo cargo va el coste de la pericia, en ocasiones el coste lo sufraga la víctima de encontrarse identificada. La falta de presupuesto se soslaya solicitando la coordinación de otras instituciones que intervienen coadyuvando la labor del Fiscal, sin que se hayan dado casos de rechazo a la práctica de la pericia.

No resulta exigible un número mínimo de peritos, siendo posible que la defensa nombre un perito que esté presente durante la realización del informe pericial, interviniendo como observador. En el caso de delitos cometidos por funcionarios públicos, se cuida que la pericial sea realizada por un organismo distinto de aquel al que pertenece el acusado.

En cuanto al contenido del informe, no comprende la restitución del bien dañado, tan solo sobre el daño en sí.

Desde el punto de vista procesal, se prevén mecanismos para preservar la prueba, así como la prueba preconstituida. El momento procesal adecuado para impugnar la prueba pericial es durante el desarrollo del juicio oral, sin que sea necesario presentar un informe contradictorio. La pericial tiene valor de prueba documental, pudiendo declarar el perito si su presencia es solicitada ya sea personalmente o por videoconferencia.

En cuanto al valor que se pueda atribuir a la pericial desde el punto de vista internacional, las que Bolivia solicita a otros países sí tienen validez legal siempre que cumplan los requisitos que exige la norma interna y los convenios internacionales que unan Bolivia con el país requerido. Resulta posible que Bolivia comparta con otros países las periciales que realice, siendo requisito que exista un convenio bilateral o multilateral.

Respecto a las sentencias, el 100% de las dictadas en materia medioambiental son condenatorias, si bien se hace constar que los motivos que pudieran frustrar una investigación penal son la carencia de personal y de peritos especializados en la materia y la rotación permanente de funcionarios del área.

2.- Parte especial: de los delitos medioambientales y su prueba en el proceso.

Flora, fauna y maltrato animal

No resulta necesario que el perito tenga una titulación específica, con tal que sea idóneo. No suele realizarse un examen previo del estado del animal, siendo un veterinario quien valora si ha

existido o no maltrato, siendo irrelevantes los días de incapacidad del mismo. Los Gobiernos Departamentales y Municipales desempeñan funciones de cuidado de los animales. Finalmente, sí se encuentra tipificado el abandono de animales en condiciones que hagan peligrar su vida.

En la caza ilegal, resulta imprescindible que las especies se encuentren protegidas, efectuándose la valoración de las mismas a partir del Libro Rojo de la fauna silvestre de vertebrados de Bolivia.

El delito consistente en la introducción de especies invasoras, bastará con un perito idóneo para emitir la pericia. La responsabilidad civil comprende la reparación o indemnización de los daños causados por el delito, si bien Bolivia no aporta registro acerca de este tipo delictivo y la irreversibilidad del daño por no existir.

Exportación, importación, comercio, transporte y tenencia de especies protegidas.

En cuanto al contenido de la pericial de este delictivo tipo delictivo consistente en la introducción de especies invasoras, la valoración corresponde al juzgado a través de sentencia, que, en su caso, valorará el posible daño a la salud de las personas. Se toma como criterio de valoración el Libro Rojo de la fauna silvestre de vertebrados de Bolivia que apuntábamos más arriba.

Respecto de la contaminación, comenzando con la acústica, Bolivia no prevé la tipificación penal de la misma. Sí la de aguas y suelos, donde la muestra ha de tomarse, por un perito y, en ocasiones, por un policía (protocolizando la cadena de custodia), en presencia de la defensa, a quien no se entrega muestra para análisis contradictorio, pero que puede pronunciarse sobre puntos del informe a realizar o solicitar que sea examinada por un perito de parte. El principal problema que se plantea en estos delitos deriva de la escasez de peritos especializados y la dificultad de acceso a los lugares.

En cuanto a la contaminación del aire, Bolivia cuenta con medios técnicos para el análisis de la calidad del mismo.

Respecto de los vertederos ilegales de residuos, la pericia versará sobre los puntos que señale el Ministerio público así como los propuestos por la defensa, se realizará por un perito idóneo para ello y su objeto será acreditar la existencia o no de elementos contaminantes del medio ambiente provenientes de vertederos ilegales.

En relación a los daños ambientales, la evaluación de Impacto Ambiental, previa a cualquier actividad, obra, proyecto sobre el medio ambiente, estima los efectos de la ejecución sobre el mismo, siendo obligatorio contar con la EIA con carácter previo en determinados casos. El dictamen pericial deberá versar sobre el daño causado. Dado que los delitos de peligro están tipificados, si además se produce algún tipo de daño, podrá acudir a la vía civil, ejercida por cualquier persona que asuma la representación legal de los intereses de la colectividad afectada, para hacer efectivo el resarcimiento causado.

En cuanto a los incendios forestales el daño se cuantifica según el que se haya producido a la propiedad privada de los habitantes del lugar, la integridad o la vida de las personas, así como la repoblación arbórea. El coste de los medios empleados para extinguir el incendio se tiene en cuenta para incrementar la responsabilidad penal en caso de no haberse resarcido el daño civil.

Respecto de la autorización ilegal de actividades contaminantes, no existe obstáculo alguno para investigar en un mismo proceso al particular y al funcionario, si bien, en ocasiones, desde un punto de vista práctico, resulta más adecuado separar ambas investigaciones. En caso de que

se optara por esta segunda solución, la pericia así realizada no es comunicable en ambos procedimientos. En el caso de delito cometido por el funcionario, la pericia deberá versar sobre la facultad contaminante de la actividad autorizada.

En la minería ilegal, la pericial tendrá por objeto nuevamente los puntos que el Ministerio fiscal y la defensa señalen. El tiempo requerido para la restauración del entorno debe ser considerado por el órgano judicial para agravar la sanción. Una vez obtenida una sentencia condenatoria en la jurisdicción penal, es posible ejercitar la acción civil contra el condenado para que indemnice los daños causados.

Respecto del delito consistente en la construcción en zonas o áreas protegidas, la pericial en estos casos tiene por objeto descubrir o conocer la existencia de una estructura ajena o extraña al área protegida y establecer la data de la construcción. El coste de la demolición así como de la restauración del lugar será de cuenta del procesado, siendo esto encuadrable en la responsabilidad civil.

La tala ilegal carece de un método preestablecido para valorar el daño, correspondiendo esto a la autoridad jurisdiccional. El valor del bosque talado se integra en el importe de la multa. En caso de conexidad con otros delitos, resulta posible diversificar la pericia, siendo ello lo más adecuado para llegar a la verdad material del hecho.

Los tipos penales de alteración grave del hábitat, la valoración de la gravedad no se recoge en la normativa, no disponiendo de parámetros para ello.

Finalmente, en cuanto al delito de tráfico de bienes culturales, tampoco se encuentra protocolizada la valoración de daño de bienes culturales, lo que se proyecta al daño irreparable. Bastará con que se trate de un perito idóneo, tomando en cuenta su formación, antecedentes, conocimientos, buena fe, a fin de garantizar su imparcialidad.

CHILE:

1.- Aspectos generales: del perito y la prueba pericial.

Chile no exige una titulación específica para ejercer como perito en un procedimiento penal, siendo suficiente con que los peritos y sus informes ofrezcan suficientes garantías de seriedad y profesionalidad en relación con la materia objeto del informe pericial.

La Fiscalía no cuenta con su equipo propio de peritos, si bien trabaja con diferentes cuerpos policiales (Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones) en los que sí existen expertos que pueden realizar los informes requeridos por la investigación penal. Para causas cuya

complejidad lo requiera existe una unidad especial (Sección de Ecología y Medio Ambiente del Laboratorio de Criminalística de la policía de investigaciones) con sede en Santiago de Chile y con la posibilidad de trasladarse por todo el país. Finalmente, existe la posibilidad de contratar a peritos privados, tales como profesores universitarios. Se advierte la dificultad para encontrar peritos en materia de contaminación del aire.

La imparcialidad del perito se salvaguarda mediante su declaración en el juicio, pues se expone al interrogatorio de ambas partes. Entre tales preguntas, el artículo 318 de Código Procesal Penal dispone que podrán dirigirse aquellas que tengan por objeto determinar la imparcialidad e idoneidad del perito, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. De igual manera, el Tribunal puede solicitar al perito información sobre su remuneración. En los casos en los que resulte afectado un funcionario público por la investigación, se prevé la realización del informe a cargo de los cuerpos policiales independientes del órgano al que pertenece el funcionario encartado.

Los peritos integrados en las Administraciones Públicas desempeñan su función con carácter exclusivo cuando reciben la solicitud de la Fiscalía al efecto y el informe realizado se une a las actuaciones con obligación de reserva respecto de las partes intervinientes.

Se apunta la conveniencia de que las unidades de policía especializadas en investigación ambiental estuvieran descentralizadas a fin de resultar más efectivos.

La Fiscalía carece de presupuesto propio, si bien se puede solicitar a la Fiscalía Nacional la autorización de fondos para realizar pericias privadas cuando fuere necesario. No existe un deber general de auxiliar a la Fiscalía en la realización de informes periciales por parte de la administración, predicándose tan solo de los cuerpos policiales u otras instituciones específicas.

En los casos nada habituales de rechazo de la elaboración de la pericial, la solución viene dada por el recurso a otros actores con interés en la protección del medio ambiente, si bien sigue siendo voluntaria la aceptación en este caso.

No se exige un número mínimo de peritos, aunque resulta recomendable la firma de dos expertos, siendo posible que la defensa solicite al fiscal durante la investigación la intervención de su propio perito. Su participación en este caso quedará circunscrita a la observación de la diligencias, sin perjuicio de emitir su propio dictamen.

En cuanto al contenido del dictamen, la valoración del daño causado no es un concepto insoslayable del informe, pues la restitución o reparación del daño no es determinante en muchas ocasiones para la investigación penal. En caso de daños irreparables, no existe un método de cuantificación, debiendo ser señalado y valorado por el juez de acuerdo con las reglas generales. La legislación es amplia en materia de peritajes, no circunscribiéndose a cuestiones puramente formales, valorando el fondo del asunto.

Respecto de la responsabilidad de la persona jurídica, las dificultades probatorias se centran en la estructura empresarial vigente en el momento de los hechos, las comunicaciones internas entre directivos y entre estos y los trabajadores (resulta importante el examen de los correos electrónicos) y las declaraciones de testigos. No se prevé la inversión de la carga de la prueba, sin perjuicio de la posibilidad que tiene la defensa de desvirtuar la prueba practicada.

Desde el punto de vista procesal se plantean problemas derivados del plazo de investigación y el tiempo necesario para realizar el informe, dada la carga de trabajo. Ello plantea considerables dificultades en el caso de informes periciales aportados por las defensas al fin del plazo de

investigación por la imposibilidad de realizar informes contradictorios. La manera en que ha de tomarse la muestra obedece a protocolos establecidos por los laboratorios que deben ser seguidos por el cuerpo policial que acude, dependiendo del tipo de muestra a recoger. En caso de urgencia, serán los funcionarios policiales de Carabineros o Policía, aun no siendo especialistas en materias ambientales, quienes tomen las muestras asegurando y la integridad de la evidencia. Las condiciones del terreno han motivado en ocasiones el traslado de la Sección de Ecología y Medio Ambiente a diferentes zonas del país con los instrumentos necesarios para tomar las muestras, resultando deseable contar con los números de contacto y correos de las jefaturas respectivas a cada equipo para llevar adelante estas diligencias.

La prueba puede ser discutida durante todo el proceso penal, sin que sea necesario aportar un informe pericial contradictorio, pues existen otras herramientas tales como contrainterrogatorios o metapericias. La defensa tiene acceso a todas las diligencias o evidencias que se recaben o realicen durante la instrucción salvo excepciones. Y la prueba se practica mediante la declaración del perito (incluso por videoconferencia), si bien puede valorarse como documental

En cuanto a las periciales transnacionales, Chile no cuenta con experiencias al respecto, apuntando la necesidad de que existan convenios que den cobertura legal.

Por último, y con relación al número de sentencias, solo el 2% de las dictadas fueron absolutorias, y las absoluciones se deben a la imposibilidad de probar la relación de causalidad, no siendo imputable a posibles deficiencias de los dictámenes periciales.

2.- Parte especial: de los delitos medioambientales y su prueba en el proceso.

Dando inicio al estudio de la flora, fauna y maltrato animal, en Chile no se exige titulación específica, como tampoco es preceptivo realizar un examen previo del animal en el caso del maltrato. Se suele acudir a peritos de las policías, de otras instituciones públicas en caso de que ello no sea posible y, excepcionalmente, a peritos privados. La valoración del daño tiene en cuenta si el maltrato provoca un daño simple o grave (lesiones y muerte) al animal. El órgano judicial puede en estos casos ordenar la retirada del animal de quien los tenga en su poder y el tratamiento veterinario que corresponda. La custodia de los animales suele atribuirse a instituciones públicas, acudiendo a las privadas solo en caso de necesitarse. El abandono de animales sí se encuentra recogido en la legislación chilena, lo que se fundamenta con las periciales que se hubieran realizado.

En cuanto a la caza ilegal, los ejemplares tienen diferentes grados de protección, si bien no existe una valoración predeterminada, determinándola el juez según su prudente arbitrio y los antecedentes aportados al proceso.

Y, en lo referente a introducción de especies invasoras, o se exige una determinada titulación al perito. La exigencia de responsabilidad civil y, por tanto, la valoración del daño, es competencia del Servicio Agrícola y Ganadero.

En lo referente a la exportación, importación, comercio, transporte y tenencia de especies protegidas, no se requiere una titulación específica. La valoración del daño y exigencia de responsabilidad civil corresponde a las autoridades administrativas CITES, quedando la cuestión extramuros del ámbito penal. El riesgo para la salud de las personas en estos casos no se prevé

de forma explícita, si bien puede dar lugar a otros tipos penales. Tampoco existe una valoración predeterminada, solo en el caso de especies de alguno de los tres apéndices de CITES.

Pasando a los delitos de contaminación, como ocurre en otros países, la contaminación acústica no se encuentra penalmente tipificada; tampoco en este caso la contaminación del aire. En cuanto a la contaminación de aguas y suelos, y en lo referente a la toma de muestras, se toma por un perito policial, auxiliado por miembros de su mismo cuerpo en caso de que fuere necesario. Se toman tantas muestras como sea necesario según las circunstancias del caso sin que pueda acudir a las muestras tomadas por la administración en caso de insuficiencia de la muestra existente en la investigación penal. El principal problema que acusa la toma de muestras deriva de la dificultad geográfica que pueda concurrir. No resulta necesario un informe de la administración en este tipo delictivo.

13

En cuanto a los vertederos de residuos tóxicos, no es necesario que el perito tenga una titulación concreta. El objeto de la pericia es acreditar que se superan los umbrales máximos de presencia de elementos contaminantes y debe calcularse el daño ambiental, por tratarse de un elemento necesario para determinar la extensión del mal causado por el delito. El principal problema en este tipo de pericias es el acceso a muestras representativas en la zona afectada.

Tratándose de daño ambiental, se tiene en cuenta la total afectación del ecosistema y los antecedentes aportados en el juicio. No existen parámetros preestablecidos y, en los delitos de peligro la pericia debe versar sobre la existencia del mismo y las consecuencias de la eventual afectación al medio ambiente. Si además se produjera un daño ambiental, se valoraría como responsabilidad civil derivada de delito. El factor temporal incide en la pericia, debiendo tomarse en consideración el tiempo desde que se ha generado el peligro y cómo habrían evolucionado los efectos del delito dependiendo del transcurso del tiempo.

En el caso de la autorización ilegal de actividades contaminantes, el delito cometido por el funcionario público no puede tramitarse junto con el delito base, siendo la investigación autónoma, si bien puede hacerse uso del mismo informe pericial que el realizado en el delito llevado contra el particular que contamina o daña el bien natural. El objeto de esta pericial consiste en acreditar que la actividad autorizada tiene la facultad de contaminar.

Por lo que se refiere a minería ilegal, no se han producido investigaciones sobre este tipo delictivo, por lo que no pueden comentarse deficiencias que afecten a la prueba pericial en el proceso.

En el caso de construcciones en zonas o áreas protegidas, ha de probarse que el área afectada está efectivamente protegida, por lo que se ha de acompañar de los documentos que lo confirmen. El valor del coste de la demolición y restauración del paisaje se integra en la reparación del daño.

En cuanto a la tala ilegal, Chile requiere que el perito sea ingeniero forestal, biólogo o ingeniero medioambiental. El coste de la repoblación, que forma parte de la responsabilidad civil, tiene que ver con la responsabilidad por daño ambiental, sin relación con la investigación penal, correspondiendo a otros órganos la determinación del mismo, no siendo competencia de la investigación. En caso de confluencia con otros delitos, se diversifica la pericia, pero permite tener una visión más completa.

Las conductas de alteración grave del hábitat se encuentran reguladas y para la pericia exige titulación específica a los peritos, valorándose la gravedad según la posibilidad de recuperación del ecosistema.

Por último, en cuanto a bienes culturales, la tasación del bien cultural se realiza a través de peritajes realizados por el Consejo de Monumentos Nacionales o el Centro de Documentación de Bienes Patrimoniales. La afectación de un yacimiento arqueológico es un elemento de valoración del daño más, valorando el daño irreparable en los casos que procede señalándose por el Ministerio Público. Se exige al perito una titulación específica, siendo nombrado por las instituciones a las que el perito pertenece a requerimiento de pericia por parte del Ministerio Público.

COLOMBIA

Capítulo único: análisis de las principales problemáticas en torno a la pericia.

Colombia está considerado uno de los países más biodiversos del mundo lo que lo ha hecho merecedor del segundo puesto en este aspecto. Sin embargo, a pesar de esto padece graves problemas ambientales que obligaron al Estado a la creación en sus entes de control y en la Fiscalía General de la Nación de una Dirección encargada del ejercicio de la acción penal en materia de delitos ambientales que permitieran la judicialización efectiva de todas aquellas personas naturales y jurídicas que afectan la Riqueza Natural de la Nación con ocasión a los nuevos fenómenos que originan el Crimen Ambiental, entre los que se destacan la Explotación Minera de Oro y demás minerales en sus diversas modalidades, la Deforestación con ocasión de la extracción ilegal de maderas, la Minería ilegal, ganadería extensiva y cultivos ilícitos, asimismo el tráfico de especies de Fauna silvestre y exótica, y la problemática de Contaminación Ambiental generada como consecuencia del desarrollo de grandes Megaproyectos de infraestructura energética, como las hidroeléctricas y el sector de hidrocarburos -entre otros- en las diversas áreas del territorio en el que imperan actores armados como GDO, GAO Y GAOR así como disidencias de las FARC.

Asimismo, a pesar del esfuerzo de conservación al crear más de 54 áreas protegidas Nacionales y otro tanto departamentales, la existencia de ecosistemas de páramos, humedales y, de igual modo, contar con extensas zonas de Reserva Forestal en el Pacífico, la Orinoquia y el Amazonía, no es menos cierto que llegar a cubrir las necesidades de protección ambiental desde las competencias de la Fiscalía General de la Nación demandó la creación de grupos especializados que pudieran dar respuesta y materializar los fines de nuestra constitución política en pro de la protección del interés general sobre el particular, así como la prevención y control de los factores de deterioro ambiental que permita imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (art. 80 Constitución Política).

No obstante, la multiplicidad de problemáticas a lo largo y ancho de nuestro territorio, que hace frontera con países como Ecuador, Venezuela, Perú, Panamá y Brasil, desencadenan hace que no sean suficientes los esfuerzos Nacionales ante delitos ambientales e incluso transnacionales. Por lo anterior, se encuentran como principales dificultades:

Aunque Colombia cuenta con expertos en diversas áreas (ingenieros químicos, mineros, ambientales, forestales, biólogos, geógrafos) adscritos a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, lo son en la mayoría de eventos no como Peritos Expertos sino como Investigadores Judiciales, que son profesionales en un área de las ciencias ambientales. Son muy pocos los cargos con el perfil necesario para dar respuesta a la demanda nacional de casos

que deben ser resueltos en los diversos departamentos, lo cual ha llevado a recurrir al apoyo de Corporaciones ambientales y agencias estatales descentralizadas -pero politizadas- y a entidades universitarias sin capacitación para el ingreso a zonas de orden público que conllevan al fracaso de la reacción inmediata en casos de minería ilegal, deforestación y tráfico de fauna entre otros que ante la carencia de una experticia ambiental son finalmente archivados o no atendidos dentro de los términos de la ley penal; es decir, dentro de las primeras 36 horas en casos de Flagrancia.

Las circunstancias geográficas de Colombia con tres Cordilleras y zonas de altas Montañas, así como de ríos caudalosos -entre ellos el Cauca, Amazonas, Atrato y Magdalena-, donde ejercen el control territorial los Actores armados y grupos Narcotraficantes entre otras organizaciones Criminales, hacen de la práctica de la Prueba ambiental no solo un acto de investigación judicial sino un acto heroico que debe ser rodeado de componentes armados y operativos institucionales sin los cuales es imposible la recolección de tomas de muestras ambientales: Ejército, Policía Nacional Armada Nacional o Fuerza Área.

Las bajas penas a imponer y vacíos en la regulación de Reparación del daño causado generan la sensación de que nada es suficiente si no existe una verdadera política pública integrada de control ambiental en zonas de consolidación y un cambio en la política criminal que permita la imposición de penas no excarcelables y con garantías de reparación del daño causado como requisito para acceder a los beneficios de ley en materia de libertades.

Colombia cuenta con 30 Fiscales especializados, adscritos al Eje Temático de Medio Ambiente de la Dirección de Derechos Humanos, con el fin de poder atender la problemática ambiental con conocimientos específicos y dedicados solo a este tipo de investigaciones; y con el apoyo del grupo de criminalística ambiental del CTI. Todos con cargos que son pagados o sufragados por parte del presupuesto público asignado a la Fiscalía General de la Nación y, aunque se cuenta con el apoyo de expertos del Instituto de Medicina legal y ciencias Forenses, esta labor se limita a realizar análisis de laboratorio, mas no de campo. Aunado a ello, la Policía Nacional cuenta con una unidad de reacción inmediata de expertos ambientales que siendo oficiales armados peritan en zonas de orden público lo cual ha ayudado en este proceso a desconcentrar la función pericial.

Las principales falencias, en cuanto al análisis de las tomas de muestras recolectadas en las labores de campo, se deben a que la Fiscalía no cuenta en la actualidad con laboratorio para análisis físico-químicos de muestras líquidas y sólidas que permitan establecer metales pesados y otros patrones de contaminación ambiental. Y, aunque en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses puede analizar algunos químicos incautados, el protocolo y acreditación como laboratorio de aguas y suelos obedece a un proceso de certificación ambiental al cual deben someterse a futuro, por lo que hemos recurrido a Convenios Interinstitucionales con empresas privadas y organismos estatales como el IDEAM y la EAAB y laboratorios privados acreditados, los cuales han expirado con frecuencia por falta de presupuesto o insuficiencia de gastos reservados, lo que nos lleva a compartir esta problemática con no pocos países del entorno.

Existen algunas experticias altamente costosas, cuya contratación requiere de alta inversión presupuestaria, como la valoración geológica, en hidrología, veterinaria y taxonomía e ingenierías civiles y de hidrocarburos que obligan a vincular expertos de otras instituciones administrativas y privadas que no tienen capacitación en materia forense, por lo que estos conceptos en muchos casos se trasladan de las actuaciones administrativas al proceso penal mientras se consiguen recursos económicos propios o se generan estos cargos al interior de la planta global del ente acusatorio.

En este último aspecto, la gran mayoría de expertos en materia de derramamiento de hidrocarburos, minería subterránea y a cielo abierto en cuanto a la parte geológica y relativo a la vida silvestre y valoración del daño que sufren las especies por el tráfico y maltrato animal, así como la medición de emisiones atmosféricas y acústicas viene siendo valorado por equipos y peritos de entidades pertenecientes al Sistema Nacional Ambiental del Ministerio de Ambiente, cuyos salarios son subrogados por cada institución a la cual pertenecen, pero no existe un Sistema Integrado Ambiental de la Función Judicial sino a nivel Administrativo, del cual nos valemos para el avance e nuestra situación similar a la que presenta Panamá en estas materias. Sería, pues, deseable, contar con un registro integrado de expertos en cada materia de las ciencias ambientales en el seno de las Fiscalías que permitiera su capacitación en materia de investigación criminal y poder entrenarlos en temas como: declaración del perito en el Juicio, la práctica de la prueba ambiental de cara a los delitos investigados y su configuración como elemento de prueba y EF para su ingreso a la investigación. Se debería de futuro consolidar este tipo de registros de expertos ambientales e incluso compartirlos con otros países para temas de cooperación judicial a nivel internacional.

Finalmente, en cuanto a las Normas de Acreditación, Impugnación de credibilidad del testimonio pericial y la garantía de la defensa a la contradicción de la práctica de experticias ambientales Colombia cuenta con los mismos mecanismos legales para su consagración que están contemplados en el código de las penas. Aunado a ello tenemos legislación que castiga severamente los delitos ambientales pero se puede mejorar su eficacia y utilidad con modificaciones legislativas más contundentes en el sentido de fortalecer la parte de beneficios por colaboración y reparación del daño causado y su valoración pericial y así mismo excluir de los mismos a todos aquellos que reincidan o hagan parte de organizaciones criminales. Lo anterior, con la finalidad de no mostrar ningún tipo de complacencia con aquellos que financian y promueven estas actividades ilícitas que afectan la vida, salud y el medio ambiente de las generaciones presentes y futuras para lo cual sería clave entre otros aspectos los siguientes:

Avanzar en el Fortalecimiento de las competencias periciales ambientales, su práctica y homogeneidad en la generación de los protocolos para la estructuración de informes forenses en cada una de las disciplinas.

La Cooperación judicial Nacional e Internacional en temas de inversión presupuestal que permitan ampliar las plantas de personal experto, y la compra de equipos tecnológicos y de punta que permitan mejorar la eficacia y certeza probatoria en el procedimiento de tomas de muestras de campo y análisis de las mismas.

Aumento de la capacidad instalada ya existente en el instituto de Medicina Legal y/o la creación de laboratorios ambientales propios y la capacitación de todos aquellos que intervienen en el proceso Judicial a través del fortalecimiento de Convenios ya existentes y adjudicación de recursos o rubros económicos es fundamental si se pretende avanzar en la materia no solo a Colombia, sino a los países miembros de la Red.

ECUADOR:

1.- Aspectos generales: del perito y la prueba pericial.

Ecuador, dividido territorialmente en cuatro grandes sectores, goza de una diversidad natural muy acusada que dispersa la norma y hace proliferar el delito: la zona de la Sierra, donde destacan los delitos de minería ilegal, contaminación agua y suelos y tráfico de combustible; la selva de la Amazonía, en la que predomina el tráfico de especies de fauna y flora protegidas, así como la deforestación; la zona occidental (la Costa) y la zona Insular (las Islas Galápagos), regiones en las que los ilícitos más extendidos son el tráfico de las distintas especies protegidas -en el caso de Galápagos, las tortugas esencialmente- y la destrucción de los ecosistemas, tal como los manglares de la Costa.

17

Todo ello tiene sus consecuencias en la esfera de la prueba del delito, donde la heterogeneidad del medio físico reclama un mayor número de especializaciones. Sin embargo, y pese a tal riqueza natural, los instrumentos al servicio de la persecución de los delitos medioambientales se encuentran discriminados con respecto a otros ilícitos penales. Ejemplo de ello es que, aun cuando existan peritos judiciales al servicio de la Fiscalía, la Dirección Civil de Investigaciones, no los haya todavía ambientalistas, lo que se hace fácilmente comprensible desde el momento en que ha sido muy recientemente cuando la FGE ha anunciado la futura creación de una unidad de delitos ambientales.

La designación de los peritos se lleva a cabo, bien acudiendo a expertos de la Policía Judicial del Ecuador, bien a través del Sistema Informático Pericial de la Función Judicial, donde será determinado mediante sorteo, lo que constituye una garantía de imparcialidad sin que se reste con ello grado de especialización debido a que las condiciones para ser perito, tanto si se trata de persona física como integrada en un ente jurídico, se encuentran establecidas a nivel reglamentario, el Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial. La imparcialidad se alcanza, asimismo, mediante la escrupulosa regulación normativa del precio de los peritajes, que diferencia entre ordinarios y extraordinarios, según su complejidad. Y también reseñable es el hecho de que, una vez aceptada la pericia, el profesional no podrá abstenerse de practicarla, salvo que incurra en uno de los supuestos previstos en la norma.

Los vacíos que puedan darse, cuando no exista en el Registro del Consejo de la Judicatura especialista para una pericia específica, se cubren mediante su designación entre una terna de expertos consultando a las partes del proceso. Y, en defecto de todo ello, podrá acudir a técnicos de instituciones y organismos públicos, donde existe un deber de asistencia y auxilio a los órganos judiciales.

Los problemas que plantea en la práctica este sistema derivan de la escasez presupuestaria que padece la Fiscalía, ya que la minuta del perito insaculado del citado Registro correrá a su cargo, y esto no puede paliarse acudiendo a profesionales de la Función Pública según sea la necesidad y escasez económica que sufra el Ministerio Público, ya que su auxilio está previsto en defecto de profesionales que integren dicho Registro. Por otra parte, tampoco se incluye como costas del procedimiento a cargo del acusado el coste de esta pericia para el caso de que resulte condenado, lo que sin duda aliviaría al erario público.

A nivel de asistencia profesional entre países, la propia norma prevé la posibilidad de que se acuda a un perito que no tenga su domicilio en el Ecuador cuando no existan profesionales de la especialidad correspondiente en el país. Igualmente, son válidos los informes periciales realizados en terceros Estados con incidencia en Ecuador en supuestos de delincuencia transnacional, si bien, como viene ocurriendo en otros supuestos, es una herramienta infrautilizada desde el momento en que no se conoce ningún procedimiento por delito

medioambiental en que se haya usado: y, sin embargo, se hace urgente en determinados ámbitos, según indican los fiscales nacionales, como es la cooperación con Colombia para combatir el tráfico de combustible.

En cuanto al desarrollo de la prueba pericial en el proceso, se observan importantes obstáculos en aras a ganar eficiencia. Uno de ellos es el hecho de que en circunstancias ordinarias sólo sea el perito quien pueda tomar las muestras y el único legitimado para preservarlas y garantizar la cadena de custodia hasta su análisis en los laboratorios; en términos generales los cuerpos policiales pueden asistir pero no suplir, aun cuando existe un protocolo de actuación para los casos excepcionales en que toman ellos alguna muestra (ejemplo: en contaminación de aguas y suelos). Hay que tener en cuenta, sobre todo en casos de contaminación de aguas, que los parajes donde deben obtenerse se encuentran alejados de los núcleos de población, en entornos de complicado acceso y en ocasiones en circunstancias de cierta peligrosidad, lo que aboca a una probable pérdida de la prueba si no se recaba de forma inmediata. De hecho, los fiscales consideran que dos de los principales escollos de las investigaciones penales los constituyen la falta de peritos ambientales en todas las zonas afectadas y las circunstancias geográficas y climáticas donde se desarrolla el ilícito penal.

Por otra parte, el hecho de que no exista una Fiscalía medioambiental impide poder conocer la evolución de estos delitos y las principales causas por las que no prospera el procedimiento –si residen éstas esencialmente en problemáticas derivada de la prueba pericial o si son terceros factores-, ya que no existen estadísticas anuales referidas a estos delitos ni análisis periódicos del porcentaje de sentencias condenatorias/absolutorias que permita efectuar un balance al respecto.

Por último, y a rasgos generales, las principales problemáticas apuntadas por los fiscales nacionales se resumen en las siguientes:

- Falta de peritos ambientales en todas las zonas afectadas.
- Circunstancias geográficas y climáticas donde se desarrolla el delito, que dificultan las tomas de muestras.
- Ausencia de fiscales especializados en medioambiente y consiguiente falta de conocimientos específicos para la investigación de este tipo de delitos.
- Carencia de laboratorios para realizar las analíticas.
- Falta de recursos estatales para ejecutar las pericias ambientales.

2.- Parte especial: de los delitos medioambientales y su prueba en el proceso.

Comenzando con los delitos contra la fauna, ya sean animales domésticos o fauna silvestre, las pericias suelen realizarse por profesionales del Consejo de la Judicatura o del Ministerio de Ambiente, siendo este último quien gestiona todo lo relativo a las dependencias que asumirán el cuidado del animal, quien determine el coste de su cura y cuidado, el valor del ejemplar en caso de muerte o el coste de su retorno a su medio natural. No se han planteado incidencias en este ámbito.

En lo referente a delitos de contaminación ambiental, comenzando con la contaminación acústica, sólo constituye delito si la fuente de ruido es un vehículo a motor, lo que deja fuera de control penal las violaciones de los niveles acústicos por cuenta de industrias y fábricas. Por el lado de la prueba, existen aparatos sonométricos pertenecientes a los Gobiernos Autónomos Descentralizados que se ponen al servicio de la investigación penal, donde es un ingeniero de gestión ambiental el encargado de realizar el informe técnico. No se han apuntado incidencias reseñables al respecto de la prueba pericial.

En cuanto a contaminación de aguas y suelos, y en lo atinente a la prueba pericial, puede hacerse hincapié en lo expuesto en el apartado primero relativo a quién puede tomar las muestras para su posterior análisis por el perito y las incidencias que esto crea en atención a la escasez de especialistas y dificultad de acceso a los enclaves.

Y, en lo referente a contaminación del aire, existe un depurado cuerpo jurídico administrativo que regula los niveles permitidos -la Norma Ecuatoriana de la Calidad del Aire-, al igual que la violación de los niveles, si bien en circunstancias de gravedad para el medio natural, se prevé como delito castigado con pena de prisión en el Código Orgánico Integral Penal. No obstante, no se ha informado sobre la existencia de procedimientos penales incoados, por lo que no pueden evaluarse las problemáticas derivadas de la prueba pericial.

Por lo que respecta a vertederos ilegales de residuos, aun cuando no existe un desamparo legal ni procedimental, sí se advierten ciertas carencias, como lo es que no existan metodologías específicas para el levantamiento de información técnica respecto a la gestión ambiental de productos, residuos, desechos y sustancias peligrosas.

Las construcciones ilegales en parajes protegidos planean los mismos problemas de prueba que en otros países en aquellos casos en que no hay documentación acreditativa del momento de la construcción, lo que suele ser en casi todos los supuestos. Esto aboca a una posible prescripción que podría ser rebatida mediante ortofotografías practicadas con carácter periódico.

En cuanto a daños a patrimonio histórico, la norma prevé que los objetos históricos y las obras de arte comisados de imposible reposición pasan a formar parte del patrimonio tangible del Estado y se transfieren definitivamente al Instituto Nacional de Patrimonio Cultural. No obstante, aun cuando está prevista la protección del patrimonio cultural tanto a nivel institucional como legal, tanto administrativa como penalmente, no existe -por el contenido de la información recibida- un protocolo de valoración del daño, ni tampoco criterios para cuantificarlo en los casos en que se considere irreversible, lo que es esencial a la hora de concretar la responsabilidad civil derivada del delito.

MÉXICO:

1.- Aspectos generales: del perito y la prueba pericial.

La Fiscalía mejicana dispone de su propio equipo de cuarenta peritos, exigiéndose diferentes titulaciones en función de la pericia a realizar. No obstante, en caso de ser necesario, resulta posible nombrar peritos externos en el área que se necesite, pues en ocasiones se exige un

mayor nivel de especialización. Los peritos no desempeñan su función en exclusiva para la Fiscalía, pudiendo ser requeridos por las autoridades jurisdiccionales, si bien tienen proscrito la realización de pericias privadas. Resulta deseable la descentralización de los peritos a fin de optimizar la respuesta a las solicitudes que se suscitan en la materia.

En cuanto a la garantía de la imparcialidad del perito, la propia ley dispone que regirá su actuación por los principios de autonomía, legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalidad, honradez, respeto a los derechos humanos, perspectiva de género, interculturalidad, perspectiva de niñez y adolescencia, accesibilidad, debida diligencia e imparcialidad. Además, se prevén exámenes cada tres años, la supervisión de los dictámenes y la publicidad de los honorarios de los peritos privados. En caso de que un funcionario público resulte investigado, se designa un perito con adscripción diferente para garantizar el resultado del dictamen.

La Fiscalía cuenta con presupuesto propio, con posibilidad de solicitar el apoyo de otras Instituciones o del Gobierno Federal o de Educación Superior en caso de requerirse análisis más específicos. Ello es posible al amparo de lo establecido en el artículo 8 de la LO de la Fiscalía General de la República, puesto que recoge la colaboración de cualquier autoridad para la práctica de un acto de investigación o procedimental. En caso de rechazo por parte de la instancia gubernamental, la autoridad investigadora busca y agota otras opciones a efectos de realizar la pericial necesaria.

Pueden intervenir uno o más peritos en el dictamen, previéndose la figura de la ratificación de peritos en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Es posible que la pericial se realice en presencia del perito de la defensa, cuya función se circunscribe a observar la realización del peritaje oficial

En cuanto al contenido del informe pericial, la restitución del bien dañado a su estado original no es objeto de valoración dada la imposibilidad de restitución al estado natural en casi la totalidad de las ocasiones. Tampoco se valora el daño cuando el mismo es irreparable.

En el caso de responsabilidad penal de una persona jurídica, será necesario determinar su estructura y atribuciones, así como el defecto en su organización.

Desde el punto de vista procesal, el transcurso del plazo previsto para la instrucción ha obligado en ocasiones a solicitar un mayor plazo para realizar el dictamen, sin ninguna incidencia al respecto. Existe la prueba preconstituída, estando sujeta a las exigencias procesales que permitan su reproducción posterior. La forma en que deba tomarse la muestra ha sido objeto de regulación, debiéndose preservar el lugar y realizar por funcionarios capacitados para este fin y por la autoridad con capacidad para procesarla en caso de urgencia por posible pérdida de la misma. Se apunta lo deseable que resultaría la descentralización de los peritos a fin de responder de forma rápida a esta urgencia.

El límite para impugnar la pericial es el acto del juicio oral, mediante un informe contradictorio o conainterrogatorio, pudiendo acceder la defensa a las piezas de convicción para realizar una pericial de parte en caso de solicitarse así.

No es necesario la ratificación del perito salvo que así se exija, pudiendo intervenir el experto por videoconferencia o de manera presencial y es posible invertir la carga de la prueba ambiental, si bien no se han dado casos al respecto.

México estaría en disposición de compartir algunas periciales realizadas en materia de identificación de fauna silvestre, de aves y periciales en materia de daño ambiental con otros países, con respeto a las disposiciones en materia de protección de datos.

Y, en cuanto a las sentencias, son escasísimas. Se producen una o dos al año, y en las absoluciones se ve implicada la prueba pericial, aunque también sería deseable una mayor comprensión del bien jurídico por parte de jueces que no se encuentran especializados.

21

2.- Parte especial: de los delitos medioambientales y su prueba en el proceso.

Comenzando con la flora, fauna y maltrato animal, se exige que el perito tenga titulación de médico veterinario zootecnista y biólogo, tratándose de peritos dependientes de la Fiscalía General de la República. Tan solo son objeto de investigación los ejemplares de fauna silvestre. Se determina el examen físico del animal, incluso contrastándolo con la documentación del historial clínico del ejemplar o de evidencias fotográficas con las que pudieran contar. La valoración del daño comprende el daño físico que el animal hubiera sufrido, si bien no se consideran los posibles días que hubiera tardado en sanar ni las secuelas producidas. La conservación de los ejemplares afectados tiene lugar en zoológicos de la entidad federativa, Unidades para la conservación, manejo y Aprovechamiento Sustentable de la Vida Silvestre. Y, como mayor deficiencia, hay que citar que el abandono no se encuentra tipificado como hecho delictivo, por lo que ninguna apreciación puede hacerse al respecto de la pericia y sus problemáticas.

Y, en el caso de la caza ilegal, existe una norma específica que tiene en cuenta la protección de la especie.

En lo que afecta a la exportación, importación, comercio, transporte y tenencia de especies protegidas, es necesario que se trate de un biólogo que trabaje de forma conjunta con un veterinario. La valoración del daño tiene por objeto estudios que determinen la irreversibilidad del medio natural, de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto.

Los delitos de contaminación no prevén la contaminación acústica ni la contaminación de la calidad del aire. En cuanto a la contaminación de aguas y suelos, no resulta necesaria la presencia de la defensa en el momento de la toma de muestras, siéndole entregada una muestra en caso de que lo solicitase. La muestra, en número de dos o tres, es tomada por un perito, asistido o no por el cuerpo policial si existes problemas de seguridad y acceso. Puede requerirse un informe de la Administración un informe acerca de la infracción de normativa administrativa, cuyo valor es documental. El principal problema que se plantea es el tiempo que transcurre desde la toma de muestras hasta la emisión del análisis. En México, las muestras son tomadas por el perito, posponiéndose la intervención policial al momento de traslado de las muestras, circunscribiéndose a la cadena de custodia. En cuanto al número de muestras, se fija un número mínimo de muestras en función de la superficie afectada, pudiéndose acudir a las que consten en el expediente administrativo con base en lo solicitado por el Ministerio Público. El principal problema que se advierte es el coste y la especificidad de los análisis.

En la contaminación del espacio por vertederos ilegales, el perito debe estar titulado en Biología, el objeto de la pericia ha de ser el riesgo o daño ambiental y se determina el daño con base a los

resultados de los análisis químicos. El principal problema es la especificidad de la toma de muestras que se deben tomar en estos casos.

El daño ambiental se valora tomando como referencia los valores establecidos en la normativa especial, existiendo parámetros preestablecidos en las leyes ambientales.

22

Por lo que afecta a los incendios forestales, se exige que el perito esté titulado en ingeniería forestal o Agrónoma. En cuanto a la valoración del daño, no se tiene en cuenta el tiempo para la cuantificación, tomándose en consideración otros aspectos como el tipo de vegetación afectada, lo que no afecta a la tipificación, sino a la acreditación del ilícito. El coste de los medios utilizados no afecta a la responsabilidad civil ni a la calificación penal, sí se tiene en cuenta el coste de la repoblación arbórea en la reparación del daño.

En lo referente a la autorización ilegal de actividades contaminantes, el delito cometido por el funcionario público puede tramitarse junto con el delito base o en legajo separado si existiera concurso de delitos, Por tal motivo se puede realizar un único dictamen, y el objeto de la pericia consiste en determinar si con tales actividades se ocasiona un daño ambiental.

En cuanto a la minería ilegal, se exige una titulación concreta al perito (biólogo, ingeniero ambiental o químico industrial), el objeto de la pericia es determinar si esa actividad minera causó un riesgo de daño o produjo efectivamente el daño ambiental. El tiempo de restauración del entorno, el de destrucción de los útiles empleados para cometer el delito se incluyen en la reparación del daño. Para valorar el daño ambiental se tiene en cuenta el desajuste existente entre los valores que arrojan las muestras tomadas por los cuerpos policiales y la normativa ambiental en vigor. Dado el difícil acceso a los lugares donde hay minas ilegales, sería deseable que la muestra se tomara por cuerpos policiales especializados, siempre que tuvieran la titulación requerida.

En el caso de construcciones en zonas o áreas protegidas, la pericial debe acreditar si se produjo un cambio en el uso del suelo en terreno forestal, dándose problemas para acreditar la antigüedad de la construcción a los efectos de la prescripción del delito. El valor del coste de la demolición y restauración del paisaje se integra en la reparación del daño.

En cuanto a la tala ilegal, se exige que el perito sea ingeniero forestal o agrónomo. La repoblación tiene en cuenta numerosos factores y forma parte de la reparación del daño, valorándose el daño por la autoridad ambiental administrativa. En caso de que existiera confluencia con otros delitos, se pueden designar peritos con diferentes perfiles que rindan dictámenes por separado.

En el caso de delitos de alteración grave del hábitat, se exige titulación específica a los peritos, valorándose la gravedad mediante dictamen de impacto ambiental.

Y, por último, en cuanto a los bienes culturales, la tasación del bien tiene en consideración múltiples factores (material, área dañada, estado de conservación...), si bien no se encuentra protocolizada la valoración de daño. En caso de afectación de un yacimiento arqueológico, se tiene en cuenta como elemento de valoración del daño, siendo el daño irreparable objeto de dictamen en valuación emitido por el Instituto Nacional de Antropología e Historia. Se exige al perito la licenciatura en Antropología e Historia, Restauración y Arquitectura designado a criterio del Instituto nacional de Antropología e Historia.

PANAMÁ:

1.- Aspectos generales: del perito y la prueba pericial.

Panamá goza de una fiscalía especializada que, como ocurre en otros países, carece tanto de peritos integrados en la plantilla como de presupuesto propio. Como contrapartida, sí pueden recabar la asistencia del Instituto de Medicina y Ciencias Forenses, así como de peritos expertos de otras entidades públicas, donde existe un deber de auxilio y cuyos peritos están sometidos bajo condiciones de exclusividad a la función pública, lo que garantiza la imparcialidad de los informes.

Este sistema, si bien resulta adecuado respecto de periciales ordinarias, plantea ciertos problemas a la hora de recabar las que presentan cierta singularidad; en concreto, aquejan los fiscales dificultades respecto de aquellas relacionadas con la calidad de aire y aquellas otras que no están incluidas en el Directorio de servicios periciales (ej: se carece de peritos especialistas en insectos). Constituye, por otra parte, esta carencia de profesionales con el suficiente grado de especialización un lamento generalizado en los países consultados, lo que plantea como útil y necesaria la búsqueda de vías de intercambio de especialistas entre los distintos Estados. La existencia de un mismo idioma, de especies de flora y fauna comunes y de problemáticas compartidas (tala y minería ilegal, por ejemplo) facilitan la posibilidad de un intercambio fluido.

Y, del mismo modo, junto a este trasvase de profesionales, resultaría provechosa la convalidación de la prueba practicada en el extranjero. La norma panameña prevé esta posibilidad y fija las formalidades requeridas para que tenga validez en el proceso interno. No obstante, nunca ha sido esta herramienta utilizada en delitos medioambientales, lo que de nuevo alerta sobre instrumentos legales y procesales infrautilizados.

En cuanto a la legitimación para la práctica de la prueba, Panamá tampoco diferencia entre toma de muestras y análisis de las mismas en lo referente a la persona facultada para ello, que sólo podrá ser el perito; tampoco las fuerzas policiales tienen competencia para tomar las muestras, lo que reproduce las problemáticas ya analizadas en otros países con relación a los enclaves aislados, de difícil acceso o con cierta peligrosidad.

2.- Parte especial: de los delitos medioambientales y su prueba en el proceso.

Comenzando con la flora, fauna y maltrato animal, se observa un mayor apoyo del M^o Fiscal en las instituciones públicas; en el caso de flora, fauna, caza ilegal o tráfico de especies, en el Ministerio de Ambiente, que determinará todo aquello relacionado con el valor del ejemplar, el coste de su recuperación o el destino que debe dársele; y, en lo referente a maltrato animal, esencialmente en organismos de ámbito municipal e incluso ONG's dedicadas al cuidado animal. Por lo que respecta al abandono de animales, no se encuentra tipificado penalmente.

En lo referente a contaminación ambiental, está regulada tanto la contaminación acústica, de la calidad del aire y de suelos y recursos hídricos. El principal problema que se plantea es la pérdida

de la prueba por la dificultad de que el perito llegue a tiempo a su toma o práctica, como ya se comentó en el apartado anterior y como viene siendo común en los países consultados. Asimismo, otro dato a mencionar es la ausencia de criterios unificados por parte de las Entidades de fiscalización ambientales competentes.

Con respecto al daño ambiental, se delegan igualmente en el Ministerio de Ambiente todos los aspectos relativos a su valoración. Por tanto, escapan al M^o Fiscal los criterios establecidos al respecto, aunque debieran estar unificados. Esto hace que se desconozcan cuestiones importantes, tales como por ejemplo, en el caso de incendios forestales, si el coste de la repoblación se incluye o no en la valoración del daño ambiental.

Igualmente, en minería ilegal, será el Ministerio de Ambiente el que fije, a través de los especialistas de Protección de la calidad ambiental y ciencias hidrográficas, el daño causado y el coste de la restauración del paraje, que integra el tipo penal en casos de contaminación por mercurio. Y lo mismo ocurre en los delitos de tala ilegal, donde es la Unidad de Economía Ambiental del mismo Ministerio la que valora todo lo relativo a daño y restauración del entorno.

En cuanto a construcciones ilegales en parajes protegidos, llama la atención que no se valore en el proceso penal el coste de demolición y restauración del paraje, y sea una cuestión para la que se deba acudir a la reparación civil.

Por último, atendiendo a los bienes culturales, se trata de una materia ajena a la esfera medioambiental, siendo tramitada por las Fiscalías Anticorrupción.

PERÚ:

1.- Aspectos generales: del perito y la prueba pericial.

Las deficiencias que, a nivel de prueba ambiental, se presentan en el caso de Perú responden, en términos generales y salvo aspectos que se comentarán, a cuestiones de carácter económico y práctico más que a su configuración legal e institucional. Efectivamente, las distintas fiscalías especializadas en materia ambiental cuentan con oficinas propias de peritaje (EFOMA) y, a nivel nacional, existe un cuerpo técnico especializado, formado por cuatro -denominadas- Unidades de Monitoreo Georeferencial Satelital (UMGS), que dependen de la Coordinación Nacional de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental y son destinadas a la detección y estudio de los impactos ambientales a escala nacional.

Los peritos del EFOMA, seleccionados mediante convocatoria pública, deben tener la titulación correspondiente a la pericia a practicar, estar colegiados y tener una experiencia mínima, lo que asegura su cualificación teórico-práctica. También se garantiza su imparcialidad, puesto que se les exige exclusividad y deben someterse, como cualquier otro cargo integrado en el seno del Ministerio Público, al Código de Ética.

A su vez, y para el caso de que la pericia no pueda ser practicada por miembros de estos cuerpos técnicos adscritos, existe un registro de peritos (Reglamento de Peritos Fiscales) al que podrá acudir el fiscal especialista y para cuya integración se exige titulación, estar colegiado y un mínimo de cinco años de experiencia. Y todo ello sin olvidar que existe un deber de auxilio a la Fiscalía por parte de los organismos técnicos gubernamentales, de acuerdo con el artículo 321 del Nuevo Código Procesal Penal Peruano.

Finalmente, se hace especialmente interesante el hecho de que tengan validez los informes periciales emitidos por peritos de otros países en procedimientos paralelos en supuestos de delincuencia transnacional, siempre y cuando, claro está, cubran las exigencias de especialización impuestas a los peritos nacionales. No obstante, nos encontramos ante una herramienta infrautilizada, ya que no se tiene registro en las fiscalías especializadas de que se haya hecho realidad alguna vez.

Como observamos, teoría y práctica no siempre van de la mano, y las limitaciones del sistema en su puesta en marcha residen en factores diversos: la carencia o escasez de especialistas en determinadas materias, como ocurre, respectivamente, en fauna silvestre y en el daño ambiental. También se acusa una reiterada insuficiencia de recursos económicos para el nombramiento de peritos y práctica de periciales que, de facto, enflaquece la estructura orgánica diseñada. Y a esto se suman los indeseables retrasos que se padecen debido a que, para dar curso a la instrucción de una causa ambiental, se requiere un informe fundamentado de la autoridad administrativa competente; informe que, si bien constituye una prueba muy útil para el éxito del procedimiento, su excesiva demora paraliza indefectiblemente el inicio de la instrucción penal. Aunque cierto es que también se originan retrasos por la propia Fiscalía a consecuencia de la centralización de las pericias, que son controladas desde el Centro de peritajes, lo que aconsejaría una oportuna desconcentración de la gestión que diera oxígeno y capacidad de maniobra a los fiscales provinciales.

En lo atinente al desarrollo de la prueba pericial en el proceso, existen importantes instrumentos legales para garantizar su éxito. Ejemplo de ello es la normativa que regula la cadena de custodia desde la toma de las muestras hasta su análisis, que se prevé tanto a nivel reglamentario (Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados) como de protocolos de actuación (Protocolo de Actuación Interinstitucional para la Aplicación de la Incautación, Comiso, Hallazgo y Cadena de Custodia y protocolos de muestreos ambientales a nivel administrativo). Igualmente, se regula el instituto de la prueba preconstituida, que se lleva a la práctica sin que se hayan detectado incidencias. Y una cuestión muy interesante, en los casos en que peligre la toma de muestras si se demora, es la posibilidad de que sea alguien distinto al perito especialista quien la recabe, incluido el fiscal, siempre y cuando realice un registro audiovisual de su obtención. No obstante, no se prevé la posibilidad de que sea un miembro del cuerpo policial quien la tome como norma, lo que ayudaría a reducir

El proceso, por otra parte, garantiza la posibilidad de la defensa de estar presente en el momento de obtención de las muestras, así como de solicitar la entrega de una, siempre y cuando existan suficientes tomadas, para emitir un informe de parte.

El balance final es positivo, ya que el porcentaje de sentencias absolutorias viene siendo escaso, alrededor del 13% de total; porcentaje que podría reducirse en mayor medida si se corrigieran algunas deficiencias, tal como lograr mayor prontitud a la hora de obtener las muestras, no siendo puntuales los casos en que se hace imposible determinar la fecha concreta del hecho imputado (fecha de vertido...), o contar con equipos adecuados para la elaboración de medición y monitoreos técnicos en zonas lejanas y de difícil acceso.

2. Parte especial: de los delitos medioambientales y su prueba en el proceso.

Se observa una mayor previsión institucional de los delitos relacionados con el espacio protegido (contaminación de suelos y aguas, deforestación, minería ilegal...) que con el mundo animal.

26

Comenzando con este último, y en lo que se refiere al maltrato animal, constituye una materia ajena a los fiscales medioambientalistas, y la mecánica de protección del bien jurídico (custodia del animal, examen por veterinario, destino del mismo...) queda al amparo de criterios e instituciones a nivel municipal, no nacional. Tampoco hay criterios consensuados a nivel estatal en lo relativo a la valoración de las especies protegidas, en supuestos de caza ilegal, que dependerá de la valoración que en cada caso dé el perito correspondiente.

En cuanto a los delitos de contaminación, y comenzando con la contaminación ambiental por ruido, si bien existe una oportuna regulación, no ocurre lo mismo con los medios técnicos para su detección y prueba, que suelen ser deficientes (mala calibración, escasez de equipos...) y depender de las municipalidades.

Tampoco cuenta la Fiscalía con detectores para valorar la calidad del aire, que se encuentran en entidades de orden administrativo, como el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), y/o municipalidades provinciales o distritales, aunque existe un deber de auxilio a la Fiscalía por parte de las Administraciones que debiera suplir estas carencias.

Y también en el caso de contaminación de suelos y aguas se constituyen como principales escollos cuestiones de tipo técnico, no normativo: la falta de recursos logísticos para recabar las pruebas, una indeseable tardanza en la recepción de los peritajes, insuficiencia de peritos y de peritos especializados según la materia, así como un número inadecuado de laboratorios acreditados. Por otra parte, existe libertad a la hora de presentar la prueba, de modo que la escasez de muestras tomadas en el curso de la investigación penal se puede completar con informes que existan en expedientes administrativos, que pueden ser traídos a la causa penal.

En materia de daño ambiental es de resaltar que no existen, con carácter genérico, parámetros preestablecidos que unifiquen un criterio concreto de valoración. Sólo en algunas zonas (Iquitos), y limitado a incendios forestales, se ha optado por una metodología consensuada basada en los precios de mercado de los servicios requeridos para su restauración (oferta y demanda entre productores y consumidores).

La minería ilegal, ampliamente regulada, se encuentra con la problemática del complicado acceso a los enclaves donde se desarrolla, con la consiguiente dificultad para practicar las pericias. Esto ha provocado que se valore de forma positiva por los fiscales la posibilidad de que, tras la correspondiente formación, fueran miembros de los cuerpos policiales especializados los que tomaran las muestras. Se agilizaría el proceso y se ahorrarían recursos humanos en el sentido de que ya o sería necesario que la fuerza policial acompañara al perito para darle cobertura durante la toma de la muestra, sino que sería aquélla quien lo hiciera directamente; todo ello, respetando los protocolos de la cadena de custodia y, tal y como se ha dicho, previa instrucción.

También se encuentra muy desarrollada la regulación relativa a la tala forestal, dada la importante problemática que existe al respecto. No se aprecian deficiencias en lo referente a su regulación ni a la investigación penal, ya que instruya este delito de forma exclusiva ya se haga de forma conjunta con otros ilícitos. Y, aun cuando no existen peritos multidisciplinarios, la

actuación conjunta de peritos de diferentes especialidades se lleva a cabo sin incidencias destacables.

Los delitos que afectan a la ordenación territorial (construcciones ilegales en parajes protegidos), se observa una menor previsión que en otros ilícitos penales. Ejemplo de ellos es que existe cierta dificultad en la práctica para determinar el tiempo de la construcción en zonas aisladas (Atalaya, Cajamarca, Juanjuí y Ancash), lo que afecta a la prescripción del delito. Tampoco es norma que se lleve a cabo la efectiva demolición como medio de restauración del suelo a su estado original, ya que no han sido reportadas experiencias en la práctica al respecto. Lo primero podría solventarse mediante sistemas ortofotográficos practicados anual/bianualmente que determinarían de forma aproximada la fecha de la construcción para descartar, de ese modo, que se alegue su prescripción. En cuanto a lo segundo se haría necesaria la colaboración institucional para materializar la demolición y reposición del terreno.

Por último, en cuanto a los delitos cometidos por funcionarios públicos al autorizar actividades ilícitas, suelen tramitarse en procedimientos penales autónomos con respecto al delito base (esto es, el seguido contra el particular que comete el delito medioambiental). Sin embargo, puede servirse su tramitación de la prueba pericial de cargo practicada en el procedimiento contra el particular, lo que simplifica los tiempos y reduce el presupuesto a cargo del M^o Público.

CONCLUSIONES FINALES

La lectura de las problemáticas planteadas por los Fiscales en torno a la pericia conduce a concluir que tan importante es configurar una adecuada estructura normativa e institucional como dotarla de forma conveniente, porque incidencias se dan en una y otra esfera según el Estado y materia de que se trate.

A tal efecto, pueden deslindarse a nivel de peritaje aquellas fiscalías medioambientales que gozan de sus propios peritos de aquellas otras desasistidas de cuerpo técnico propio. En el primer grupo se encuentran México, Perú, Bolivia, Brasil y Colombia y en el segundo Argentina, Panamá y Chile. Mención aparte debe hacerse de Ecuador, donde, si bien existen peritos adscritos al M^o Público –en la Dirección Civil de Investigaciones–, no los hay del área medioambiental por la sencilla razón de que todavía –y sin perjuicio del anuncio de su inminente creación– no se ha dotado a la institución de una unidad especializada en delitos medioambientales, pese a la riqueza natural de que goza el país.

La existencia de un cuerpo técnico propio agiliza la investigación de forma evidente, sobre todo en aquellos casos de delitos sin excesivas peculiaridades técnicas, donde se garantiza al fiscal un apoyo y asesoramiento técnico de manera inmediata. Sin embargo, coinciden los fiscales de los países donde se prevé este cuerpo adscrito en que el número de peritos suele ser escaso y hallarse centralizado, lo que obstaculiza las investigaciones de los fiscales provinciales al no lograrse la práctica de la pericial con la urgencia requerida; máxime, cuando los enclaves donde deben realizarse son de difícil acceso, lo que suele ocurrir en delitos de minería y tala ilegal, tráfico de fauna o vertidos ilegales a cauces públicos. Como consecuencia de ello, existe una unívoca demanda, por parte de los fiscales especialistas, de que se proceda a la descentralización de los cuerpos técnicos adscritos al Ministerio Público.

No obstante, la carencia de suficientes peritos y la dificultad para alcanzar a tiempo la prueba se da igualmente en los Estados consultados donde no existen profesionales en plantilla, algo en lo que se abundará más adelante.

Otro aspecto que, siendo positivo, puede constituir una rémora en la práctica si no se dota convenientemente es la autonomía presupuestaria, que existe en las Fiscalías de México, Perú, Bolivia, Brasil y Colombia. La libertad que otorga gozar de un presupuesto propio para acordar aquellas pruebas periciales que se consideren necesarias, sin requerir de previa aprobación o aceptación, tiene como contrapartida las vicisitudes que surgen cuando el presupuesto resulta escaso, lo que parece ocurrir en todos los países consultados. Y la situación se agrava si por parte de la Administración no existe un deber de auxilio sin matices en el sentido de que no pueda rechazarse la práctica de la pericial por la autoridad administrativa, como ocurre en México y Chile aun cuando no sean habituales en la práctica las negativas a realizarlas. Se hace necesario que se regule un deber de auxilio taxativo, una asistencia no facultativa que obligue desde la norma a prestar el apoyo requerido. Y ello por muy diversos motivos; en primer lugar, porque se trata de proteger el mismo bien jurídico que amparan las autoridades administrativas ambientales frente a las agresiones más graves –de ahí que haya traspasado la conducta la barrera de infracción administrativa a penal-; pero también, porque exigir del Mº Público que acuda a terceros organismos tras el rechazo de la pericial supone una ralentización del proceso indeseable. En otros supuestos (Ecuador como ejemplo) se prevé este auxilio si bien con carácter subsidiario ante la ausencia de especialistas en los Registros establecidos, lo que tampoco se encuentra justificado. La preferencia del Derecho Penal frente a otras disciplinas debiera derivar en una asistencia sin matices, excepciones o régimen de subsidiariedad por parte de los organismos públicos.

Cuestión esencial a estos efectos, tanto para supuestos de delincuencia transnacional como para la práctica de periciales muy singulares y específicas, es la posibilidad de acudir a peritos de otros países u otorgar validez a los informes periciales desarrollados en procedimientos paralelos en terceros Estados, lo que resulta decisivo en delitos de tráfico, caza o pesca de especies protegidas; ejemplo de ello es la cooperación entre las fiscalías de México y California al respecto de la vaquita marina, cuya situación endémica le ha hecho recibir el nada enorgullecido apelativo de “cocaína del mar”. También en otras esferas medioambientales, donde es reclamado este instrumento por los propios fiscales, como es el caso del tráfico ilegal de combustible entre Ecuador y Colombia. Sobre esto se hace llamativo que ninguno de los países consultados tenga experiencias de intercambio de peritos o informes periciales entre sí, aun cuando existan convenios de cooperación que amparan la figura, como el Convenio de Cooperación Interinstitucional suscrito en el ámbito de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos. Y el hecho de que existan convenios que no consiguen activar las herramientas que regulan aboca a considerar oportuna la protocolización de este trasvase pericial como forma de dotarlo de cierto automatismo en la práctica.

Este posible trasvase de peritos implica, por otra parte, la necesidad de que con carácter anual se publiquen listados, organizados por materias, de los técnicos que podrán ser requeridos por el tercer Estado, y esto conlleva asimismo implicar a los Ministerios de Ambiente por existir países en los que las fiscalías carecen de peritos propios.

Otra cuestión esencial es la imparcialidad del perito. Ciertamente es que en todos los Estados se prevén distintas fórmulas para garantizarla –publicación de los honorarios, sistema de sorteo, de ternas, régimen de incompatibilidades...-. No obstante, únicamente se garantizará de forma plena y con proyección temporal esta imparcialidad en el caso de peritos integrados en la Función Pública, ya se trate de técnicos de organismos estatales en ejercicio de su deber de auxilio a los órganos judiciales, ya –y prioritariamente- de peritos adscritos a las propias Fiscalías.

En lo referente a la legitimación para la toma de las muestras que luego serán analizadas en los laboratorios, en la mayor parte de los Estados (hay excepciones, como Chile) sólo el perito está legitimado para practicarla, siendo la intervención de los cuerpos policiales de mero auxilio, lo que, por otra parte, se hace necesario en enclaves de cierta peligrosidad. Esta limitación, unida a la problemática ya comentada de la ausencia de una conveniente descentralización, hace que no sea insólita la pérdida de las muestras, lo que obliga a plantear como posibilidad que puedan ser tomadas, de forma ordinaria y no sólo en supuestos de excepcional urgencia, por los propios cuerpos policiales previa instrucción y adopción de las cautelas relativas a la cadena de custodia. La exigencia de que el perito sea el único legitimado a nivel de campo, sin distinguirse a estos efectos entre el plano de obtención de muestras y el de su práctica en el laboratorio, perjudica de forma seria la investigación.

En lo referente al informe pericial, hay diversas cuestiones a tratar. Una esencial es la relativa al daño ambiental, donde el tratamiento es muy diverso. En Argentina se calcula en atención al coste de reposición; en Bolivia se hace obligada la elaboración de una EIA (evaluación de impacto ambiental); Chile carece de parámetros establecidos y se calcula teniendo en cuenta la afectación total al ecosistema; los fiscales de Colombia achacan los vacíos en la regulación de la reparación del daño; Ecuador, por su parte, si bien tiene preestablecido un itinerario para su tasación (elaboración de un diagnóstico, definición de acciones a llevar a cabo, evaluación económica de las acciones o medidas a realizar para recuperar la zona afectada...), tampoco especifica por qué criterio se opta a la hora de llevar a cabo esa evaluación económica del daño; México sí dispone de normativa especial donde se fijan los parámetros preestablecidos; Panamá, por su parte, deja en manos del Ministerio de Ambiente su determinación; y, en lo referente a Perú, existe también la queja de la ausencia de parámetros unificadores, salvo en algunas zonas y limitado a incendios forestales, donde se ha optado por una metodología basada en el precio de mercado de los servicios requeridos para la restauración.

Esta variedad de posibilidades aconseja intentar la unificación de criterios, no sólo a nivel nacional (necesario previamente en países como Argentina, con veintitrés provincias y veintitrés posibles criterios, o Brasil) sino supranacional, lo que se hace oportuno tanto para que no resulte más económico delinquir en un país que en otro (lo que es relevante entre Estados limítrofes) como para permitir y facilitar el trasvase de peritos entre países antes comentado; y ello, con independencia de la metodología que se siga en cada lugar. Efectivamente, resulta perfectamente compatible la aplicación de metodologías de trabajo diversas con la fijación de criterios unificados; y lo cierto es que sólo logrando este consenso será factible el flujo de técnicos entre las distintas naciones. Esto plantea la problemática de que se trata de una cuestión que excede la esfera del Ministerio Público, desde el momento en que en algunos países la restitución del bien jurídico se tramita en incidentes de reparación donde son los Ministerios de Ambiente los que fijan y contextualizan el daño. También por el hecho de que, como ya se ha comentado, al carecer muchas fiscalías de técnicos adscritos, el trasvase deberá efectuarse vía Ministerios.

Por tanto, no se trata de renunciar a la posibilidad de consensuar pautas y principios de actuación, sino de alcanzarlos implicando tanto a las Fiscalías como a los Ministerios de Ambiente.

Otra cuestión a destacar son las ausencias en los conceptos a valorar en el informe que han sido advertidas en algunas materias; así, en los incendios forestales llama la atención que no se incluya en ningún país de forma reglada el coste del agua destinada a la extinción del incendio; máxime en lugares en los que constituye un recurso escaso. Igualmente, la irreversibilidad del daño (habitual, por ejemplo, en los daños a bienes culturales o en la liberación incontrolada de especies de flora o fauna no autóctonas) tampoco se encuentra convenientemente regulada, lo que también debiera ser tratado, ya que carece de sentido que la fijación de una determinada cuantía indemnizatoria no pueda ser establecida justo en los supuestos en que el daño resulta irreparable. Existen diversas posibilidades, tal como el establecimiento de techos de responsabilidad civil que impliquen, en el caso de irreversibilidad, la imposición del máximo de la cuantía. También puede recurrirse a la figura de la compensación ambiental, que se conoce en algunos países como México.

Y, hablando de ausencias, se aprovecha para alertar de ausencias sustantivas en la tipificación de los tipos penales que nos han llamado la atención, aunque no sea materia específica de este trabajo. Solamente las esbozamos. Tal es el caso de la contaminación acústica, que no se prevé como delito en países como Argentina, Bolivia o México (donde tampoco lo es la contaminación del aire) y en otros sólo respecto de fuentes muy específicas (así en Ecuador, donde sólo lo es con respecto al ruido generado por vehículos a motor). Asimismo, el abandono animal en no pocos Estados queda relegado a la esfera administrativa.

Por último, es de lamentar el hecho de que coincidan los fiscales consultados en que las carencias que presenta la práctica de la prueba pericial influyen de manera importante en el número de procedimientos que no consiguen prosperar, lo que parece constituir una rémora que no es ni puntual ni novedosa. Alarma el escaso número de sentencias que se dan anualmente en algunos países (México las ha cifrado en alrededor de dos). Es necesario, pues, centrar los esfuerzos para que el trabajo de los fiscales y las fuerzas policiales no se vea frustrado por carencias en los peritajes. Que el 90 ó el 100% de las sentencias sean condenatorias significa bien poco si el número que consigue dictarse anualmente es nimio, y si los problemas en la práctica de la pericia influye de manera importante en que se frustre el procedimiento por el camino es motivo tanto para promover cambios normativos y de dinámicas de actuación a nivel nacional como para alcanzar acuerdos a nivel supranacional.

En atención a todo lo expuesto, se contemplan como propuestas:

- Creación de cuerpos de peritos adscritos a las Fiscalías.
- Dotación efectiva de las fiscalías.
- Regulación del deber inexorable de auxilio al M^o Público/órganos judiciales por parte de los organismos públicos mediante la cesión de peritos.
- Descentralización territorial de los peritajes tanto en lo referente a las labores de campo como a la distribución de los laboratorios. Se hace necesaria la cercanía entre el perito y el fiscal provincial.

- Regulación y protocolización de la toma de muestras posibilitando su realización por fuerzas policiales instruidas a tal efecto.
- Protocolización del trasvase de peritos entre Estados y convalidación de informes periciales de terceros países.
- Creación y publicación con carácter anual de listados por materias de los peritos a los que pueden recurrir los terceros Estados.
- Regulación uniforme del daño ambiental.
- Protocolización de los conceptos a incluir en la restauración del daño según los tipos penales.
- Unificación de la tasación del daño irreversible para determinar la responsabilidad civil derivada del delito.
- Integración en el Código Penal de ausencias normativas indeseables.

ANEXO: [Enlace a los cuestionarios aplicados.](#)



EL PACCT

EUROPA ↔ LATINOAMÉRICA

PROGRAMA DE ASISTENCIA CONTRA EL CRIMEN TRANSNACIONAL ORGANIZADO

Programa liderado por



Socios coordinadores

