



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Hacia un tipo de delito medioambiental

Qué proteger, cuándo, y cómo. Una mirada hacia Chile

Katherinne Román Delfabbro

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Derecho Penal y Ciencias Penales

HACIA UN TIPO DE DELITO MEDIOAMBIENTAL
Qué proteger, cuándo y cómo. Una mirada hacia Chile

Directora: Dra. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

KATHERINNE ROMÁN DELFABBRO
BARCELONA, 2020

RESUMEN

En la actualidad existe una creciente preocupación por la protección del medio ambiente, y no parece razonable que el Derecho Penal no forme parte del arsenal del Estado para su tutela. Porque no sólo los bienes jurídicos individuales requieren y merecen amparo penal, sino también los supraindividuales -como el medio ambiente-, cuyos grandes riesgos son generados y pueden ser controlados por unos pocos, pero cuya lesión afecta el derecho de muchos a disfrutarlos. Esta tesis es un modesto intento por abordar aquella necesidad de protección penal, que se cimienta en un análisis crítico del tipo penal del artículo 325 del Código Penal español y persigue dos grandes objetivos. El primero, arribar a una interpretación de *lege lata* para dicha norma que a su vez sea respetuosa de los principios de proporcionalidad, *ultima ratio*, y lesividad; y el segundo, proponer un tipo penal base para Chile que respete estos términos y se adecue a nuestro modelo social-económico.

El límite inferior de la legítima intervención penal sobre el medio ambiente, se situará en las conductas que generan un resultado jurídico de idoneidad lesiva para el equilibrio de los sistemas naturales constatado *ex post*, que sea imputable a la creación -dolosa o imprudente- de un riesgo penalmente relevante para ese bien jurídico-penal. Consiguientemente, se rechaza la comprensión del tipo del art. 325 CPE como delito de peligro hipotético, por estimarse que la sola valoración *ex ante* de la aptitud de una conducta para afectar el equilibrio de los sistemas naturales, dará lugar a un juicio demasiado incierto sobre la real potencialidad lesiva de la acción, pues habida cuenta de la infinita diversidad e interconexión de los ecosistemas, una misma conducta puede generar resultados muy disímiles, que no son anticipables.

El principal escollo que sortear para establecer la lesividad de una conducta, se presentará porque las conductas riesgosas para el medio ambiente tienen lugar casi exclusivamente en el ámbito empresarial, y en ese contexto no resulta fácil identificar el preciso riesgo que causa el resultado desvalorado, porque en muchas ocasiones el recurso natural objeto de la acción -o el ecosistema al que pertenece-, está siendo contaminado por múltiples fuentes. Por otra parte, la atribución del descontrol o incremento del riesgo medioambiental a un determinado individuo tampoco será sencilla, porque precisará identificar el ámbito competencial desde el que emanó el riesgo, las sucesivas delegaciones de funciones, y la verificación de si la cúspide empresarial cumplió su deber de control y supervisión de un riesgo que, en la mayoría de los casos, será propio de la actividad empresarial que desarrollan.

Pero estas y otras dificultades para incardinar la protección medioambiental en las clásicas categorías del Derecho Penal no pueden servir de argumento para estimarla ilegítima sino, por el contrario, deben constituir un aliciente para que la mejor Doctrina redoble sus esfuerzos en la búsqueda de una adecuada síntesis entre la necesidad de protección del bien jurídico y el respeto de los principios de un Derecho Penal propio de un Estado democrático de Derecho.

RESUM

En l'actualitat existeix una creixent preocupació per la protecció de l'entorn, i no sembla raonable que el Dret Penal no formi part de l'arsenal de l'Estat per a la seva tutela. Perquè no només els béns jurídics individuals requereixen i mereixen empara penal, sinó també els supraindividuals -com el medi ambient-, els grans riscos dels quals són generats i poden ser controlats per uns pocs, però la lesió dels quals afecta el dret de molts a gaudir-los. Aquesta tesi és un modest intent per abordar aquella necessitat de protecció penal, que es fonamenta en una anàlisi crítica del tipus penal de l'article 325 del Codi Penal espanyol i persegueix dos grans objectius. El primer, arribar a una interpretació possible de *lege lata* per a aquesta norma que al seu torn sigui respectuosa dels principis de proporcionalitat, *ultima ratio*, i lesivitat; i el segon, proposar un tipus penal base per Xile que respecti aquests termes i s'adeqüi al nostre model social-econòmic.

El límit inferior de la legítima intervenció penal sobre el medi ambient, se situa en les conductes que generen un resultat jurídic d'idoneïtat lesiva per a l'equilibri dels sistemes naturals constatat *ex post*, que sigui imputable a la creació -dolosa o imprudent- d'un risc penalment rellevant per a aquest bé jurídic-penal. Conseqüentment, es rebutja la comprensió del tipus de l'art. 325 CPE com a delictes de perill hipotètic, per estimar-se que la sola valoració *ex ante* de l'aptitud d'una conducta per afectar l'equilibri dels sistemes naturals, donarà lloc a un judici massa incert sobre la real potencialitat lesiva de l'acció, ja

que tenint en compte la infinita diversitat i interconnexió dels ecosistemes, una mateixa conducta pot generar resultats molt diversos, que no són anticipables.

El principal escull a sortejar per establir la lesivitat de la conducta es presentarà perquè les conductes perilloses per al medi ambient tenen lloc gairebé exclusivament en l'àmbit empresarial, i en aquest context no resulta fàcil identificar el precís risc que causa el resultat desvalorat, perquè en moltes ocasions el recurs natural objecte de l'acció -o l'ecosistema a què pertany-, està sent contaminat per múltiples fonts. D'altra banda, l'atribució del descontrol o increment de risc mediambiental a un determinat individu tampoc serà senzilla, perquè necessitarà identificar l'àmbit competencial des del qual va emanar el risc, les successives delegacions de funcions, i la verificació de si la cúspide empresarial va complir el seu deure de control i supervisió d'un risc que, en la majoria dels casos, serà propi de l'activitat empresarial que desenvolupen.

Però aquestes i altres dificultats per incardinar la protecció mediambiental en les clàssiques categories del Dret Penal no poden servir d'argument per considerar-la il·legítima sinó, per contra, han de constituir un al·licient perquè la millor Doctrina redobli els seus esforços en la recerca d'una adequada síntesi entre la necessitat de protecció del bé jurídic i el respecte dels principis d'un Dret Penal propi d'un Estat democràtic de Dret.

ABSTRACT

Today there is growing concern about environment protection, and it does not seem reasonable that Criminal Law should be not part of the State's arsenal for its protection. Because not only individual legal assets require and deserve criminal protection, but also the supra-individual ones -such as the environment- whose great risks are generated and can be controlled by a few, but whose damage affects the right of many to enjoy them. This thesis is a modest attempt to address that need for criminal protection, which is based on a critical analysis of the criminal type of article 325 of the Spanish Criminal Code and pursues two major objectives. The first, to arrive at a possible interpretation of *lege lata* for said norm that in turn is respectful of the principles of proportionality, *ultima ratio*, and harmfulness; and the second is to propose a criminal base rate for Chile that would respect these terms and be in line with our social and economic model.

The lower limit of legitimate criminal intervention on the environment is located in the behaviors that generate a legal result of harmful suitability for the balance of the natural systems found *ex post*, which is attributable to the creation -malicious or reckless- of a criminally relevant risk for that legal-criminal good. Consequently, the understanding of the type of art. 325 SCC is rejected as a hypothetical danger offense, as it is estimated that the mere *ex ante* assessment of the ability of a behavior to affect the balance of natural systems, will lead to a judgment that is too uncertain about the real harmful potential of the action, given that from the infinite diversity and interconnection of ecosystems, the same behavior can generate very different results, which are not anticipated.

The main stumbling block to establish the harmfulness of the behavior will occur because risky behaviors for the environment take place almost exclusively in the business environment, and in this context it is not easy to identify the precise risk caused by the undervalued result, because in many times the natural resource object of the action -or the ecosystem to which it belongs- is being contaminated by multiple sources. On the other hand, the attribution of the lack of control or increase of the environmental risk to a certain individual will not be simple either, because it will need to identify the competence field from which the risk originated, the successive delegations of functions, and the verification of whether the business leadership fulfilled its duty of control and supervision of a risk that, in most cases, will be characteristic of the business activity they carry out.

But these and other difficulties to incardinate environmental protection in the classic categories of Criminal Law cannot serve as an argument to estimate it illegitimate but, on the contrary, must constitute an incentive for the best Doctrine to redouble its efforts in the search for an adequate synthesis between the need for protection of the legal good and respect for the principles of a Criminal Law proper to a democratic State of Law.

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	1
CAPÍTULO I	
Introducción	3
CAPÍTULO II	
Cuánto proteger. La necesidad de un concepto penal de medio ambiente	11
1. El concepto constitucional de medio ambiente	14
2. El concepto legal de medio ambiente	18
3. El concepto comunitario de medio ambiente	19
4. Un concepto penal de medio ambiente	21
CAPÍTULO III	
Qué proteger. El bien jurídico tutelado en un tipo medio ambiental base	24
1. Consideraciones previas	24
1.1 ¿Crisis de la teoría del bien jurídico?	25
1.1.1 De la innecesariedad o inutilidad del concepto de bien jurídico	27
1.1.2 De la vigencia y utilidad del concepto de bien jurídico	31
a) Teorías sociológico-funcionalistas	31
b) Teorías Constitucionalistas	32
c) Toma de posición	34
1.2 Los bienes jurídicos supraindividuales	39
1.2.1 El estado de la discusión	41
1.2.2 Ilegitimidad (o inexistencia) de bienes jurídicos supraindividuales	49
1.2.3 Legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales	51
1.3 La idoneidad del Derecho Penal frente a los nuevos riesgos	52
1.4 Toma de posición	56
2. El bien jurídico medioambiental	65
2.1 Perspectivas teóricas	65
2.1.1 Teorías Antropocéntricas	66
2.1.2 Teorías Ecocéntricas	70
2.1.3 Teorías Administrativistas	74
2.1.4 Toma de posición	76

2.2 El bien jurídico-penal medioambiental: Equilibrio de los sistemas naturales	78
2.2.1 Críticas (y justificaciones) al bien jurídico propuesto	81
2.2.2 Delimitación del bien jurídico-penal equilibrio de los sistemas naturales	89
a) Equilibrio de los sistemas naturales y medio ambiente	90
b) Equilibrio de los sistemas naturales y recursos naturales	93
c) Equilibrio de los sistemas naturales y biodiversidad	97
d) Equilibrio de los sistemas naturales y salud pública	98
e) Equilibrio de los sistemas naturales y equilibrio sustentable de los sistemas naturales	101

CAPÍTULO IV

Cuándo proteger. Formulación del delito medioambiental. Entre el peligro presunto y el peligro concreto	104
1. Exigencias político-criminales y dogmáticas de los delitos de peligro	106
2. Evolución legislativa, jurisprudencial y dogmática del peligro en el tipo medioambiental español	111
2.1 El art 347 Bis (LO 8/1983)	112
2.2 El art. 325 (LO 10/1995)	116
2.3 El art. 325 (LO 1/2015)	125
3. Toma de posición	126

CAPÍTULO V

¿Cómo proteger? La estructura típica	132
1. Cuestiones preliminares	132
2. La infracción de la norma extrapenal	134
2.1 Introducción	134
2.2 La norma extrapenal del art. 325 CPE	136
2.3 Modelos de interacción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo	139
2.3.1 Autonomía de la norma penal	139
2.3.2 Accesoriedad absoluta	141
2.3.3 Accesoriedad administrativa limitada	142
a) Accesoriedad de Derecho	142
b) Accesoriedad de acto	149
2.4 El principio de <i>Non Bis in ídem</i> (NBI)	151
2.5 La norma extrapenal, el riesgo permitido y el principio de	

precaución	155
2.6 Un modelo apropiado para Chile.....	158
3. Los objetos materiales: Agua, suelo, aire	161
3.1 Las aguas	162
3.2 El suelo y el subsuelo	163
3.3 El aire	168
4. La conducta típica	169
4.1 Conductas contaminantes	172
4.1.1 Emisiones	172
4.1.2 Vertidos	172
4.1.3 Excavaciones y Extracciones	173
4.1.4 Los depósitos	174
4.2 Conductas típicas excepcionalmente contaminantes. Los Ruidos	177
4.3 Conductas contaminantes que pueden incardinarse en alguna de las otras hipótesis típicas	186
4.4 Toma de posición	189
5. El tipo subjetivo	192
5.1 El Dolo	192
5.1.1 El tipo doloso en la jurisprudencia española	196
5.1.2 El dolo y el error sobre la norma extrapenal	201
5.2 La Imprudencia	204
5.2.1 La imprudencia en el tipo medioambiental	208
5.2.2 La imprudencia ambiental en la jurisprudencia española	210
6. El resultado material de contaminación	212
6.1 Introducción	212
6.2 El concepto de contaminación	214
6.2.1 La contaminación en cadena	216
6.2.2 La contaminación atmosférica	218
a) La lluvia ácida	219
b) La destrucción de la Capa de Ozono	221
6.3 La Jurisprudencia	225
6.4 Toma de posición	227
7. Relación de causalidad e imputación objetiva del resultado	229
7.1 Introducción	229
7.2 La relación causal	233
7.3 El riesgo relevante	236
7.3.1 Riesgo relevante y principio de precaución	237
7.3.2 Riesgo relevante y delitos cumulativos	239
Excurso: Delitos cumulativos y contaminación	

1. Una interpretación de <i>lege lata</i> para el tipo base medioambiental español	321
2. Una propuesta para Chile	324
CAPÍTULO IX	
Conclusiones	326
BIBLIOGRAFÍA	336
ÍNDICE LEGISLATIVO	358
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	361

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- 18-O 18 de octubre de 2019
- ACA Agencia Catalana del Agua
- ACPOCH Anteproyecto Código Penal Chileno
- AP Audiencia Provincial
- APEC Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico
- Art. Artículo
- BOE Boletín Oficial del Estado
- CAP Compañía de Aceros del Pacífico
- CATGD Contaminación Atmosférica Transfronteriza a gran distancia
- CCH Constitución chilena
- CE Constitución española
- CFCs Clorofluorocarbonos
- COIP Código Orgánico Integral Penal
- COP 25 Conferencia de las Partes 25
- COT Código Orgánico de Tribunales
- CP Código Penal
- CPC Cuaderno de Política Criminal
- CPCH Código Penal chileno
- CPE Código Penal Español
- CS Corte Suprema
- DO Diario Oficial
- EDAR Estación depuradora de Aguas Residuales
- GEI Gases de Efecto Invernadero
- INDH Instituto Nacional de Derechos Humanos
- LGBMA Ley General de Bases del Medio Ambiente.
- LH Libro Homenaje
- LL La Ley
- LRJPA Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común. Pp166
- LO Ley Orgánica
- LOC Ley Orgánica Constitucional
- LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial
- LPB Ley Penal en Blanco
- NBI Non Bis in Idem
- OMS Organización Mundial de la Salud
- ONEMI Oficina Nacional de Emergencia del Ministerio del Interior.
- PNTE Ponente
- PROF Profesor
- RAE Real academia española
- RCA Resolución de Calificación Ambiental

- RD Real Decreto
- RECPC Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
- RIT Rol Interno del Tribunal
- ROJ Repositorio Oficial de Jurisprudencia
- RUC Rol Único de Causa
- SAP Sentencia de Audiencia Provincial
- SCS Sentencia Corte Suprema de Chile
- SEIA Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
- SERNAC Servicio Nacional del Consumidor
- SJG Sentencia de Juzgado de Garantía
- SMA Superintendencia del Medio Ambiente
- STCCH Sentencia Tribunal Constitucional de Chile
- STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- STS Sentencia Tribunal Supremo español
- TC Tribunal Constitucional
- TCCH Tribunal Constitucional chileno
- TCE Tribunal Constitucional español
- TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TLC Tribunal de la Libre Competencia
- TS Tribunal Supremo
- UE Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

La protección del medio ambiente viene siendo desde hace ya varias décadas preocupación de muchos expertos de diferentes áreas del conocimiento, porque si un siglo atrás era incontrovertible la necesidad de utilizar toda la tecnología disponible para controlar la naturaleza, hoy aquel paradigma se encuentra completamente superado, porque el uso progresivo de la técnica no sólo ha permitido una sustancial mejora en la calidad de vida (cuando menos de algunos), sino que además, ha generado costes directos o colaterales que están poniendo en peligro la estabilidad y conservación de nuestro entorno y del sistema planetario global. A partir de esta constatación, existe bastante unanimidad científica sobre la necesidad de controlar las fuentes de riesgo para intentar mantener el medio ambiente en condición de seguir sirviendo de sustento a la vida humana.

Sin embargo, asumido lo anterior, surge la pregunta de cuáles son los mecanismos idóneos para conseguir el objetivo, y en lo que aquí nos ocupa, si debe y puede el Derecho penal ser uno de ellos. El por qué intervenir penalmente en este ámbito, y, sobre todo, cómo hacerlo, son entonces, las respuestas que intentaremos responder en el curso de esta investigación, siempre desde la mirada propia de un Derecho Penal Democrático, que, a su vez, tenga asentados sus pies en la realidad.

Así las cosas, la óptica utilizada intentará estar flanqueada, por un lado, por los principios fundantes del Derecho Penal de un Estado Democrático de Derecho, y por el otro, por las consecuencias pragmáticas de las opciones adoptadas. No se evitará la crítica a nuestro poderes públicos -la labor legislativa, de los líderes políticos, y la de nuestra judicatura-, como tampoco la reflexión sobre nuestros modelos económicos porque, a mi juicio, únicamente teniendo en cuenta estos múltiples prismas, el derecho penal puede dejar de ser lo que hasta hoy -aquello que hemos podido describir coherentemente al asilo de nuestras conocidas categorías-, para transformarse en un Derecho Penal que sea capaz de adecuarse a las necesidades que estos tiempos le imponen.

Como se advierte, esta investigación no sólo apunta a buscar una interpretación del tipo base medioambiental español -del art. 325 CPE- que pueda ser admitida de *lege lata*, sino que, a su turno, pretende realizar una propuesta de un tipo de delito medioambiental base para Chile; sin dejar pasar la oportunidad de reflexionar en relación a los tópicos sociopolíticos y dogmáticos, que surgen inevitablemente a partir de la protección al medio ambiente.

Los objetivos son tan disímiles -que podrían haber constituido en sí mismos materia de una investigación propia-, pero a mi juicio, su análisis conjunto está justificado, porque hoy no es posible hablar seriamente de medio ambiente sin reflexionar sobre todo lo anterior, o, en otros términos, porque la urgente defensa del medio ambiente, nos exige el cuestionamiento de algunas de las premisas dogmáticas y político-criminales, que hasta ahora el Derecho Penal ha preferido omitir.

Tras estas ampulosas palabras, cabe indicar que la presente investigación no podría arrogarse más pretensión que constituir un modesto aporte al debate sobre la capacidad y limitaciones del Derecho Penal en relación con la protección de bienes jurídicos de nuevo cuño -como la seguridad de los trabajadores, la protección de los consumidores, y por supuesto, el medio ambiente-, que entregue algunas luces sobre una posible interpretación del art. 325 del CPE respetuosa de los principios fundadores del Derecho Penal, y que permita ir construyendo una propuesta de tipo de delito medioambiental base para Chile, porque aunque la discusión prelegislativa está en curso, hubo otras como éstas hace casi dos décadas, y aún en el vigente Código Penal -ni en otro cuerpo especial- existe un acápite destinado a normas protectoras del medio ambiente, sino sólo algunos tipos que dicen relación con la afectación de los recursos naturales⁷, especialmente, cuando se genera riesgo para el ser humano.

Aparte de esa escasa tutela, en cuerpos legales especializados encontramos otras normas aisladas sobre cada ámbito en particular⁸. De ahí, que en el país se producen de

⁷ El artículo 315 del Código Penal chileno (CPCH), es la norma que con mayor frecuencia ha sido invocada por el Ministerio Público para perseguir la contaminación de las aguas, aunque como puede advertirse, ella sólo contempla la introducción en el agua de algún agente venenoso o infeccioso para la salud. Ésta señala: “El que envenenare o infectare comestibles, aguas u otras bebidas destinadas al consumo público, en términos de poder provocar la muerte o grave daño para la salud, y el que a sabiendas los vendiere o distribuyere, serán penados con presidio mayor en su grado mínimo y multa de veintiuna a cincuenta unidades tributarias mensuales.

El que efectuare otras adulteraciones en dichas sustancias destinadas al consumo público, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo apreciable de sus propiedades alimenticias, y el que a sabiendas las vendiere o distribuyere, serán penados con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a cincuenta unidades tributarias mensuales.

Para los efectos de este artículo, se presumirá que la situación de vender o distribuir establecida en los incisos precedentes se configura por el hecho de tener a la venta en un lugar público los artículos alimenticios a que éstos se refieren. La clandestinidad en la venta o distribución y la publicidad de alguno de estos 33 productos constituirán circunstancias agravantes.

Se presume que son destinados al consumo público los comestibles, aguas u otras bebidas elaborados para ser ingeridos por un grupo de personas indeterminadas. (...).”

⁸ Así, por ejemplo, la Ley General de Pesca y Acuicultura, incorpora en el título “Delitos Especiales y Penalidades”, el art. 136, según el cual, “El que introdujere o mandare introducir en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño a los recursos hidrobiológicos, sin que previamente hayan sido neutralizados para evitar tales daños, será sancionado con multa de 50 a 3.000 unidades tributarias mensuales. Si procediere con dolo, además de la

forma constante verdaderos desastres ecológicos que son sancionados sólo administrativamente, o en el mejor de los casos, civilmente⁹.

Para avanzar en los objetivos enunciados, necesariamente, deberán ir dejándose en el camino algunos temas importantes, pero se intentará abordar todos los tópicos en los que existe una mayor discusión dogmática, aportando argumentos críticos y tomando posición sobre las definiciones más relevantes que debería adoptar el legislador en la descripción de un tipo penal que sirviera de base a la tutela ambiental, y que orientara la creación e interpretación de los restantes tipos penales sobre la materia que, a nuestro entender, también resultan necesarios, habida cuenta de la diversidad de ámbitos de riesgo que requieren una regulación específica.

Este trabajo se inicia (en el capítulo II) tratando de definir qué medio ambiente es posible proteger por la vía penal, o mejor dicho, si el medio ambiente que constituirá el referente del bien jurídico-penal debiera ser uno inclusivo, que lo definiese, por ejemplo, como “*el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones*¹⁰”; o si sería preciso restringir aquel concepto, precisando contornos distintos, que permitan asirlo con mayor eficacia por el Derecho Penal. Para arribar a esta definición, se revisarán algunas nociones de medio ambiente en contextos internacionales, algunas de las que entregan cartas fundamentales, y como no, las que nos ofrece la ecología.

En el capítulo III se definirá cuál es el bien jurídico medioambiental, a partir del análisis del bien jurídico propuesto en el art. 325 CPE, el *equilibrio de los sistemas naturales*, revisando si éste constituye un interés que merece tutela penal; si debe recurrirse a criterios más concretos como la calidad del agua, los suelos o el aire; o si, por el contrario, derechamente puede considerarse al propio medio ambiente como el bien jurídico penal.

multa, la pena a aplicar será la de presidio menor en su grado mínimo. Si el responsable ejecuta medidas destinadas a reparar el daño causado y con ello se recupera el medio ambiente, el tribunal rebajará la multa hasta en un cincuenta por ciento, sin perjuicio de las indemnizaciones que corresponda”.

⁹ Por poner sólo un ejemplo, se recordará el caso del derrame al mar de más de 38.000 litros de petróleo en la bahía de Quintero, que tuvo lugar el 24 de septiembre de 2014, durante un proceso de descarga de petróleo desde una embarcación a la planta, de la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) ubicada en el lugar. La sentencia del Segundo Tribunal Ambiental -dictada el 13 de marzo de 2018- rechazó por mayoría la demanda por daño ambiental interpuesta por pescadores del sector, aduciendo que si bien hubo daño ambiental, éste no fue sustancial.

¹⁰ Art. 2 II) LOC 19.300, Sobre Bases Generales del medio ambiente.

Para acometer esta tarea, resultará imprescindible precisar primero qué se entiende por bien jurídico, dando cuenta de las principales teorías que lo fundamentan, como asimismo, de las perspectivas, según las cuales la teoría del bien jurídico, no es capaz de ser hoy un instrumento adecuado para seguir constituyendo límite a la incriminación y a la sanción penal, pues se habría convertido en instrumento útil a la criminalización de conductas, y consiguientemente, al fenómeno de la expansión del Derecho Penal. Una vez que se adopte posición a ese respecto, será posible definir, e intentar dotar de legitimidad a los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos.

Se revisarán las posiciones que niegan legitimidad penal a estos nuevos bienes jurídicos, afirmando que constituyen elementos ajenos al Derecho Penal, por lo que su infracción debiera ser sancionada por el derecho administrativo; constituir una llamada tercera vía entre el Derecho Penal y el administrativo -con menos garantías que el Derecho Penal pero con mayor contenido material que el derecho administrativo; o como señala SILVA SÁNCHEZ -en la búsqueda de una salida funcional, que al mismo tiempo sea garantista- un derecho penal de dos velocidades: uno más alejado del núcleo de lo criminal, que como contrapartida de la flexibilización de los criterios de imputación y las garantías político-criminales, sólo contemplara sanciones cercanas a las administrativas, como las multas; y un núcleo de Derecho Penal duro -de los bienes jurídicos clásicos-, en el que se respetasen los citados criterios y garantías, y que admitiera las penas privativas de libertad¹¹.

Se intentará escudriñar las razones por las que se considera que bienes jurídicos como la seguridad de los trabajadores, o el medio ambiente, pueden no ser intereses que deban ser tutelados penalmente, a pesar de tratarse de intereses o valoraciones de muchos, en una sociedad en que los riesgos y beneficios no se encuentran repartidos equitativamente, pudiendo generarse grandes riesgos por personas que, conocen su exacta magnitud, pero que en su beneficio propio, deciden no invertir en su control.

A partir del análisis de estas posiciones, se avanzará en los motivos para considerar que un bien jurídico supraindividual referido al medio ambiente reúne todas las condiciones necesarias para ser catalogado y tutelado como tal, porque poseerá la suficiente abstracción para diferenciarse del sustrato físico en el que descansa, pero precisamente este último, le permite ser un bien jurídico cognoscible, con límites ciertos, y de indudable mayor precisión que otros bienes jurídicos como el honor, o la intimidad. También se expondrá críticamente

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Ed. B de F., Montevideo, 2011, pp 178-179.

la discusión ecocentrismo-antropocentrismo que, aunque va siendo superada¹²-, dio cuenta de una forma de comprender al bien jurídico medioambiental en su relación con el individuo y con la colectividad, e hizo salir a la palestra opiniones que se encontraban en un continuo que iba entre quienes consideraron que el medio ambiente debía ser un objeto absolutamente autónomo de cualquier referencia individual, quienes lo consideraban como un bien jurídico intermedio, hasta quienes lo legitimaban únicamente en cuanto mediante él se atentase contra un bien jurídico individual.

Expuesto aquello, esbozaremos las razones por las que, a nuestro entender, el *equilibrio de los sistemas naturales* -bien jurídico propuesto en el art. 325 del CPE-, constituye una adecuada síntesis de lo que debiera exigirse de un bien jurídico penal medioambiental, porque precisamente alude a una situación valorada -el equilibrio- de los ecosistemas, como conjuntos que pueden abarcar desde una poza hasta el propio sistema planetario. Tras decantarnos por la alternativa del citado bien jurídico penal, discurriremos en torno a su diferencia cualitativa con otros bienes jurídicos, que, si bien se encuentran en conjuntos que a veces se intersecan, tienen un contenido material distintivo. Se analizará, por ejemplo, el equilibrio de los sistemas naturales y la salud pública; o el equilibrio de los sistemas naturales y el medio ambiente.

Asentados los conceptos previos, estaremos en condiciones de entrar al capítulo IV, en el que analizaremos uno de los aspectos más discutidos y relevantes en relación a la protección penal del medio ambiente, intentando responder a la pregunta de cuándo proteger, vale decir, si resulta más adecuado -eficiente desde la perspectiva de los fines de la pena-, y legítimo -desde la mínima lesividad exigible de un tipo penal-, su descripción como delito de lesión o de peligro, y en este último caso, como cuál de ellos.

Porque, incluso entre quienes estiman que la protección penal es una respuesta apropiada para la protección del medio ambiente, siguen existiendo respuestas muy disímiles a esta interrogante. La posición que se adoptará en este punto guarda íntima relación con las exigencias dogmáticas y político-criminales que se estiman reclamables de todo tipo penal en un Estado Democrático de Derecho, a saber, la necesidad de acreditar

¹² PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL. “El Derecho penal español del medioambiente: Una evaluación crítica”, en *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos* (Álvarez García/ Cobos Gómez de Linares/ Gómez Pavón/ Manjón-Cabeza Olmeda/ Martínez Guerra, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, 2013, en www.tirantonline.com TOL 2.716.019, p. 8, afirma, de hecho que el debate debiera estar superado, porque “(...) un Derecho Penal del medioambiente adaptado a los tiempos tiene que ser necesariamente un Derecho Penal ecocéntrico: que otorgue relevancia y valor a cualquier ataque contra cualquier elemento de los ecosistemas”, p. 9.

el resultado jurídico desaprobado para estimar punible la conducta, como única forma de ser realmente respetuosos con el principio de lesividad. Desde esta óptica se analizarán las posiciones mayoritarias respecto al nivel de peligro exigido por el art. 325 CPE¹³, algunos pronunciamientos jurisprudenciales, y se efectuará una somera revisión de tipos penales españoles y chilenos.

Identificados los puntos indicados como los principales aspectos problemáticos en la protección penal del medio ambiente, resultó evidente que a partir del análisis del citado tipo medioambiental base español del art. 325 CPE, podía realizarse un examen de éstos y otros tópicos también conflictivos, como la relación del tipo penal con las normas medio ambientales de otros ámbitos del Derecho -en particular del Derecho Administrativo y el de la UE-, la necesidad dogmática y político-criminal de constatar la lesión del objeto material del delito, los daños cumulativos, los problemas de atribución de responsabilidad individual que se derivan de su normal comisión interempresarial, entre otros, por lo que se optó por estructurar el presente trabajo sobre la base de dicha disposición, mirando siempre de reojo las disposiciones medioambientales contenidas en el ACPCH 2018, para mediante ellos, y la revisión de la jurisprudencia atingente -esencialmente española, porque en Chile poco o nada hay al respecto-, arribar en cada una de las materias, a conclusiones que sirvan tanto para proponer una interpretación de *lege lata* del art. 325 CPE acorde con un Derecho Penal de un Estado Democrático de Derecho, como asimismo, enunciar una propuesta de *lege ferenda* para Chile que reúna las conclusiones particulares, especialmente de cara a las especiales necesidades de protección medioambiental del país.

Por tal motivo, a partir del Capítulo V, comenzaré la revisión crítica del tipo penal del art. 325 -así como de sus redacciones previas-, partiendo por la exigencia de contravención de leyes u otras disposiciones generales protectoras del medio ambiente. En

¹³ El texto de dicha norma, tras la última modificación incorporada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, reza como sigue: “Art. 325: 1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

2. Si las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.

Si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.”

este apartado, revisaremos a qué se ha referido el legislador con “*otras disposiciones de carácter general*”, qué contenido debiera otorgarse a “*protectoras del medio ambiente*”; abordaremos la ineludible temática de las leyes penales en blanco con el afán de determinar si éstas son un mecanismo necesario, y en todo caso con qué mínimos; revisaremos, además, los principales aspectos de la proscripción de *bis in ídem*; y finalmente, de manera preliminar, reflexionaremos sobre la relación de la norma extrapenal con el riesgo permitido y el principio de precaución.

Después de aquello, nos centraremos en los objetos materiales del delito -agua, aire, tierra-, definiendo el alcance de cada uno de ellos, para luego revisar la opción legislativa de incluir múltiples hipótesis comisivas, a efectos de identificar los aciertos y desaciertos que de ella se generan. Se realizará una especial referencia a aquellos supuestos típicos que se solapan, y entre ellos abordaremos especialmente los ruidos, para determinar si poseen la suficiente peligrosidad *ex ante* para el equilibrio de los sistemas naturales, como para formar parte de un tipo medioambiental base.

Avanzado hasta aquí, y para completar el injusto, nos internaremos en el tipo subjetivo, definiendo someramente el concepto de dolo e imprudencia, dando cuenta de las diferentes definiciones y posición sistemática que se les ha asignado en la estructura del delito, y a partir de una exposición de los aspectos generales, revisaremos algunas sentencias españolas y chilenas, para indagar cómo se ha entendido el dolo y la imprudencia en relación a los delitos contra el medio ambiente.

A continuación, nos abocaremos a la definición del resultado exigido por el tipo, considerando primero las diversas posiciones dogmáticas y la evolución jurisprudencial de este elemento en relación al texto vigente antes de la LO 1/2015¹⁴, y luego se adoptará una interpretación minoritaria, según la cual el propio tenor del art. 325 CPE permite inferir la exigencia de un resultado material, al referir que las emisiones, vertidos, etc., deben tener *incidencia* en los recursos naturales. Además de ello, se fundamentará esta posición, tras convencernos que sólo la comprobación de una incidencia negativa para el recurso natural -su contaminación-, puede servir de base a un juicio normativo, pues cualquier juicio que se pretenda realizar desde la sola perspectiva *ex ante*, será tan anticipado, que abrirá un indeseado espacio para recurrir a la presunción de dicha aptitud para generar un peligro para

¹⁴ De 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE-A-2015-3439.

el equilibrio de los sistemas naturales; porque incluso, las consecuencias de una misma acción en distintos entornos, puede generar resultados materiales -y consiguientemente jurídicos- muy disímiles. Por ello, en esta parte tomaremos partido en favor de la imperativa constatación de un resultado material de contaminación¹⁵ como presupuesto fáctico necesario para enjuiciar la real potencialidad lesiva de una acción sobre el equilibrio de los sistemas naturales. Para concluir este acápite, se hará una breve reflexión sobre la contaminación atmosférica global, a efectos de establecer si ella puede adecuarse al tipo base, o responde a una dinámica distinta a la de la contaminación de los suelos o las aguas, que precisa de una construcción diversa.

Asumida la necesidad de acreditar un resultado de contaminación, será necesario determinar el rol que éste puede jugar en el tipo, y siguiendo con las premisas adoptadas hasta aquí, debiéramos estar en condiciones (tener los suficientes elementos de juicio fáctico) de colegir desde la perspectiva *ex post*, la efectiva relevancia de la afectación del bien jurídico, como último presupuesto de la punibilidad. Porque si acreditamos la concurrencia del resultado desvalorado y que éste es objetivamente imputable a un determinado riesgo que era evitable para su agente, tendremos completo el juicio de atribución. Además de ello, tras determinar la gravedad del resultado podríamos afirmar que se completa el tipo y que es posible castigar penalmente en virtud del art. 325.1 o 325.2 del CPE.

En el capítulo VI, nos dedicaremos a la labor de establecer a quién o quiénes puede atribuirse el injusto, recurriendo para ello, primero, a un brevísimo repaso de algunas teorías sobre el particular, para luego intentar decantarnos por una posición que exima de responsabilidad como autor a aquel que realizó la última conducta causal que detonó el riesgo, y se la asigne a quien tenía la obligación de no crear riesgos relevantes para el bien jurídico o de mantener controlado aquel que permitidamente podía generar, porque fue precisamente a aquel o aquellos a quienes se les permitió desarrollar una determinada actividad, bajo condición de evitar la generación (o incremento) de riesgos penalmente relevantes. Revisaremos el alcance de la delegación de competencias sobre el control de un determinado riesgo, la responsabilidad del encargado directo del control, de quien debía ocuparse de su vigilancia, y de quien era responsable de la gestión empresarial.

¹⁵ El actual texto del art. 325.1 CPE, avala esta interpretación al sancionar las hipótesis comisivas que causen o puedan causar daños sustanciales, en una clara referencia a la modificación negativa del objeto en que recae la acción.

Por último, antes de arribar a las conclusiones de esta investigación, dedicaremos unas líneas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, exponiendo las teorías que han intentado explicarla, y las que han procurado demostrar como ésta no es más que una mal llamada responsabilidad penal.

A partir del estudio de los citados temas mediante el tipo medioambiental del art. 325 CPE, o mejor, conjuntamente con ellos, se procurará adoptar posiciones críticas respecto al fenómeno de la expansión del Derecho Penal, pero legitimadoras de la intervención del Derecho Penal en las conductas más graves en contra de bienes jurídicos supraindividuales. Al mismo tiempo se insistirá en la urgencia de crear en Chile tipos penales que sancionen las conductas más graves contra el medio ambiente, y se aventurará un tipo penal base para Chile, siempre desde la convicción de que la dogmática penal debe asumir entre sus obligaciones la de intentar dotar a los nuevos riesgos de la cobertura penal que necesitan, sin renunciar a los principios fundantes de un Derecho Penal garantista propio de un Estado Democrático de Derecho, que persiga asegurar a todos sus ciudadanos el ejercicio de una real libertad¹⁶.

II. CUÁNTO PROTEGER. LA NECESIDAD DE UN CONCEPTO PENAL DE MEDIO AMBIENTE

Para iniciar esta investigación, aun antes de cualquier propuesta sobre el bien jurídico que un tipo de delito medioambiental base debiera tutelar, e incluso de la referencia a las premisas dogmáticas sobre las que se construye este trabajo, parece imprescindible procurar definir de qué se habla -o se debiese hablar- en Derecho Penal cuando se hace referencia al “medio ambiente”, porque, en mi opinión, a partir de aquí surgen varios de los déficits de aplicación que se achacan al tipo penal. Se trata de una precisión necesaria, entre otras cosas, porque el concepto “medio ambiente” aparece tanto en la CCH -en el art. 19

¹⁶ Porque como refiere MEINI, IVÁN, “Sobre la interpretación en Derecho Penal”, en *LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr.h.c. Juan M^a Terradillos Basoco (De la Cuesta Aguado/ Ruiz Rodríguez/ Acale Sánchez/ Hava García/ Rodríguez Mesa/ González Agudelo/ Meini Méndez/ Ríos Corbacho, Coords)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2018, en www.tirantonline.com, TOL6.932.362, p.63, “es este modelo de organización social el que demanda que la ley penal promueva la libertad individual, y es ésta, la libertad individual, y su fomento, lo que justifica la existencia de la ley penal.

Nº8¹⁷-, como en el art. 45¹⁸ de la CE, y algunos autores dotan de contenido al concepto de bien jurídico-penal medioambiental, precisamente, a partir de la norma fundamental. considerando que el medio ambiente es el bien jurídico-penal

En la presente investigación, en cambio, el medio ambiente constituye el marco de referencia o ámbito que debe ser escudriñado para arribar al bien jurídico-penal medioambiental, asignando contenido a cada uno de los elementos que debiesen colmar un tipo penal base en la materia. Por ello, cuando en el contexto de este trabajo se aluda al medio ambiente se estará siempre hablando de aquel concepto que, en tanto referente del bien jurídico-penal, le impone a este último sus legítimos límites.

Como ello es así, por lo omnicomprendivo del concepto de medio ambiente, y por la utilización de este término de un modo que a veces llega a parecer irreflexivo, es que, como primer acercamiento al objeto de esta investigación, se estima imprescindible delimitar el referido concepto desde y para la óptica penal. La labor no es sencilla, pues ya desde su denominación¹⁹ existen tantas y tan variadas posiciones como el grupo de ciencias que directa o indirectamente se encargan de su estudio o protección. En efecto, la transversalidad de la temática hace posible encontrar definiciones tanto en las ciencias naturales -la Biología o la Ecología, por ejemplo-, como en la sociales -Economía, Sociología o Geografía, y evidentemente en el Derecho²⁰-. Además, en este último ámbito, el concepto es utilizado,

¹⁷ Art. 19 “La Constitución asegura a todas las personas: Nº8. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente;”

¹⁸“Art. 45 CEE 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

¹⁹ Muchos autores han destacado la reiteración que supone la utilización de las palabras *medio* y *ambiente* en un mismo concepto, pues su significado es prácticamente equivalente. Entre otros, CARO CORIA, DINO CARLOS. *El derecho penal del ambiente -Delitos y técnicas de tipificación-*, Gráfica Horizonte, Lima-Perú, 1999, p.138.

²⁰ DE MIGUEL PERALES, CARLOS. *Derecho Español del medio ambiente*, 3ª ed., Ed. Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 31, ya en la introducción de su trabajo, pone énfasis en la existencia de un continuo de conceptos de medio ambiente, desde los más restrictivos, que incluirían sólo aire, agua, ruido y vegetación (Martín Mateo); hasta los pluricomprendivos que lo igualan con sustrato físico de la actividad de todo ser vivo y es susceptible de modificación humana (Moreno Trujillo).

entre otros, en Derecho Internacional, Constitucional, Administrativo, Civil y, por cierto, en Derecho Penal²¹, y el contenido que se le otorga en cada uno de ellos no es homogéneo.

En consecuencia, determinar si alguno de los conceptos que nos aportan las distintas ciencias puede ser asumido por el Derecho Penal y, en dicha hipótesis, cuál de ellos, o si por el contrario el Derecho Penal reclama un concepto de medio ambiente que dé cuenta de su propia naturaleza, es la primera de las cuestiones que se intentará dilucidar en las páginas siguientes.

En primer lugar, conviene señalar que según la opinión marcadamente mayoritaria, la expresión medio ambiente²² “*deriva de la traducción de otros vocablos extranjeros provenientes del alemán, del inglés y del francés. Del alemán «Umwelt», que se define como «el espacio vital natural que rodea a un ser vivo». Del inglés «environment», que significa «alrededores, gente, modo de vida, circunstancias, etc., en que vive una persona», y del francés «environnement» traducido al español como «entorno» o «ambiente»*²³, habiendo sido incorporado a nuestro idioma a partir de la Conferencia mundial de Estocolmo de 1972²⁴, e incluido oficialmente como parte de la lengua española en la 20ª edición del diccionario de la Real Academia Española, en el año 1984. En la edición vigente de tal diccionario, la 24ª, “medio ambiente” no aparece definido como tal, pero la acepción 16 de “medio”, se caracteriza como “*Conjunto de circunstancias o condiciones exteriores a un ser vivo que influyen en su desarrollo y en sus actividades.*”, en tanto que en su significado número 17 se define como “*Conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona o un grupo humano*”. Por su parte, la tercera acepción que ya contiene la voz “medioambiente” es la de “*Conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo*”²⁵.

²¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, PEDRO. *Medio Ambiente, Territorio, Urbanismo y Derecho Penal. La Administración Pública como garante*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 220, llega a señalar que el medio ambiente es entre la doctrina, un concepto “de goma”, por la disparidad de contenidos que se le atribuye.

²² A mi juicio, son fundadas las críticas en torno a su denominación en español -pues no resulta improbable que a partir de la voz “medio ambiente” se hayan generado muchos de los equívocos y distorsiones respecto a su contenido. A pesar de ello, en este trabajo se utilizará la misma por ser ésta la que se encuentra actualmente más enraizada en nuestra cultura jurídica, y porque aun cuando podría ser de indudable valor intentar acotar una expresión etimológicamente correcta de medio ambiente, aquí lo que se pretende es más bien establecer el contenido material de este concepto al que debiésemos ceñirnos en Derecho penal, cualquiera sea la denominación que finalmente utilizemos para ello.

²³ Por ejemplo, CARO CORIA, *El derecho penal del ambiente – Delitos y técnicas de tipificación-*. Ed. Gráfica Horizonte, 1º Ed, Lima, 1999, p.140, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Medio ambiente, Territorio...*, p. 221.

²⁴ En dicha declaración se utilizaron indistintamente las expresiones medio y medio ambiente humano, dividiendo éste en medio artificial y natural.

²⁵ En <https://dle.rae.es/?id=OIQ6yC8>

Así, como advierte BLANCO LOZANO, desde la perspectiva filosófica o científico-natural, el medio ambiente puede identificarse “*con naturaleza, e incluso con creación, y entonces se llega a la conclusión de que todo lo que habita en nuestro mundo, e incluso en todo el universo, esto es, todo lo que existe, y que, por tanto, se relaciona causalmente con todo lo demás que existe, es medio ambiente*”²⁶.

Naturalmente, un concepto tan difuso y omnicomprendido resulta inapropiado para el Derecho, porque no permite establecer límite material alguno, reuniendo en un solo concepto objetos muy disímiles, que precisan de un tratamiento jurídico diferenciado. En este sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, refiere que el contenido material que los autores le confieren al concepto de medio ambiente -incluso a partir del análisis constitucional del mismo-, puede graficarse en círculos concéntricos, en los que el núcleo está conformado por el suelo, el agua, el aire; el segundo círculo por la flora y fauna, y el tercer círculo abarcaría realidades más alejadas del entorno natural, como el patrimonio histórico, cultural, el urbanismo, etc.²⁷.

1. El concepto constitucional de medio ambiente

Si buscamos ahora en las disposiciones constitucionales, y dirigimos la mirada hacia los referidos arts. 19 N°8 de la CCH y 45 de la CE, podemos constatar, en primer lugar, que en ninguna de ellas se define medio ambiente, y, además, que esta última, incluye notas relevantes respecto al desarrollo sostenible, la solidaridad colectiva, y la obligación de tutela penal, que hacen ineludible la intervención del legislador en ese ámbito.

En la norma chilena, se consagra el derecho a *vivir* en un medio ambiente libre de contaminación, en tanto que en la española se asegura el derecho a *disfrutar* de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. En ambos casos, entonces, se tutela el derecho desde un punto de vista antropocéntrico, que garantizaría un estándar de vida determinado (libre de contaminantes o adecuado para el desarrollo). La CCH presenta el

²⁶ BLANCO LOZANO, CARLOS, *La protección del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*. Ed. Comares, Granada 1997, p. 38. En los mismos términos, RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Medio ambiente, Territorio...*, p. 220, señala que, para los ambientalistas, “(...) el medio ambiente tiene una concepción muy lata, desde un estado de bienestar, calidad de vida, sostenibilidad, y hasta justicia social”.

²⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS, “La protección del medio ambiente en la constitución española”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial* (Faraldo Cabana/Puente Aba, Dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 56. En similares términos, ya se pronunciaba RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Medio ambiente, Territorio...*, pp. 220-221.

ripió de referirse a un medio ambiente *libre de contaminación*, pues nadie podría sostener que el derecho puede ser entendido de modo absoluto²⁸, y, a mi modo de ver, en todo caso denota que el constituyente no incluyó la idea de desarrollo sostenible, en la redacción del derecho, ni en el significado de medio ambiente.

El art. 45 CE, en cambio, establece como obligación del Estado -dentro del capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica- el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, imponiendo a los poderes públicos el deber de intervenir en su defensa, mediante la utilización de todas las herramientas, inclusive las penales o administrativas contra quienes incumplan la legislación vigente en la materia. Además, esta norma sí recoge implícitamente la noción de “desarrollo sostenible” -concepto acuñado mundialmente en el *Informe Brundtland*²⁹- en varios de sus aspectos, pues impone al Estado la obligación de asumir la defensa y protección activa del medio ambiente, limitando la utilización de los recursos naturales a lo *racionalmente tolerable*, y además, acude a la noción de solidaridad colectiva, que puede tanto reclamarse en la repartición de los recursos entre las distintas comunidades, como de cualquier ciudadano que deba renunciar a la ejecución de determinadas actividades productivas por su carácter intolerablemente contaminante. A mi juicio, esta noción de solidaridad colectiva y la imposición a las personas de la contraprestación de proteger el medio ambiente, dota a este precepto de una importante doble faz, constituyendo tanto un deber de los poderes públicos, cuanto uno para los ciudadanos.

²⁸ BERMÚDEZ SOTO, JORGE, “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XXI, Valparaíso, 2000, p. 10, sostiene que “lo que se consagra en el artículo 19 N° 8 no es el derecho a un medio ambiente incontaminado, sino el derecho a vivir en él. Lo que con ello se pone de relieve es que el derecho tiene un contenido netamente antropocéntrico, sus titulares son los hombres y mujeres (“todas las personas” dice el artículo 19 en su encabezamiento). En tal sentido, continúa (p. 17) que por medio ambiente “debe entenderse aquella porción de extensión variable del entorno o medio que se encuentra de forma adyacente al ser humano, la cual no se reduce a su residencia ni lugar en que desarrolla sus actividades, no sólo es su entorno inmediato necesario para la vida. Sino también el “entorno adyacente”, que es el lugar necesario para que el individuo se desarrolle, es decir, el espacio en el que necesita para que pueda desplegar sus potencialidades, en definitiva el entorno necesario para alcanzar la mayor realización espiritual y material posible”. El legislador intentó salvar esta desafortunada redacción constitucional, y en la LOC 19.300, publicada el 9 de marzo de 1994, Sobre Bases del Medio Ambiente, incorporó una definición de “medio ambiente libre de contaminación”, que como luego se verá, tampoco puede estimarse satisfactoria. En efecto, en su artículo 2 letra m) se define éste como: “aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”.

²⁹ Informe evacuado el año 1987, en el seno de Naciones Unidas, por la entonces primera ministra noruega Gro Harlem Brundtland, que cobró importancia especialmente por la incorporación mundial del concepto de Desarrollo Sostenible entendido como “Desarrollo que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”.

En ninguna de estas cartas fundamentales puede delimitarse con claridad el contenido del medio ambiente³⁰, y probablemente a causa de ello, en ambos casos se han sostenido un sinnúmero de concepciones que abarcan todo un abanico de contenidos, desde el más restrictivo, que lo equipara a recursos naturales, hasta aquellos que lo equiparan con entorno del hombre y que “*incluye el ambiente natural o abierto, integrado por la biósfera, el aire, el agua y el suelo y los ecosistemas producto de la interacción entre los seres vivos y el medio, y también aquellos ambientes no naturales en el sentido de que son debidos a la actividad de creación humana tendentes a satisfacer el más amplio sistema de necesidades del hombre (protección, trabajo, diversión, etc.)*”³¹. En Chile, su interpretación más restrictiva estaría basada en su comprensión como una particularización del derecho a la vida, en cuanto lo tutelado es el derecho a *vivir* en un ambiente incontaminado.

En mi opinión, salvo esta última, ninguna de las posiciones es descartable de plano, ya que el medio ambiente en cuanto principio rector del ordenamiento jurídico³² o derecho

³⁰ En Sudamérica llama la atención (ahora especialmente, tras los incendios de la Amazonía) la extensa tutela del medio ambiente prevista en la constitución brasileña, que en su capítulo VI señala: “Art. 225. Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

1º Para asegurar la efectividad de este derecho, incumbe al poder público:

1. preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y procurar el tratamiento ecológico de las especies y ecosistemas; 2. preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del País y fiscalizar a las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético; 3. definir en todas las unidades de la Federación, espacios territoriales y sus componentes para ser objeto de especial protección, permitiéndose la alteración y la supresión solamente a través de ley, prohibiéndose cualquier uso que comprometa la integridad de los elementos que justifican su protección; 4. exigir, en la forma de la ley, para la instalación de obras o actividades potencialmente causantes de degradación significativa del medio ambiente, un estudio previo del impacto ambiental, al que se dará publicidad; 5. controlar la producción, la comercialización y el empleo de técnicas, métodos y sustancias que supongan riesgos para la vida, para la calidad de vida y para el medio ambiente; 6. Promover la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza y la conciencia pública para la preservación del medio ambiente; 7. proteger la fauna y la flora, prohibiéndose, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su función ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a la crueldad.

2º. Los que explotasen recursos minerales quedan obligados a reponer el medio ambiente degradado, de acuerdo con la solución técnica exigida por el órgano público competente, en la forma de la ley.

3º. Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetan a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado.

4º. La floresta Amazónica brasileña, la Mata Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal Mato Grossense y la zona Costera son patrimonio nacional, y su utilización se hará en la forma de la ley, dentro de las condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, incluyendo lo referente al uso de los recursos naturales.

5º. Son indisponibles las tierras desocupadas o las adquiridas por los Estados, a través de acciones discriminatorias, necesarias para la protección de los ecosistemas naturales.

6º. Las fábricas que operen con reactor nuclear deberán tener su localización definida en ley federal, sin la cual no podrán instalarse”.

³¹ PRATS CANUT, MIGUEL/ MARQUÈS I BANQUÈ, MARÍA/ MORÁN MORA, CAROLINA, *Derecho Penal Ambiental y Derecho Comunitario. La Directiva IP*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 41.

³² Por esta comprensión se decanta LOZANO CUTANDA, BLANCA, *Derecho Ambiental Administrativo*, 10ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 77, al sostener que la norma constitucional, no reconoce al medio ambiente

de prestación en beneficio del individuo, permite alojar diversas interpretaciones, pareciendo incluso más razonable que, siendo la calidad de vida de las personas uno de los fines del Estado, se entendiera medio ambiente desde una perspectiva extensiva, que incluyese todas las condiciones que inciden en el desarrollo del hombre³³.

Precisamente por ello, es que la perspectiva constitucional resulta claramente inapropiada para definir un concepto de medio ambiente adecuado para el Derecho penal, pues le confiere unos contornos difícilmente conciliables con el de un Derecho Penal respetuoso del principio de *ultima ratio*. Y en efecto, el medio ambiente constitucionalmente tutelado aporta una perspectiva global, que da cuenta de la pluridimensionalidad de la materia, e impone al Estado la obligación de poner en práctica las necesarias técnicas de coordinación en el tratamiento de los distintos elementos que lo componen -siempre a partir de los conceptos de calidad de vida y libre desarrollo de la personalidad humana³⁴-, pero, finalmente, arroja pocas luces sobre la frontera de dicho interés colectivo, por lo que no parece erróneo sostener que justamente por la transversalidad del concepto, debiera otorgársele un tratamiento jurídico diferenciado a sus diversos componentes, a fin de lograr una adecuada protección de sus específicas necesidades³⁵.

En síntesis, a mi modo de ver, no resultaría acertado trasladar sin más el concepto constitucional al Derecho Penal, olvidando que -al menos desde las posiciones asumidas en este trabajo-, en esta rama del Derecho, la incriminación y sanción de conductas sólo se justifica en la medida en que las mismas digan relación con la protección de valoraciones sociales de máxima relevancia -de bienes jurídico-penales-, que permitan el respeto del principio de subsidiariedad y de *ultima ratio*. La comprensión del medio ambiente constitucional como el bien jurídico penal, implica asignarle límites simplemente

como un derecho fundamental, “sino como un principio rector, del ordenamiento, y este principio tiene por finalidad la defensa de un bien o interés colectivo, reconocido en beneficio directo de la colectividad y cuyo quantum de protección en relación con los demás derechos y bienes constitucionales, es algo que compete determinar al legislador”.

³³ Este es justamente el alcance que, vía recurso de amparo, ha dado el Tribunal Constitucional al concepto de medio ambiente, en la sentencia 102/1995 (de 26 de junio, pnte. Rafael De Mendizábal Allende), que da cuenta del marcado carácter antropocéntrico del mismo, al señalar que éste está compuesto no sólo por los recursos naturales, sino también por “otros elementos que no son naturaleza sino Historia, los monumentos, así como el paisaje, que no es sólo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y cada cultura.”

³⁴ PRATS CANUT/ MARQUÈS I BANQUÉ/ MORÁN MORA, *Derecho Penal Ambiental...*, p. 42. En igual sentido, DE MIGUEL PERALES, *Derecho Español del medio...*, pp. 91-92.

³⁵ Difiere rotundamente de esta posición CANTARERO BANDRES, ROCÍO, “Análisis del actual tipo penal y sus antecedentes”, en *El Delito Ecológico* (Terradillos Basoco, Edit.), Ed. Trotta, Madrid, 1992, p. 71, quien afirma que la segmentación del concepto de medio ambiente ocasiona un intercambio entre “la noción de medio ambiente que se define en las leyes y la que proporciona el valor medio ambiente en su sentido más global, ocasionando un alejamiento de la calificación orgánica del medio ambiente”, que, a su juicio, constituiría la forma más idónea de dotarlo de contenido.

inabarcables, vaciándolo completamente de contenido³⁶. Porque en ambas cartas fundamentales, el medio ambiente no sólo incluye la protección de los recursos naturales, sino que también se preocupa de la ordenación del territorio, del urbanismo, del patrimonio cultural y de la sanidad, todas como extensiones del derecho de los ciudadanos a la protección de un medio ambiente acorde a una calidad de vida que se ajuste a sus necesidades.

Por la disímil configuración y necesidad de tutela de cada uno de estos ámbitos, parece inadecuado agruparlos bajo un mismo concepto, dispensando a todos una protección cualitativa y cuantitativa equivalente, incluyendo conductas que afectan bienes jurídico-penales ya tutelados por otra normas, como es el caso de las agresiones ambientales que afectan la vida o la salud de las personas, y conductas que afectan valoraciones que no tienen la entidad para ser consideradas bienes jurídico penales, como el ambiente laboral o domiciliario.

En definitiva, aquí se entiende que las citadas normas constitucionales si bien autorizan expresamente la intervención estatal en la materia, estableciendo un marco de legitimidad de la misma en el ámbito penal, no delimitan el objeto de protección en esta área –ni, por consiguiente dilucidan lo que debe entenderse por medio ambiente-, sino que sólo imponen al Derecho Administrativo el cometido de ser la principal herramienta jurídica para la protección de éste, consecuencia lógica de que el interés necesitado de protección sea un interés colectivo³⁷.

2. El concepto legal de medio ambiente

Descartada la Constitución como fuente de la que extraer sin más, el contenido de un concepto de medio ambiente que sirva al Derecho penal, podría buscarse éste a nivel legal, pero en España, a pesar de que el medio ambiente es tópico de múltiples y heterogéneos cuerpos legales, no existe una ley marco que regule la materia. En Chile, en cambio, el 9 de marzo de 1994 se dictó la LOC 19.300, “Sobre Bases Generales del Medio Ambiente” (LGBMA)³⁸, cuyo objeto, según refiere el artículo 1, es “*el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la*

³⁶ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, “Introducción al Delito ecológico” en *El Delito Ecológico* (Terradillos Basoco, Edit.), Ed. Trotta, Madrid, 1992, p. 17.

³⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Medio ambiente, Territorio...* p. 244.

³⁸ LOC 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que entró en vigencia el 9 de marzo de 1994.

preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental". En ella se define medio ambiente como *"El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones"*³⁹. Como se advierte, el legislador chileno, se decantó también por una definición omnicompreensiva, a la que, por su amplitud, puede hacerse similares reparos que, a las nociones constitucionales, pues carece de utilidad para definir un referente de un tipo penal base en la materia.

3. El concepto comunitario de medio ambiente

Si se continúa buscando lineamientos en la materia, podemos dirigirnos a las normas comunitarias, específicamente a la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, pues ésta justamente es *Relativa a la Protección Del Medio Ambiente Mediante el Derecho Penal*, y por tanto, su especificidad así lo recomienda. Además, según se leía ya en el mensaje de la ley 5/2010, en lo relativo a medio ambiente, ella fue expresamente internalizada al Derecho penal español⁴⁰. En el número (5) de dicha Directiva se señala que *"para lograr una protección eficaz del medio ambiente, es necesario en particular aplicar sanciones más disuasorias a las actividades perjudiciales para el medio ambiente, es decir, que causan o pueden causar daños sustanciales al aire, incluida la estratosfera, al suelo, a las aguas, a los animales o a las plantas, incluida la conservación de las especies"*.

Mediante este instrumento los Estados miembros se comprometen a que las conductas atentatorias contra el medio ambiente que allí se describen serán constitutivas de delito. Como se advierte, no se define un concepto de medio ambiente, pero, sí se establece una clara delimitación material de éste, que excluye toda alusión antropocéntrica. El medio ambiente aparece acotado al aire, el suelo, las aguas, los animales y plantas, porque

³⁹ Definición inserta en la letra II) del art. 2 de la LOC 19.300, cuyo encabezado es "Para todos los efectos legales, se entenderá por: (...)"

⁴⁰ Sin perjuicio de que el objetivo pueda o no haberse conseguido, en el mensaje de la Ley 5/2010 se indica expresamente que "Las modificaciones en los delitos contra el medio ambiente responden a la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la Unión Europea en este ámbito. De conformidad con las obligaciones asumidas, se produce una agravación de las penas y se incorporan a la legislación penal española los supuestos previstos en la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal".

tratándose de una Directiva *relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal*, se limita el contenido que dicho objeto puede abarcar en esta materia.

Es cierto que en algunas de las descripciones contenidas en el art. 3 de la Directiva, junto con indicarse las conductas que deben ser constitutivas de delito, se exige como resultado, que éstas *causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas*⁴¹. Mas ello no debe generar el equívoco de entender incluidos los posibles daños a las personas en el concepto de medio ambiente, porque, en mi opinión, demuestra justamente lo contrario: Las conductas deberán ser constitutivas de delito si ponen en peligro el medio ambiente –recursos naturales, flora y fauna- o la salud o vida de las personas, en la medida en que los riesgos emanen de alguna de las acciones contaminantes allí descritas, extremo que, por cierto, casi no es cuestionado doctrinalmente.

No hay en esta Directiva referencia a valores como el desarrollo sostenible, o la “calidad de vida”, pudiendo verificarse una clara reducción del contenido de medio ambiente, porque en ella se traza una clara línea divisoria que deslinda el contenido material, que no abarca aspectos sociales, culturales, ni económicos. Estos valiosos intereses, por sus distintas características y naturaleza, requieren de una protección diferenciada, debiendo ser tutelados por mandato constitucional, pero por otras ramas del Derecho, como la administrativa o la civil, o eventualmente la penal, pero no ya en virtud de un mandato de la protección del medio ambiente, sino como una emanación de la protección del hombre.

Considero correcto afirmar, como sugiere la citada Directiva, que el medio ambiente penal, para servir de referente de interpretación, debe restringirse a los componentes naturales –intervenidos o no por el hombre-, pues si bien el mejoramiento de la calidad de vida de las personas debiese constituir un fin del Estado, las características propias del Derecho penal, particularmente su carácter de *ultima ratio*, hacen cuestionable que éste deba inmiscuirse, cuando el desarrollo social, cultural y económico de los ciudadanos se encuentra muy desprotegido por otras ramas sociales y también por el derecho.

En consecuencia, como se viene expresando, considero que el Derecho Penal, reclama un concepto propio de medio ambiente que lo distinga de las demás disciplinas y que se constituya en la piedra sobre la cual construir posteriormente un bien jurídico coherente y garantista. Depurar dicho concepto resulta imprescindible para evitar confusiones de éste con el bien jurídico en los delitos medioambientales, así como con otros bienes jurídicos supraindividuales.

⁴¹ Las hipótesis de las letras a), b), d), y e) del art. 3 de la Directiva aluden a *la muerte o lesiones graves a personas*, en tanto que en las cinco restantes basta la afectación del elemento medioambiental.

4. Un concepto penal de medio ambiente

Los penalistas han ensayado definiciones de *medio ambiente* que también oscilan de acuerdo al punto del continuo entre las concepciones antropocéntricas o ecocéntricas en la que se sitúen. Algunos definen medio ambiente de forma extensiva, situándolo incluso más allá de las definiciones ecológico-sociales, pues incluyen aspectos culturales, sociales y económicos relacionados con calidad de vida en los que, en consecuencia, cabría todo lo relacionado con el entorno de la existencia humana. Las posiciones restrictivas lo asimilan a medio ambiente *natural*, circunscribiéndolo a los recursos –agua, aire, suelo-, y a los factores climáticos y bióticos en su conjunto⁴².

La definición de medio ambiente que aquí se adoptará -depurado de las creaciones humanas y de la calidad de vida-, partirá de la realidad natural y del conocimiento emanado de otras ciencias y técnicas, tanto jurídicas como metajurídicas⁴³, delineando sus primeros contornos en la disciplina preocupada del estudio de la relación de los seres humanos entre sí y con su entorno, la Ecología, según la cual -en palabras de MARTÍN/ SANTAMARÍA- medio ambiente se define como las “*Condiciones externas químicas, físicas y biológicas que determinan el escenario en el que vive un organismo y que influyen en su desarrollo y supervivencia*”⁴⁴. En esta disciplina también encontramos perspectivas de corte más sociológico, como la que lo define como “*Conjunto, en un momento dado, de todas las condiciones e influencias a las cuales está sometido un sujeto u objeto*”⁴⁵, pero por las mismas razones precedentemente apuntadas, me inclino por estimar que la primera de las definiciones se acerca más al medio ambiente que penalmente puede ser protegido. Ahora bien, aunque ambos conceptos aportan a la definición penal, pues nos aproximan a la noción de parte y todo⁴⁶, y a la certeza de la inevitable y quizás determinante influencia del medio sobre cada uno de nosotros, por su inmensidad y laxitud –siendo, como se sostiene, el medio

⁴² JORGE BARREIRO, AGUSTÍN. “El Bien Jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”, en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento español*, (Jorge Barreiro, Dir.; Cancio Meliá, Coord.), Ed. Comares, Granada, 2005, p. 4, da cuenta también de las definiciones normativas que como la chilena, lo identifican con lo que se tutela.

⁴³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Medio ambiente, Territorio...*, pp. 265-266, emplea estas expresiones, porque considera que el Derecho penal del medio ambiente posee características y principios propios, entre las que, a mi juicio, destaca la necesidad de que posea un sustrato técnico metajurídico.

⁴⁴ MARTÍN, ANTONIO/ SANTAMARÍA, JESÚS MIGUEL. *Diccionario Terminológico de Contaminación Ambiental*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 2000, p. 126.

⁴⁵ ROMÁN ORTEGA, FRANCISCO. *Diccionario de Medio Ambiente y materias afines*, Ed. Fundación Confemetal, Madrid, 1999, P. 152.

⁴⁶ SERRANO, JOSÉ LUIS, *Principios de Derecho Ambiental y ecología jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 148, agrega como característica del medio ambiente o entorno, que, a diferencia de un sistema, que puede ser delimitado o definido, el entorno no, pues su definición sólo puede alcanzarse desde y para cada sistema.

ambiente el referente al que recurrir cuando a delitos ecológicos se trata- resulta igualmente inadecuada para su mero traslado al Derecho penal.

La definición penal de medio ambiente, encontrará sus fundamentos en una concepción de corte ecológico-social, como aquella que lo identifica con las “*condiciones externas químicas, físicas y biológicas que determinan el escenario en el que vive un organismo y que influyen en su desarrollo y supervivencia*”⁴⁷, e intentará recoger implícitamente la conexión última al hombre, delimitándolo ya no en función de sus componentes, sino de su aptitud para servir de base a la vida, en un concepto cercano al propuesto por ALASTUEY DOBÓN, que define medio ambiente como “*Conjunto de elementos naturales básicos para el desarrollo de la vida humana sobre la tierra*”⁴⁸.

Se sumaran, entonces, elementos de ambas definiciones, intentando un concepto integrador pero restrictivo, que por una parte, tome en cuenta que las condiciones externas al hombre están compuestas por el conjunto de sistemas naturales, que interrelacionados entre sí han permitido el florecimiento y la permanencia de la vida sobre el planeta, y que, por tanto, debe incluir tanto los elementos físicos -aire, agua y tierra-, así como los bióticos -flora y fauna-; pero que, por otra, excluya los elementos no naturales que también forman parte del ambiente que ha servido de sustento al hombre, porque dichas construcciones humanas -históricas, patrimoniales, culturales, etc.- poseen una naturaleza, características y fundamento de protección disímiles del entorno natural descrito, que justifican, a efectos de eficacia y legitimidad, que sean integradas en un subconjunto -bien jurídico, o incluso bien jurídico-penal- diverso.

No se intenta soslayar que “*en un mundo completamente modificado por el hombre no existe ya una distinción real entre lo natural y lo no natural en cuanto producto del hombre*”⁴⁹, pero el concepto de medio ambiente se reclamará para los elementos de origen natural, reservándose las consideraciones respecto al estado actual de los recursos naturales -al igual que aquellas referidas al nivel tolerable y necesario de intervención- para el momento posterior de la determinación de la antijuridicidad de cada conducta en concreto.

Del concepto del medio ambiente se excluirán, igualmente, aquellas perspectivas de ética ecológica, en las que se lo define como sinónimo de naturaleza, con total autonomía y

⁴⁷ MARTÍN/ SANTAMARÍA, *Diccionario Terminológico...*, p. 126.

⁴⁸ ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código Penal)*, Ed. Comares, Granada, 2004, p. 57.

⁴⁹ LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental...*, p. 93

prescindencia del hombre, porque el medio ambiente como objeto de interés para el Derecho Penal está indisolublemente asociado a la constatación científica de que el ser humano necesita de este conjunto de sistemas naturales para asegurar su supervivencia; y porque en las actuales condiciones y características de distribución de la población y de los recursos su separación del hombre es impensable, e incluso indeseable, si se pretende asumir la obligación ética de redistribuir con mayor equitatividad los recursos.

La definición del medio ambiente, que propongo para el Derecho penal, sin más pretensión que la de delinear sus contornos para este trabajo a partir de las definiciones de los citados autores, es la de *Conjunto de elementos físicos, químicos y biológicos en los que se sustentan los sistemas naturales, y que interrelacionados entre sí han permitido el florecimiento y la subsistencia de la vida sobre la tierra.*

Creo que es posible afirmar que por esta vía se decanta el legislador penal español, a partir de la contrastación de la rúbrica del Título “Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico, y el medio ambiente”, con los capítulos contenidos en el mismo, pues en los capítulos I y II se alude a la ordenación del territorio y el patrimonio histórico, respectivamente, en tanto que la protección de los recursos naturales⁵⁰ y la flora y fauna son tutelados en los capítulos III y IV, respectivamente, en las que vendrían a constituir las disposiciones protectoras del medio ambiente⁵¹.

En este concepto, por tanto, van incluidos los elementos físicos -aire, agua y tierra-, los biológicos -flora y fauna-, y los procesos de interacción mutua. Además, si bien contiene la característica de haber permitido el florecimiento y subsistencia de la vida en el planeta, esta característica se integra por corresponder a una nota diferenciadora del mismo que justifica en último término la intervención penal, y que sirve, además para escindirlo de las definiciones de medio ambiente que incluyen no ya la subsistencia del hombre, sino su desarrollo y calidad de vida. No se alude en la definición a alguna cualidad de equilibrio interno, pues en mi opinión, dicho elemento, debe integrar el bien jurídico-penal referido a este medio ambiente penal, y no su propia definición.

⁵⁰ La rúbrica del Capítulo III, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, como señala ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 59, podría haberse redactado con mayor acierto, pero puede entenderse la misma porque no todos los tipos van referidos a la afectación de recursos naturales.

⁵¹ En términos similares podría llegar a establecerse en Chile, pues el ACPCH 2018, a partir del Libro Segundo, que dedica a la parte especial, se divide diversos Títulos, según el bien jurídico protegido, siendo el Título XIII, denominado “Delitos contra el Medio Ambiente”, dentro del cual -el Epígrafe 1- que lleva por nombre “Atentados contra el medio ambiente”, se agrupan seis tipos cuyo objeto de protección sería el medio ambiente.

El medio ambiente sobre el que deba incidir el Derecho penal, así definido, toma en cuenta los dos puntos de vista referidos precedentemente, y está constituido sólo por aquellos elementos distintos del hombre y no referenciados a él, teniendo en cuenta que el hombre es el propio fundamento del Derecho y la definición de bien jurídico va implícita la referencia a él y porque ha sido el propio hombre el que ha provocado la destrucción del medio ambiente.⁵²”.

III. QUÉ PROTEGER. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN UN TIPO MEDIOAMBIENTAL BASE

Evidentemente aún podríamos deslindar el concepto de medio ambiente de otros como salud pública o biodiversidad, pero a mi entender, cuando estos términos se equiparan (o derechamente, se confunden), ello se debe precisamente a que se considera al medio ambiente como el bien jurídico-penal de los tipos medioambientales, por lo que me parece adecuado insistir en que aquí se parte de la disociación del concepto de medio ambiente - referente del bien jurídico-penal-, del bien jurídico-penal medioambiental en sí mismo, reservando tales disquisiciones para el momento en que se procurará justificar por qué comparto la visión de quienes sostienen que el medio ambiente penal, definido de la forma señalada, constituye el referente del bien jurídico-penal “*Equilibrio de los sistemas naturales*”.

1. Consideraciones previas

Siendo el objeto de este trabajo la protección penal del medio ambiente, cualquier afirmación que se realice respecto a la legitimidad de la intervención penal en este ámbito y sus límites, importará inevitablemente un posicionamiento en alguna de las divergentes

⁵² VIVES-REGO, JOSE/CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU/NIEVA FENOLL, JORDI, “Delito medioambiental y delito contra la salud pública: problemas terminológicos jurídicos y científicos de la legislación actual y propuestas de *lege ferenda*”, en *Medio ambiente & Derecho*, nº 16, 2007, (3.6), <https://huespedes.cica.es/gimadus/>, p. 5, afirman que “aun cuando desde una perspectiva científica el hombre es parte del medioambiente (y de la ecología, como término equivalente), desde el Derecho conviene excluir al hombre cuando se trata de la protección del medioambiente. Y ello por dos razones: a) porque, como ya hemos señalado, es también actor en la destrucción de la Naturaleza, aun cuando en muchos casos su intervención no llegue a tener relevancia jurídica, por su insignificancia; b) porque, la protección del hombre es la razón de ser del Derecho”.

perspectivas que encontramos en la doctrina sobre diversas cuestiones, entre otras, la existencia autónoma y legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales en general -y dentro de ésta el alcance que su protección puede tener en un Estado democrático de Derecho-; y antes de ello, necesariamente la función –si cumple alguna-, capacidad crítica y limitadora que hoy puede tener el propio concepto de bien jurídico. Por supuesto que podría retrocederse aún más, hasta la función de la pena y del Derecho penal mismo, pero la pretensión de arribar al puerto medioambiental, nos ha obligado a establecer como puntos de partida –inevitablemente arbitrarios-, (1) la comprensión de medio ambiente como el referente del bien jurídico penal, y no como este último; (2) la utilidad del concepto de bien jurídico como principio limitador del Derecho penal; y (3) la legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales, en el contexto de la sociedad actual.

Ahora bien, por la extensión de estos dos últimos tópicos, al igual que respecto del primero, sólo podrán sintetizarse, las principales posturas dogmáticas para intentar justificar la posición a la que aquí se adhiere. En esta tarea algunos argumentos se superpondrán, pues el diagnóstico de base es relativamente unívoco: El Derecho penal clásico no fue desarrollado para un mundo con la complejidad del actual, y, por ende, sus categorías resultan insuficientes. Las divergencias se producen a la hora de posicionarse político-criminal y dogmáticamente para decidir las consecuencias que de ello cabe esperar.

1.1. ¿Crisis de la teoría del bien jurídico?

Sobre la utilidad material y vigencia de la teoría del bien jurídico he de señalar, que me sitúo entre quienes estiman que en la actualidad, aun asumiendo la complejidad del escenario social y jurídico del occidente postindustrial, la teoría del bien jurídico sigue siendo la que mejor responde a las necesidades de dotar de contenido material al Derecho penal y de servir a los fines de restricción típica⁵³.

En efecto, sin perjuicio que desde una perspectiva histórica deba consignarse que el propio concepto de bien jurídico nace en el siglo XIX con una vocación expansiva

⁵³ En este sentido comparto lo señalado por MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 170: “Aunque ni el principio de lesividad para un bien jurídico ni el de necesidad de acudir a una prohibición penal puedan suministrar una absoluta precisión de sobre los casos en los que se puede intervenir, sí imponen al menos la carga de demostrar desde esos parámetros la legitimidad de la intervención penal. El valor que se le puede conceder a semejante idea, por más que se reconozcan sus limitaciones, no puede ser sustituido ni superado por ningún otro criterio enunciado hasta ahora”.

superadora de la teoría de un Derecho penal protector únicamente de derechos subjetivos⁵⁴, es innegable también que el rol que éste ha jugado en la restricción del Derecho penal ha sido fundamental, y que dependiendo de la parcela hasta donde se le relegue puede seguir constituyendo uno de los pilares de un Estado democrático de derecho⁵⁵.

Ahora bien, ¿por qué para un grupo de autores el propio concepto de bien jurídico se encuentra en crisis? La respuesta para ello, e incluso para quienes sostienen el fracaso del Derecho penal, lo encontramos en que parte importante de la doctrina ha puesto de relieve el fenómeno que se ha dado en llamar de la “expansión del Derecho penal”, que importaría, entre otras manifestaciones una “*exacerbación de la prevención, [que] considera el Derecho Penal como prima o sola ratio, crea nuevos bienes jurídicos, amplía los riesgos relevantes, flexibiliza las reglas de imputación y relativiza los principios político criminales de garantía*”⁵⁶.

Este fenómeno –asociado, a su vez, a la “sociedad del riesgo”⁵⁷– acarrearía entonces tres grandes consecuencias para el Derecho penal: la inclusión en las legislaciones de tipos penales que regulan nuevos espacios, especialmente ciertos bienes jurídicos supraindividuales (nuevos riesgos); la utilización mayoritaria de la estructura típica del peligro abstracto en la protección de estos nuevos espacios (exacerbación de la prevención

⁵⁴ Entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal...*, pp. 122 ss.

⁵⁵ Sobre el tema, en consideración a los objetivos de este trabajo, se hará sólo una breve exposición de algunas de las opiniones doctrinales que interesan a esta investigación, sin que se pretenda (ni sea posible) abarcar el tema del bien jurídico, su evolución, y diferentes perspectivas a cabalidad. Para una buena síntesis y recopilación de las perspectivas actuales, véase, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al derecho penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*. 5ª ed, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 538-556.

⁵⁶ ABEL SOUTO, MIGUEL. *Teorías de la pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado democrático*. Ed. Dilex, Madrid, 2006, p. 56; en el mismo sentido, HASSEMER, WINFRIED, “El derecho penal del Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo”, (Chirino Sánchez, trad.), en *Derecho Penal y Estado de Derecho. Reflexiones entre la tensión entre riesgo y seguridad*, (Reyna Alfaro/Cuaresma Terán, Dirs.), Ed. B de F, Montevideo, 2008, pp. 182 y ss.; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad...*, pp. 44 y ss.; PRITTWITZ, CORNELIUS. “Sociedad de riesgo y derecho penal”, (Nieto Martín/Demetrio Crespo, trads.), en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt* (Arroyo Zapatero/ Neumann/ Nieto Martín, Coords.), Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 262.

⁵⁷ Concepto acuñado por BECK, ULRICH, en 1986, en *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1986. En dicho texto, hace más de 30 años, el autor se planteaba varias interrogantes sobre las sociedades modernas, que lamentablemente hoy sí tienen respuesta. Así, reflexionaba, por ejemplo, (p. 56) que “el tipo de la sociedad del riesgo marca una época social en la que la solidaridad surge por miedo y se convierte en una fuerza política. Sigue sin estar nada claro cómo opera la fuerza adhesiva del miedo. ¿Hasta qué punto pueden resistir las comunidades del miedo? ¿Hace saltar la fuerza social del miedo el cálculo individual del beneficio? ¿Hasta qué punto están dispuestas al compromiso las comunidades de amenaza que generan miedo? ¿En qué formas de actuación se organizan? ¿Impulsa el miedo al irracionalismo, al extremismo, al fanatismo? El miedo no había sido hasta ahora una base de la actuación racional. ¿Tampoco vale ya esta suposición? ¿Será el miedo, al revés que la miseria material, una base muy inestable para los movimientos políticos? ¿Podrá ser dividida la comunidad del miedo por la fina corriente de aire de las contrainformaciones?”.

y ampliación de los riesgos relevantes) con el consiguiente relajamiento en las reglas de imputación; y como consecuencia de todo ello, el debilitamiento de los principios limitadores del *Ius Puniendi*⁵⁸.

En este contexto surge la pregunta sobre si el concepto de bien jurídico sigue sirviendo al Derecho penal político-criminal y dogmáticamente, y desde diversas posturas se responde negativamente a tal interrogante.

1.1.1 De la innecesidad o inutilidad del concepto de bien jurídico

Una parte importante de la doctrina penal considera que actualmente no cabe *asignar a la idea de bien jurídico una trascendencia que, desde luego, no alcanza el concepto tal como se ha producido su desarrollo histórico y tal como es su configuración actual*⁵⁹. De hecho, algunos autores como FEIJOO SÁNCHEZ consideran que “*la teoría del bien jurídico no sólo no nos sirve para identificar las patologías del Derecho Penal moderno, sino que contribuye a dichas patologías (administrativización, expansión, etc.) aunque ello no sea de forma voluntaria. (...) Desde los años ochenta está resultando funcional para las actuales tendencias político-criminales expansionistas*⁶⁰”.

En otros términos, el concepto “clásico” de bien jurídico resultaría hoy incapaz de trazar el límite inferior de la legítima intervención penal estatal, y por lo mismo, se cuestiona su utilidad como elemento restrictivo de la punibilidad, señalándose, incluso, que éste se ha convertido en un instrumento de criminalización⁶¹. En efecto, resulta ya un tópico la

⁵⁸ ABEL SOUTO, *Teorías de la pena y límites...*, p.51, “La tradicional función protectora de bienes jurídicos – como límite y fundamento de la intervención penal– cobra en nuestro tiempo una dimensión muy distinta, como consecuencia de la arrolladora irrupción de bienes jurídicos supraindividuales y, sobre todo, del denominado “proceso de administrativización del Derecho Penal”: datos que marcan un acusado movimiento “neocriminalizador” escasamente garantista, con técnicas de protección anticipada de peligro presunto o estadístico, que acaban concibiendo el Derecho Penal como un “Derecho de gestión ordinaria de problemas sociales”. (...) El cambio de paradigma es evidente: el Derecho penal clásico reaccionaba, a posteriori, contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo); el nuevo Derecho Penal de la sociedad posindustrial tiende a convertirse en un Derecho de gestión punitiva de riesgos, en buena medida porque orientado a la tutela de contextos cada vez más genéricos –en el tiempo y en el espacio– entra en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, sistémicos.”

⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...*, pp. 122 ss.

⁶⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. “Funcionalismo y teoría del bien jurídico”, en *Constitución y principios del Derecho penal: Algunas bases constitucionales*. (Mir Puig/Queralt Jiménez, Dirs.; Fernández Bautista, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.185.

⁶¹ STAECHELIN, GREGOR. “¿Es compatible la “prohibición de infraprotección” con una concepción liberal del Derecho penal?” (Felip i Saborit, trad.), en *La insostenible situación del Derecho penal*, (Del Arco Torres, Dir.), Ed. Comares, Granada, 2000, p. 298, citando a Hassemer señala que “el principio de protección de bienes jurídicos, en su origen concebido de forma crítica, se ha desnaturalizado, convirtiéndose en el criterio positivo» de una correcta y necesaria criminalización”.

referencia al cambio de paradigma del bien jurídico, para afirmar que en nuestros días, y como consecuencia de la transformación de los criterios de necesidad de intervención, “*tutela necesaria*” puede querer decir, tanto “*tutela estrictamente necesaria*” y, por tanto operar en función limitativa de la criminalización, como “*necesidad de tutela*” con efecto, en cambio, propulsivo respecto a elección de penalización (*poena prima ratio*)⁶²”. El recurso al concepto de bien jurídico se habría transformado en una valoración de utilidad, que, en cuanto impulsora de la criminalización, ha devenido en dañosa.

Estos argumentos se sustentan en que según muestra la evidencia, en diversos ordenamientos jurídicos, existe una tendencia a plasmar tipos penales difícilmente asociables a bienes jurídicos. Y lo cierto es que ello puede ser refutado sólo en parte, pues aunque según lo que se dirá, aquí se estima que una porción importante de esos tipos sí protege bien jurídicos -bienes jurídicos supraindividuales que una parte de la dogmática prefiere desconocer-, existen otros tantos en los que no puede más que asentirse en que éstos no tutelan verdaderos bienes jurídicos.

La pregunta que cabría intentar resolver al finalizar este apartado sería entonces si la aparición de tipos penales que tutelan sólo bienes jurídicos aparentes, dice relación -únicamente- con la escasa eficiencia del concepto de bien jurídico en tanto límite de la criminalización, o si aquel efecto es propio de distintas variables. Existen planteamientos muy diversos para acercarse al tema, que por ahora continúa estando lejos de encontrarse definitivamente zanjado, por lo que necesariamente éste se abordará de forma muy sintética, refiriendo las posiciones más relevantes en torno a él.

Entre quienes niegan vigencia a la protección de bienes jurídicos como fin de la pena, encontramos, perspectivas que consideran como suficiente fundamento de la pena la negación del Derecho que el delito constituye, porque ésta reclamaría la respuesta penal para dar cuenta de la vigencia de la norma. Estas teorías no serán más que enunciadas, porque lo que aquí interesa relevar es que la discusión sobre la crisis del concepto de bien jurídico nace a partir de la contrastación de su actual utilidad *versus* la que le era atribuida para el análisis del Derecho penal nuclear; y especialmente, porque, a mi juicio, resultan incompatibles con el marco jurídico-social asumido en este trabajo -el de un Estado

⁶² ENRICO PALIERO, CARLO. “La doble función del bien jurídico en el ordenamiento jurídico italiano” (Carpio Briz/Fernández Bautista, Trads.), en *Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales*, (Mir Puig/Queralt Jiménez, Dirs.; Fernández Bautista, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 153; En los mismos términos, FEJOO SÁNCHEZ, “Funcionalismo y teoría...”, p. 186.

Democrático de derecho⁶³-, que se define como tal no sólo en función del mecanismo de elección y representación de sus dirigentes, sino, especialmente, en función de su deber de protección de la dignidad todos los ciudadanos, esto es, en la comprensión de cada uno de ellos como el fin último del mismo⁶⁴. De esta exigencia deontológica se deriva que las normas jurídicas, en cuanto pura manifestación del poder estatal, no pueden ser entendidas como objeto de protección por parte del Derecho penal, pues ello supondría dotarlas de un valor intrínseco⁶⁵ -evidentemente funcional al sistema al que pertenecen-.

Naturalmente, nos referimos a las perspectivas funcionalistas sistémicas (y neofuncionalistas), que rechazan por completo la concepción de la protección de bienes jurídicos como fin del castigo penal. Uno de sus reputados exponentes, GÜNTHER JAKOBS, sostiene que *“con su hecho, el autor se aferra a la afirmación de que su conducta, esto es, la defraudación de una expectativa normativa, integra la conducta determinante, y que, entonces, la expectativa normativa en cuestión es un accesorio no determinante para la sociedad. Mediante la pena se declara, contra esa afirmación, que ello no es así, que, antes bien, la conducta defraudatoria no integrará, ni antes ni ahora, aquella configuración social que hay que tener en cuenta”*⁶⁶.

PORTILLA CONTRERAS, en relación a las teorías neofuncionalistas afirma que éstas, que reviven la afirmación de la vigencia de la norma como fin de la pena, ahora desde el prisma del fin preventivo general positivo de la misma- señala que *“precisamente,*

⁶³ Se comparte plenamente lo afirmado por AGUADO CORREA, TERESA, *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*, Ed. Edersa, Madrid, 1999, p. 176, para quien dichas perspectivas son fuente de “una política progresivamente conservadora, pues si la regla político-criminal es suprimir lo disfuncional y potenciar lo funcional, se consolida sin límite la situación presente [y] desaparece, por lo tanto, la transcendencia garantista y dogmática de la teoría jurídica, y pasa a ser un simple axioma”.

⁶⁴En este sentido. FERRAJOLI, LUIGI, “Garantías y Derecho Penal”, en *Garantismo y Derecho penal*, (Sotomayor Acosta, Coord.), Ed. Temis S.A., Bogotá, 2006, p. 8, señala que “Existe, sin embargo, un segundo sentido, o mejor, una segunda dimensión de la “democracia” —no antitética, sino complementaria de la de “democracia política”— que permite entender los fundamentos axiológicos y al mismo tiempo los límites del derecho penal y de la pena: se trata de la dimensión que connota a la democracia como “democracia constitucional” o “de derecho” y que hace referencia no a quién puede decidir (la mayoría, en este caso), sino a qué es lo que no puede decidir ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad”.

⁶⁵ MIR PUIG, SANTIAGO, “Límites del normativismo en derecho penal”, en *Derecho penal del siglo XXI, Cuadernos de Derecho Penal VII-2007* (Mir Puig, Dir.), Ed. Lerko Print, Madrid, 2008, p. 64.

⁶⁶ JAKOBS, GÜNTHER, “Imputación Jurídico Penal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma” (Sánchez-Vera Gómez-Tréllez, trad.), en *Problemas capitales del Derecho penal moderno. LH-Hans Welzel*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 33. Comparto sobre el particular lo que sostiene ALONSO ÁLAMO, MERCEDES. “Bien jurídico material y bien jurídico procedimental y discursivo”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas con motivo del setenta aniversario del profesor Vives Antón*, Tomo I, (Carbonell Mateu/González Cussac/Orts Berenguer, Dirs.; Cuerda Arnau, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 94-95, quien asevera que para estas posiciones, con base en la teoría sistémica autopoyética, el delito es materialmente quebrantamiento de vigencia de la norma, sin embargo, “del Derecho que ‘es no cabe extraer consecuencias sobre el Derecho que “debe ser”. De proceder así se incurriría en una especie de falacia naturalista, en una, podríamos decir, “falacia normativista”.

basándose en un principio de prevención general positiva orientado al mantenimiento del sistema social, su pensamiento se erige en un perfecto círculo en el que no se cuestionan las decisiones del subsistema político creador del derecho: por un lado, la pena se concibe al servicio del ejercicio de la fidelidad al Derecho y, por otro, se estima que la culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico en función de esa misma necesidad preventiva⁶⁷”⁶⁸.

Aunque creo que, como sostiene SILVA SÁNCHEZ, las tesis funcionalistas podrían analizarse “*desde una teoría universalista-ontológica, acerca del bien jurídico-penal, y de aquello que, por el contrario, de ningún modo podría constituir objeto de protección penal*”, erigiéndose en la puerta de entrada a consideraciones críticas sobre la posibilidad de una disfuncionalidad por exceso de punición⁶⁹, este argumento debe ser valorado cuidadosamente para no terminar convirtiéndose en justificación de concepciones arbitrarias en la selección de los bienes jurídicos y en el castigo asociado a su afectación, porque aunque como dice el autor, tal función no es menospreciable, a mi entender, ésta puede ser conseguida de mucho mejor manera por la tesis que estiman la afectación de bien jurídico-penal como único fin legítimo de pena⁷⁰.

La principal crítica que se hace a estas teorías es, entonces, que vacían absolutamente de contenido al concepto de bien jurídico privándolo efectivamente de toda capacidad limitadora,

⁶⁷ PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del derecho penal”, en *Mutaciones de leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, (Portilla Contreras, Coord.), Ed. Akal, Madrid, 2005, p. 59

⁶⁸ En una variante de la misma línea, aunque utiliza el concepto de bien jurídico puede subsumirse la tesis formulada por KARGL, WALTER, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, en *La Insostenible situación del Derecho Penal*, Ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Área del Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Ed. Española, Granada, 2000, p. 59, según la cual “las modalidades de conducta que interesan son ante todo dañosas porque con ellas se lesiona la moralidad jurídico-penal, esto es, la pretensión de valor de los «bienes jurídicos» simbolizada en las normas. En la medida en que las expectativas sólidas desde una perspectiva moral son «protegidas» o «garantizadas» por el Derecho, la lesión de intereses o la defraudación de expectativas puede ser caracterizada globalmente como lesión del Derecho o del sistema, sin que con ello se incurra en la sospecha de estar manteniendo de forma acrítica la estabilidad jurídico-penal”.

⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del derecho penal...*, p. 130.

⁷⁰ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU “Prevención limitada vs Neo-retribucionismo”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2017, p. 287, sostiene que aun cuando la vigencia de la norma se situara en la prevención general positiva, si ello no se interpreta desde una perspectiva material, la pena termina constituyendo pura retribución. Y es que como señala la autora, incluso en el escenario ideal de normas penales dictadas por un legislador responsable que recoge los intereses prioritarios de los ciudadanos, la vigencia de la norma como fin de la pena sigue siendo una respuesta no necesariamente legítima, porque en el caso concreto, aunque la conducta tuviere cabida en la norma, podría no afectar ningún interés socialmente valorado.

Ahora bien, si en casos como el de Chile, el poder legislativo carece de toda legitimidad frente a la ciudadanía porque nació al alero de una Constitución creada en dictadura, y porque ha dictado leyes penales y no penales que han aumentado la brecha de desigualdad que existe entre la población, naturalmente que la idea de la pena como afirmación de vigencia de la norma, resulta completamente insatisfactoria.

porque en sus versiones más radicales legitiman cualquier intervención penal, sirviendo al sistema en perjuicio del individuo⁷¹

1.1.2. De la vigencia y utilidad del concepto de bien jurídico

En el otro extremo encontramos un grupo de autores que defiende que la categoría o concepción del bien jurídico, aporta un irrenunciable contenido material al Derecho Penal. El continuo de posiciones que aquí podemos hallar son múltiples, y fueron iniciadas ya con Von Lizst, para quien los bienes jurídicos eran intereses vitales del individuo y de la comunidad, puesto que “*el orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico*”⁷². Los matices son muchos, porque el contenido y función que se asigna al concepto también lo es, pero todas ellas coinciden en intentar poner cortapisas a la posibilidad de legislador de utilizar el Derecho Penal de manera puramente simbólica o deslizarse hacia el terreno de lo metapositivo. Hoy se encuentran especialmente en alza las teorías constitucionalistas (y neoconstitucionalistas), además, de las de corte sociológico -aunque muchos autores recogen aspectos de ambas-, las que se expondrán muy sucintamente en las líneas que siguen.

a) Teorías sociológico-funcionalistas

Para los autores que podríamos agrupar en las llamadas tesis sociológico-funcionalistas, prima la perspectiva social del bien jurídico, entendida ésta como aquella necesaria para conformar las condiciones indispensables para el mantenimiento del sistema, siendo el concepto de lesividad social lo que definiría a un bien jurídico.

Uno de sus representantes en España es MIR PUIG, para quien “Un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social⁷³”. En otros términos, aunque el fin del Derecho Penal sería asegurar las condiciones de la vida en sociedad, su límite se encontraría en que dichas condiciones fuesen necesarias para asegurar que todo individuo pudiese desarrollarse en el entramado de aquel

⁷¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al derecho penal: Instituciones...*, p. 572

⁷² ALONSO ÁLAMO, *Bien Jurídico material...*, p. 103.

⁷³ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, 7º ed, Ed. Reppertor, Barcelona, 2005.102.

sistema. Como se dirá más abajo, aquí se adoptará una perspectiva cercana a esta comprensión.

b) Teorías Constitucionalistas

Según estas perspectivas, “*La Constitución constituye el elemento más idóneo para que el bien jurídico pueda cumplir la función crítica y la función dogmática*”⁷⁴. La vinculación entre el bien jurídico y la Constitución no sólo sería necesaria, sino plausible, porque en la carta fundamental de cada Estado pueden encontrarse las Garantías y Derechos fundamentales, cuya razón de ser sería la misma que la del concepto de bien jurídico, servir de límite -o imponer reglas- al Estado en su facultad de castigar penalmente⁷⁵.

Para CARBONELL MATEU, en la Carta fundamental encontraríamos -directa o indirectamente- consagrados los valores básicos de una sociedad determinada sobre los que se sustentaría no sólo el Derecho Penal, sino el propio Estado de derecho, un estado pluralista, que maximiza la libertad, restringiéndose, especialmente en materia penal a los mínimos límites necesarios para asegurar la propia subsistencia del sistema social. Así, aunque la teoría del bien jurídico debe continuar marcando las bases sobre aquello que es posible incriminar, vale decir, funcionando como límite del *Ius Puniendi* en favor del libre desarrollo del ciudadano, su capacidad real dependerá de la sujeción del contenido del Derecho Penal al sistema de valores constitucionales, porque “*sólo una norma de rango superior a la ley puede limitar la capacidad normativa del legislador democrático (puede "prohibir prohibir") sin que sea suficiente que ésta se vea sometida a criterios sociales, éticos o funcionales, que nunca van a suponer un límite cuestionable en Derecho*”⁷⁶.

⁷⁴ AGUADO CORREA, TERESA. *El principio de proporcionalidad...*, p. 178.

⁷⁵ HASSEMER, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, (Spinola Tártalo, trad.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático*, (Ortiz de Urbina Gimeno/Ragués i Vallés/Greco, Dirs.; Alcacer Guirao/Martín Lorenzo/Ortiz de Urbina, Edits. En español), Ed Marcial Pons, Madrid, 2016.

p. 92, sostiene en este sentido que “En lo que atañe a la forma de plantear los problemas por el Derecho penal, la Constitución tanto en la parte dedicada a los derechos fundamentales como en las garantías institucionales de los arts. 101 a 104, no se ocupa de nada distinto de aquello de lo que se han ocupado las tradiciones penales desde Beccaria y Feuerbach: los límites a los que ha de someterse al Estado que ejerce el poder punitivo en interés de la protección de los derechos humanos de todos los intervinientes en un conflicto penal”. Para GONZÁLEZ BONDIA, ALFONSO/ QUINTEROS OLIVARES, GONZALO/ FALLADA GARCÍA-VALLE, JUAN, “La protección del bien jurídico protegido a partir de la Constitución”, en *Derecho Penal Constitucional*, (Quinteros Olivares/ Jaria i Manzano, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, en www.tirantonline.com, TOL 5.418.221, p. 2, “el normativismo apoyado en la Constitución es el camino razonable que ha de seguirse en la búsqueda de la razón (o sinrazón) de las leyes penales”.

⁷⁶ CARBONELL MATEU, JUAN, “El principio general de libertad y bienes jurídico-penales. Sobre la “Prohibición de prohibir”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, (Silva Sánchez/ Queralt Jiménez/ Corcoy Bidasolo/ Castiñeira Palou, Coords.), Ed. BdeF, Buenos Aires, 2017, pp. 280-284. En el mismo sentido, ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la*

Una mínima variante de las tesis expuestas, sería aquella que no extrae todo el contenido de los bienes jurídico-penales del sistema de valores constitucionales, pero el *Ius Puniendi* necesitaría de una legitimación intrínseca fundada en sus propios principios limitadores (entre ellos la exclusiva protección de bienes jurídicos), y además una legitimación extrínseca, otorgada por la Constitución y los pactos y tratados internacionales recogidos por la propia Constitución, que el Derecho Penal está obligado a cumplir⁷⁷

En una línea similar, encontramos aquellas teorías para las que el concepto de bien jurídico se estructura utilizando como límite de la razonabilidad a la Constitución, y a partir de allí, rastrean los presupuestos sociales valiosos que siendo presupuestos de una próspera vida en común de ciudadanos libres, son lesionados por comportamientos humanos. De allí, se concluye, entonces, que los bienes jurídicos corresponden a funciones sociales que - conforme a una Constitución y al momento histórico concreto- son valiosas en la estructura social⁷⁸.

Una de las principales críticas que se realiza a estas perspectivas -que fundamentan la legitimidad y utilidad del concepto de bien jurídico a partir de los derechos fundamentales-, es que como señala Alonso Álamo, “*los derechos fundamentales son derechos humanos afirmados (conquistados) en la historia, y a veces la historia da marcha atrás y surgen injustos legales» abrigados bajo el manto de un cambio (acaso constitucional) no respetuoso con aquellos derechos. Si esto es así, importa recordar que los bienes que al Derecho penal interesa preservar tienen vida propia, existen, están antepuestos a la Constitución*⁷⁹. Porque la carta fundamental tiene “*como finalidad primordial el ejercicio del poder político en los Estados de Derecho y no regular el comportamiento de los ciudadanos*⁸⁰”. Por ello, sólo algunos de los derechos fundamentales se encuentran tutelados penalmente, y los que lo están (salvo la Vida), se encuentran protegidos contra los ataques más severos, porque el contenido de bien jurídico-penal y

teoría del delito, 2ª ed., (Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, trads.), Ed. Civitas, Madrid, 1997. (2015), pp. 55-56, “El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado”.

⁷⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. p. 75.

⁷⁸ SZCZARANSKI, FEDERICO. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, en *Política Criminal*, vol. 7, nº 14, (diciembre, 2012), <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol7N14A5.pdf>, p. 393.

⁷⁹ ALONSO ÁLAMO, *Bien jurídico material*..., p.109.

⁸⁰ SANTANA VEGA, DULCE MARÍA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 43.

derecho fundamental respecto a una misma valoración, serán cualitativa y cuantitativamente diversos.⁸¹

c) Toma de posición

No es mi cometido profundizar sobre las posiciones reseñadas, sino, únicamente, en esta parte, defender la validez y necesidad del concepto de bien jurídico, rechazando el funcionalismo radical, por su falta de vocación hacia la limitación del contenido material del Derecho Penal. Tampoco adhiero a las teorías constitucionalistas, porque si bien la Constitución puede ser un referente para el legislador penal, los bienes jurídicos difieren de los derechos fundamentales contenidos en la Carta Fundamental, y en los tratados internacionales ratificados por el legislador, pudiendo pecar por exceso o por defecto.

De hecho, el argumento de ALONSO ÁLAMO, según el cual los bienes jurídico-penales debieran ser previos, distintos -o incluso encontrarse antepuestos a la Constitución, resulta particularmente convincente en casos como el de Chile, en el que aún se encuentra en vigencia la Constitución de 1980, esto es, época de dictadura militar, por lo que mal podría atribuirse a dicha Carta Fundamental un contenido legitimante del Derecho Penal. Por el contrario, nos encontraríamos precisamente en el supuesto de un cambio constitucional que se apartó de los derechos afirmados en la historia, en particular de la dignidad de la persona, o de la libertad social de acción, [y que consiguientemente] debería ser rechazado por constituir un injusto legal o, mejor, un genuino injusto constitucional. Como señala la autora, “el marco referencial de la Constitución, siendo importante en los momentos de firmeza democrática y constitucional, se debilita y deja de ser un referente válido para todo tiempo y lugar⁸²”.

Los críticos del concepto de bien jurídico consideran que éste no ha cumplido funciones limitadoras, y por el contrario, constituiría hoy parte del problema, porque la instalación discursiva de la sociedad del riesgo eleva la prevención a condición de máxima última del sistema, y ha llevado primero a legisladores⁸³ y luego a jueces, a utilizar el Derecho penal como herramienta casi exclusiva para encubrir las deficiencias y vicios estructurales de éste, tranquilizar a la ciudadanía, obteniendo la máxima seguridad subjetiva,

⁸¹ En un sentido afín, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al derecho penal: Instituciones...*, p. 571, y también, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, p. 73, para quienes “aunque detrás de todo bien jurídico haya un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, (...) un derecho fundamental puede dar lugar a diversos bienes jurídicos que merezcan distinta protección penal. Así por ej. el derecho reconocido en el art. 15 de la Constitución (“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”) contiene, a su vez, varios bienes jurídicos con distinta problemática que se refleja en la tipificación de las conductas que pueden afectarles”

⁸² ALONSO ÁLAMO, *Bien jurídico material...*, p.109.

⁸³ En esta línea, FEJOO SÁNCHEZ, “Funcionalismo y teoría...”, p. 195, afirma que “el legislador no se limita a reconocer los bienes jurídicos que existen en la vida social, sino que se dedica a identificar las necesidades de la vida social y convierte la respuesta a dichas necesidades en bienes jurídicos”.

y en definitiva, lo ha convertido en un Derecho penal meramente simbólico⁸⁴, en el que, el rol del bien jurídico ha mutado hasta convertirse en fundamento de incriminación⁸⁵.

A mi juicio, incluso si tales aseveraciones fuesen ciertas, el problema de quienes niegan validez al concepto de bien jurídico parece seguir siendo que, cuando menos algunos de los nuevos valores a los que el legislador ha reconocido relevancia penal, rebasan los espacios que el Derecho penal solía ocupar, porque no se hablaba de crisis del concepto, ni se ponía el acento en sus limitaciones cuando a bienes jurídicos nucleares se trataba⁸⁶, a pesar de que la cuantía y momento adecuado para la intervención penal tampoco podía establecerse con la sola herramienta del bien jurídico.

Desde ya puedo afirmar que comprendo por bien jurídico aquellas especiales valoraciones sociales recogidas desde el ordenamiento jurídico global por el legislador y que permiten al individuo desarrollarse y participar en la comunidad, y, por bien jurídico-penal las que entre éstas poseen una especial relevancia. A partir de esta posición, el concepto sigue prestando utilidad política en la selección de las conductas incriminables penalmente, y dogmática en su faz crítica y restrictiva del tipo, pues no podremos aceptar la intromisión penal en espacios, ni respecto a intereses que no cumplan tales características.

Entre los afines a esta posición, se comparte la premisa de que en el Derecho penal del riesgo con mayor evidencia -si cabe-, el análisis del bien jurídico resulta imprescindible para la correcta crítica político-criminal y dogmática del tipo penal, en cuanto herramienta indispensable para escudriñar en la legitimidad de la intervención en cada caso⁸⁷. Sin

⁸⁴ ALBRECHT, PETER-ALEXIS, “El Derecho Penal en la intervención de la política populista” (Robles Planas, trad.), en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 477- 478.

⁸⁵ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, p. 76, sostienen que en la actualidad existe una tendencia a utilizar el Derecho Penal para ámbitos que tradicionalmente se encontraban fuera de éste, mediante la herramienta de los bienes jurídicos universales, habiéndose generado la ampliación del espectro propio del Derecho Penal, que hoy persigue la prevención de riesgos difícilmente reconducibles a bienes jurídicos. Por su parte, PRITTWITZ, “Sociedad de riesgo...”, p. 263, señala que “Traducido a terminología penal lo anterior significa que, junto a la legitimación proveniente en primera línea de la prometida prevención de riesgos mediante la dirección del comportamiento arriesgado, está en juego a largo plazo -y no precisamente de forma casual- la preservación simbólica de la insegura sociedad de riesgo”.

⁸⁶ En este sentido, SCHÜNEMANN, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, (Martín Lorenzo/ Feldmann, trads.) en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, (Ortiz de Urbina Gimeno/ Ragués i Vallés/ Greco, Dirs.; Alcácer Guirao/ Martín Lorenzo/ Ortiz de Urbina, Edits. en español), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p.218, afirma que “se ha venido polemizando en exceso y de forma innecesaria respecto al problema del menoscabo frecuentemente poco significativo del bien jurídico ecológico, por cuanto ha estado presente desde siempre en el ámbito de los delitos contra la propiedad, sin que haya dado pie para poner en duda la protección penal de la propiedad.

⁸⁷ En este sentido, no participo de la opinión de SEHER, GERHARD, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico” (Alcácer Guirao, trad.), en *La teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, (Ortiz de Urbina Gimeno/ Ragués i Vallès/Greco, Dirs.; Hefendehl, Edit.; Alcácer Guirao/Martín Lorenzo/Ortiz de Urbina, Edits. En

perjuicio de ello, como aquí se asume también, el trabajo dogmático sólo comienza con tal definición, debiendo luego acotarse con la confrontación de la norma con las diversas categorías y principios del Derecho penal⁸⁸, pues sólo de esta forma, “*la limitación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos se convierte por este motivo, por un lado, en el “punto de confluencia” en perspectiva para la interpretación de los tipos penales, y otro lado, en un obstáculo insuperable y una limitación del Derecho penal en todo Estado de derecho democrático*”⁸⁹.

Considero que el fenómeno de la expansión del Derecho penal –entendiendo por tal la incriminación de nuevos espacios, la penalización excesiva de la lesión de bienes jurídicos clásicos, la punición de tempranas etapas del delito, la relajación de las garantías materiales y procesales- no encuentra su causa, ni por ende, tampoco su explicación, en la ineficacia del concepto de bien jurídico⁹⁰, sino en la complejidad social, tecnológica, y comunicacional que ha superado los clásicos paradigmas del Derecho penal, para cuyo entendimiento debemos recurrir a otras ciencias como la sociología, la política o la filosofía, quedándole al Derecho penal sólo la alternativa de, asumiendo tal realidad, intentar buscar herramientas que contribuyan a reforzar que a éste sólo le puede corresponder legítimamente una ínfima -pero no arbitrariamente sesgada- parte de la cuestión, intentando apegarnos, reinventar y reforzar -siempre desde este nuevo prisma-, las garantías y principios esenciales del Derecho penal, y entre ellos el de exclusiva protección de bienes jurídicos⁹¹.

español), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 77, para quien, en muchos casos, “El dilema de la discusión es, por tanto semántico: aparentemente, el debate gira sobre todo en torno al concepto de bien jurídico, pero realmente se trata de divergencias de contenido acerca de cuál deba ser el alcance legítimo del Derecho penal. Y mientras las distintas convicciones se escondan tras el concepto de bien jurídico, el verdadero discurso material quedará oculto”.

⁸⁸ Como sostiene GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al derecho penal: Instituciones...*, p. 572, “una cosa es reconocer, críticamente, su limitación, carencias y relatividad [del bien jurídico], y otra muy distinta, negar o cuestionar su utilidad, sus funciones (interpretativa, sistemática, fundamentadora del injusto, etc.). El bien jurídico no es el único criterio hermenéutico de la teoría del delito (tampoco cabe mantener que todo delito no es más que una lesión, y sólo una lesión, del bien jurídico), pero del bien jurídico no cabe prescindir, ni siquiera en nombre de postulados sociales y funcionalistas”.

⁸⁹ SCHÜNEMANN, BERND, *¿El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, (De la Torre Benítez, Trad.), Ed. Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 40.

⁹⁰ En sentido contrario, FEIJOO SÁNCHEZ, “Funcionalismo y teoría...”, p. 204, afirma que “la concepción preventivo-instrumental de la pena orientada básicamente a la prevención de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos es, en mi opinión, una de las principales responsables teóricas de la denominada tendencia expansionista e intervencionista del Derecho Penal”.

⁹¹ Sobre el particular, no puede sino coincidir plenamente con lo que señala HAVA GARCÍA, ESTHER, “La investigación en Derecho penal”, en *LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr.h.c. Juan M^o Terradillos Basoco*, (De la Cuesta Aguado/Ruiz Rodríguez/Acale Sánchez/Hava García/ Rodríguez Mesa/González Agudelo/ Meini Méndez/Ríos Corbacho, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, 2018, en

Creo, y en esto coincido con FEIJOO SÁNCHEZ, que “*el problema, pues, no es una excesiva espiritualización o, perdónese me el neologismo de moda, «desmaterialización» de los bienes jurídicos, sino de los tipos penales*”⁹². En efecto, la “expansión del Derecho penal” posee diversos factores, y a mi modo de ver, imputarla a la “crisis” de la teoría del bien jurídico no hace más que enturbiar la discusión respecto a la legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales.

Participo, entonces, de la concepción de que tras toda norma penal debe existir un interés socialmente valorado, un bien jurídico, que junto a otras valoraciones constituirá su *ratio legis*⁹³, que además servirá a los efectos de límite de incriminación, criterio de interpretación, y fundamento de restricción del tipo penal. Desestimo, a efectos de este trabajo, todo intento de definición que pretenda que el bien jurídico-penal pueda encontrarse en la naturaleza de las cosas o en una norma determinada, optando por las definiciones trascendentes a la misma, que se construyen sobre la idea de que todo bien jurídico-penal viene dado por la decisión político-criminal previa adoptada al amparo de las valoraciones e intereses afianzados en una sociedad democrática, que el legislador de un Estado de Derecho debe intentar recoger al momento de sancionar una determinada norma, y el juez al dictar sentencia.

En este sentido, aunque comparto que son las mayorías sociales amplias las que deben determinar toda decisión de política legislativa criminal, “como único criterio coherente con una sociedad pluralista, construida por ciudadanos autorresponsables y críticos, a quienes no se puede privar de la decisión de lo que en cada momento consideran que es fundamento imprescindible para la convivencia⁹⁴”. creo que esta aseveración resulta matizable tanto por el distinto nivel de conocimiento y consiguientemente de autorresponsabilidad que en cada sociedad poseen los ciudadanos, como por la influencia que ejercen los grupos de poder sobre ellos, así como por las diferentes oportunidades de acceso real que tienen los ciudadanos de los distintos estados para participar en este necesario diálogo social. Creo que el escenario que describe MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, es

www.tirantonline.com, TOL6.932.362, p. 2, según quien, “es dable exigir al dogmático una cierta responsabilidad para que el sueño de la razón no produzca monstruos: que salga de su aislamiento, que mida las consecuencias que pueden producir en la práctica, para personas concretas, sus elucubraciones de despacho. Esta exigencia de responsabilidad, este «deber de cuidado», es aún si cabe más acuciante en los tiempos que nos ha tocado vivir, en los que la verdadera investigación en derecho penal (la comprometida con la realidad) es concebida como un lujo cultural por los llamados neutrales que, lavándose las manos, se desentienden y evaden de lo que provocan con lo que escriben”.

⁹² FEIJOO SÁNCHEZ, “Funcionalismo y teoría...”, p. 199.

⁹³ MIR PUIG, SANTIAGO, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, *RECPC* 06-02(2004), en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>, p. 5.

⁹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (Especial referencia al ámbito económico)”, en *Mutaciones de leviatán. Legitimización de los nuevos modelos penales*, (Portilla Contreras, Coord.), Ed. Akal, Madrid, 2005, p. 277.

el que debemos perseguir, pero no necesariamente el que encontramos en cada uno de nuestros estados.

En definitiva, en esta investigación se entenderá como bienes jurídicos “*las condiciones de la vida social que afecten a las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social*”⁹⁵. Al igual que hace MIR PUIG, el bien jurídico se concibe como posibilidad de participación, como la facultad de desarrollarse socialmente, intervenir, participar activa o pasivamente sin ser coartado por conductas de terceros, ya sea que afecten sus posibilidades mediante un acometimiento directo en contra de su persona o bienes; ya porque limiten sus posibilidades de intervenir en un determinado ámbito de actividad al privarlo de la mínima seguridad necesaria para ello; ya porque afecten ámbitos de futuro - como el ecosistema donde vive-, poniendo en riesgo su supervivencia o la de sus hijos.

El fundamento de existencia y el contenido de los bienes jurídicos, como señalaba precedentemente, no puede buscarse exclusivamente en la ley, en cuanto prerrogativa del legislador⁹⁶, sino que debe recurrirse a las valoraciones democráticas socialmente establecidas, las que, a mi entender, deben ser extraídas del Ordenamiento Jurídico en su conjunto, esto es, recogiendo como pautas aquellas que se encuentran asentadas en la ley fundamental de cada Estado⁹⁷, y en los instrumentos internacionales ratificados por la amplia mayoría de los países que comparten – cuando menos en sus fundamentos básicos - una tradición jurídico-penal. En palabras de MIR PUIG, “...aquí defendemos una limitación de la libertad normativa del Derecho positivo exigiendo su subordinación a valoraciones culturales fundamentales (también normativas) que condicionen la legitimidad y alcance de las decisiones del legislador. Lo normativo jurídico ha de estar limitado por lo normativo cultural”⁹⁸.

En la presente investigación, se asume entonces la premisa de que el concepto de bien jurídico resulta necesario y útil, tanto desde la perspectiva político-criminal, para

⁹⁵ MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal, Parte General*, 11ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2015, p. 129.

⁹⁶ Ello, porque, en mi opinión, resulta innegable la veracidad de la afirmación de BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Control Social y Sistema Penal*, Colección El Sistema Penal, Ed. PPU, Barcelona, 1987, p. 28, quien señalaba que “los objetos de protección (del Derecho Penal) son producto de una decisión política al interior del sistema, y por tanto, su contenido dependerá del grado de democratización de la instancia política de poder y de sus fallos estructurales”. Por otra parte, a mi juicio, también acertadamente, Díez RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “El abuso del sistema penal”, *RECPC* 19-01(2017), en <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-01.pdf>, p.8, afirma que “el objetivo predominante [de las decisiones legislativas] es producir determinados efectos simbólicos o apaciguadores sobre la población, se trata de leyes oportunistas y coyunturales, en las que no se reconoce una decisión racional ajustada a la realidad social sobre la que se quiere intervenir ni a efectos acreditados de control de la delincuencia”

⁹⁷ Entre otros, ROXIN, *Derecho Penal Parte General, Tomo I...*, pp. 55-56.

⁹⁸ MIR PUIG, SANTIAGO, “Limites del normativismo...”, p. 59.

decidir qué conductas merecen ser sancionadas penalmente, cuanto, desde la perspectiva dogmática, para instar a la doctrina a una revisión permanente y crítica del Derecho penal, y por último, para promover en los jueces una interpretación restrictiva de los tipos.

1.2. Los bienes jurídicos supraindividuales

Dilucidar la cuestión de la legitimidad de la tutela (penal) de los bienes jurídicos supraindividuales, o tan siquiera hacer una acotada reflexión sobre los orígenes, fundamentos y consecuencias de cada uno de los referidos extremos, requeriría también una investigación que excede por mucho a la aquí propuesta, mas, me ha parecido forzoso esbozar las posiciones dogmáticas en la materia, pues el reconocimiento y legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales atraviesa la problemática del medio ambiente, y por ende, la postura que aquí se adopta, a saber, la de la legitimidad de la tutela penal de los bienes jurídicos supraindividuales, constituye el pilar sobre el que se fundamentarán las futuras conclusiones.

Parece conveniente antes de iniciar este análisis, exponer brevemente, cómo se define y caracteriza un bien jurídico supraindividual, y de qué hablamos en este trabajo cuando nos refiramos a ellos. Desde la perspectiva aquí asumida, nos hallamos ante un bien jurídico supraindividual cuando existe un reclamo social-democrático de protección penal en un determinado ámbito, porque la seguridad de los individuos (potenciales víctimas) que participan de él se ve afectada o amenazada por conductas de terceros respecto de las cuales no poseen control, y a veces ni siquiera conocimiento, de tal forma que de no existir una intervención estatal (y penal) sobre dichas conductas, las posibilidades de participación individuales se verían sensiblemente coartadas. Un determinado bien jurídico supraindividual (al igual que uno estrictamente individual) deberá ser tutelado por el Derecho Penal, en la medida que la consolidada y particular valoración y sensibilidad de este interés así lo justifique, y que la tutela por parte de las restantes áreas del Derecho sea insuficiente o ineficaz⁹⁹.

A mi juicio, el medio ambiente queda indudablemente incluido en esta aproximación a los bienes jurídicos supraindividuales, pues los riesgos no controlados sobre el ecosistema pueden causar efectos que redunden en las posibilidades de desarrollo de cada individuo de

⁹⁹ MIR PUIG, SANTIAGO, “Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del *Ius Puniendi*”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIV (1991). Cursos e Congresos nº 64 Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-731-9, pp. 205 ss.

la sociedad, en tanto que hasta donde se conoce, constituye el espacio necesario para ello. Por otro lado, los ciudadanos de a pie no poseemos el control de dichos riesgos, por lo que reconociéndose necesario asumir el coste de esta o aquella actividad industrial, constituye una responsabilidad de quienes las realizan el conocer y precaver que éstos aparezcan o se incrementen de modo relevante.

Pero, ¿dónde debe trazarse la línea que constituirá el límite inferior de la incriminación y sanción penal?, a ello debe responderse, al igual que tratándose de bienes jurídicos individuales, desde el prisma de los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad, y subsidiariedad, justificándose sólo la tutela penal en aquellos ámbitos y respecto de aquellas conductas en las que preventivamente es necesaria la intervención –por la vulnerabilidad de ese sector, su utilidad social y el coste-beneficio de la intervención penal-, especialmente si las demás formas de protección estatal se han demostrado ineficaces. Este punto resulta particularmente sensible, porque la mayoría de los espacios donde encontramos bienes jurídico-penales supraindividuales, están fuertemente regulados por otras áreas de derecho –piénsese en el mercado o el medio ambiente-, que a través de sus herramientas intenta evitar y sancionar –fundamentalmente por la vía pecuniaria- las conductas que atentan contra estos bienes. Sin embargo, las herramientas de aquellos ordenamientos se encuentran muchas veces frente a la innegable realidad de que serán grandes y medianas empresas - frecuentemente amparadas en decisiones de la propia Administración- las responsables de hechos que afecten a estos bienes jurídicos supraindividuales, cuyos costes económicos -las sanciones impuestas- son luego incorporados como costes de producción, y finalmente trasladados al consumidor como parte del valor del producto final¹⁰⁰.

Las características diferenciadoras de los bienes jurídicos supraindividuales respecto de los individuales que ha relevado la Doctrina son que su titularidad pertenece a cada individuo de la colectividad¹⁰¹, y junto a ello, su no distributividad. En palabras de HEFENDEHL: “*Todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser utilizado potencialmente por cualquier miembro de la sociedad, de modo que no es posible asignar*

¹⁰⁰ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, “Protección penal del medio ambiente: Legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente”, en *Derecho penal de la Empresa* (Corcoy Bidasolo, Dir.; Lara González, Coord.), Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, p. 629.

¹⁰¹ HEFENDEHL, ROLAND, “El bien jurídico como eje material de la norma penal” (Martín Lorenzo, Trad.), en *La teoría del Bien jurídico. ¿Fundamento de legitimización del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, (Ortiz de Urbina Gimeno/Ragués i Vallès/Greco, Dirs.; Alcácer Guirao/Martín Lorenzo/Ortiz de Urbina, Edits. en español), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 189, divide esta característica en no exclusión y no rivalidad en el uso.

*el bien jurídico colectivo o un fragmento del mismo sólo a una determinada parte de la sociedad*¹⁰²”.

Además de ellas, una característica que será relevante en este trabajo, es que su ataque no se identifica con un resultado físico-natural, porque en ningún caso la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico supraindividual coincidirá con la lesión del objeto material del delito, y ni tan siquiera con la del sustrato del bien jurídico -aunque como se verá el bien jurídico ecológico presenta particularidades en este ámbito-, resultando esta característica especialmente relevante para analizar la estructura típica normalmente asociada a estos bienes jurídicos, a saber, la del delito de peligro¹⁰³.

1.2.1 El estado de la discusión

Volviendo al cometido de este apartado -la legítima y necesaria protección de los bienes jurídicos supraindividuales-, puede señalarse que existe muy poca discusión, si acaso la hay, respecto a la legitimidad de la tutela penal de un conjunto de delitos que configuran el denominado “Derecho penal nuclear” -concepto de cuño alemán, *Kernstrafrecht*-, que delimita materialmente los tipos penales, e incluye únicamente bienes jurídicos estrictamente individuales, como la vida, la salud, la propiedad, o la libertad; de hecho, toda la doctrina liberal del Derecho penal, construida en el siglo XIX lo fue desde y para dichos delitos. Sin embargo, si preguntásemos por la protección bienes jurídicos supraindividuales o colectivos como el medio ambiente, la seguridad de los trabajadores o de los consumidores, una parte de la doctrina alemana y española¹⁰⁴ afirmaría que deben permanecer fuera del Derecho penal.

En una drástica pero necesaria simplificación, puede afirmarse que hoy podemos distinguir cuando menos dos posicionamientos antagónicos -entre los que se encuentran múltiples soluciones intermedias-, sustentados ambos por importantes autores que mayoritariamente defienden la vigencia y legitimidad de la teoría del bien jurídico. Por una parte, encontramos a aquellos -cuya cuna suele identificarse con la llamada Escuela de

¹⁰² HEFENDEHL, “El bien jurídico como eje...”, p. 183.

¹⁰³ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 207-208.

¹⁰⁴ Permaneciendo aún vigente en Chile un CP del año 1874, cuya parte general y especial (excepto para la ampliación de los ámbitos de protección de bienes jurídicos individuales y el aumento de las penas) ha visto muy pocos cambios, la dogmática y especialmente la jurisprudencia, están recién comenzado a debatir más profusamente, sobre los fundamentos, y características de los bienes jurídicos supraindividuales.

Frankfurt¹⁰⁵- que, reconociendo la existencia de nuevos espacios de desarrollo humano derivados de la evolución tecnológica y social acaecida a partir del siglo XX, como serían el medio ambiente, el mercado, los riesgos atómicos, laborales, genéticos, etc., consideran que éstos deben mantenerse fuera del Derecho penal, porque las garantías individuales liberales serían incompatibles con la protección por el Derecho penal de estos nuevos riesgos y porque las herramientas del Derecho penal serían inapropiadas para ellos. En el otro extremo, suele situarse a la solución denominada “maximalista”, que integra a autores que consideran legítima y necesaria la intervención del Derecho penal en estos nuevos espacios, aunque ello importe la flexibilización o relajamiento de los criterios de imputación clásicos y consiguientemente la merma de garantías para los individuos¹⁰⁶. En una línea ecléctica o intermedia, encontramos a aquellos autores que sostienen que es deber del Estado la protección de los nuevos riesgos, sin que ello deba necesariamente significar una merma de garantías o de rigor dogmático¹⁰⁷.

Como un matiz de las posturas que niegan legitimidad a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales suele hacerse mención a las posiciones que postulan sancionar mediante una tercera vía o un derecho intermedio entre el penal y el administrativo las conductas cometidas en estos nuevos ámbitos como proponen, entre otros, en Alemania HASSEMER y en España SILVA SÁNCHEZ, para quienes, dado el estado de cosas, en particular el hecho que la actual vocación del Derecho penal es intervencionista y “reglamentadora”, y que una despenalización de los atentados contra bienes jurídicos de los nuevos ámbitos

¹⁰⁵ Representada en Alemania por HASSEMER, ALBRECHT, PRITTWITZ. Sobre el particular, HASSEMER, WINFRIED / MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 1989, pp. 108-109. Cabe consignar, que el principal representante de las tesis minimalistas, HASSEMER, WINFRIED, “¿Puede haber delitos...”, p.104, aunque sin alejarse de su perspectiva personalista del bien jurídico, ha señalado –en lo que pareciese un acercamiento al centro del continuo-, que son tres los criterios “que debería satisfacer en la actualidad un concepto solvente de bien jurídico”, mencionando como el primero de ellos que “La noción de bien jurídico debería adecuarse a la realidad: cuando hablamos de bien jurídico, hablamos de la relación correcta entre Derecho y vida, de un puente firme hacia los «verdaderos» bienes de las personas hoy en día; esto exige una integración inteligente en el sistema de bienes jurídicos de las condiciones de vida de la moderna socialización, esto es, sobre todo de intereses universales”.

¹⁰⁶ Dan cuenta de estas diferentes perspectivas, GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR. “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en *Política criminal y reforma penal* (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, Dirs.; Gómez Martín, Coord.), Ed. Edisofer, Madrid, 2007, pp. 78 ss.; HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS, *Protección penal de la seguridad del trabajo. Una aproximación a la configuración del Derecho penal en la “sociedad del riesgo”*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, p. 37.

¹⁰⁷ En España, entre otros, ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 10; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección...*, pp. 26 ss.; GÓMEZ MARTÍN, “Cultura del control, sociedad...”, p. 100; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Algunas reflexiones sobre...”, p. 268; PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre Iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, (De Toledo y Ubieto/ Gurdíel Sierra/ Cortés Bechiarelli, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 913.

aparece como impensable, resultaría más apropiado que allí donde las garantías se han flexibilizado (espacio que asignan a los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales), las sanciones no fuesen privativas de libertad, reservándose estas últimas sólo para el Derecho penal nuclear. En definitiva, estimando irreversible la expansión del Derecho penal, el segundo autor opta por una “*configuración dualista del sistema del Derecho penal, con reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles*”¹⁰⁸.

A mi juicio, aunque ello resultase probablemente menos complejo dogmáticamente, importaría la discriminación de los castigados por el Derecho Penal liberal -que afectan los bienes jurídicos de unos pocos- a quienes se les continuaría aplicando la más drástica sanción -la privación de libertad- respecto de aquellos que mediante sus conductas afectan bienes jurídicos supraindividuales incidiendo en el desarrollo individual de muchos, a quienes se les castigaría con sanciones menos severas. No veo razón -desde la perspectiva de la culpabilidad y la proporcionalidad- para aceptar que al autor de un hurto pudiese castigársele con una pena privativa de libertad, en tanto que a quien ha contaminado las aguas de un río -y dañado el ecosistema que sustenta- por el conocido mal manejo de los desechos de la fábrica que dirige debiese sancionársele sólo mediante una multa, por severa que fuese¹⁰⁹.

Esta inequidad se hace aún más grave si se toma en cuenta que la mayor parte de las veces las posibilidades de motivación real por la norma que los “delincuentes clásicos” pueden tener, será infinitamente menor que la que pueda esperarse de los delincuentes de los nuevos sectores. En este sentido, LARRAURI señala que “*en palabras breves y claras: la prevención general funciona respecto de los que no la «necesitan». Respecto de los que la «necesitan» no funciona. Esta conclusión se deriva del marco de referencia comunicativo*”¹¹⁰

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...*, p. 175.

¹⁰⁹ En una posición decididamente contraria, STRATENWERTH, GÜNTER. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. (Cancio Meliá/Sancinetti, trads.), Ed. Aranzadi, Navarra, 2005, p. 58, señala que “parece de poca utilidad reaccionar contra una evolución probablemente imparable y justamente también necesaria sólo repeliéndola y proponer como alternativa -extremadamente irrealista- un «derecho preventivo de intervención», cuyos contornos son, por ahora, por decir poco, sumamente oscuros. El intento de desplazar a otros ámbitos del Derecho problemas que exigen al pensamiento tradicional más de lo que puede dar, no puede ser una solución”. A su turno, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Algunas reflexiones sobre...”, p. 268, refiriéndose a la propuesta de Silva señala que “mis discrepancias afectarían al contenido del cuerpo normativo accesorio. En efecto, por mi parte, me limito a insistir en la idea de que los delitos económicos de mayor gravedad deben permanecer en la esfera del Derecho penal nuclear y ser conminados con penas privativas de libertad”.

¹¹⁰ LARRAURI PIJOAN, ELENA, “Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo”, en *Garantismo y Derecho penal*. (Sotomayor Acosta, Coord.), Ed. Temis, Bogotá, 2006 p. 84.

En mi opinión las afirmaciones precedentes no son una muestra de lo que SILVA SÁNCHEZ considera una exacerbación de la criminalidad de los poderosos, en virtud de la cual –entre otros factores- *“la apuesta, que parece decidida, por una expansión del Derecho penal, que conlleve la relativización de los principios de garantía y reglas de imputación en el ámbito de la criminalidad de los poderosos, [que] siendo criticable en sí misma, puede incurrir además en el error adicional de repercutir sobre la criminalidad en general, incluida la de los powerless, en los que no parece pensarse en primera instancia a la hora de proponer las reformas antigarantistas”*¹¹¹.

Por el contrario, a mi entender, es cierto que la “criminalidad de los poderosos” se ha ido instalando en el debate, pero ello resulta natural en el ámbito dogmático porque se intenta abordar críticamente las reformas legislativas que apuntan en esa dirección; en los tribunales porque se ven enfrentados en ocasiones a dichos sucesos, y en la población, porque de tanto en tanto se advierte como la actuación de uno o más individuos ha lesionado intereses de la comunidad. No se trata de instalar un discurso en contra de los poderosos, sino -asumiendo la altísima tecnificación de la sociedad actual, que se traduce en que organizaciones empresariales de gran envergadura lleven a cabo a diario acciones generadoras de importantes riesgos colectivos-, de “distribuir” democráticamente el Derecho penal, vale decir, conforme a la magnitud de los riesgos y lesiones que produzcan las conductas y a la vez, de dirigir las pretensiones de motivación a sujetos que tengan posibilidades de recibir el mensaje normativo.

En el contexto de este debate, aparece un tópico relevante, y diferenciable del que se ha abordado en las líneas previas: El rol de la víctima en el fenómeno de la expansión del Derecho penal. Porque quienes propugnan la limitación del Derecho penal enarbolando la bandera de la libertad, aducen que su objetivo es evitar excesivas injerencias del Derecho penal en la esfera personal; y desde la otra vereda se indica que éstos omiten la reflexión de que ello sólo resulta acertado si la libertad que se pretende proteger es la del autor, ya que el Derecho penal no debería nunca incidir sobre quien cumple la norma, y *“si esto sucede no es un problema de la norma penal sino de sus aplicadores (...) el Derecho penal tiene*

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...*, p. 53, agrega que “el tema en el debate social no es la criminalidad de los desposeídos, *leit-motiv* de la doctrina penal durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XX, sino, sobre todo, la criminalidad de los poderosos y de las empresas (crimes of the powerful - corporate and business crime)”, lo que, según el autor, podría introducir un importante error de perspectiva porque el 80% de la criminalidad continúa manifestándose como criminalidad de los marginados (*lower class crime*), de modo que se corre el riesgo de tomar la parte menor, pero muy difundida por los medios de comunicación) por el todo. En mi opinión, y aunque debe ponerse atención en no avanzar ahora hacia una estigmatización de signo contrario, las cifras de criminalidad a partir del autor del delito, pueden también interpretarse como evidencia de la antidemocrática selección de los bienes jurídicos por el Derecho penal. Además, nada refieren en relación a las víctimas de los delitos, y no puede soslayarse que la criminalidad clásica tiene usualmente como víctimas a individuos determinados, en tanto que la de los nuevos ámbitos es ejercida en contra de la colectividad.

que tener en cuenta la “víctima”, que en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales son todos los ciudadanos menos los autores ¹¹².

En mi opinión, un Estado democrático de derecho está obligado a procurar la seguridad de las potenciales víctimas –cada individuo de la sociedad- en dos momentos. El primero, al momento de la selección de los bienes jurídico-penales, para poder prevenir la realización de conductas censuradas por éstos por coartar sus posibilidades de desarrollo, y la segunda, cuando se ha producido el delito, para procurar que el proceso penal no le signifique un coste adicional, y por el contrario, se le provea de mecanismos efectivos de reparación¹¹³.

Creo que debiera permitirse –para garantizar su seguridad y por medio de ella, su libertad-, la participación de las potenciales víctimas en el diálogo social, que sirviera de fundamento de legitimidad de la intervención penal en ciertos ámbitos. Una vez absorbida la “verdadera” demanda social de seguridad en ciertos espacios mediante la instauración o reconocimiento de un bien jurídico como bien jurídico-penal –individual o colectivo-, indudablemente que debiera esperarse que en la efectiva protección de ese bien jurídico-penal, esto es, en la descripción típica de una conducta determinada y en la posterior aplicación de la sanción a ella asociada no se violentasen las garantías básicas que el Derecho penal y procesal penal le entrega al autor, es decir, que no se coarte su libertad más allá de lo legítimamente tolerable, sin que la víctima juegue aquí rol alguno.

Si la selección de lo incriminable –y sus límites- es sólo política, y lejos de proteger a las potenciales víctimas sólo intenta compensar *el desacierto de la política estructural a través del Derecho penal*¹¹⁴, en tal caso, será, justamente la dogmática a quien le toque ponerlo de manifiesto. Debemos ser capaces de distinguir entre *aquellos que se afanan realmente por promover actuaciones frente a las modernas formas de criminalidad* –

¹¹² CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección...*, p. 192.

¹¹³ En este sentido han transitado las directivas comunitarias en la materia, consagrando un catálogo de derechos que los Estados parte deben procurar a las víctimas de delitos. Sin embargo, con ocasión de la última de ellas, la Directiva 2012/29/UE, el legislador español dictó la Ley 4/2015, de 27 de abril, el Estatuto de la víctima del delito, en la que introdujo, en el artículo 13 una inédita, y a mi juicio, perniciosa facultad para la víctima de intervenir en la etapa de ejecución de la condena, pudiendo recurrir, en los “1.º Delitos de homicidio, 2.º Delitos de aborto del artículo 144 del Código Penal. 3.º Delitos de lesiones. 4.º Delitos contra la libertad. 5.º Delitos de tortura y contra la integridad moral. 6.º Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. 7.º Delitos de robo cometidos con violencia o intimidación. 8.º Delitos de terrorismo. 9.º Delitos de trata de seres humanos”; en contra de resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria que digan relación con la anticipación del tiempo que el penado permanece en la cárcel, con beneficios intrapenitenciarios, y con el otorgamiento de la libertad condicional. Ello, a pesar de que, como señala RENART GARCÍA, FELIPE, “Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena (Análisis del art. 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, a la luz de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal)”, *RECPC* 17-14 (2015), en <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-14.pdf>, pp. 59-60, “El protagonismo de la víctima debería concluir en la sentencia; [porque] no resulta tranquilizadora la perspectiva de una sociedad en la que personas, asociaciones y fundaciones, necesariamente parciales en el conflicto existente, intervengan en la privación o limitación de derechos de quienes les han perjudicado. Darle la vuelta al principio *in dubio pro reo* para convertirlo en *in dubio pro victima* responde a una política criminal emocional y pasional, nada recomendable. Y es que poner a las víctimas como eje de la política criminal es un error ético, pues o es exigirles una imparcialidad y objetividad imposible para ellas o es plegarse a una idea de justicia distinta de la que debería imperar en una sociedad racional”.

¹¹⁴ CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección...*, p. 487.

asociaciones ecologistas, de consumidores, etc.-, de aquellas que luchan meramente por el mantenimiento de la ley y el orden – asociaciones vecinales, de comerciantes...-¹¹⁵.

El problema, según creo, surge porque tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Procesal Penal, la víctima ha transitado desde la invisibilidad¹¹⁶ al absoluto protagonismo, siendo hoy un elemento que puede motivar la decisión de un juez, o lo que es peor, la intervención de un legislador populista. Cuando un ciudadano por sí o en representación de un número indeterminado de ellos, se ve afectado por la comisión de un ilícito (la mayor parte de las veces, por un delito contra bienes jurídicos individuales), éste se convierte no sólo en sujeto de reparación real, sino que se alza como instrumento mediático, o sirve de estandarte para quienes se encuentran en posiciones de poder, y exigen, principalmente, el endurecimiento de las penas, la relajación de las garantías procesales, o el recurso a las técnicas del Derecho penal de urgencia o del enemigo.^{117 118}

Para SILVA SÁNCHEZ “*ello provoca la consiguiente transformación también en el ámbito del Derecho penal objetivo (ius poenale). Se tiende a perder la visión de éste como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado*”. El autor considera que una de las causas del fenómeno expansivo del Derecho penal, sería la creciente transformación de los ciudadanos en sujetos pasivos -beneficiarios del Estado de bienestar- que, junto a colectivos de gestores atípicos de la moral reclaman de éste su

¹¹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La política criminal en la encrucijada*, Colección Estudios y debates en Derecho penal n° 3, (Silva Sánchez, Dir.), Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p.154.

¹¹⁶ Porque como afirma GÓMEZ MARTÍN, “Cultura del control, sociedad...”, p. 101, “la historia de la ciencia del Derecho Penal en general, y la de la teoría del delito en particular, ha sido, en realidad, la historia de la postergación o neutralización de la víctima”.

¹¹⁷ Posición expresada por ZAFFARONI, en una conferencia realizada en el contexto del XV Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Criminología, Universidad de Barcelona, julio, 2008. Para ALBRECHT, “El Derecho Penal en la intervención...”, p. 474, “todos los medios de intervención estatal, desde los medios de investigación encubiertos hasta las escuchas en viviendas encuentren su justificación en la limitación preventiva del riesgo que devendría de la orientación de los mecanismos formales y materiales del Derecho penal a la víctima”.

¹¹⁸ Me resulta inevitable traer a colación la llamada “Ley Emilia”, ley 20.770, dictada en Chile el 16 de septiembre de 2014, y que modificó la Ley de Tránsito, endureciendo las penas para la conducción de vehículo en estado de ebriedad, introduciendo por primera vez un marco rígido de determinación de la pena, y además, como norma excepcionalísima, no prevista para ningún otro ilícito, estableciendo que cuando el delito causara resultado de lesiones gravísimas o muerte, podría concederse las penas sustitutivas de acuerdo a las normas generales, pero “la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado”. En otros términos, a diferencia de cualquier otro ilícito de similar o mayor disvalor, los autores de un delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad con resultado de lesiones gravísimas o muerte, perentoriamente debían cumplir cuando menos un año privados de libertad. Esta ley fue dictada luego de una intensa y sostenida campaña mediática (impulsada por los padres de Emilia, y secundada por organizaciones de víctimas y comunicadores de los *mass-media*), que incluía la reiteración del vídeo en que se apreciaba el momento del impacto y muerte de Emilia Silva Figueroa, lactante de nueve meses de vida, quien falleció el 21 de enero 2012 cuando un vehículo conducido por un sujeto con 1,9 gramos de alcohol por litro en sangre, impactó el vehículo en que ella era transportada por sus padres. A pesar de que en mi opinión, naturalmente aquella conducta merece un importante reproche penal por el grave riesgo que genera, no resultaba comprensible que, por ejemplo, un homicida o un violador -sin anotaciones penales- pudiese cumplir una pena sustitutiva en libertad, mientras que el que causara una muerte por conducir en estado de ebriedad debiese cumplir cuando menos un año efectivo de encierro. La norma aún se encuentra vigente (art. 169 Ter de la ley 18.290), pero el TCCH ha declarado invariablemente su inaplicabilidad por desproporcionada e inequitativa.

protección mediante el recurso al Derecho penal, por su autopercepción como potenciales víctimas.¹¹⁹

Creo que lo que SILVA SÁNCHEZ describe –por cierto, muy anterior a la consolidación de bienes jurídicos supraindividuales- se ha venido desarrollando a partir de los nuevos mecanismos de comunicación de masas, que ha hecho que algunos ciudadanos, hoy “informados” de acciones de terceros que les resultan intolerables, alcen su voz para requerir la intervención estatal mediante el Derecho penal, para exigir castigos ejemplificadores, procesos rápidos, mayores penas, incriminación de nuevas conductas etc....¹²⁰ Este fenómeno, que por cierto no influye sólo en los ciudadanos, sino en los operadores del sistema judicial y en los legisladores, constituye inequívocamente un factor de la expansión del Derecho penal -aunque a mi juicio, especialmente en relación a bienes jurídicos nucleares-, pero de una “expansión” que no es la propugnada en esta sede, porque naturalmente, no cualquier reclamo de la opinión pública, o toda necesidad de seguridad puede ni debe ser asumida por el Derecho Penal -menos en una sociedad que como sostiene HASSEMER muchas veces es víctima del terror mediático-, porque ello atenta contra los principios y garantías básicas del mismo¹²¹; sólo debe tutelarse, a mi entender, aquellas que emanando del diálogo social -de un racional debate político-criminal entre todos los actores-

¹¹⁹ Para SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...*, pp.46-47, la “identificación social con la víctima” es uno de los factores que ha incidido en la expansión del Derecho penal, porque “se está produciendo un cambio progresivo en la concepción del Derecho penal subjetivo (*Ius puniendi*): de advertirse en él ante todo “la espada del Estado contra el desvalido delincuente” se pasa a una interpretación del mismo como “la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos. Por el contrario, MARTÍNEZ-BUJÁN, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo Siglo*”, en *Libro Homenaje al profesor José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p. 410, sostiene que “es un lugar común en la literatura criminológica afirmar que otra de las causas de la insuficiente represión de los delitos económicos radica justamente en la identificación de la víctima (en muchos casos «diluida» o «difusa») con el autor del delito”.

¹²⁰ Siempre según SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...*, pp. 74-75, “La aspiración naïve de eficacia en la obtención de las ansiadas seguridad y satisfacción por parte de una colectividad que se autocomprende ante todo como víctima conduce a una animadversión frente a algunos de los elementos característicos del Derecho penal clásico: el trato con valores (de entrada, con la verdad y la justicia) y la articulación de dicho trato a través de procedimientos formales. Unos y otros se interpretan como obstáculos, como problemas en sí mismos, que se oponen a una gestión eficiente de las cuestiones de seguridad. Así, desde la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, hasta las reglas del debido proceso y la jurisdiccionalidad, pasando por la totalidad de los conceptos de la teoría del delito, el conjunto de principios del Derecho penal se contempla como sutilezas que se oponen a una solución real de los problemas”.

¹²¹ En este sentido, y aunque no comparto las consecuencias que el autor le atribuye-, adhiero plenamente a ABEL SOUTO, *Teorías de la pena y límites...*, p. 56, cuando sostiene que “Actualmente asistimos a una proliferación de procesos legislativos y corrientes doctrinales de sesgo antigarantista, a un recurso permanente a la legislación punitiva con el único fin de tranquilizar a la opinión pública, que debe ser tachado de simbólico, pues sólo persigue aplacar reacciones sociales emotivas mediante normas de eficacia limitada al ámbito publicitario, “cuya efectividad preventiva está muy lejos de quedar demostrada”. Así, en el marco de una política criminal oportunista que pretende superar el modelo penal del garantismo mediante una nueva forma de control social, se introducen adelantamientos en la protección de bienes jurídicos, agravaciones penológicas, nuevas tipicidades y se amplían las preexistentes. En suma: la expansión del Derecho Penal relega al ámbito de la fantasía las políticas criminales despenalizadoras”.

se hallen contenidas en el Ordenamiento Jurídico y sirvan a los fines de obtener un “libre” desarrollo de los individuos, siempre teniendo como límites de incriminación y de interpretación los principios básicos de proporcionalidad, *ultima ratio* y fragmentariedad que acotarán la esfera de acción del bien jurídico¹²².

Si el legislador, forzado por presiones mediáticas o electoralistas- crea nuevos tipos penales en protección de presuntos “bienes jurídicos individuales o supraindividuales” con total desapego a la dialéctica referida no es deber de la dogmática ni de los jueces el intentar legitimarlos, sino desde una perspectiva crítica, evidenciarlos y luego darles una interpretación coherente con los valores de un Estado Democrático y Social de Derecho, pues de otro modo, se corre el riesgo de terminar justificando normas penales antidemocráticas, ineficaces, e injustas^{123 124}

A mi juicio, La defensa de los derechos de la víctima de delitos contra bienes jurídicos supraindividuales –eventualmente toda la sociedad- fluye por otras aguas, pues, como señala CORCOY, aquellos derechos sí debiesen ser relevantes en el proceso de selección de conductas incriminables penalmente (en el que evidentemente no puede considerarse los “derechos” del autor). De este modo, la primera reflexión que debiera hacerse es si el interés de que se trata, posee la valoración normativo-social necesaria por parte de la comunidad –potencial víctima- para ser protegida por el Estado, esto es, para estimarse un bien jurídico, y tras ello, recogiendo los límites esenciales del Derecho penal determinar si existe una acción que represente un desvalor tal como para asumir el necesario

¹²² No me parece razonable que si en la selección de los bienes jurídico-penales nucleares la consideración de la libertad de la víctima frente a acciones desvaliosas de terceros sirvió de fundamento indiscutible para la intervención penal, hoy, su sola mención se tilde de antiguarantista.

¹²³ En este sentido, participo de lo señalado por STAEHELIN, “¿Es compatible la “prohibición de infraprotección...”, p. 304, respecto a que “el enfoque unilateral centrado en el pensamiento de la seguridad que se refleja en el postulado de la prohibición de infraprotección encuentra su parangón en el abuso del principio de protección de bienes jurídicos. La figura de la prohibición de infraprotección soslaya reflexiones legislativas necesarias. (...) Parece urgente salir al paso del discurso de la política-criminal práctica para reclamar que se vuelva a plantear un tratamiento orientado a principios del sistema de Justicia criminal que tome en serio la dignidad y la libertad de la persona.”

¹²⁴ Comparto sí, el diagnóstico de MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad*, p. 46, en cuanto a que “la demanda de protección, en ocasiones masiva, se canaliza, por tanto, a través de la ampliación del Derecho penal, sin constatar siempre ni en suficiente medida, en primer lugar, si la respuesta obedece al principio de necesidad; en segundo lugar, si es respuesta adecuada para conseguir las soluciones más idóneas y eficaces a los problemas planteados y, en tercer lugar, pero no por ello de menor relieve, si es una respuesta que se mantiene dentro de los límites de una intervención legítima del Derecho Penal”. Del mismo modo, me parece inquestionable que, como sostiene SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...* p. 32, “Al plantearse esta demanda [de seguridad], ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho: al contrario, éstas se ven a veces denostadas como demasiado “rígidas” y se abona su “flexibilización”.

coste individual –aquí si es necesaria la consideración del autor- y social que la sanción penal representa.

La dogmática ha puesto sus esfuerzos –y a mi juicio debe seguir haciéndolo- en limitar tales costes, en construir mediante el enriquecimiento teórico de los principios y garantías del Derecho penal una barrera infranqueable en beneficio del presunto autor, pero resultaría paradójico defender la libertad de éste en la selección de los bienes jurídico-penales¹²⁵ o en la individualización de la pena. La libertad del agente no puede utilizarse como argumento en descrédito de la intervención penal frente a nuevos riesgos, salvo que los defensores del Derecho penal mínimo pretendiesen cambiar el paradigma, lo que nos trasladaría a un estado que no protege la igualdad ni la democracia, porque los posibles controladores de los nuevos riesgos, y por ende, los potenciales autores de los tipos penales asociados a éstos, suelen ser directivos de empresas o a lo menos individuos con un importante poder adquisitivo. Si su libertad merece una especial protección, debiésemos asumir sin tapujos, que *“el Derecho penal tiende a privilegiar los intereses de las clases dominantes y a inmunizar del proceso de criminalización comportamientos socialmente dañosos típicos de los individuos pertenecientes a ellas y ligados funcionalmente a la acumulación capitalista, y tiende a orientar el proceso de criminalización sobre todo hacia formas de desviación típicas de las clases subalternas”¹²⁶*.

1.2.2 Ilegitimidad (o inexistencia) de bienes jurídicos supraindividuales

Los detractores del Derecho penal de los nuevos espacios, entonces, sostuvieron como idea fundamental, que la progresiva demanda ciudadana de protección penal era generada, principalmente, por la fuerte exposición mediática no neutra de la violencia¹²⁷,

¹²⁵ Sin perjuicio que para establecer el riesgo permitido vale decir que, en un momento posterior, se pueda tener en cuenta el (escaso) coste para el bien jurídico tutelado *versus* el (alto) coste para el autor.

¹²⁶ AGUIRRE, EDUARDO LUIS. “Baratta y el bien jurídico penal”, en *SERTA, In memoriam Alexandri Baratta* (Pérez Álvarez, Coord.) Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p.158.

¹²⁷ ALBRECHT, “El Derecho Penal en la intervención...”, p. 480, puso como ejemplo de lo que denominó *“el mito de la criminalidad violenta”*, que, por un estudio hecho en Alemania en 1992, se afirmó que cada 3 minutos ocurría un delito violento –homicidio, lesiones, violación, o robo- en dicho país. El autor releva que lo que no se dijo al entregar tales resultados es que aun si se estimase que el número real de delitos violentos acaecidos anualmente fuese el triple, teniendo en cuenta que la población bordeaba entonces los 80 millones de habitantes, estadísticamente cada individuo sería víctima de uno de estos delitos cada 177 años.

que se trasuntaba en una permanente sensación de inseguridad de los individuos^{128 129}, y que fue abordada por el Derecho penal como única herramienta de solución, y sobre todo, de prevención, a pesar de no contar éste con el instrumental necesario para tutelar los nuevos ámbitos –a los que fue principalmente dirigido-. Así, el propio concepto de bien jurídico mutó desde una percepción crítica a una criminalizadora, en beneficio de la anhelada prevención, lo que derivó en un “necesario” e inaceptable relajamiento de las garantías y principios penales.

Ante esta situación, al Derecho penal no le quedaría más alternativa que confinarse a los límites donde sí puede ser coherente con los principios que lo sustentan, esto es, a intereses que a lo menos mediatamente, lo sean del individuo, relegando los nuevos espacios al Derecho administrativo, Civil¹³⁰, o a un “Derecho de la intervención”.

Para estos autores, la forensia penal habría demostrado que la inclusión en los textos legales de tipos penales presuntamente protectores de estos nuevos ámbitos, no pasan de tener un fin puramente simbólico¹³¹, constituyendo mecanismos de pedagogía social

¹²⁸ HASSEMER, WINFRIED, *Críticas al derecho penal de hoy*, (Ziffer, trad.), Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 45-62, aludió derechamente a una dramatización de la violencia, característica de nuestras sociedades, porque “violencia, riesgo y amenaza constituyen hoy fenómenos centrales de la percepción social”.

¹²⁹ En Chile, antes de lo que se ha venido denominando *Estallido social* -que comenzó el 18 de octubre de 2019- la mayor preocupación ciudadana era la delincuencia clásica, especialmente la patrimonial, a pesar de que los índices de criminalidad eran comparativamente bajos respecto a los demás países de la región. No se discutía, salvo por las élites de técnicos y operadores, la criminalidad empresarial, que -salvo para los escasos delitos en los que rige- aún parecía lejana.

Hoy, tras innumerables saqueos, incendios, y robos -que han acompañado a las manifestaciones ciudadanas que claman por el fin de la desigualdad social-, y su transmisión diaria, en vivo por los canales de TV y los demás medios de comunicación, aquella criminalidad -la patrimonial- se ha vuelto la única importante para una parte de la población que reclama más seguridad, mediante reformas legislativas que disminuyan garantías penales y procesales esenciales, y que aumenten las penas. De hecho, ya se han tramitado leyes “antiencauchados” y “antisaqueos”, que dudosamente podrán estimarse respetuosas de los principios penales.

A mi modo de ver, ello demuestra, por una parte, que el tránsito hacia la pretensión social de tutela penal de los nuevos riesgos no pasa por la “fuerte exposición mediática no neutra de la violencia” -que en Chile ha existido desde mucho antes a esa fecha respecto de bienes jurídicos individuales-, sino por la madurez de la sociedad para identificar aquellos nuevos riesgos, cuantificar su intensidad y reclamar por su sanción penal.

¹³⁰ ALBRECHT, “El Derecho Penal en la intervención...”, p. 487, “Si no se quiere quebrar el Derecho penal del Estado de Derecho, éste debe únicamente mantenerse replegado al margen de la función de control preventivo general que se le está atribuyendo – y no sólo por parte de la política diaria-. Ello no significa la renuncia al control jurídico, sino la vuelta hacia las formas y los medios de control jurídico adecuados y razonables de que disponen el Derecho civil, el Derecho administrativo y el Derecho de la Seguridad Social”.

¹³¹ ALBRECHT, “El Derecho Penal en la intervención...”, p. 477, señala que “En el plano político la intervención de la justicia penal actúa a modo de mecanismo políticamente deseado de encubrimiento y ocultación de las contradicciones del sistema. Gracias a él los problemas sociales se personalizan, logrando escapar de una imputación política”.

dirigidos al ciudadano, cuya ineficacia habría quedado demostrada por el escaso número de sentencias condenatorias con real contenido de injusto en estos ámbitos¹³².

1.2.3 Legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales

En la otra vereda, los partidarios de la legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales consideran ineludible reconocer que hoy nuestras sociedades están definidas por la generación de nuevos espacios de riesgos, característica que impondría a todo Estado social y democrático de derecho el deber de encargarse de ellos por todos los medios, incluido el Derecho penal para sancionar los atentados más graves acaecidos en estas nuevas parcelas. A su juicio, no existiría ninguna razón para limitar la intervención penal a las valoraciones “clásicas” que ponían como límite infranqueable los bienes jurídicos individuales, porque los nuevos intereses, a pesar de generar dificultades explicativas, continúan respondiendo al concepto de bien jurídico¹³³.

En efecto, para estos autores, aunque resulta incuestionable que los bienes jurídicos universales presentan problemas difíciles de salvar recurriendo a la dogmática liberal, ello no puede constituir un obstáculo para su aceptación como bienes jurídico-penales, porque esto implica basarse en premisas sobre la sociedad y sobre el individuo (y su libertad) que no son correctas, como tampoco lo es que sea imposible concebir un Derecho penal respetuoso del individuo, que a su vez, tenga en cuenta el desarrollo social, tecnológico, y cultural, y que sea capaz de asumir la necesidad de seguridad en los nuevos espacios. Entienden, en consecuencia, que la limitación del Derecho penal a los bienes jurídicos individuales es arbitraria o cuando menos mezquina, y sobre todo, no puede pretender sustentarse en consideraciones pretendidamente garantistas.

¹³² En este sentido, concuerdo con CORCOY BIDASOLO, “Protección penal del medio ambiente...”, p. 631, en que “la ineficacia demostrada hasta el momento por el Derecho penal en la protección del medio ambiente no puede medirse exclusivamente por la cantidad y calidad de las sentencias en esta materia, sino por la concienciación y la modificación de la actitud empresarial en relación con la adopción de medidas de cuidado ambiental”.

¹³³ Por ejemplo, en Alemania, SCHÜNEMANN, BERND, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, (Cancio Meliá, Trad.), Ed. Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 31; HEFENDEHL, ROLAND. “El bien jurídico como eje...”, pp. 192 ss, quien según la sistematización que propone les asigna una carga de legitimación diversa según el tipo de bien jurídico supraindividual. En España, CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, “Protección de bienes jurídicos supraindividuales y Derecho Penal mínimo”, en *Derecho penal del siglo XXI. Cuadernos de Derecho Penal VII-2007* (Mir Puig, Dir.), Ed. Lerko Print, Madrid, 2008, pp. 382 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “La ciencia del derecho penal...”, p. 429; GÓMEZ MARTÍN, “Cultura de control...”, p. 100, entre otros.

Una de las críticas más contundentes a la posición del Derecho Penal nuclear, dice relación precisamente con la justificación misma de la limitación del Derecho penal a los bienes jurídicos individuales, que fuera realizada hace más de quince años por SCHÜNEMANN, quien con total lucidez afirmó que si bien el objetivo de la teoría individual del bien jurídico de destacar la individualidad del ser humano, aquella tenía razón de existir en una sociedad que superaba los excesos de la sociedad premoderna, pero hoy ya no la tiene, porque la cultura de masas ha transformado y desnaturalizado a ese individuo, convirtiéndolo en el sujeto distinto de aquel que se pretendía proteger, un individuo aislado y narcisista. La individualidad que el “Derecho Penal clásico” pretende proteger ya no existe en cuanto tal, pues, en nuestros días, sigue el autor, el individuo “*es incapaz de ver la génesis manipuladora e industrial de su forma de vida sólo aparentemente individual, [por lo que] en última instancia, la teoría personal del bien jurídico ha caído en la trampa de esta sociedad postmoderna, ha tomado sus mundos ficticios y sus técnicas de encubrimiento por su núcleo esencial, y ha elevado a la categoría de objeto de protección de mayor rango del Derecho Penal al despilfarro de los recursos de las generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo fabricado industrialmente*¹³⁴”. Así las cosas, frente a los individuos de ayer sólo se justificaba el Derecho Penal como *ultima ratio* en los casos de atentados graves contra intereses como vida, salud, libertad y propiedad, porque los bienes eran escasos y de gran valor, y porque como agrega BUSTOS RAMÍREZ “*no se visualizaban las necesidades de intervenir en las disfunciones de los procesos sociales y económicos*¹³⁵”, los individuos de hoy reclaman la intervención penal frente a grandes riesgos que no controlan.

1.3. La idoneidad del Derecho Penal frente a los nuevos riesgos

La distancia entre los representantes de uno y otro polo se ha reducido, pues actualmente, el diagnóstico de gran parte de los autores -situados en diversos puntos del continuo-, se ha ido matizando, asumiéndose que el sistema socioeconómico imperante, los recursos tecnológicos, científicos y técnicos a los que se tiene acceso y sobre los cuales un grupo de individuos posee mayores conocimientos y control; la complejidad y dispersión de las relaciones intersubjetivas, el individualismo, y la capacidad de algunos para realizar conductas en dichos ámbitos que afecten –lesionen o pongan en peligro- los intereses no ya

¹³⁴ SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre...*, pp 24-25.

¹³⁵ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Control Social y Sistema...*, p. 189.

de un individuo ni de varios, sino de un grupo determinado o no de ellos, no resulta controlable por el ciudadano común¹³⁶, constituyen características de la dinámica de funcionamiento de las sociedades actuales, que aunque objetable, debe ser asumida y controlada por el estado¹³⁷.

Sobre la base de este último juicio, que aparece como incontestable, las diferencias entre los defensores y los críticos del Derecho penal de los nuevos ámbitos se han acotado hoy a la posibilidad del Derecho penal de constituir algo más que un mero recurso simbólico que no consigue más que mantener solapada la dinámica descrita, impidiendo la concienciación y la creación o implementación de otros mecanismos de control para los nuevos riesgos. En otras palabras, la cuestión no es tanto ya si resulta legítima o no la intervención del Derecho penal ante los nuevos espacios, sino si éste resulta idóneo para intervenir en ellos¹³⁸.

Así, por ejemplo, para HERZOG, la intervención del Derecho Penal frente a los nuevos riesgos es inidónea porque *“las reprobaciones sociales de carácter estructural [como las existentes en la sociedad actual] exigen formas estructuralmente orientadas de control social, que se oponen a los procesos lesivos no de un modo externo y que fracasa ante la complejidad [como el Derecho penal], sino que se integran astutamente en el cambio estructural”*¹³⁹. Según el autor, el “Derecho Penal del riesgo” no permitirá enfrentar estos déficits estructurales, sino por el contrario, sólo encubrirá el problema real, a su juicio, un

¹³⁶ CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal a la intervención penal en el control de riesgos” en *La Política Criminal en Europa*, (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, Dirs.; Gómez Martín, Coord.), Ed. Atelier, Barcelona, 2004, p. 32.

¹³⁷ En este sentido, como se dijo antes, para SCHÜNEMANN, la teoría individual del bien jurídico hoy no se justifica porque la cultura de masas ha desnaturalizado al individuo, convirtiéndolo en un sujeto aislado y narcisista. Aunque esta posición fue controvertida por parte de los representantes de la Escuela de Frankfurt (por ejemplo, PRITTWITZ, “Sociedad de riesgo...”, pp. 269-271, realiza críticas tanto de orden lingüístico como materiales a sus aseveraciones), autores como HERZOG, FÉLIX, “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo - Perspectivas más allá del Derecho Penal”, (Demetrio Crespo, Trad.), en *Crítica y justificación Del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, (Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, Coords.), Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 254, declara que la sociedad actual “está impregnada por las ideas básicas del individualismo y la economía de mercado. La utilidad perseguida por los actores en su origen y sus fines es éticamente indiferente, en el sentido de que no necesariamente se refleja si la utilidad propia podría alcanzarse en perjuicio de otros (...) Al proceso de la globalización le es inherente el injusto recargo de cargas y riesgos”.

¹³⁸ PRITTWITZ, “Sociedad de riesgo...”, p. 264, plantea que el aspecto más importante del debate es hoy “la idoneidad del actual derecho penal, o uno modificado, como respuesta a las nuevas fuentes de peligro, y en concreto la posibilidad de «preservar el futuro con los medios del Derecho Penal”. A mi entender, lo anterior implicaría partir de una premisa muy discutible, cual sería que el “Derecho penal del riesgo” persigue evitar el progresivo empeoramiento de las condiciones de vida del planeta, o como él lo llama, *“la preservación del planeta con los medios del Derecho penal”*, fines que a mi juicio, son inalcanzables para el Derecho Penal, y que no se han demandado de éste con anterioridad.

¹³⁹ HERZOG, “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo...”, p. 257

decreciente entendimiento social-normativo, que se habría traducido en que el Derecho Penal ya no se utiliza para sancionar conductas desvaliosas, sino para convertir en socialmente desvaloradas determinadas conductas¹⁴⁰.

A mi modo de ver, acierta HERZOG al describir el fenómeno, pues efectivamente éste se presenta como un problema sistémico, en el que muchos de los perjuicios causados, por ejemplo, al medio ambiente son reglamentarios, y por ende, lícitos¹⁴¹. Comparto con él la propuesta de buscar otros mecanismos que digan relación con el empoderamiento ciudadano, con el derecho a exigir de las autoridades una protección medioambiental y de otros bienes jurídicos supraindividuales, íntegra y real, mediante “*un favorecimiento de las organizaciones de protección de los consumidores y el fortalecimiento e institucionalización de derechos que sirvan a la transparencia del mercado*”¹⁴²”

Sin embargo, creo, que esta característica -la existencia de una dinámica intrasistémica lícita pero perjudicial para el bien jurídico- es predicable también de bienes jurídicos individuales, y aquí estoy pensando en la propiedad, pues cuando menos en su origen, podría sostenerse que muchas de sus lesiones son atribuibles a la existencia de un problema estructural-sistémico, emanado del modelo socio-económico imperante, que legal y “reglamentariamente” estimula la desmesurada adquisición de bienes de consumo y hace apología de la acumulación de riqueza, no obstante, sólo unos pocos tienen a su alcance medios lícitos para su obtención, presionando de este modo hacia la lesión del bien jurídico¹⁴³. Se produce, entonces, la paradoja de que la mínima lesión de la propiedad individual es penalmente reprobada por medio del delito y la falta (contravención o delito leve) de hurto, mas el “estímulo” a la misma, como manifestación de nuestros modelos es considerada una mera regla del juego. En este caso, la constatación del fenómeno no ha significado de modo suficiente el cuestionamiento (y exclusión) de la reprochabilidad penal

¹⁴⁰ En la misma línea, PRITTWITZ, “Sociedad de riesgo...”, p. 262.

¹⁴¹ En este sentido, PRITTWITZ, “Sociedad del riesgo...”, p. 282, poniendo de ejemplo justamente el Derecho penal ambiental- concluye que, siendo el problema sistémico, pues “no se deriva de comportamientos desviados en relación a los procesos de producción sino de comportamientos legales, sistémica y normativamente conformes”, el Derecho penal “no puede ser utilizado eficazmente, resultando incluso contraproducente”.

¹⁴² HERZOG, “Sociedad del riesgo...”, pp. 257-258

¹⁴³ El propio HERZOG, “Sociedad del riesgo...”, p. 252, hace este diagnóstico al describir la situación de los mercados globales de capital –que yo traslado al individuo-, señalando que “este mercado no ha conducido, según el ideal liberal de Adam Smith de una *invisible hand*, a una mejora del estado de bienestar de todos, sino que la búsqueda desesperada por el capital de réditos, condiciones fiscales rentables, y fusiones en pro de unidades económicas cada vez mayores, han conducido a que los economistas, ramos de la economía, empresarios y finalmente incontables individuos puedan incurrir en terribles crisis existenciales”

de tales acciones¹⁴⁴. En definitiva, a mi juicio, al Derecho Penal de hoy se le asigna una función que no se reclamaba del Derecho Penal clásico¹⁴⁵.

A mi entender, el Derecho penal de los nuevos ámbitos sólo puede ser una modesta parte de la solución global que debe utilizarse frente al problema también global de los nuevos riesgos, por lo que sólo a partir de allí, y en la medida que su utilización sea “*idónea, necesaria y no desproporcionada para alcanzar este objetivo*”¹⁴⁶, será legítima. Respetando estos límites, un Estado social y democrático, en cuanto tal, debe intervenir, entre otras vías, por medio del Derecho Penal -como su herramienta más radical y extrema- para evitar la lesión de aquellos nuevos intereses vitales surgidos con ocasión de estos nuevos riesgos.

Por último, considero que los argumentos relacionados con la ineficacia de los medios de persecución penal son relativizables, pues como señala LASCURAÍN SÁNCHEZ en relación al medio ambiente, se basa en “*un concepto de eficacia que atribuye al ordenamiento penal unos resultados negativos cuya evitación no figuraba entre sus objetivos*” y está cimentada sobre la “*falta de datos empíricos que convierte en irracional una afirmación relativa, no a cómo deberían ser o actuar las normas, sino a cómo funcionan en la realidad*”¹⁴⁷.

En todo caso, aun cuando fuese empíricamente incontrovertible el déficit de ejecución del Derecho penal de los nuevos riesgos, a mi juicio, éste es un efecto que puede atribuirse mejor a la falta de coherencia y voluntad política en la selección y forma de tutela de las acciones desvaloradas, por lo que, a mi juicio, sólo queda a la doctrina la labor de desenmascarar al legislador cínico que dicta leyes sabiendo de antemano de su improbable eficacia, y a los jueces indolentes que aplican de forma automatizada las normas penales sin

¹⁴⁴ Conuerdo con LARRAURI, “Criminología crítica...”, p. 84, que cuestiona la utilización del Derecho penal para castigar tales acciones a partir de un diagnóstico complementario, que dice relación con la escasa función preventiva que cumple la pena especialmente para los menos favorecidos. En efecto, afirma que “en un contexto de problemas complejos relacionados con el alcohol, la familia, la situación laboral y educativa, que, conjuntamente, constituyen la estructura relevante de signos y el contexto de interpretación, la señal no se interpreta como una (amenaza de) sanción preventiva o mensaje educativo. Más bien se interpreta por ejemplo como más opresión, más intento de moralización o más expresión de rechazo”.

¹⁴⁵ Como acertadamente señala Díez Ripollés, José Luis, *La política criminal...*, p. 151, no se pretende, tampoco, “equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social”, porque como señala su autor, ello “supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activa, naturaleza, objetiva y subjetiva de los comportamientos y consecuencias nocivas producidas” Sólo se persigue desestimar el argumento de la ineficacia del Derecho Penal respecto de bienes jurídicos supraindividuales, por estar ellos referidos a problemas propios del sistema.

¹⁴⁶ SCHÜNEMANN, *El derecho penal es la última...*, p. 51.

¹⁴⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Elogio del artículo 325 del Código penal”, en *ESTUDIOS SOBRE LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL*, (JORGE BARREIRO, DIR.; CANCIO MELIÁ, COORD.), ED. COMARES, GRANADA, 2005, p. 267.

hacer la más mínima reflexión en torno a la real existencia y afectación de bienes jurídicos -individuales y supraindividuales-, al respeto de las garantías penales, y a las consecuencias –o inconsecuencias- jurídicas y sociales de sus fallos.

1.4 Toma de posición

Aunque como indicaba, la dicotomía libertad *versus* seguridad se encuentra parcialmente superada, considero necesario sincerarla y refutar algunas de las críticas realizadas contra quienes abogan por la protección penal de los nuevos riesgos. Porque se afirma que se procura la seguridad en todos los terrenos, pero esta aseveración resulta muy excesiva, pues equivale a afirmar que se intenta y legitima la creación de un estado de policía en el que todas las garantías individuales, y particularmente la libertad de los ciudadanos, cualquiera sea el ámbito del que se trate y las conductas que realicen, se verán coartadas (legítimamente) por la prevención, transformando efectivamente la seguridad en el bien jurídico de mayor jerarquía.

Esta perspectiva dista mucho de la asumida en este trabajo, pues, como he manifestado, el marco jurídico-político en el que se construye esta tesis es el de un Estado Democrático de Derecho y el pilar fundamental sobre el que descansa es, justamente, el del estricto respeto a los principios limitadores del *Ius Puniendi*, particularmente en este caso a los de subsidiariedad, *ultima ratio* y fragmentariedad, que no pueden ser omitidos sin más, so pretexto de necesidad de intervención.

Se reprocha también la preterición de los bienes jurídicos individuales e incluso la del concepto de bien jurídico, transformando al Derecho Penal en uno que “*no tiene tanto que ver con el castigo o represión de daños individuales y concretos, sino con la mera inobservancia de normas organizativas, es decir, con la protección de condiciones o estándares de seguridad y con la evitación de perturbaciones sociales; un Derecho penal que no persigue –aparentemente- la conservación de objetos, sino el mero mantenimiento de la vigencia norma*¹⁴⁸”.

Por mi parte, aun cuando considero no sólo aceptable, sino necesario el alejamiento y en ciertos casos la preterición de la protección directa de bienes jurídicos individuales, ello no implica de ningún modo que se valore la sanción de la mera inobservancia de normas

¹⁴⁸ MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad...*, p. 69.

organizativas de ciertos ámbitos de riesgo, pues por el contrario, en mi opinión, la intervención del Derecho Penal sólo se justifica cuando se ha constatado la generación de un riesgo relevante para un bien jurídico-penal, y su afectación, presupuestos que constituyen la diferencia esencial entre el Derecho penal y el resto de la legislación, que como el Derecho administrativo ha de proteger infracciones formales basadas en una mera prognosis anticipada de peligrosidad.

La protección del mantenimiento de la vigencia de la norma¹⁴⁹ no constituye un fin para quienes creemos en la existencia y legitimidad de la tutela penal de estos nuevos bienes jurídicos supraindividuales, pues tanto los tipos penales asociados a éstos como a los bienes jurídicos individuales no son sino *“un mal necesario al que sólo es lícito acudir cuando no hay otro remedio, cuando la restricción de la libertad (del autor) es necesaria, idónea y proporcionada para el mantenimiento de intereses fundamentales de los individuos. Las normas jurídicas no son un bien en sí mismas que sirva para justificar la intervención penal, sino, al contrario, un mal necesitado de justificación”*¹⁵⁰, que en los tipos penales que tutelan bienes jurídicos supraindividuales, estará constituido por la preceptiva función que tiene el Estado de asegurar a sus ciudadanos espacios donde puedan desarrollarse y participar con la mayor libertad posible.

En otras palabras, considero necesaria la intervención penal para proteger determinados bienes jurídicos supraindividuales, sólo en la medida en que ello resulte indispensable y adecuado para hacer posible el efectivo desarrollo de todos los ciudadanos en dicho espacio, es decir, justamente para asegurar la libertad individual de muchos individuos indeterminados en éste¹⁵¹. No se pretende coartar este derecho fundamental, sino tutelarlos mediante el imprescindible cambio de perspectiva desde la libertad individual de una persona, a la libertad individual de un grupo indeterminado de ellas.

¹⁴⁹ En términos de ALBRECHT, “El Derecho Penal en la intervención...”, pp. 474 ss., “La confianza de los miembros de la sociedad en el sistema se debe proteger contra las perturbaciones consistentes en la violación de la Ley. La pena, como reacción a la lesión de normas, tiene asignada la función de evitar las consecuencias negativas de la violación de la Ley para la estabilidad del sistema y para la confianza en la vigencia del Derecho. La pena provoca, en consecuencia, el establecimiento de la confianza en la fidelidad al Derecho de los ciudadanos. También la medida de la culpabilidad se orienta a los requisitos funcionales de la sociedad de mantener la confianza en el Derecho”.

¹⁵⁰ MIR PUIG, *Limites del normativismo...*, p. 59.

¹⁵¹ KINDHÄUSER, URS, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico”, (Molina Fernández, trad.), en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Estudios jurídicos, Derecho Público 4*, BOE, Madrid, 1995, p. 449, fundamentando la lesividad del peligro abstracto afirma que ésta “reside en que un bien sobre el que no puede disponerse de forma despreocupada no es racionalmente aprovechable en su totalidad”.

Frente a la pregunta de si puede protegerse la libertad de todos los ciudadanos y a su vez negar la legitimidad de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales, aquí se responde negativamente, porque resulta contradictorio ignorar los intereses -las valoraciones sociales consolidadas- de los ciudadanos en la selección de las conductas inculcables penalmente so pretexto de proteger su libertad, porque si ésta, asediada por posibles atentados contra bienes jurídicos supraindividuales, esto es, por intereses tanto suyos como del resto de los individuos, no ha de ser valorada al momento de la inculcación, como primer paso de la prevención, entonces ¿en qué momento ha de ser tenida en cuenta? No se trata de máxima seguridad sino de la mínima necesaria para que el efectivo desarrollo de la libertad sea posible¹⁵².

Por las reflexiones expuestas, en definitiva, considero infructuosa y falaz la dicotomía libertad individual-seguridad en los términos referidos, pues sólo consigue la instalación de una posición de resistencia¹⁵³ aferrada al pequeño núcleo de los bienes jurídicos individuales clásicos negando la necesaria evolución del Derecho penal que parece impostergable. Además, por lo mismo, demoniza y pretende poner en posición de antigarantismo o autoritarismo a quienes defendemos la legitimidad de los bienes jurídico-penales supraindividuales¹⁵⁴, en circunstancias que la mayoría de los autores que se

¹⁵² CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, "Límites objetivos y subjetivos...", pp. 45 ss., resume perfectamente la posición que aquí se prefiere, aseverando que, "En definitiva, la consecución de seguridad sólo está justificada cuando sirve a la libertad; no tiene sentido cuando la restringe. No puede, tal como se plantea en la actualidad, contraponer libertad y seguridad. La búsqueda de seguridad sólo es legítima cuando sirve al ejercicio de la libertad".

¹⁵³ GRACIA MARTIN, LUIS, "Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho Penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho", en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas con motivo del setenta aniversario del profesor Vives Antón*. T. I., (Carbonell Mateu/González Cussac/Orts Berenguer, Dirs.; Cuerda Arnau, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 880, asevera que "a partir del proceso de modernización del Derecho Penal se ha generado en la Ciencia penal dos discursos ideológicos y político-criminalmente claramente opuestos y enfrentados, a los que denomina "Discurso de la modernización", y "Discurso de resistencia a la modernización" del Derecho Penal".

¹⁵⁴ CHOUKR, FAUZI HASSAN. "Bases para comprensión e crítica do direito emergencial", en *Derecho Penal y Estado de Derecho. Reflexiones entre la tensión entre riesgo y seguridad*, (Reyna Alfaro/ Cuaresma Terán, Dirs.), Ed. B de F, Montevideo, 2008, p. 164, "Los argumentos nacidos de esa falsa escisión llevan a extremos no deseados. La defensa de las garantías individuales tiende a llevar sus defensas a la posición de constructores de un sistema "débil", inoperante frente al caos y ligados política e ideológicamente a la izquierda. A los cambios, paradójicamente sus posiciones se etiquetan superficialmente como "conservadoras" frente a la resistencia a los cambios que se ofrecen. Por su parte, los defensores de la visión "seguridad social" tienden a ser vistos como legitimantes del autoritarismo estatal en detrimento del individuo. Normalmente se identifican políticamente como de "derecha" y, paradójicamente, son vistos como grandes "reformadores", que pregonan la necesidad del cambio que apenas no ocurre por las injustificadas resistencias del "polo opuesto". Esta visión se acompaña con la maximización del derecho penal, viniendo a constituir en las palabras de Riccio, un verdadero y propio enemigo interno. Se trata, pues, de una polarización tan inconsecuente como paradójica".

adscriben a esta perspectiva¹⁵⁵, intentan justamente desarrollar una dogmática del Derecho penal –que sin dar la espalda a la realidad- atienda las necesidades de los ciudadanos sin que ello implique una relajación de los principios limitadores del *Ius Puniendi*¹⁵⁶.

A mi entender, aunque es cierto que el discurso de la máxima seguridad se ha servido parasitariamente del debate sobre la sociedad del riesgo¹⁵⁷, también lo es que ello no ocurre sólo en los nuevos ámbitos de riesgo, sino por el contrario, es igualmente perceptible en la protección penal de los bienes jurídicos clásicos como la propiedad, la libertad, la seguridad interior del estado, en lo que conocemos hoy como Derecho penal del enemigo, y en el llamado Derecho penal de urgencia¹⁵⁸. Por ello, considero también necesario reconocer que entre los nuevos tipos penales encontramos algunos que dudosamente protegen algún bien jurídico-penal¹⁵⁹; otros que protegen bienes jurídicos clásicos pero cuya penalización se ha exacerbado; y, por último, aquellos que protegen verdaderos bienes jurídicos supraindividuales-, como la seguridad de los consumidores o el medio ambiente, los que desde la posición aquí sostenida, pueden seguir limitados por las garantías clásicas del Derecho penal.

Lamentablemente, para quienes formamos parte de sociedades de los denominados países “en vías de desarrollo”, como Chile, el fenómeno de “la expansión del Derecho Penal” se ve agudizado -no tanto por la desbordada actividad legislativa penal, de la que España puede ser un referente-, sino porque existen factores socio-económicos y culturales propios de un modelo económico neoliberal sin cortapisas, que hacen que ésta discurra casi exclusivamente hacia la agravación de las penas para los delitos contra bienes jurídicos individuales (especialmente, la propiedad¹⁶⁰), y la disminución de las garantías de los

¹⁵⁵ Salvo, según PRITTWITZ, “Sociedad de riesgo...”, p. 282, autores como Stratenwerth o Kuhlen, que en relación al Derecho penal, “consideran necesario y adecuado arrojar por la borda las estructuras de imputación o al menos aligerarlas”.

¹⁵⁶ En términos de CHOUKR, “Bases para comprensión...”, p. 166, “La seguridad individual implica el respeto por el estado de los derechos individuales y colectivos, naciendo la seguridad social que interactúa con la primera en un proceso dialéctico, convirtiendo el sistema penal en un Estado democrático de derecho guiado por la tutela de ambos polos en cuestión”.

¹⁵⁷ Díez Ripollés, *La política criminal...*, pp. 195 ss.

¹⁵⁸ Así, por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN, “Cultura del control, sociedad...”, p. 82, afirma que tenía razón Mendoza Buergo (ADPCP 1999, pp. 307 ss.) cuando afirmaba que la expansión del Derecho Penal ha tenido dos distintas manifestaciones: la prevención de “nuevos” riesgos, dimanantes principalmente de las nuevas tecnologías, y la prevención de “viejos” riesgos mediante el adelantamiento de las barreras de protección penal a través de los llamados “Derecho Penal urgencia” y “Derecho Penal del enemigo”.

¹⁵⁹ Como pone de manifiesto SCHÜNEMANN, *El derecho penal es la ...* pp. 40 ss, justamente para dar cuenta de la utilidad del concepto de bien jurídico. En el mismo sentido, y también a partir del concepto de bien jurídico HEFENDEHL, “El bien jurídico como eje...”, pp. 182-186, excluye los que denomina “bienes jurídicos aparentemente colectivos”.

¹⁶⁰ Con ocasión del llamado estallido social que comenzó en Chile el 18-O -en el que durante o después de manifestaciones pacíficas- se han producido diversos desmanes que hasta el 30 de noviembre de 2019 registraba 6 muertos, 3.400 heridos, y más de 300 personas con heridas oculares incluidas pérdida total de la visión de uno o los dos ojos, todas personas civiles (Fuente INDH <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1701/Informe%20Final2019.pdf?sequence=1&i>

ciudadanos frente a la imputación de delitos¹⁶¹. Poco o nada, en cambio, se hace seriamente por la urgente modernización de un Código Penal de 1874 -porque aunque existe en el ejecutivo el anteproyecto de Código Penal de 2018, muchos como éste, diseñados hace más de dos décadas nunca llegaron a instancias legislativas-. Tampoco se avizora por ahora la dictación de leyes que procuren la sanción penal de acciones que atenten contra el medio ambiente, porque la crisis social desatada en octubre de 2019 ha puesto el acento en las pensiones, la salud, y la educación, como los reclamos más urgentes de la sociedad, los que sumados al debate sobre una nueva Constitución, y, últimamente, de solucionar el grave problema de seguridad ciudadana, han copado la agenda.

Considero ineludible señalar, entonces que, en mi opinión, la dogmática penal debiese orientar muchos más esfuerzos en relación a la pena asignada a los delitos contra bienes jurídicos nucleares, para generar una discusión crítica que permita revisar y revalorar -de ser el caso-, su jerarquía, y la consiguiente sanción asociada a los tipos penales que protegen dichos bienes jurídicos. Ello, porque a causa de las sucesivas e inorgánicas reformas que se introducen en los códigos penales, muchas de las cuales responden puramente al Derecho penal simbólico -promovido por un legislador penal que instado por la incesante lluvia mediática en relación con la ingente inseguridad ciudadana y con la exacerbación de la propiedad como interés merecedor de la máxima protección- produce grandes desequilibrios y claras vulneraciones al principio de proporcionalidad en la sanción asociada a ciertos tipos penales¹⁶².

sAllowed= y; además -según declaró el Director General de Carabineros el 21 de noviembre de 2019, a esa fecha había más de 2.000 Carabineros heridos <https://www.theclinic.cl/2019/11/21/carabineros-entregocifras-oficiales-del-estallido-social-protestas-han-movilizado-a-cerca-de-42-millones-de-personas/>, (min. 17:00 y ss.), incendios y saqueos a grandes tiendas y pequeños comercios. Como respuesta, 30 de enero de 2020, entró en vigencia la ley 21.208, que entre otros incorporó al CPCH el 268 septies, que en su primer inciso castiga a quienes “sin estar autorizado, interrumpiere completamente la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública, mediante violencia o intimidación en las personas o la instalación de obstáculos levantados en la misma con objetos diversos (...) Idéntica pena se impondrá a los que, sin mediar accidente o desperfecto mecánico, interpusieren sus vehículos en la vía, en términos tales de hacer imposible la circulación de otros por esta”. El problema no es que se legisle, sino la manera en que se hace.

¹⁶¹ Para MARQUÈS I BANQUÈ, MARÍA, esta situación se produce también en Europa. Según señala “Problemas de legitimación del Derecho Penal del miedo” en *Política Criminal* vol. 12, n° 24, dic. 2017, p. 693, en <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol12N24A2.pdf>, “Las causas sociopolíticas y económicas de este fenómeno son sobradamente conocidas, pues mucho tienen que ver con la crisis del Estado del Bienestar, el auge del neoliberalismo y el impacto de sus políticas en la justicia penal, proceso que empezó a observarse ya en los años setenta del siglo pasado en Estados Unidos...”. La autora entiende que la necesidad de seguridad tiene una dimensión objetiva y otra subjetiva, y que (p. 697), “la idea de seguridad como exigencia normativa por parte de la Sociedad no residirá únicamente en la objetiva protección frente a los nuevos riesgos sino, asimismo, en la consecución de una percepción colectiva de tranquilidad o “sensación de seguridad”.

¹⁶² Un ejemplo paradigmático que denota la inequidad que puede existir en las sanciones de algunos de los bienes jurídicos clásicos, que además da cuenta de una absoluta falta de discusión doctrinal, y de una desaprensiva, o aún peor, tendenciosa actuación del legislador, la encontramos en la legislación penal chilena, en la que de conformidad con el art. 440 N°1 CPCH, el robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación o en sus dependencias, tiene asociado una pena de presidio mayor en su grado mínimo – entre 5 años y un día y 10 años-. Además, el art. 450 CPCH –atentando flagrantemente contra los principios de culpabilidad y proporcionalidad-, establece que, entre otros, el señalado delito de robo se castigará como consumado desde que se encuentre en grado de tentativa. Y como corolario, en una modificación del CPCh. que tuvo lugar el 5 de julio de 2016, mediante la Ley 20.931, se incorporó el art. 449, en virtud del cual, para la mayor parte de los delitos de robo ya no se aplican las normas generales de determinación de pena (que permiten modificar el marco abstracto fijado por la ley cuando concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad, aumentando o rebajando la pena en concreto), sino que impone un marco rígido, según el cual las circunstancias modificatorias sólo operan dentro del marco abstracto fijado por la ley. Así las cosas,

Por ello, valorar la cuestión indivisamente constituye, a mi juicio, un error, pues no permite trabajar en la búsqueda de límites y posibilidades reales del Derecho penal en nuevos sectores¹⁶³, pasando por alto la ineludible realidad de que nos encontramos en una sociedad altamente complejizada que obliga al Estado a dar protección al ciudadano en nuevos ámbitos, y frente a los ataques más graves, mediante el recurso al Derecho penal.

Me parece innegable la existencia de un Derecho penal distante de las garantías penales y procesales básicas-, pero ello no puede impedir ver que junto a la dramatización mediática de la violencia y la consiguiente creación de espacios de inseguridad “ficticios”¹⁶⁴, e incluso junto al aumento real de la comisión de delitos violentos¹⁶⁵, encontramos otros ámbitos ocupados por riesgos que antaño eran inexistentes, desconocidos, y/o incontrolables, que afectan intensamente las posibilidades de participación de los

a diario nuestros tribunales, dictan sentencias en contra de individuos que, por ejemplo, han ingresado a una casa de veraneo evidentemente deshabitada, siendo sorprendidos por vecinos, guardias privados o municipales, incluso antes de alcanzar a aprehender alguna especie, y son condenados a la pena mínima que en concreto puede aplicarse a estos ilícitos, a saber, la pena de 5 años y un día, respecto de la cual no proceden penas sustitutivas en libertad, aunque no tengan antecedentes penales previos. En otros términos, son condenados a 5 años y un día de cárcel.

Ahora bien, tratándose de otros delitos, vale la pena recurrir a un ejemplo concreto y hacer referencia a la sentencia RUC 1600207059-k (RIT 1696-2016, dictada el 1 de octubre de 2018) en un procedimiento abreviado, en contra de Patricio, dueño y Gerente General de la empresa AC Inversions, que entre el año 2012 y 2016, defraudó a más de 3.000 personas, mediante el clásico procedimiento de inversiones en cascada, generándoles un perjuicio de más de 83 millones de euros, y que fue condenado como autor del delito reiterado de estafa, y del delito de lavado de dinero, a la pena de 5 años de presidio efectivos. O sea, a una pena igual a la que se impone al que salta el muro de una propiedad deshabitada e intenta sustraer alguna especie.

Y respecto de delitos que pueden afectar la vida, la situación no es mejor, porque aunque el art. 391 CPCh, que sanciona el homicidio simple, fue modificado el 17 de septiembre de 2014, por medio de la Ley 20.779, modificando la pena de entonces, que iba desde los 5 años y un día a 15 años, a la actual que lo sanciona con una que va desde los 10 años y un día a los 15, como a su respecto sigue siendo aplicable el régimen general de determinación de pena, si el homicida no tiene anotaciones penales previas y colabora con la investigación, resultará condenado a la pena inferior en grado, esto es, a los mismos 5 años y un día que el frustrado ladrón.¹⁶²

¹⁶³ En un sentido similar, MARTÍNEZ-BUJÁN, “Algunas reflexiones sobre...”, p. 269, pone de manifiesto que “se está transmitiendo (sin los matices y cautelas procedentes) el mensaje de que la expansión del Derecho penal en el ámbito económico debe ser rechazada por principio, con independencia del contenido de injusto de los delitos: como si todos los bienes jurídicos sobre los que se construyen los delitos económicos ostentasen la misma (y magra) relevancia y como si fuese indiferente la técnica de tipificación adoptada”.

¹⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho...*, p. 23, señala que “tampoco cabe negar que la relación de interdependencia entre esferas de organización y la necesaria transferencia a terceros de funciones de aseguramiento de la propia esfera jurídica, con el correlato de pérdida de dominio real, constituye una base efectiva de la sensación de inseguridad. Sobre todo, cuando dicha interdependencia tiene lugar en un contexto fuertemente atomizado, es decir, anónimo, tras la desaparición o, en todo caso, el importante retroceso de las estructuras orgánicas de solidaridad más tradicionales”.

¹⁶⁵ En todos los noticieros de nuestro país, usualmente al menos un 50% del tiempo se utiliza para dar cuenta de delitos violentos, causando una sensación general de inseguridad a la ciudadanía. A pesar de ello, y de que efectivamente según las cifras de Paz Ciudadana -empresa privada reconocida por entregar datos “objetivos”-, entre 2004 y 2018, hubo un aumento de los robos “e intentos de robos” violentos, éste fue de tan sólo un 3%.

ciudadanos que reclaman la protección del Estado, y que en cuanto tales deben ser considerados bienes jurídicos¹⁶⁶.

Estimo irrefutable la existencia de los llamados “nuevos riesgos”, ya que, en el pasado, aunque hubiesen existido los mismos “peligros objetivos”, éstos sólo se conocían en abstracto, por lo que en concreto, su control no era exigible. Si se llegaba a conocer el riesgo generado por la conducta, ésta no podía controlarse, careciendo, en cualquier caso, de relevancia penal.

Actualmente, en cambio, se conoce la peligrosidad (como capacidad de lesionar un bien jurídico) de una determinada acción, por lo que resulta legítimo –siempre con las restricciones propias de un Estado de derecho- que el legislador, consciente de la probabilidad de lesión de un bien jurídico es muy alta –rayana a la certeza- exija su control a quien tiene su dominio, entre otras herramientas, mediante la incriminación penal de las conductas más peligrosas¹⁶⁷.

Así las cosas, desde las premisas aquí asumidas, el Derecho Penal debe intervenir en favor de estos nuevos intereses, para reprimir todas aquellas conductas que los afecten, y que no se encuentren legitimadas valorativamente por el beneficio social y/o el coste individual que su represión importa. En otras palabras, en mi opinión, el Derecho Penal debe actuar, pues el ciudadano lo necesita para el disfrute de sus derechos o para ejercitar su derecho a participar socialmente, allí donde su seguridad –por riesgos conocidos, controlables y que superan los límites socialmente tolerados- se vea amenazada. Porque no resulta comprensible que nuevos riesgos y -sus inconmensurables costes- carezcan de reproche penal, especialmente, porque estos últimos casi siempre serán asumidos por los menos favorecidos¹⁶⁸. A mi entender, se trata de la más básica idea de responsabilidad, solidaridad, justicia y equidad.

¹⁶⁶ Sobre el particular, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Algunas reflexiones sobre...”, p. 271, pone de relieve un interesante punto, al señalar que la inseguridad subjetiva de la que pretendería hacerse cargo el Derecho penal económico, según sus detractores, ha sido puesta en entredicho por estudios criminológicos que apuntarían mucho más a confirmar que “el ciudadano medio no tiene conciencia de la gravedad de esta criminalidad y, por tanto, aquí el riesgo objetivo es muy superior a la sensación subjetiva. Una de las causas de la insuficiente represión de los delitos económicos estriba en su «neutralidad» o «apariencia externa de licitud»”.

¹⁶⁷ CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos...”, pp. 43 ss.

¹⁶⁸ Por ejemplo, el CPCH no contempla ninguna disposición que razonablemente hubiese permitido la sanción penal de empresarios que -carentes de una mínima ética empresarial- alzaron concertadamente los precios de 220 medicamentos entre diciembre de 2007 y abril de 2008, en las tres cadenas de farmacias que domina más del 90% del mercado farmacéutico en Chile. Según el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) “Las categorías de productos que sufrieron mayores aumentos de precio en promedio fueron productos utilizados para la diabetes (100%), antianémicos (88%), suplementos minerales (84%), y antiácidos, antiinflamatorios y antiulcerosos (73%). En https://www.sernac.cl/portal/604/articles-4125_archivo_01.pdf.

Creo que la dogmática no debiese demonizar la intervención penal en estos nuevos ámbitos, ni puede permitirse dar el mismo tratamiento a la decisión de qué incriminar –qué valores pueden considerarse bienes jurídico-penales-, a la de cómo y hasta dónde hacerlo. Negar la legitimidad de la intervención penal en ámbitos tan sensibles como el medio ambiente, bajo las justificaciones reales de los problemas teóricos y prácticos que ello conlleva, sólo nos conduce a las previsibles consecuencias de una progresiva deslegitimación del Derecho Penal de los bienes jurídicos supraindividuales (entre ellos el medioambiental), y a una insuficiente tutela de este interés de todos.

La crítica de la inidoneidad del Derecho penal como herramienta para hacer frente a los nuevos riesgos, y particularmente al medioambiental, debiese enfrentarse desde esta perspectiva, vale decir, desde el prisma de la merecida y necesaria protección penal. Porque a mi juicio, asumida la necesidad de protección jurídico-penal, queda por dilucidar como plasmar en la norma la forma más adecuada de tutela para el bien jurídico. Los problemas de eficacia del Derecho penal frente a los nuevos riesgos, si realmente son tales, resultan atribuibles, en primer término, a la falta de voluntad de la autoridad por disponer de los recursos necesarios para llevar a cabo investigaciones que respondan a los requerimientos de los tipos penales, y en segundo, a la falta de claridad y unanimidad reinante en la materia, ya desde los contornos del propio bien jurídico.

En síntesis, el primer cimiento sobre el que se sustenta el presente trabajo es que resulta incuestionable –por los argumentos señalados- la existencia y legitimidad de bienes jurídicos supraindividuales, que reclaman intervención del Derecho Penal –siempre la mínima posible- para su tutela. Porque la legitimidad de uno u otro bien jurídico no puede

En septiembre de 2012 la CS ratificó el fallo del Tribunal de la Libre Competencia (TLC) que impuso a dos de las cadenas farmacéuticas multas de alrededor de 20 millones de dólares (la tercera se acogió a un mecanismo de delación); y en diciembre de 2019, el 10° Juzgado Civil de Santiago condenó a las tres farmacias al pago de 2,6 millones de dólares por concepto de compensación para los consumidores afectados por la colusión de los precios. Lo que no es mensurable, sin embargo, es cuántas personas debieron dejar de tomar sus medicamentos -la mayor parte de ellos eran para enfermedades crónicas- por su alto costo, y consiguientemente, su salud se vio deteriorada o incluso murieron.

En la arista penal se formalizó investigación en contra de 18 directivos de las farmacias involucradas como responsables del art. 285 del CPCH, que castiga a “Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio [entre 61 días y 3 años] y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales [entre 350 y 600 Euros aproximadamente]”. Los imputados, que no tenían condenas pretéritas, de haber reconocido su responsabilidad podrían haber optado a penas de entre 21 y 40 días -naturalmente no privativas de libertad-, pero eligieron una salida alternativa acordada con el Ministerio Público, en cuya virtud debieron donar alrededor de 300.000 Euros a instituciones de beneficencia, y tomar un curso de ética empresarial de una duración mínima de 30 horas lectivas.

quedar sujeta a las posibilidades dogmáticas de explicarlo¹⁶⁹, sino únicamente a las actuales necesidades sociales y consiguientes valoraciones que reclaman el amparo penal de ciertos intereses, resultando cuestionable que en la búsqueda de la libertad individual se cierre la puerta y se niegue la cada vez más evidente evolución tecnológica, social, y cultural de nuestras sociedades, que ha devenido en el surgimiento de nuevos espacios de riesgo.

Por ello, estimo que la labor de la dogmática –que evidentemente debe ser compartida con legisladores y jueces-, como se asume en este texto, no puede ser otra que la de, reconociendo esta realidad, intentar encontrar las categorías, conceptos o interpretaciones que permitan -desde las garantías asentadas por el Derecho Penal liberal- dotar de legitimidad a la intervención del Estado en estos nuevos ámbitos, acotando la misma a la justa, la mínima necesaria para asegurar las posibilidades de participación individual¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Comparto plenamente la opinión que en este sentido entrega MIR PUIG, “Valoraciones, normas...”, p. 7, quien señala “que sea discutible lo que merece ser considerado como un bien necesitado de protección jurídico-penal no significa que tal cuestión no deba discutirse, y exigir la comprobación de aquel merecimiento de protección supone precisamente declarar necesaria tal discusión. En realidad, todos los principios generales están necesitados de concreción a través del debate público. Principios como el de democracia o el de igualdad son tan generales que permiten muy diferentes concreciones, pero nadie sensato extrae de ello la consecuencia de que es preferible dejar de invocar tales principios. Y, desde una perspectiva participativa, no ha de verse como un inconveniente, sino como una ventaja fundamental, el hecho de que los principios políticos y político-jurídicos estén abiertos a las opiniones de todos y, por tanto, al consenso democrático.”

¹⁷⁰ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, “Globalización y Crimen Organizado”, en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/globalizacioncrimen.pdf, aunque en referencia a la intervención estatal ilimitada en ámbitos de “Crimen Organizado”, expresa a la perfección lo que en este sentido aquí se ha querido decir, p. 30 “No está en nuestras manos sólo una cuestión menor, parcial o de detalle, sino la disyuntiva entre permanecer indiferentes, refugiarnos en un mundo normativo pletórico de dogmas desmentidos por la realidad cotidiana y resultar funcionales a las burocracias dominantes, o asumir realmente la responsabilidad de defender a nuestra civilización, en consonancia con el respeto a la persona y a nuestra mejor y más brillante tradición”. Discrepo de GRACIA MARTIN, LUIS, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y la expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 207-208, quien, aun participando de la necesaria modernización del Derecho penal, considera que las garantías formales no pasan de ser meras coyunturas históricas que como tales deben adaptarse a los requerimientos político-criminales de cada época, pues estimo que las garantías del Derecho Penal liberal, constituyen el pilar de un derecho respetuoso del individuo, y que cada vez que las mismas son violentadas, con pretendidas justificaciones de esta índole, corremos el riesgo de que como ocurre por ejemplo con el Derecho Penal del enemigo, nos encontremos frente a excesos del Estado frente a los ciudadanos, que tanto si se trata de los marginados de siempre como de grandes directores de empresas multinacionales, resultan, a mi parecer, intolerables. En este sentido, como afirma SANZ MULAS, NIEVES, “El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable”, en *Un derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove*, (Muñoz Conde/Lorenzo Salgado/Ferré Olivé/ Cortés Bechiarelli/Núñez Paz, Dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, en www.tirantonline.com, TOL 2.295.017, p. 16, la tendencia político-criminal expansiva a la que estamos asistiendo no depende de los estudiosos del Derecho Penal, porque son otros los factores que la determinan, “pero también [dependerá] del nivel de resistencia intelectual que podamos oponer los penalistas y criminólogos comprometidos con la prevención de la criminalidad dentro de las coordenadas del Estado social y democrático de Derecho”. En el mismo sentido, la autora agrega que el Derecho Penal deberá adaptarse a “la cultura de la violencia, de la criminalidad económica organizada y del terrorismo internacional, también globalizados, y que necesitan una respuesta efectiva; pero, eso sí, sin renunciar nunca a las conquistas garantistas”.

2. El bien jurídico medioambiental

Asentada entonces -desde las perspectivas asumidas en este trabajo- la legitimidad y deber del Estado de proteger bienes jurídicos supraindividuales, corresponde emprender la tarea, que siendo probablemente la de mayor dificultad es también la de mayor trascendencia, determinar el bien jurídico-penal medioambiental. Porque, como hemos venido señalando, sólo una correcta determinación de dicho bien jurídico permitirá la construcción de un tipo penal que realmente esté orientado hacia la sanción de conductas no tolerables por el Derecho Penal. En otros términos, si sólo se consideran reprochables penalmente aquellas conductas que acarrear un resultado (de lesión o peligro) al bien jurídico-penal, la definición de éste será el necesario punto de partida.

Para alcanzar este objetivo, expondremos de forma muy sucinta, en primer término, las principales teorías que sobre el bien jurídico-penal medioambiental se han formulado, agrupándolas, a efectos de conocer sus fortalezas y debilidades, y a partir de una visión crítica de las mismas, tomar posición respecto al prisma que debiese orientar el bien jurídico medioambiental, para así, ir acercándonos a su formulación, y finalmente, intentar explicar las razones para considerar que el equilibrio de los sistemas naturales o de los ecosistemas, y no otro, es el señalado bien jurídico.

2.1 Perspectivas teóricas

Naturalmente, las principales perspectivas desde las que se ha entendido el bien jurídico, se vinculan directamente con la mayor o menor legitimidad que se le otorgue al “Derecho Penal moderno”, y en particular, al medio ambiente como un interés autónomo, digno de protección penal. Se distinguen, así, fundamentalmente las teorías antropocéntricas y ecocéntricas¹⁷¹.

En mi opinión, las denominaciones que aporta esta clasificación no dejan de resultar arbitrarias, pues al utilizar como criterio la lesión o al menos una puesta en peligro de un bien jurídico individual, serán antropocéntricas aquellas que lo hacen y ecocéntricas las que no, y pareciera sugerir que aquellos que no exigen la afectación de un bien jurídico

¹⁷¹ Existe un sector marginal de la doctrina que adopta una teoría administrativista, según la cual el bien jurídico tutelado sería el modelo de gestión administrativa medioambiental, explicando el mismo como la necesidad de cautelar la labor del Estado en este ámbito. La misma resulta muy cuestionable por su carácter meramente formal, y no es conciliable con las premisas adoptadas en este trabajo, sin perjuicio de lo cual, será someramente abordado al final de este apartado.

individual no están preocupados por el hombre, en circunstancias que la cuestión puede considerarse justamente como la contraria¹⁷².

No obstante lo dicho, y a pesar de no compartir esta denominación, en un afán de exponer ordenadamente los planteamientos de unos y otros autores, se seguirá la misma, porque ella se ha impuesto en la doctrina, y no es mi pretensión intentar nuevas denominaciones, sino más bien entender claramente qué decimos cuando utilizamos unos u otros conceptos.

2.1.1 Teorías Antropocéntricas

Estas teorías tienen como supuesto básico que sólo la protección de bienes jurídicos individuales legitima la intervención del Derecho Penal, por lo que, en su versión más radical, el medio ambiente no sería merecedor de tutela penal en cuanto objeto autónomo, sino únicamente podría ser protegido tangencial o indirectamente, cuando mediante la afectación de alguno de sus componentes se lesionara directamente la vida o salud de alguna persona. Esta extrema visión antropocéntrica es absolutamente minoritaria actualmente, pero fue sustentada por HOHMANN, para quien los delitos medioambientales defienden al hombre de las posibles agresiones que a través del medio ambiente le puedan ser causadas. A su juicio, el bien jurídico en los delitos medioambientales está insuficientemente delimitado, y la consideración del propio medio ambiente como bien jurídico, sería sólo la consecuencia de una concepción acrítica del mismo, limitada a buscar el fin perseguido por el legislador¹⁷³.

Con el paso del tiempo y la progresiva conciencia respecto al grave peligro que implicaban los efectos de la contaminación ambiental para el sistema planetario y sus habitantes, en los modernos códigos penales y leyes ambientales, se fueron adoptando perspectivas que le otorgaron algún grado de autonomía al medio ambiente como ente digno de protección estatal.

La dogmática penal no permaneció ajena a esta valoración, surgiendo las llamadas teorías antropocéntricas moderadas, que se desarrollaron principalmente en el seno de la *Escuela de Frankfurt*, y que parten de la limitación del Derecho Penal al llamado Derecho penal nuclear, que reconoce de forma preponderante los bienes jurídicos individuales - vida, salud, libertad y propiedad privada-, pero le atribuyen existencia y legitimidad a algunos

¹⁷² En este sentido mucho más apropiada aparece la denominación que aporta JORGE BARREIRO, "El Bien Jurídico protegido...", p. 61, al acotar la discusión doctrinal a dos posiciones, las de "Dependencia" de bienes jurídicos individuales, y las de "Autonomía" de los mismos.

¹⁷³Citado por ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 17.

bienes jurídicos supraindividuales, entre ellos al medio ambiente, subordinada a que por su intermedio se esté protegiendo de alguna afectación a bienes jurídicos individuales¹⁷⁴.

Sólo la constatación de que una conducta pudiese resultar peligrosa o lesiva para la salud o la vida de las personas permitiría trazar la línea desde donde se debe comenzar a considerar al medio ambiente como bien jurídico merecedor de sanción penal¹⁷⁵; de no verificarse tal aptitud lesiva, la conducta debiera ser de exclusiva competencia administrativa.

Las razones de estos autores son que, a su juicio, debiera funcionalizarse los intereses generales desde la persona, deduciendo los bienes sociales y estatales desde el individuo, por ello, “*los bienes jurídicos de la comunidad sólo se pueden reconocer en la medida que -mediatamente- sean también intereses de la persona*¹⁷⁶”, o como indica ALCÁCER GUIRAO, “*bienes jurídicos como la hacienda pública, la administración de justicia, o el medio ambiente pueden perfectamente ser legitimados desde estos presupuestos, en la medida en que su mantenimiento abre espacios de libertad social para el ciudadano. (...) Estado y sociedad, así como las estructuras que los sostienen y legitiman, son entendidos no como fines en sí mismos, o prius normativos, sino como medios intersubjetivos para el desarrollo de la persona en sociedad*¹⁷⁷”.

STRATENWERT ofrece una propuesta alternativa a las anteriores, porque a pesar de catalogar la fundamentación antropocéntrica del bien jurídico como demasiado estrecha¹⁷⁸, parece igualmente poner el énfasis en la protección del hombre. En efecto, para el autor, debe construirse una dogmática nueva para ámbitos que infieran en el aseguramiento del futuro, como el medio ambiente, porque éste no constituye un interés concreto que pueda catalogarse como bien jurídico¹⁷⁹, pues, a su respecto, la ciencia está en los albores, desconociéndose los límites de resistencia de los medios naturales, quedando sólo la opción de vincular la dogmática y el Derecho Penal a normas de conducta generales que protejan conexiones vitales.

Esta propuesta, si bien pone de relieve un aspecto importante en relación al aún escaso conocimiento humano sobre los alcances de nuestras acciones -circunstancia que

¹⁷⁴ HASSEMER, WINFRIED/ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la Criminología...*, p. 109.

¹⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. “¿Protección Penal del Medio Ambiente?, Texto y contexto del artículo 325 del Código Penal”. en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía* 1997-3, p. 1715.

¹⁷⁶ HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, p. 108.

¹⁷⁷ ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003, p.96.

¹⁷⁸ STRATENWERTH, *Derecho penal, Parte General...*, p. 57.

¹⁷⁹ STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte General...*, p. 128, afirma que todas las distinciones entre delitos de lesión, peligro concreto y abstracto, tienen sentido “sólo en la medida en que el contenido del ilícito de un delito pueda ser descripto, justamente, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, por tanto, dicho a modo de ejemplo, nuevamente no en los delitos contra el medio ambiente”.

indudablemente debe ser tenida en cuenta por las autoridades del Estado-, resulta incompatible con las posiciones aquí sustentadas, pues a su respecto pueden hacerse las críticas ya señaladas a las posiciones antropocéntricas, sobre las que el autor pareciera volver, al referir como valor las “*conexiones vitales*”. Además, en mi opinión, este concepto resulta aún más difuso y merecería muchas más objeciones que las que se hacen al concepto de bien jurídico medioambiental; y por último, si cimentamos el Derecho Penal en “normas de conducta generales”, se corre el riesgo –al igual como sucede con propuestas como la de Jakobs- de vaciar de contenido las normas penales, y obviar principios básicos del Derecho Penal en un Estado Democrático, como los de *ultima ratio* y fragmentariedad¹⁸⁰.

A estas perspectivas se les ha criticado, que hoy aparecen desbordadas por la evidencia de los hechos, por una parte, la constatación del inconmensurable y a veces irreparable daño que ciertas actividades humanas pueden causar a los recursos naturales¹⁸¹, y por otra, la valoración social y sensibilización que existe en torno al medio ambiente, en el contexto de la sociedad del riesgo, ya no sólo como lugar donde el individuo puede esperar vivir sin ser objeto de agresiones, sino además, como el lugar donde podrán hacerlos las futuras generaciones¹⁸².

En efecto, para sus detractores, resulta incomprensible renunciar a la sanción penal justamente allí donde está en juego no ya los intereses vitales de un individuo, sino de la humanidad entera. Afirman que existe cada vez mayor certeza científica respecto al nefasto alcance que para los sistemas naturales y consiguientemente para la supervivencia de la especie humana sobre la tierra en condiciones de dignidad, pueden tener ciertas actividades¹⁸³, que no producen efectos inmediatos -directos o indirectos- sobre la salud o

¹⁸⁰ Me parece cuestionable además que las “conexiones vitales” sirvan de sustento a esta nueva dogmática, si según el propio autor, el alcance y límites de ellas también serían desconocidas aún por los especialistas. Por lo demás, estimo que dicho argumento no resulta válido para establecer si el referente medio ambiente es o no un bien jurídico, y sólo podría servir a la hora de determinar el riesgo permitido, cuando, según los especialistas -justamente por el conocimiento limitado que tenemos de éste- debiésemos actuar según demanda el principio de precaución, definido por VIVES-REGO, JOSÉ, *Los dilemas medioambientales del siglo XXI ante la ecoética. Los grandes retos ecológicos de los políticos, las empresas y la ciudadanía*, Ed. Bubok Publishing, Madrid, 2010, p. 45 como un “concepto que respalda la adopción de medidas protectoras cuando no existe certeza científica de las consecuencias para el medio ambiente de una acción determinada”.

¹⁸¹ RIECHMANN, JORGE, “Necesitamos científicos y tecnólogos conscientes de su responsabilidad ecosocial, selección de textos”, en *Perdurar en un Planeta Habitable, Ciencia, Tecnología y Sostenibilidad*, (Riechmann, Coord.), Ed. Icaria, Barcelona, 2006. p. 56, señala que “La ciencia y la tecnología moderna son demasiado poderosas para permitirse un margen de ensayo y error (...) Ninguna apreciación precisa del daño que se está produciendo actualmente con la lluvia radioactiva, el smog y los contaminantes químicos puede oscurecer esta simple verificación: En todos los casos se corrió el riesgo antes de comprenderlo cabalmente”. En el mismo sentido se pronuncia VIVES-REGO, JOSÉ. *Los dilemas medioambientales...*, p. 26, quien señala que “Es patente que el clímax (equilibrio dinámico) del planeta, no puede coexistir con la creciente presión humana”.

¹⁸² TIEDEMANN, KLAUS, *Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad*, (Abanto Vásquez, Trad.), Ed. Moreno, Lima, 2000, p. 207, señala precisamente aquello al indicar que “La protección del ambiente exige una protección protectora diacrónica –calculada a largo plazo, que también incluya la garantía de condiciones humanas dignas para las próximas generaciones.”

¹⁸³ En este sentido VIVES-REGO, *Los dilemas medioambientales...*, p. 17, señala que “El indicador de la Huella Ecológica (Ecological Foot Print) muestra claramente que la humanidad actual utiliza los recursos y servicios

vida de las personas. Puede aceptarse que “*la protección de los bienes jurídicos universales tenga sentido sólo en la medida en que se les considere condiciones esenciales para el desarrollo de las personas, o si se quiere para el uso y disfrute de los bienes jurídicos individuales, (pero ello) no implica que cada bien jurídico supraindividual haya de conectarse con determinados bienes jurídicos individuales y que esa conexión haya de manifestarse de un modo expreso en la estructura de los tipos que los protegen*¹⁸⁴.”

La cada día mayor sensibilización social sobre la importancia de proteger el medio ambiente en cuanto tal, torna para muchos paradójico que la agresión severa de un tanpreciado bien, cuyo disfrute pertenece a todos, no justifique la intervención del estado, en circunstancias que la afectación a veces mínima de otros bienes jurídicos de menor jerarquía, como la propiedad, pueda justificarla¹⁸⁵.

Sus opositores afirman que desde las perspectivas antropocéntricas debiera renunciarse a la sanción penal cuando se ha afectado un interés de la humanidad como especie, restando cualquier desvalor penal a una acción si no se puede apreciar la lesión de un bien jurídico individual, lo que aparece contradictorio con un Derecho penal de un Estado Democrático y Social de Derecho que justifica la pena en el merecimiento de la misma, en el contenido del injusto, que como decíamos en este ámbito, es cualitativa y cuantitativamente mayor.

En este sentido, SCHÜNEMANN¹⁸⁶ afirma que resulta cuestionable pensar en fortalecer la conciencia social sobre el valor del medio ambiente como ente autónomo mediante una política de descriminalización, propiciada por la concepción antropocéntrica, pues si bien el Derecho Penal en este ámbito no puede estar llamado a cumplir únicamente una función simbólica, es innegable, que la función de prevención general positiva, aceptada por gran parte de los autores como función legítima de la pena, resulta así abolida.

Para los detractores de la perspectiva antropocéntrica, en consecuencia, una teoría del medio ambiente que lo condicione en cuanto bien jurídico-penal a la lesión de bienes jurídicos individuales, se construye sobre premisas lógicas, deontológicas y científicas cuestionables.

de la Naturaleza que equivalen a 1,3 tierras, es decir que estamos consumiendo muchos más recursos de los que el planeta genera”.

¹⁸⁴ ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 27.

¹⁸⁵ CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección...*, p. 30.

¹⁸⁶ SCHÜNEMANN, BERND, “Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente”, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 223.

2.1.2 Teorías Ecocéntricas

Bajo esta denominación se agrupan todas las teorías que, por uno u otro fundamento, consideran al medio ambiente como un bien jurídico autónomo de los bienes jurídicos individuales.

En su vertiente radical habrían desarrolladas principalmente por autores alemanes que parten de la concepción del medio ambiente como un bien jurídico, un objeto de protección penal, absolutamente desconectado del ser humano, al que a los individuos sólo les restaría reconocer como ente ideal, proteger en cuanto tal, y al Derecho Penal sancionar las acciones cometidas en su contra.

Estas posiciones han sido criticadas, por una parte, porque un Derecho Penal respetuoso del principio de intervención mínima, no puede servir como una herramienta que persiga exclusivamente constituirse en cimiento de una conciencia ecológica de los individuos, pues esta función deberá asumirla el Estado mediante otros mecanismos de promoción y respeto del medio ambiente. Por otra parte, se le han formulado críticas ontológicas, por la esencial contradicción que incurre en la definición del objeto de protección, pues tratándose como se indica de un ente ideal, sus contornos necesariamente serán determinados socialmente y no estarán preestablecidos por la naturaleza misma¹⁸⁷.

Por su parte, los defensores del llamado Ecocentrismo moderado en sus distintas variantes sostienen que el contenido del bien jurídico medioambiental, al igual que en todo objeto valorado como tal, existe una necesaria última referencia al individuo (que no a un bien jurídico individual), pero le conceden, por su especial jerarquía o función, una protección autónoma y determinada. Las diferencias y matices que existen entre los autores que entienden el medio ambiente desde esta perspectiva son múltiples, pero tienen en común esta forma de entender el bien jurídico tutelado.

Importantes autores consideran que la especial característica del medio ambiente está dada por su función como fundamento para la vida de la humanidad, porque éste puede ser disfrutado por todos y porque posee además una dimensión de futuro. En palabras de SCHÜNEMANN existe el derecho de toda la humanidad -generaciones presentes y futuras- al disfrute de una igual parte de los recursos naturales, no existiendo ninguna razón que pueda

¹⁸⁷ MÜLLER-TUCKFELD, JENS CHRISTIAN. “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, (Iñigo Corroza/Pastor Muñoz/Ragués i Vallés, trads.), Ed. Comares, Granada, 2000. p. 509.

justificar la devastación de los sistemas naturales y el agotamiento de los recursos naturales por el modelo de vida adoptado por las actuales generaciones¹⁸⁸

Las críticas que sus detractores han vertido contra las teorías ecocéntricas se sustentan en dos pilares. El primero, en que así entendido el bien jurídico sería altamente difuso, siendo inútil a los fines de lesividad, y, por ende, también de punibilidad, vulnerando el principio de seguridad jurídica e intervención mínima; el segundo, por idéntica razón, porque resultaría altamente ineficaz, no pasando de cumplir una función meramente simbólica.

En efecto, la principal crítica que se hace a estas perspectivas es la falta de precisión y vaguedad del bien jurídico medioambiental, que acarrearía serios inconvenientes a la hora de ubicar el límite donde fijar la punibilidad de las conductas. A diferencia de las teorías antropocéntricas -que trazan la línea en la lesión o puesta en peligro de la salud o vida de las personas-, estas corrientes, no ofrecerían criterios materiales claros para delimitar los riesgos relevantes¹⁸⁹.

A esta crítica, los defensores del ecocentrismo replican que la lesividad como criterio de punibilidad debe estar en relación al bien jurídico que se protege, y en tal sentido, tratándose de bienes jurídicos individuales -por ejemplo, la salud o la vida-, su lesión o puesta en peligro sirve como criterio material para delimitar los riesgos relevantes porque el bien jurídico tutelado es individual, o tiene como referente al individuo, no siendo legítimo sancionar penalmente una acción que *ex ante* es inidónea para, cuando menos, poner en peligro la vida o salud de algún individuo. Ahora bien, a su juicio, no hay razón para buscar un criterio material de delimitación de la punibilidad, y el pretendido límite de la ofensividad en delitos contra bienes jurídicos supraindividuales -como los delitos contra el medio ambiente- en un bien jurídico individual como la salud o la vida, si, cuando menos, este bien jurídico posee un referente propio y un objeto material distinto al hombre, y más

¹⁸⁸ SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre...*, p. 21. En España, ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 39, siguiendo esta línea, considera que la característica sustancialmente diferenciadora del medio ambiente respecto de otros bienes jurídicos es que “su relación con los bienes jurídicos individuales no se limita a aquéllos de los que son portadores las generaciones actuales, sino que trasciende a éstas, pues el medio ambiente es condición de la vida de las generaciones futuras, no sólo en el sentido de su subsistencia, sino también en lo que respecta al ejercicio de los bienes jurídicos de esas generaciones”.

¹⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, “¿Protección Penal del Medio...”, p. 1715. En opinión de MÜLLER-TUCKFELD, “Ensayo para la abolición...”, p. 510, idéntica crítica podría realizarse a las perspectivas de tinte ecológico-antropocéntricas, porque al no contar “con criterio alguno para someter a crítica la citada relación de medio a fin [entre el bien jurídico medioambiental y los bienes jurídicos individuales], cualquier posible protección del medio ambiente mientras se configure de forma personal gozará de la legitimación de la noción personal de bien jurídico”.

aún, físico. Así las cosas, resulta más adecuado buscar estos criterios de delimitación en la afectación del bien jurídico supraindividual porque, particularmente en el caso del delito medioambiental, el individuo no es referente del bien jurídico, ni tampoco su objeto material o jurídico.

Sus defensores explican esta afirmación, porque, a su juicio, aun cuando se trata de un bien jurídico autónomo de bienes jurídicos individuales, no lo es del hombre, y la valoración que de éste se hace -como se decía más arriba- ya va inserta en la propia definición del referente del bien jurídico, el medio ambiente¹⁹⁰. Así, una nueva referencia a éste como límite a la punibilidad implicaría que el bien jurídico supraindividual se desnaturalizaría para convertirse en una nueva e innecesaria tutela a la salud o vida de las personas.

La segunda gran objeción a las perspectivas ecocéntricas dice relación con la falta de necesidad de pena, porque resulta evidente la ineficacia del Derecho Penal en este ámbito. Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, para quien el escaso número de sentencias condenatorias por delitos ecológicos en casos que no hayan sido bagatelares¹⁹¹, y la indemnidad en que han quedado los culpables de conductas realmente dañinas para el medio ambiente, no es sino una muestra de que el Derecho penal en este ámbito cumple un rol meramente simbólico, encubridor de las conductas realmente graves¹⁹², que está orientado “*más que a la resolución directa del problema jurídico-penal (la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido*”¹⁹³.

Desde las posiciones ecocéntricas se replica que no debiera constituir un problema el carácter simbólico del Derecho penal en esta materia –porque el mismo puede contribuir a reforzar la función preventivo general positiva de la norma-, salvo que éste se convirtiese

¹⁹⁰ Se comparte la visión de CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, “Los Delitos contra la ordenación del territorio y el Medio Ambiente”, en *Problemas Criminológicos en las Sociedades Complejas*, (Corcoy Bidasolo/Ruidíaz García, Coords.), Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2000, p. 70, para quien “en esta valoración del medio ambiente como bien jurídico penal, está intrínseca la protección de valores individuales, esencialmente, la seguridad como presupuesto del libre desarrollo de la personalidad”.

¹⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, ¿Protección Penal del Medio...”, p.1714; MÜLLER-TUCKFELD, “Ensayo para la abolición...”, pp. 516 ss., en relación al Derecho penal medioambiental alemán, agrega que el mínimo número de sentencias condenatorias en casos graves se debe a que “la mayor parte de las contaminaciones del medio ambiente en este ámbito están permitidas administrativamente y, por tanto, no realizan el tipo. En el caso de las grandes empresas las autorizaciones se plasman en acuerdos corporativos.”

¹⁹² HORMAZABAL MALAARÉ, HERNÁN. “El delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal”, en *El Delito Ecológico*, (Terradillos Basoco, Coord.), Ed. Trotta, Madrid, 1992, p. 61.

¹⁹³ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2ª ed ampliada y actualizada., Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, p. 489.

en la exclusiva razón de ser del bien jurídico-penal. Pero, sobre todo, sostienen que si bien el Derecho Penal medioambiental no ha mostrado hasta ahora la deseada eficacia, ello no puede significar la renuncia del Estado a esta herramienta, pues dicha resignación precisamente vendría a reforzar una desigual y antidemocrática selección de bienes jurídicos, a aquellos que en la casi totalidad de las ocasiones afectan a pocos y son cometidos por los de siempre¹⁹⁴. Agregan que, en todo caso, la supuesta ineficacia del Derecho Penal del medio ambiente no puede ser achacada a alguna característica intrínseca del bien jurídico, sino a la escasa voluntad política para dotar a las policías y a los tribunales de especialistas, tecnología y conocimientos que les permitan investigar, establecer con un adecuado nivel de certeza los efectos de unas determinadas conductas, y castigar, de ser pertinente, a los autores de las mismas.¹⁹⁵

Por mi parte, creo que la eficacia de un determinado instrumento muchas veces tropieza con iguales escollos, pero no siempre se utiliza éste como razón para justificar su eliminación. Así, por ejemplo, muy pocos niegan que la sanción penal debiera servir - cuando menos en parte- a los fines de prevención especial, y en tal sentido, que la reinserción debiese ser un objetivo de las penas, incluidas las privativas de libertad. Sin embargo, en Chile -aunque las cifras no son precisas-, se dice que cuando menos la mitad de los exreclusos reincide en la comisión de delitos (con mayor frecuencia en delitos de la misma especie), pero nadie cuestiona la eliminación de las penas privativas de libertad (sino muy por el contrario), ni tampoco se deslegitima la prevención especial como fin de la sanción penal.

A mi juicio, en este caso, además del modelo socioeconómico imperante, una de las razones puede encontrarse en que los recursos asignados para ello son muy exiguos, e incluso irrisorios si se compara aquella cifra con la que se gasta en construir nuevas cárceles y mantenerlas operativas. El motivo es conocido por todos: Resulta absolutamente impopular gastar el dinero de los buenos ciudadanos en mejorar las condiciones de vida de los delincuentes, y, en consecuencia, no existe voluntad política para abordar este problema con el mínimo rigor técnico-económico

¹⁹⁴ HORMAZABAL MALAARÉ, “El delito ecológico...”, p. 60.

¹⁹⁵ Destacan este aspecto entre otros, CORCOY BIDASOLO, “Los delitos contra la ordenación del territorio...”, p. 71; HORMAZABAL MALAARÉ, “El delito ecológico...”, p. 64; VIVES-REGO, *Los dilemas medioambientales...*, p. 127, quien, desde una perspectiva ecoética, añade a la falta de voluntad del legislador, a quien le resulta más fácil y barato legislar que hacer cumplir lo legislado, la falta de real interés de la población en los problemas medioambientales a causa de desconocimiento o simple egoísmo y a que los grandes intereses económicos no quieren salir perjudicados.

necesario. En todo caso, y aunque la cárcel es altamente ineficiente en su objetivo de reinsertar, pocos cuestionan ésta como mecanismo de sanción contra el delito, ni tampoco, que la reinserción y rehabilitación deban ser parte integrante de los fines de la pena.

2.1.3 Teorías Administrativistas

Aparte de estas dos grandes perspectivas, cabe hacer mención de aquellas según las cuales el bien jurídico que se tutela sería la obediencia a las órdenes de la administración, o a un determinado modelo de gestión medioambiental.

Estas teorías se desarrollan sobre la base empírica de la duplicidad normativa que existe en este ámbito, en virtud de la cual, una parte importante de las actividades potencialmente contaminantes está regulada por la Administración, y las lesiones o puestas en peligro más graves –según se expondrá- lo están, además, por el Derecho penal. No hay acuerdo en torno a la relación que debe existir entre ambas ramas del Derecho, al mayor o menor grado de accesoriedad que puede predicarse legítimamente del Derecho penal respecto al administrativo. Así, encontramos las tesis que propugnan la independencia absoluta –descripciones típicas completas sin remisiones a conceptos administrativos-, otras la accesoriedad absoluta –normas penales en blanco que no contienen alusiones a elementos ambientales-; y entre ambas, las que propugnan una accesoriedad relativa entre el Derecho penal y el administrativo.¹⁹⁶

Son justamente quienes defienden las tesis de la accesoriedad absoluta del Derecho penal al administrativo quienes han postulado que el bien jurídico protegido por los tipos ecológicos -a lo menos inmediatamente- sería la obediencia a las órdenes de la Administración, como único valor, o cuando menos como el más importante de ellos, pues consideran imprescindible la intervención administrativa en el sector medioambiental. Estas teorías, sin embargo, por su carácter y consecuencias excesivamente formalistas, no han encontrado defensores en la dogmática española.

Una propuesta en esta línea sería la defendida por MÜLLER-TUCKFELD, quien plantea una posición abolicionista del Derecho penal del medio ambiente, porque desde su

¹⁹⁶. Clasificación propuesta por DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, *Protección Penal de Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados por una autorización administrativa ilícita*. Ed. Cedecs, Barcelona, 1996, p. 62.

perspectiva, el bien jurídico tutelado por los delitos medioambientales –en referencia al §§ 324 y ss.-, no podría ser otro que la exigencia de que los recursos naturales sólo se contaminasen de forma autorizada, pues la reproducción de los fundamentos naturales de la vida no es puesta en peligro por los pequeños delitos que castiga el Derecho penal, sino por un abuso del medio ambiente totalmente legal y autorizado. Según el autor, para quienes destacan el rol preventivo general positivo del Derecho penal del medio ambiente “*no plantea problema alguno que el éxito de este aprendizaje deba alcanzarse, no sólo gracias a la aplicación instrumental del derecho penal, sino también a costa de utilizar como ejemplo a aquéllos que, por regla general, sólo han cometido delitos de bagatela*¹⁹⁷”.

Para solventar su perspectiva, MÜLLER-TUCKFELD recurre a un argumento que aquí se comparte, a saber, la deplorable utilización del Derecho penal medioambiental como herramienta de encubrimiento y postergación por parte del estado de la inexistencia de un aparato preventivo y educativo capaz de ser coherente y eficaz en la protección de los ecosistemas –y la total falta de voluntad política para colmar este espacio- personalizando y sancionando penalmente contradicciones sociales y políticas.

Sin embargo, en mi opinión, si basándose en ello se asevera que el Derecho penal del medio ambiente posee un efecto puramente simbólico, y que una ciencia crítica del Derecho penal debiera centrarse en la peculiar imputación de problemas sistémicos a sujetos individuales, tendríamos que extender tal diagnóstico y sus consecuencias a la persecución penal frente a atentados en ámbitos delictuales clásicos, como por ejemplo, ocurre en Chile con la cada vez más precoz responsabilidad penal juvenil, con la violencia de género, y llevado hasta sus últimas consecuencias, con la delincuencia patrimonial, pues “los delincuentes de siempre”, no pasan de ser meros chivos expiatorios de un sistema social intrínsecamente desequilibrado en cuanto a acceso a recursos y oportunidades de desarrollo se refiere, del que el Estado no puede o no quiere encargarse -por los costes políticos y económicos que implica-¹⁹⁸.

En suma, creo que podríamos realizar idénticas reflexiones respecto a muchos espacios de protección penal -muchos de ellos no cuestionados- y por tanto, no puede servir

¹⁹⁷ MÜLLER-TUCKFELD, “Ensayo para la abolición...”, pp 522-525.

¹⁹⁸ Esta reflexión, realizada mucho antes del 18-O, cuando se inició el estallido social en Chile, hoy resulta empíricamente ratificada, porque con el lema de “*Chile despertó*”, explotó en el país una conciencia generalizada de la inequidad sistémica de nuestro modelo. Actores políticos han intentado hacerse cargo del asunto con medidas de urgencia que difícilmente resolverán el trasfondo del problema: El descontento, la frustración y rabia de la mayor parte de la sociedad frente a vicios y abusos intrasistémicos normalizados por décadas, se ha traducido en acciones violentas, saqueos, y quemas de tiendas comerciales, bancos y farmacias.

como fundamento para la abolición o minimización extrema del Derecho penal -del medio ambiente o de la propiedad-, sino para realizar una revisión, discusión, y construcción crítica de una teoría del delito que asumiendo tal cuestión, intentase hacer del Derecho penal una herramienta preventivo general - no puramente simbólica- que se ajustara a los principios de un Estado de Derecho.

2.1.4 Toma de posición

Como se ha esbozado, a mi entender, el bien jurídico medioambiental, debe gozar de una total autonomía respecto de otros bienes jurídicos (colectivos o individuales), principalmente porque en cuanto valoración social asentada, constituye hoy una de las que con mayor evidencia reclama protección estatal, incluida la penal. Me inclino, en consecuencia, por una perspectiva ecocéntrica.

Porque a pesar de las críticas que se hacen a esta posición, respecto a la falta de criterios materiales de delimitación son parcialmente acertadas, pero no encuentran su origen en la naturaleza ecocéntrica del bien jurídico, sino en el relativamente reciente trabajo dogmático y jurisprudencial, que aún no ha establecido lineamientos claros respecto a los criterios materiales que delimiten el ámbito de lo punible.

Y es que por lo demás, a diferencia de la mayor parte de los bienes jurídicos supraindividuales, el bien jurídico medioambiental sí posee un sustrato material, los ecosistemas, pudiendo construirse a partir de éstos y del objeto material -los recursos naturales-, criterios suficientes para delimitar lo punible de lo que no debiera serlo¹⁹⁹. Por ello, creo que su reclamada falta de determinación, no se subsana incorporando notas antropocéntricas al bien jurídico-penal ecológico -pues ello no hace más que desnaturalizarlo-, sino asumiendo que la referencia final al individuo ya se encuentra incorporada en el concepto mismo, por lo que los esfuerzos debieran orientarse a pesquisar y establecer los mecanismos de tutela penal que se ajusten a las características de este bien jurídico, porque como se verá, muchos de los problemas de ejecución en esta materia se

¹⁹⁹ Aunque partiendo de una premisa diversa, HAVA GARCÍA, ESTHER, *Protección jurídica de la fauna y flora en España*. Ed. Trotta, Madrid, 2000, pp. 56-57 arriba a una conclusión similar, porque si bien la autora identifica como sustrato del bien jurídico al medio ambiente con la biosfera, entiende como bien jurídico “aquellos parámetros de sus elementos físicos y biológicos fundamentales para asegurar la estabilidad de todo el sistema: “el mantenimiento del equilibrio general y dinámico de la biosfera” es el bien macro y final objeto de protección, pues es éste el que ha permitido el surgimiento y conservación de la vida en el planeta.”

relacionan precisamente más con la manera en la que se describen los tipos, que con el contenido (no antropocéntrico) del bien jurídico.

En este sentido, la ausencia de criterios materiales respecto al bien jurídico penal medioambiental no debiera constituir un argumento para su descalificación, pues como ya se dijo, lo hacen aprehensible los ecosistemas y los recursos naturales, y por lo demás, aquella posición tampoco resulta comprensible frente a la legitimidad que se otorga a bienes jurídicos individuales como el honor. La valoración que realice el juez respecto al medio ambiente resultará, en todo caso, mucho menos arbitraria –más apegada al principio de la seguridad jurídica- que la que realice en relación a valores como aquél, cuya afectación (lesividad) -por carecer absolutamente de criterios materiales- resultará siempre más difícil de establecer. A mi modo de ver, el cuestionamiento que se produce en relación a uno y otro bien jurídico no pasa entonces por su asociación a un sustrato físico, sino por los años de trabajo que la doctrina y jurisprudencia ha dedicado a establecer la frontera de la punibilidad, estableciendo criterios que delimitan el bien jurídico individual, en contraste al relativamente escaso estudio del bien jurídico supraindividual.

Por otro lado, considero que la crítica que se esgrime en contra del bien jurídico-penal medioambiental, en razón de su pretendida ineficacia, no debiera realizarse exclusivamente considerando el número de sentencias condenatorias dictadas en este ámbito, porque -aunque en ellas encontramos muchas de las dudas e incertezas sobre el bien jurídico medioambiental, la estructura típica, las acciones desvaloradas y su lesividad-, la ineficacia del sistema no puede achacarse al bien jurídico-penal, sino principalmente, a los errores cometidos por los operadores del sistema durante la investigación de los hechos - porque muchas veces es evidente que no existe claridad respecto de lo que debe acreditarse-, o también, a que no existen los recursos necesarios para arribar a tales pruebas.

Por otra parte, no puede perderse de vista, que la eficacia que se atribuya a un mecanismo -el bien jurídico medioambiental y en general, la tutela penal del medio ambiente-, vendrá siempre determinada por los objetivos que se pretenda asignar al mismo. Si se pretende que el Derecho penal del medio ambiente sea la única herramienta para enmendar el rumbo en este ámbito, el fracaso será absoluto. Si se entiende, como aquí que el bien jurídico medioambiental posee una entidad propia, que requiere de una específica protección penal, para los casos de mayor gravedad, pero que no pasará de ser una necesaria pero modesta aportación en un terreno, en el que como señala JORGE BARREIRO, *el protagonismo le corresponderá a la política social de todo el ordenamiento jurídico, con*

*especial relevancia al Derecho Administrativo, y a una coordinada política internacional de compromiso de los Estados de preservar el medio ambiente y de neutralizar los riesgos ecológicos que ponen en “peligro” la supervivencia de la humanidad, la ineficacia del Derecho penal será controvertible, y en todo caso, no imputable al bien jurídico medioambiental, sino a las dificultades dogmáticas propias de un bien jurídico de nuevo cuño, más las añadidas a la inercia de un sistema social y económico que, de momento, pareciera no querer renunciar a su estilo de vida*²⁰⁰.

En este trabajo se asume, entonces, una perspectiva ecocéntrica que intenta acotar el contenido del bien jurídico penal medioambiental de forma autónoma de bienes jurídicos individuales, porque legitima una parcela de valor propio, que ineludiblemente tiene como último referente a toda la humanidad, pero cuya tutela penal autónoma es legítima, útil y necesaria, sin necesidad de nuevas referencias a bienes jurídicos individuales.

2.2 El bien jurídico-penal medioambiental: Equilibrio de los sistemas naturales

El bien jurídico-penal que debiera ser tutelado, es, a mi entender, el que propone una parte importante de la doctrina española²⁰¹: el *equilibrio de los sistemas naturales*, por lo que, en el presente capítulo, en primer término, se intentará delimitar el contenido de tal concepto, luego asumir las críticas que a su respecto se realizan, reafirmar las razones por

²⁰⁰ JORGE BARREIRO, “El Bien Jurídico protegido...”, p. 66. El autor concluye que “el Derecho Penal no puede limitarse a ser un “convidado de piedra”, ni dejar de hacer uso de su arsenal sancionador, con todas las garantías del Estado de Derecho en la revisión permanente de sus categorías dogmáticas, frente a los ataques más intolerables contra el bien jurídico colectivo –perteneciente a todos, generaciones presentes y futuras- y fundamental que es el medio ambiente”. En similar sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Elogio del artículo 325...”, p. 269, afirma que “a través de sus directivos de conducta el artículo 325 C.P. no pretende proveer sin más de un medio ambiente más equilibrado en el sentido de menos nocivo para la salud humana, más favorecedor de la reproducción de las especies animales y vegetales, y más proclive al sostenimiento futuro de estas cualidades. Que esto sea así va a depender de un sinnúmero de decisiones sociales que conforman un determinado modo de vida y que suponen una determinada ponderación de los beneficios y perjuicios que comportan las actividades contaminantes”.

²⁰¹ En referencia al art. 325, previo a la entrada en vigencia de la LO 1/2015, entre otros, ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p.66; CORCOY BIDASOLO, “Los delitos contra la ordenación...”, p. 61; MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, *El delito ecológico del artículo 325.1 del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 52; CASTELLÓ NICÁS, NURIA, “Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del código penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma 5/2010 de 22 de junio)”, en *El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas* (Castelló Nicás Dir.), Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 291-292; DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *Tratado de Derecho Ambiental* (Ortega Álvarez/ Alonso García, Dirs.; de Vicente Martínez, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 290; LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental...*, p. 526. Entre quienes consideran que el bien jurídico protegido por el art. 325 CPE es el medio ambiente, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS/ FERNÁNDEZ MONTANER, RAQUEL, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, p. 29; PUENTE ABA, LUZ MARÍA. “Los Delitos Contra Los Recursos Naturales y El Medio Ambiente. Introducción al Capítulo III”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial* (Faraldo Cabana, Dir.; Puente ABA, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 237.

las que estimo que ellas pueden ser superadas, para, finalmente, deslindarlo de otros conceptos y bienes jurídicos como medio ambiente²⁰², recursos naturales²⁰³, equilibrio sustentable de los sistemas naturales, biodiversidad y salud pública- pues, como se ha referido, el grado de concreción del bien jurídico “*resulta imprescindible para una teoría del bien jurídico-penal que pretenda ofrecer criterios útiles para la delimitación de los objetos de protección del Derecho Penal. Es evidente que en buena parte de los casos los problemas de decisión de si procede, o no, la intervención penal depende de que se estime suficiente o no la concreta entidad del bien afectado*”²⁰⁴”.

Para definir y delimitar con precisión el bien jurídico que se estima merecedor de tutela penal, el “equilibrio de los sistemas naturales” -tal como haríamos si se tratase de un bien jurídico individual- habremos de recurrir a las ciencias encargadas de su estudio, ya que el bien jurídico incorpora conceptos eminentemente técnicos, cuyos contornos -según las normas generales de interpretación jurídicas- habremos de buscar, en este caso, en la Ecología.

En primer término, se dirá entonces, que “sistemas naturales” y “ecosistemas” son vocablos utilizados en forma indistinta por los ecólogos, y que en la teoría básica de esta ciencia son definidos como “*una unidad que persiste en el tiempo y funciona por sí misma y que está constituida por un ecotopo o biotopo (conjunto de factores mediales, agua, suelo físico, clima, etc.) y una biocenosis (que es un conjunto de seres vivos, hombre incluido)*”²⁰⁵”.

Un ecosistema -hayan o no incidido sobre él factores humanos- se encuentra en un estado de tipo dinámico en el que existe “*un constante intercambio material y energético entre los materiales inorgánicos del medio y las comunidades vivientes que integran el*

²⁰² En este sentido SILVA SÁNCHEZ / MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 29, señalan que, “sobre la base de una legitimación general de corte antropocéntrico” (n.38), “... conviene recordar que lo principalmente protegido por la norma penal en cuestión no son ni los concretos elementos del sistema natural afectado individualmente considerados, ni el sistema natural en su conjunto, ni siquiera la salud de las personas, sino el entorno o medio en el que aquéllos/as se desarrollan y se relacionan con otros/as.” En similar sentido, JORGE BARREIRO, “El Bien Jurídico protegido...”, pp. 43 ss.

²⁰³ SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, 2003, pp. 271 ss., sugiere que se deben delimitar los subsistemas que conforman el bien jurídico protegido, para construir bienes jurídicos autónomos, como hace la doctrina alemana (Tipos penales diferenciados contra el agua, aire, suelo, flora y fauna).

²⁰⁴ MIR PUIG, “Bien Jurídico y bien jurídico penal...”, p. 207.

²⁰⁵ VIVES-REGO, *Los dilemas medioambientales...*, p. 24. Otra definición de ecosistema en el mismo sentido la entrega MARGALEF, RAMÓN, *Teoría de los sistemas ecológicos*, 2ª ed., Ed. Publicacions Universitat de Barcelona, Barcelona, 1993, p. 80, para quien es el conjunto “formado por individuos vivos discontinuos, junto con los materiales que resultan de su actividad y que van desde moléculas hasta grandes estructuras físicas, así como la matriz o entorno físico en que están incluidos y donde se desenvuelve su actividad”.

*ecosistema, de modo que los individuos de estas últimas van siendo sustituidos, a lo largo de las generaciones, con evolución de las especies integrantes*²⁰⁶”.

Por su parte, podremos decir que un sistema natural se encuentra en *equilibrio*, cuando sus componentes se encuentran en armonía, de modo tal que ha alcanzado un estado de madurez y estabilidad que lo hace tender a su autoperpetuación²⁰⁷.

Este equilibrio de los ecosistemas o sistemas naturales, se delimitará en base a la evidencia ecológica de que *los diferentes tipos de capital no son siempre sustituibles, sino que se requiere mantener un nivel mínimo de existencias (stock) de cada componente del capital natural*, el que se verá afectado cuando por cualquier actividad se disminuya el capital natural- o se reduzca por debajo de un cierto mínimo-, aunque otras formas de capital se vean incrementadas²⁰⁸. En palabras de ROMÁN ORTEGA, “*Cualquier alteración de este fenómeno progresivo y de reconstrucción, ya sea por intervención humana o por causas naturales, supone una regresión, que puede llegar a degradación, en la cual pueden tener influencia decisiva los factores técnicos actuando como contaminantes*²⁰⁹.”

A partir de estas definiciones ecológicas básicas, en mi opinión, por *equilibrio de los sistemas naturales*, en cuanto bien jurídico-penal, debe entenderse aquel ***estado dinámico entre materia orgánica e inorgánica en el que se encuentra un determinado sistema natural, respecto al cual (recurriendo a los conocimientos científicos actuales) puede realizarse una prognosis certera de que se mantendrá en el tiempo***²¹⁰.

A mi modo de ver, este bien jurídico acotado en los términos indicados, y referido al medio ambiente, en cuanto concepto penal²¹¹, otorga suficiente seguridad jurídica como para cumplir con el mandato de determinación de un Estado Democrático de Derecho, y

²⁰⁶ ROMÁN ORTEGA, *Diccionario de Medio...*, p. 97.

²⁰⁷ En este sentido, VIVES-REGO, *Los dilemas medioambientales...*, p. 25, indica que cuando un ecosistema es estable a lo largo del tiempo y el espacio, se entiende que ha llegado a su clímax.

²⁰⁸ DURÁN, ALICIA, “Un modelo científico para abordar la sostenibilidad sociológica, en *Perdurar en un Planeta Habitable. Ciencia, Tecnología y Sostenibilidad*. (Riechmann, Coord.), Ed. Icaria, Barcelona, 2006, p. 110.

²⁰⁹ ROMÁN ORTEGA, *Diccionario de Medio...*, p. 97.

²¹⁰ En un sentido similar ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 67 señala que “El equilibrio de los sistemas naturales ha de guardar relación, a mi parecer, con la capacidad de regeneración del ecosistema. A su vez, el desequilibrio del ecosistema, esto es, la lesión del bien jurídico se producirá cuando se produzca un menoscabo en esa capacidad de regeneración”. En iguales términos, MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, pp. 120 ss. En el mismo sentido, pero como sinónimo de medio ambiente, GÓRRIZ ROYO, ELENA, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 40, estima que el bien jurídico sería el “mantenimiento o equilibrio de las propiedades intrínsecas de los diversos sistemas naturales, así como la preservación de los ecosistemas que le son propios”.

²¹¹ Sobre el concepto penal de medio ambiente, véase *Supra* Cap. II.4, pp. 21 ss.

entrega herramientas para restringir el tipo objetivo por la vía de la concreción del sustrato del bien jurídico.

2.2.1 Críticas (y justificaciones) al bien jurídico propuesto

En España, desde que se incorporara el tipo penal medioambiental al CPE, se viene discutiendo cuál es el bien jurídico que éste pretendía (y pretende) tutelar, desde una perspectiva de *lege lata*. Así, en su oportunidad, se puso de relieve que el art. 347 bis se ubicaba en la Sección 2 del Capítulo II del Título V, cuya rúbrica era “Delitos contra la salud pública y el medio ambiente”, sancionando a quienes (con infracción de norma administrativa provocasen emisiones o vertidos en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas), que “*pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques espacios naturales o plantaciones útiles*”.

A partir de allí, algunos indicaban que el bien jurídico era el medio ambiente, y que por su naturaleza diversa a la salud pública era un acierto no englobarlos, pero poco aportaban respecto a su real contenido²¹²; mientras otros, dando cuenta de la complejidad que implicaba la determinación del bien jurídico, optaron por una definición residual, por considerar que existían numerosos preceptos en el código penal que pretendían tutelar ciertos aspectos parciales del medio ambiente, afirmando que pertenecían al medio ambiente (penal), todos aquellos elementos naturales cuya conservación o restauración resultara indispensable para el desarrollo del ser humano, siempre y cuando no encontrasen amparo en otras normas penales, o cuando su protección específica no alcanzara a dar protección suficiente al conjunto de elementos necesarios para el fin señalado.²¹³

Luego, con la entrada en vigencia de la LO 5/2010²¹⁴, se modifica la rúbrica del Título XVI del Libro II, disponiéndose que tendría como redacción «TÍTULO XVI De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente», modificándose el artículo 325 que quedó redactado de forma que se castigaba al que, “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general

²¹² BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de derecho penal: Parte especial*, 2ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 260.

²¹³ DE VEGA RUIZ, JOSÉ AUGUSTO. *El delito ecológico*, Ed. Colex, Madrid, 1991, p. 30.

²¹⁴ De 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE-A-2010-9953.

protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el altamar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas *que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

En virtud de esta redacción, una parte importante de la doctrina española estimó que existía un claro argumento de derecho positivo para considerar que el equilibrio de los sistemas naturales era el bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico-penal, y que el legislador -al igual que hace en otras disposiciones penales²¹⁵, había optado por incluir en el tipo penal el bien jurídico protegido²¹⁶.

Luego, *prima facie* pareciera poder afirmarse que el vigente art. 325 CPE (desde la LO 1/2015), en su n°1 posee como objeto de tutela la calidad del aire, del suelo o de las aguas, animales y plantas, respecto de los cuales el ilícito se consumaría de producirse un resultado de lesión, peligro abstracto o concreto al utilizar la expresión “*cause o pueda causar daños sustanciales*” hacia esos recursos naturales. Luego que en art. 325.2 se tutelaría el equilibrio de los sistemas naturales mediante una descripción como delito de peligro abstracto o hipotético -“*podieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*”-; y que en la parte final de este apartado, se intentaría proteger la vida humana de estas agresiones recurriendo nuevamente a la estructura del peligro concreto “*Si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud...-*”. Podría sostenerse que el legislador elevó a la categoría de bienes jurídicos a los recursos naturales, animales o plantas, y además, continuó protegiendo el equilibrio de los ecosistemas, o que se decantó por una protección anticipada de los sistemas naturales, pero como se analizará más

²¹⁵ Por ejemplo, el art. 173 CPE, que sanciona al que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su *integridad moral*, o el art. 178 que castiga a quien atentare contra la *libertad sexual* de otra persona, con violencia o intimidación.

²¹⁶ ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 64, justifica tal conclusión señalando que “Si se concibe este delito como de peligro abstracto -como, a mi juicio, ha de concebirse- y, dentro de esa categoría, como delito de aptitud para la producción de un daño, · y si a la vez se es coherente con lo que implica esta construcción típica no puede llegarse a otra conclusión sobre el bien jurídico protegido, de acuerdo con la voluntad de la ley”. En una variante más antropocéntrica, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 510, incluye dentro del bien jurídico aparte del mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora, “las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies”, pudiendo en esta expresión incluirse aspectos no referidos a los ecosistemas.

adelante, a pesar de la pésima fórmula utilizada, desde esta perspectiva, el bien jurídico protegido en el art. 325 CPE, sigue siendo el equilibrio de los sistemas naturales.

Valga reiterar que si bien en este trabajo se analizan parcelas del artículo 325 CPE (y de su antecesor, el art. 347 bis), ello sólo se realiza a efectos de desarrollar las diferentes categorías y problemas que en ellos se observan en relación a las diferentes características que a nuestro entender debiera tener una norma medioambiental base, porque del corto tiempo transcurrido entre sus diversas redacciones, y habiendo oscilado entre textos tan disímiles, cabe inferir que el legislador posee poca claridad sobre lo que se intenta proteger, y especialmente, de la forma más adecuada para ello.

Parece evidente, ya desde esta superficial mirada, que el método exegético, no resulta eficiente a la hora de reconocer el bien jurídico que debiera proteger un tipo medioambiental base, pudiendo afirmarse, en todo caso, que la actual redacción del art. 325 CPE genera un importante problema de incerteza jurídica pues desde alguna interpretación, toda infracción a la norma administrativa podría ser constitutiva de ilícito penal, desde que se sancionan los daños sustanciales hacia los recursos naturales, lo que evidentemente, también puede conducir a la vulneración del *non bis in ídem*, pues si la norma administrativa impone cantidades límite de sustancias extrañas al recurso natural que pueden incidir sobre él en razón de determinada actividad, su infracción, de suyo, importaría un daño sobre el recurso natural o sobre los organismos que lo habitan, siendo sólo la cuantía del daño el factor que determinase la existencia o no de un ilícito penal.

Por ello, aquí se eludirá el criterio interpretativo literal para defender al equilibrio de los sistemas naturales como bien jurídico-penal medioambiental, por parecer deficiente la descripción legal española y porque, como ya se dijo, en Chile actualmente no existe en el Código Penal ni en algún otro cuerpo legal, un tipo penal base en materia medioambiental²¹⁷, y el que se contiene en el anteproyecto de ley resulta francamente cuestionable, a la luz de las premisas que se sostienen en esta investigación.

²¹⁷ Ello se replica en algunos de los Códigos penales de países sudamericanos, como Argentina, o Uruguay, en los que al igual que en Chile existen proyectos en diferentes etapas de tramitación-, haciendo excepción Códigos como el colombiano, ecuatoriano o del Perú, que sí las poseen. A modo de ejemplo, en este último país, la norma base utiliza una descripción similar a la del art. 325 CPE anterior a la ley 1/2015, aunque incorporando al bien jurídico protegido notas marcadamente antropocéntricas. “*Artículo 304.- Contaminación del ambiente El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa*”,.

Para exponer, entonces los motivos por los que considero que el bien jurídico-penal medioambiental, debiera ser el *equilibrio de los sistemas naturales*, se recurrirá a las principales críticas que se han dirigido en contra de esta posición.

En primer término, el *equilibrio de los sistemas naturales*, ha sido censurado -como fuere en parte esbozado al referir las críticas a las teorías ecocéntricas²¹⁸-, porque carecería de “*criterios materiales para delimitar los riesgos relevantes en el medio ambiente, a los efectos de su incriminación; y en segundo lugar, porque el concepto medio ambiente tendría contornos muy difusos, lo que, unido a este bien jurídico vago en sí mismo, no permitiría garantizar una interpretación que permitiese fijar los límites inequívocos de la punibilidad*²¹⁹”.

Respecto de la primera cuestión se ha dicho que el concepto de sistemas naturales es tan impreciso que permite incluir en él tanto una charca como un océano, por lo que se hace imposible la delimitación del riesgo penalmente relevante. A partir de allí, se cuestiona incluso que, con tal referencia, el tipo “*esté cumpliendo los mínimos exigibles en cuanto a la taxatividad o determinación del enunciado legal*²²⁰”.

Naturalmente, la mayor parte de estas críticas provienen de autores que sostienen perspectivas antropocéntricas, para quienes la falta de referencia a bienes jurídicos individuales como límite del riesgo relevante, es insalvable. Así, por ejemplo, para ALASTUEY DOBÓN, penalmente “*importarán sólo los ecosistemas a los que les sean inherentes determinadas funciones como fundamento para la vida de generaciones presentes y futuras*²²¹”. Por su parte, SOTO NAVARRO, considera que “*la concreción normativa de los bienes jurídicos a proteger en este ámbito sólo puede alcanzarse mediante la identificación de su valor funcional, que radica, a mi entender, en las funciones ecológicas asignadas por el sistema social a cada recurso natural*²²²”.

En mi opinión, sin embargo, la denunciada vaguedad del bien jurídico *Equilibrio de los sistemas naturales* puede ser razonablemente reducida -como se hizo previamente-, mediante un ejercicio de interpolación de cada uno de los conceptos que integran el bien jurídico desde la ciencia que se ocupa del estudio del medio ambiente, pues ello permitirá conseguir un resultado cercano al propuesto, que, a mi juicio, otorga suficiente precisión

²¹⁸ Véase *Supra*, Cap. III.2.1.2, pp. 70 ss.

²¹⁹ JORGE BARREIRO, “El Bien Jurídico protegido...”, p. 45.

²²⁰ SILVA SÁNCHEZ / MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 112.

²²¹ ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 71.

²²² SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, pp. 269 ss.

respecto a qué es lo que decimos cuando utilizamos la expresión *equilibrio de los sistemas naturales*.

Evidentemente no pretendo afirmar que mediante la sola incorporación de las definiciones ecológicas pueda establecerse con precisión el riesgo penalmente relevante, pero, creo que ello resulta predicable de todo (o casi todo) bien jurídico-penal porque responde a la propia definición de éstos como intereses o valoraciones y no como meros objetos. Es cierto que la precisa determinación del sustrato de ciertos bienes jurídicos como la salud o la propiedad, permite avanzar en la tarea de determinar las conductas que generan riesgos relevantes, pero esta operación por sí misma nunca bastará a dichos efectos. Por otro lado, existen otros bienes jurídicos -también de cuño clásico- como la libertad o el honor²²³ que, al no poseer un sustrato material, han debido ser acotados dogmáticamente y el riesgo relevante determinado en función de los criterios generalmente aceptados para ello. El riesgo relevante en materia medioambiental no opera de modo diverso. Éste no queda acotado por la definición de equilibrio ni de ecosistema, porque efectivamente a partir de éstas no podríamos excluir la puesta en peligro del equilibrio de la charca, pero muy probablemente, si sólo se produce tal riesgo, éste no constituirá siquiera una infracción administrativa, por lo que será descartado por no colmar este primer elemento del tipo objetivo. Como afirma JORGE BARREIRO, en este caso, al igual que tratándose de cualquier bien jurídico-penal, habrá de recurrirse a “*todos los criterios al uso para interpretar los tipos penales, como son especialmente los relativos al grado de ofensividad de la conducta, a la adecuación social o a la de insignificancia*”²²⁴.

Dentro de las críticas al bien jurídico propuesto se incluye también que la noción de equilibrio no es acertada porque en la actualidad gran parte de los ecosistemas planetarios se encuentran -de uno u otro modo- intervenidos por el hombre, cobrando sentido sólo en la medida en que se asocie al estado del sistema natural anterior a la realización de la acción contaminante²²⁵.

²²³ Sirva de ejemplo la norma contenida en el inciso primero del art. 208 CPE, que establece que “Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”.

²²⁴ JORGE BARREIRO, “El Bien Jurídico protegido...”, p. 45

²²⁵ SILVA SÁNCHEZ / MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 112

Sin embargo, y aunque la premisa es irrefutable, puesto que actualmente *es inevitable que la mayor parte del mundo quede bajo manejo humano*²²⁶, a mi juicio, ello no puede significar la mutación del interés valorado, sino que ha de constituir un elemento a ponderar al momento de establecer la posible la imputación objetiva del resultado a la conducta enjuiciada. Ello, porque, en opinión de los expertos, “*los sistemas deben ser mantenidos lo más próximo posible a su estado natural para mantener inalterados los procesos de los ecosistemas naturales*”²²⁷, y por tanto, no existe razón para renunciar a este bien jurídico-penal -*el equilibrio de los sistemas naturales*- definido en la forma indicada, ya que aquél es el interés necesitado de protección, y cuya afectación incide en las posibilidades de desarrollo y participación de los sujetos²²⁸.

En otros términos, la constatación de que regularmente el sustrato material del bien jurídico –los sistemas naturales- esté intervenido y desmejorado por el hombre no incidirá en la valoración social ni ecológica que se haga de ellos –aunque quizás incluso implique una mayor concienciación ciudadana-, sino solamente será relevante, como lo sería tratándose de cualquier bien jurídico individual cuyo sustrato material se encuentre dañado o modificado, para establecer la relación de riesgo entre la conducta y el resultado, porque tendrá que determinarse si ésta incrementó el riesgo para el bien jurídico, vale decir, si el riesgo específico imputable a la conducta tiene la entidad para afectarlo, en cuyo caso, de reunirse los restantes elementos típicos, la acción deberá ser reprochada penalmente. El problema puede ser probatorio, pero no modifica el interés valorado penalmente.

Por otra parte, tampoco podría considerarse que el bien jurídico medioambiental está constituido por el *statu quo ex ante*, porque importaría soslayar, como pone de manifiesto ALASTUEY DOBÓN, que “*una mera alteración del estado anterior del ecosistema no basta para considerar lesionado el bien jurídico. Resultaría entonces sumamente difícil distinguir los ilícitos administrativos de los constitutivos de delito, pues la gran mayoría de los actos de contaminación que superen los límites establecidos en la normativa administrativa presentan un riesgo ex ante de alteración del estado anterior*”²²⁹.

Siguiendo con la crítica enunciada al inicio de este apartado, se dice también que la mixtura entre la vaguedad del bien jurídico “*equilibrio de los sistemas naturales*” y la

²²⁶ RICKLEFS, ROBERT E., “INVITACIÓN A LA ECOLOGÍA”, EN *LA ECONOMÍA DE LA NATURALEZA*. ED. MÉDICA PANAMERICANA, BUENOS AIRES, 2001, p. 613.

²²⁷ RICKLEFS, “Invitación a la Ecología”, p. 613.

²²⁸ En los mismos términos, TIEDEMANN, *Derecho Penal y nuevas formas...*, p. 289.

²²⁹ ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 67

amplitud del concepto medio ambiente, se dificulta aún más una interpretación que haga posible fijar los límites inequívocos de la punibilidad. Precedentemente se esbozaron las razones por las que se considera que el bien jurídico-penal “equilibrio de los sistemas naturales” resulta suficientemente preciso, por lo cual esta segunda parte de la objeción sólo será atendible en la medida en que se asigne al concepto de medio ambiente que ha de servir al Derecho penal unos contornos que, en mi opinión, no posee.

En efecto, tanto si se asigna al medio ambiente el carácter de bien jurídico-penal²³⁰, como si éste es considerado referente interpretativo del bien jurídico equilibrio de los sistemas naturales, la validez de esta crítica estará finalmente supeditada a los límites que a éste se atribuya. Aquí se ha descartado el medio ambiente como bien jurídico-penal, optándose por estimarlo su referente, la guía de interpretación, y el límite necesario del bien jurídico equilibrio de los sistemas naturales. Su delimitación resultará, en todo caso, relevante a efectos de limitar unívocamente la punibilidad, por lo que se debiera intentar despejar el concepto penal de medio ambiente de aristas que por su esencia no le pertenecen, como aquellas referidas al individuo y su entorno²³¹, pues si se entiende que “*para que pueda afirmarse la relevancia jurídica de una conducta que afecta al medio ambiente será necesario poder afirmar que aquella misma afectación, aunque no sea de manera directa, incide o puede incidir en el desarrollo (presente o futuro) de las personas*”²³².

Con aquella comprensión el límite de la punibilidad se oscurece considerablemente, pues, por una parte, se excluye del Derecho penal conductas que pueden ser riesgosas para el equilibrio de los ecosistemas, y por otra, se admiten acciones que no generan relevancia alguna para éstos. La importancia de una clara delimitación del concepto de medio ambiente y su rol, queda de manifiesto en parte importante de la jurisprudencia del TS, que lo considera el bien jurídico-penal ecológico²³³ y le atribuye unos contornos que permiten

²³⁰ Por ejemplo, DE LA CUESTA AGUADO, PAZ, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*. 2ª ed. Ed. Tirant lo Blanch, 1999, p. 62.

²³¹ Como se dijo *Supra* Cap. II.4, p. 21 ss., se considera necesario definir y utilizar un concepto que teleológicamente responda a las necesidades del medio ambiente en cuanto elemento penal.

²³² SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 27. Cabe advertir que pareciera que SILVA SÁNCHEZ ha flexibilizado su posición, ampliando –en favor de la autonomía del medio ambiente– el ámbito de las conductas que considera relevantes penalmente, pues en *Delitos contra el medio ambiente*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 83, afirmaba que no podía aceptarse la relevancia penal “allí donde no se constate una posibilidad seria de incidencia, aunque sea mediata o indirecta, sobre ecosistemas humanos”.

²³³ Por ejemplo, la STS 848/2007, 7 de febrero, pnte. Giménez García; y la tristemente célebre STS 52/2003, de 24 de febrero, pnte. Carlos Granados Pérez (Sala de fiestas Chapó).

incluir en él conductas de la más variada gama²³⁴, sancionando acciones que no producen riesgo alguno para los sistemas naturales.

Ahora bien, a mi entender, la sanción por los tribunales -mediante el tipo penal del art. 325 CPE- de conductas muy dispares y de dudosa relevancia penal, no es atribuible a que el bien jurídico *equilibrio de los sistemas naturales* sea particularmente etéreo o a la real amplitud del concepto de medio ambiente, sino, probablemente a -la cada vez- más deficiente y confusa técnica legislativa utilizada en la redacción de esta disposición.

En síntesis, a mi juicio, las críticas que se efectúan al bien jurídico *equilibrio de los sistemas naturales*, no se justifican, ya que pueden ser refutadas si se acotan adecuadamente los conceptos, constituyendo éste el pilar desde el cual efectuaremos todas las restantes restricciones que el Derecho penal impone, pues de otro modo, idénticos cuestionamientos podríamos realizar a bienes jurídicos individuales, y éstos no se realizan, o cuando menos no para restar legitimidad al bien jurídico.

En este trabajo se considera, entonces, que el bien jurídico medioambiental debe ser construido sin connotaciones antropocéntricas, porque la referencia a la protección del individuo viene ínsita en la propia definición de bien jurídico, ya que su protección es fundamento de la supervivencia humana; porque, además, existe una vasta tutela de la salud individual y de la vida, en tanto que la salud pública es un bien jurídico supraindividual (legitimado), cuyos contornos son absolutamente diversos a los intereses de protección medioambiental; y porque el medio ambiente como tal, no puede estimarse constitutivo del bien jurídico protegido, pues ello sí implicaría que éste tuviese unos límites inaceptablemente difusos que provocarían aún más equívocos, pues cualquier conducta podría implicar su afectación. Éste debe encontrar sus límites en relación a un concepto penal de medio ambiente a partir de nociones que nos ofrece la Ecología, pues es ésta la ciencia que se encarga del estudio de la naturaleza y los ecosistemas, y nos permite encontrar el valor que el Derecho penal debiese intentar proteger, a saber, el equilibrio de los sistemas naturales, porque la evidencia científica nos demuestra que mientras más nos alejemos de aquel estado, más pondremos en riesgo la supervivencia de la especie humana.

²³⁴ Así, la STS 289/2010, de 19 de abril, pnte. Ramos Gancedo, señala en su FJ 7 “Como decíamos en nuestra STS nº1705/2001 [de 29 de septiembre de 2001, pnte. José Jiménez Villarejo], “el medio ambiente que se puede considerar adecuado es un valor de rango constitucional puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el art. 45.1 de la Norma fundamental”.

2.2.2 Delimitación del bien jurídico-penal equilibrio de los sistemas naturales

Frente a las críticas que se vierten respecto del bien jurídico equilibrio de los sistemas naturales -como se predicaría de cualquier bien jurídico-, su definición precisa resulta imprescindible para que pueda cumplir las funciones dogmáticas y político-criminales que le venimos asignando. Sin embargo, ¿hasta dónde debe concretarse un bien jurídico-penal?, es decir, una vez identificado un interés supraindividual necesitado de tutela penal, ¿hasta qué nivel debe descenderse dogmáticamente en la búsqueda de su preciso contenido material? ¿Por qué en vez de hablarse de integridad física, no se distingue, por ejemplo, el bien jurídico-penal funcionalidad de las extremidades, o se reemplaza el equilibrio de los sistemas naturales por la calidad del agua?

A mi entender, el límite inferior hasta el que debe precisarse un bien jurídico está determinado tanto por la posibilidad de escisión material, vale decir, por su capacidad de descomposición sin que ella implique una desnaturalización de lo que se intenta proteger, en aras de la tutela de riesgos estadísticos; como por las particulares necesidades de protección de los objetos que lo integran, las que a su vez, dependerán de las privativas características materiales de cada uno de ellos. En efecto, como recién apuntábamos, entre los bienes jurídico-penales que se suelen identificar o entrelazar con el equilibrio de los sistemas naturales encontramos algunos de los que se diferencia por exceso, es decir, aquellos conjuntos que incluyen además de lo que se intenta proteger, otros objetos esencialmente diversos, y que por ello procuran de una tutela diferente, como el medio ambiente; los que se refieren a conjuntos de objetos completamente diferenciables, como la salud pública; aquellos que están compuestos por objetos necesitados de una protección similar y cuya disgregación puede estar justificada por una necesidad de protección específica derivada de cualidades propias, como la biodiversidad; y finalmente, también se estima necesario evitar de una mayor concreción, pues la separación de sus componentes en bienes jurídicos diferenciables, le arrebataría el contenido material mínimo que en cuanto condición de desarrollo del individuo en sociedad, debe poseer, como sería el caso de los recursos naturales aisladamente tutelados.

En las próximas líneas, entonces, intentaré desarrollar las razones que en cada caso distinguen y, en mi opinión, consolidan el bien jurídico equilibrio de los sistemas naturales como el bien jurídico-penal, en desmedro de otros bienes jurídicos propuestos doctrinal o jurisprudencialmente.

a) Equilibrio de los sistemas naturales y medio ambiente

Como antes refiriese, considero que una de las principales razones por las que se acusa al bien jurídico equilibrio de los sistemas naturales de vago e impreciso, es porque se tiende a igualar éste con medio ambiente, y peor aún, no precisamente con el concepto de medio ambiente que aquí se postula como propio para el Derecho penal, sino, mayoritariamente, con su contenido constitucional. Un ejemplo, de esta posición lo encontramos en las palabras de CARMONA SALGADO, quien sostiene que el medio ambiente es el bien jurídico-penal protegido, basada en el art. 45.2 de la CE, que, a su juicio, evidencia que el mandato constitucional de protección medioambiental no alcanza sólo a los recursos naturales, pues, según dicha norma, la labor del Estado ha de ser la de procurar la *utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida*. A partir de allí, concluye que una interpretación del bien jurídico como la aquí defendida dota al bien jurídico “*de un contenido mínimo, incompatible con las directrices -mucho más amplias- que en relación al mismo nos proporciona el propio Texto Fundamental*”²³⁵.

A ello, cabe replicar, en primer término, que “*desde luego, la valoración constitucional de un bien jurídico no implica en absoluto la necesidad de la tutela penal: ni siquiera en aquellos supuestos donde la Constitución explícitamente encarga al legislador democrático la tutela penal del bien jurídico (...) También en este punto rige el principio de intervención mínima y el carácter subsidiario del Derecho Penal*”²³⁶. En efecto, una interpretación como la que propone la autora implica afirmar que la existencia de un mandato constitucional de protección del medio ambiente implica su obligada tutela penal, y en todo caso, que para tal protección, el bien jurídico-penal debiese igualarse al constitucional, lo que junto con friccionar principios esenciales del Derecho penal -porque los contornos de un bien jurídico-penal así construido resultan casi ilimitados-, lo hace ineficaz desde la perspectiva ecológica, pues el eje vuelve a ser el individuo y no los sistemas naturales.

²³⁵ CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, “Delitos contra los recursos naturales, El Medio Ambiente, La Flora, la Fauna y los animales domésticos. Disposiciones comunes”, en *Derecho Penal Español. Parte Especial*, (Cobo Del Rosal, Coord.), 2ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 696.

²³⁶ CARBONELL MATEU, *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*, 3º ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 216-218; sosteniendo también esta posición, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección...*, p. 181 señala que primero, “el reconocimiento de bienes y derechos que se efectúa en la Constitución tiene ante todo por objeto fijar los límites que deben respetar los poderes públicos, y establecer los objetivos que debe de tener como meta el poder público. Segundo, siendo indiscutible que el reconocimiento constitucional de un bien debe de tomarse seriamente en consideración, con ello no tenemos todavía criterios suficientes para saber frente a qué modalidades de ataques se debe de proteger ese bien y que grado de afectación es necesario para que merezca la protección penal”.

El medio ambiente como tal no puede ser considerado el bien jurídico tutelado en los delitos medioambientales, por resultar indiscutible que éste es un concepto de tal extensión y transversalidad, que pretenderlo un bien jurídico penal, implicaría recurrir a esta herramienta en muchos y muy variados ámbitos, dándole al bien jurídico-penal alcances inconmensurables e indeseables, que como se ha señalado, se verían plasmados en una intervención penal frente a conductas que ya poseen protección por otras áreas del derecho o la sanción de conductas ecológicamente irrelevantes.

Un concepto ya clásico de medio ambiente, como bien jurídico penal en España -y que ha sido recogido sistemáticamente por la jurisprudencia-, es el que ya hace más de dos décadas aportara BACIGALUPO ZAPATER, según el cual, el medio ambiente se define como *“Mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la flora y fauna y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus subsistemas subordinados, y no sufra alteraciones perjudiciales²³⁷”*.

En mi opinión, esta definición resulta cuestionable porque al referirse al *“mantenimiento”* se está refiriendo inequívocamente a una condición de un objeto, en este caso a *las propiedades del suelo el aire y el agua, así como de la flora y fauna y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies*, transformando el objeto complejo que es el medio ambiente en una *ratio legis*, pues como señala ALASTUEY DOBÓN, *“no hace referencia a un bien jurídico, sino más bien a la misión que corresponde desempeñar al Derecho penal en la protección de los elementos naturales²³⁸”*. En efecto, al hacer alusión al mantenimiento de las *condiciones ambientales* de desarrollo de la flora y fauna (hombre incluido) de forma que el sistema ecológico *no sufra perturbaciones perjudiciales*, se otorga al concepto un contenido de finalidad, sin que se refiera propiamente a un bien jurídico medioambiental, sino a las condiciones que éste debiese cumplir, resultando, en definitiva, un concepto distinto del medio ambiente penal, y extensivo respecto al bien jurídico penal.

El lato alcance de este “bien jurídico” queda en evidencia con el análisis de la jurisprudencia que lo ha utilizado para fundamentar sus fallos. Así, por ejemplo, en la STS 1112/2009²³⁹, en relación al ruido emanado de un bar-discoteca que produjo perjuicio a la

²³⁷ BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE. “La instrumentalización técnico legislativa de la protección penal del medio ambiente”, en *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Ed. Akal, Madrid, 1994, pp. 200 ss.

²³⁸ ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 57.

²³⁹ STS 1112/2009, de 16 de noviembre, pnte. Perfecto Andrés Ibáñez, que desestimó como motivo de casación por infracción de ley, por la indebida aplicación del art. 325 CPE.

salud de algunos vecinos, el TS afirmó que “*De este modo, no cabe duda, el supuesto descrito en los hechos probados afectó de manera intensa al ambiente, calidad de vida y salud de los perjudicados, que experimentaron tal efecto en sus propios domicilios, de este modo invadidos merced a la perturbadora injerencia del acusado, a la que no pudieron sustraerse*²⁴⁰”.

Como puede advertirse -y sin entrar en el alcance y contenido que puede tener la realización de ruidos como acción típica- el TS alude a un “*ambiente*” que nada aporta a los fines de restricción típica ni de punibilidad, pues considera éste “*un concepto que abarca y se integra por un abanico de derechos fundamentales de los que la contaminación acústica constituye un ataque contra aquél*²⁴¹”, asimilándose, incluso, al “*Hábitat de una o varias personas, es decir, el «conjunto local de condiciones geofísicas en las que se desarrolla la vida de una especie o de una comunidad animal o de personas»*²⁴²”.

Otra autora para quien también el medio ambiente constituye el bien jurídico-penal es DE LA CUESTA AGUADO, que lo define como el “*conjunto de relaciones, reglas naturales, bióticas, biológicas ecológicas, etc... que han permitido el desarrollo del hombre y la aparición y mantenimiento de la “vida” en el planeta tierra*”^{243 244}. No es casual que la mayor parte de los autores para quienes el medio ambiente constituye el bien jurídico-penal defiendan perspectivas antropocéntricas, pues dicha consideración permite sortear las restricciones que impone una referencia específica y exclusiva del bien jurídico-penal a los sistemas naturales y volver a situar como eje al hombre. En mi opinión, si además de considerar el medio ambiente como el bien jurídico-penal, se concibe éste desde una perspectiva tan omnicomprendensiva, éste resulta incompatible con la pretensión garantista de dotar al bien jurídico-penal medioambiental de un contenido propio, y deviene, nuevamente, en la protección directa del hombre y su calidad de vida.

Por ello, aquí se prefiere una alternativa ecocéntrica, que fija su centro de gravedad en la protección de los ecosistemas o recursos naturales -y respetando los principios de subsidiariedad e intervención mínima-, concibe el bien jurídico-penal en torno a éstos, siendo

²⁴⁰ FJ primero de entre los relativos a los motivos del recurrente.

²⁴¹ STS 848/2007, de 7 de febrero, Pnte. Joaquín Giménez García, FJ 6.

²⁴² STS 327/2007 de 27 de abril, pnte. Enrique Bacigalupo Zapater, FJ 3.

²⁴³ DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, p.62.

²⁴⁴ En una postura similar, pues estima que el medio ambiente es el bien jurídico tutelado y lo integra con un aspecto antropocéntrico, MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA. *Derecho penal del medio ambiente*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 48; del mismo modo, SILVA SÁNCHEZ / MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, pp. 26-27.

el *equilibrio de los sistemas naturales* la síntesis conceptual que mejor da cuenta de esta opción²⁴⁵.

b) Equilibrio de los sistemas naturales y recursos naturales

Ahora bien, situados en un prisma ecocéntrico, esto es, descartado el medio ambiente como bien jurídico-penal ecológico, ¿por qué excluir también la protección diferenciada de cada uno de los recursos naturales (agua, suelo, aire)?²⁴⁶

Algunos relevantes autores alemanes y españoles consideran que la única forma de otorgar real protección al medio ambiente sería la de hacer descender el bien jurídico desde el equilibrio de los sistemas naturales a los propios recursos naturales, sancionando penalmente la contaminación de estos últimos.

Un ejemplo de la perspectiva referida nos la ofrece TIEDEMANN, quien considera que teniendo en cuenta que los recursos naturales ya se encuentran deteriorados por la acción humana, y se desconoce cabalmente los efectos de determinados tipos de contaminación, el bien jurídico debiese considerar el deber ser de cada uno de ellos, pues, *sólo una clara orientación ecológica del tipo penal puede prestar la dinámica necesaria a la protección del ambiente y puede contribuir preventivamente a la formación deseada de conciencia en la generalidad*. Como ejemplo de la protección requerida pone el caso del *Derecho penal de aguas suizo* [que] *sanciona penalmente incluso la introducción de materias que son «idóneas» para contaminar el agua*. El autor agrega incluso que *aun cuando el Derecho*

²⁴⁵ En este sentido, ALONSO, ÁLAMO ARROYO, “Bien jurídico material...”, p.116.

²⁴⁶ El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, opta por una fórmula equivalente, ya que en su art. 251 contempla los “Delitos contra el agua.- La persona que contraviniendo la normativa vigente, contamine, deseque o altere los cuerpos de agua, vertientes, fuentes, caudales ecológicos, aguas naturales afloradas o subterráneas de las cuencas hidrográficas y en general los recursos hidrobiológicos o realice descargas en el mar provocando daños graves, será sancionada con una pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá el máximo de la pena si la infracción es perpetrada en un espacio del Sistema Nacional de Áreas Protegidas o si la infracción es perpetrada con ánimo de lucro o con métodos, instrumentos o medios que resulten en daños extensos y permanentes”. Inmediatamente, en el artículo 252 sanciona los Delitos contra suelo. La persona que contraviniendo la normativa vigente, en relación con los planes de ordenamiento territorial y ambiental, cambie el uso del suelo forestal o el suelo destinado al mantenimiento y conservación de ecosistemas nativos y sus funciones ecológicas, afecte o dañe su capa fértil, cause erosión o desertificación, provocando daños graves, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá el máximo de la pena si la infracción es perpetrada en un espacio del Sistema Nacional de Áreas Protegidas o si la infracción es perpetrada con ánimo de lucro o con métodos, instrumentos o medios que resulten en daños extensos y permanentes. Finalmente, en el artículo 253, referido a La contaminación del aire establece “La persona que, contraviniendo la normativa vigente o por no adoptar las medidas exigidas en las normas, contamine el aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo en niveles tales que resulten daños graves a los recursos naturales, biodiversidad y salud humana, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

*Penal no puede evitar tener en cuenta adecuadamente los intereses sociales y económicos, así como el estado de la técnica, puede sin embargo ayudar a someter las valoraciones a un proceso de cambio y a armonizarlas con sus propios objetivos*²⁴⁷.

Si bien los fundamentos ecológicos que aporta Tiedemann son compartidos -porque como afirma RIECHMANN “*hemos actuado desmesuradamente en el medio ambiente sin percibir las dañinas consecuencias de nuestros actos, hasta su consumación, es decir, cuando los efectos –bastante incomprensibles y a veces irreversibles- estaban ya sobre nosotros*²⁴⁸”, que se utilice esta evidencia para hacer del Derecho penal la herramienta exclusiva y excluyente con la que prevenir inciertas lesiones del medio ambiente y de concienciar a la población, resulta cuestionable desde el modelo de Estado sobre el que se construye este trabajo, en el cual, aquella protección que demanda el citado autor sólo puede ser otorgada –además de las necesarias aportaciones estatales no jurídicas en educación y fomento de la protección al medio ambiente- por el Derecho administrativo mediante la fijación de límites de contaminantes que teniendo en cuenta el principio de precaución, y las necesidades económicas y sociales del lugar fijen las sanciones a que ha de someterse a quienes rebasen los rangos de contaminación permitida de los recursos naturales.

Si la noción de desarrollo sostenible -y con ello la misión entregada al Derecho administrativo de fijar los máximos de contaminación tolerados por cada recurso natural- resultará adecuada para proteger el medio ambiente de su devastación, es indudablemente una justificada interrogante de muchos. Sin embargo, recurrir al Derecho penal como *prima ratio* para anticiparnos a ello, tampoco constituye una solución que en el contexto del Derecho penal que, en un Estado democrático de Derecho, pueda adoptarse.

Considero que la propuesta del autor resulta inapropiada, porque aun desde la posición ecocéntrica del medio ambiente que se asume en este trabajo, para que exista lesión o puesta en peligro de un bien jurídico deberán resultar afectadas las posibilidades de participación y desarrollo de los individuos por lo que la protección autónoma de los recursos naturales -si ésta no importa una agresión al equilibrio de un sistema natural- no puede erigirse en bien jurídico-penal, pues se estaría legitimando la intervención estatal por la vía del Derecho Penal en contra de acciones que no tienen necesariamente como último referente a los seres humanos, homologando -otra vez- los ámbitos de competencia del

²⁴⁷ TIEDEMANN, *Derecho Penal y nuevas formas...*, pp. 290-293.

²⁴⁸ RIECHMANN, “Necesitamos científicos...”, p. 56, agregando, muy asertivamente que “Al igual que el aprendiz de brujo estamos actuando sobre una base de conocimientos incompletos. En efecto estamos realizando un experimento inconmensurable con nosotros mismos”.

Derecho Penal y del Derecho Administrativo, situación que entraría en contradicción directa con los principios de *non bis in ídem*, *última ratio* y subsidiariedad²⁴⁹.

El problema de la destrucción permanente del medio ambiente es incontrovertiblemente grave, pero el Derecho penal, por sus severas herramientas, no puede ser utilizado como primer escudo para detenerlo. Desde las premisas aquí asumidas, ello, simplemente, no resulta legítimo. La protección del medio ambiente -dentro del ámbito jurídico-, es propia, en primer lugar, del Derecho administrativo, y ello es así porque, como indicaba, la noción de desarrollo sostenible -entendida como la ponderación de los intereses medioambientales con los socioeconómicos-, obliga a que sea la Administración quien establezca los límites máximos de contaminación tolerada por un recurso determinado.

Otra de las tesis que considera necesaria la protección autónoma de los recursos naturales, aunque por motivos esencialmente diversos, es sustentada en España por SOTO NAVARRO, quien ha afirmado que se debiese delimitar los subsistemas que conforman el bien jurídico protegido, para construir bienes jurídicos autónomos, es decir, diferenciando la protección del agua, suelo, o aire, como hace parte de la doctrina alemana. A su juicio, la concreción normativa de los bienes jurídicos a proteger en este ámbito sólo podría alcanzarse mediante la identificación del valor funcional que radica en las funciones ecológicas asignadas por el sistema social a cada recurso natural, porque, a su entender, *“la lesión del bien jurídico estriba en la perturbación de la función ecológica del recurso natural concreto, de modo que éste ya no puede utilizarse para el uso pretendido”*²⁵⁰.

Esta posición no es conciliable con la aquí defendida, ya que, como se ha reiterado, se considera al medio ambiente un interés digno de protección autónomo del individuo, para el que éste sólo constituye su último referente. La premisa de la autora es justamente la contraria, ya que -con marcados visos antropocéntricos- descansa sobre la idea del “valor funcional” (al hombre) que cada recurso natural tiene socialmente asignado. En mi opinión, esta perspectiva tiende aún más a la equiparación de los ámbitos penal y administrativo al referirse al valor funcional de cada recurso natural, porque con la delimitación de este valor mediante un juicio funcional, se omite una constatación fundamental de la ecología, según

²⁴⁹ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU/ VIVES REGO, JOSÉ. “La evaluación del riesgo y el impacto (o daño) en el delito ecológico: Aspectos jurídicos y forenses”, en Revista del Poder Judicial n° 83, 2006, pp. 13 ss. Para ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, pp. 60 ss., la razón fundamental para negar que los recursos naturales sean el bien jurídico protegido es que en tal caso, el delito sería de lesión para el recurso natural y de peligro para los sistemas naturales, lo que implicaría que mediante una misma norma se intenta proteger dos bienes jurídicos que sólo se diferencian en su grado de concreción.

²⁵⁰ SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, pp. 272 ss.

la cual los conocimientos científicos sobre los actos y los efectos que pueden tener sobre el medio ambiente son esencialmente incompletos. No existe certeza científica de las consecuencias que para el medio ambiente tendrá una acción determinada, por lo que mal podría pensarse que el bien jurídico medioambiental estuviese basado en la protección de los recursos naturales aisladamente considerados de acuerdo a la función ecológica socialmente asignada. Si nuestro conocimiento es esencialmente limitado, no podemos dejar entregado el valor de cada recurso natural a la ponderación que socialmente se haga de ellos. Frente a estos incompletos conocimientos, corresponderá nuevamente a la Administración -obrando sobre la base del principio de precaución-, adoptar todas las medidas que sean necesarias para evitar nocivas consecuencias para los recursos naturales y finalmente, para el medio ambiente.

Es cierto que al bien jurídico equilibrio de los sistemas naturales podría realizarse una crítica similar, pero creo que los alcances de ésta no podrán ser equiparables, pues el bien jurídico propuesto no se encuentra funcionalizado al hombre, sino objetivado a los conocimientos técnicos asibles en un momento determinado.

Por las razones expuestas, a mi juicio, deben desecharse los recursos naturales -objeto del delito-, como posible bien jurídico penal, debiendo preferirse como tal el equilibrio de los sistemas naturales, ya que el interés valorado -al menos de momento- no es cada recurso natural, ni tan siquiera cada ecosistema, sino su preservación en un estado de equilibrio, pues sólo dicho estado puede, en último término, dar garantía a los hombres de mantener la tierra como un lugar habitable. El respeto del principio de lesividad, y de los restantes referidos, sólo puede garantizarse desde este bien jurídico, ya que si una agresión a un recurso natural es superior a la tolerada por el Derecho administrativo, procederá sólo la responsabilidad en este campo, pero si, mediante dicha agresión, además se *“afecta en cadena a otros recursos y por consiguiente al equilibrio de los sistemas naturales en una extensión geográfica muchísimo más amplia que aquella en la que se produjo la fuente contaminante y con unos efectos que se prolongan no sólo en el espacio sino también en el tiempo”*²⁵¹, le corresponderá intervenir al Derecho penal, garantizándose de este modo su presencia sólo cuando la conducta sea más desvaliosa que una sancionada por el Derecho administrativo.

Me parece necesario señalar en este punto dos cosas. La primera, recordar que en esta investigación se persigue arribar a la mejor descripción típica de un delito

²⁵¹ CORCOY BIDASOLO, “Los Delitos contra la ordenación...”, p. 61.

medioambiental base, pero ello no significa que mediante ésta pretendan cubrirse todas las hipótesis de intervención humana que afectan el equilibrio de los sistemas naturales y que, en razón del mandato de taxatividad, requieren de una descripción diversa, como por ejemplo, aquellas que inciden en la erosión del suelo a causa de su sobreexplotación, o en la alteración de un ecosistema marino en razón de la pesca indiscriminada. Por otro lado, tampoco se desconoce que existen diferencias intrínsecas entre los recursos naturales -agua, tierra y aire-, que inciden en la mayor o menor probabilidad de detectar la afectación del bien jurídico cuando la conducta ha incidido en uno u otro, pero como se dirá oportunamente, ello dice relación con las particularidades probatorias que se presentarán en cada caso, pero no con su naturaleza, pues estos tres elementos constituyen el sustento abiótico de cualquier ecosistema.

c) Equilibrio de los sistemas naturales y biodiversidad

La biodiversidad o diversidad biológica, puede ser entendida, en una aproximación básica, como la variedad de especies que habitan la tierra. No existe univocidad científica respecto de la cuantificación precisa del número de especies ni del número de organismos por cada una de ellas que corresponde al óptimo, ni tampoco al mínimo necesario para asegurar la vida humana, pero se sabe que la biodiversidad incide directamente en las posibilidades de vida del hombre sobre el planeta²⁵², porque *“a mayor biodiversidad, mayor riqueza de la naturaleza y, por tanto, mayores opciones futuras y presentes en cuanto a recursos de todo tipo (materiales, alimentos, energía, medicinas, etc.)”*²⁵³, y porque, a mayor biodiversidad, mayor estabilidad de los ecosistemas y de la naturaleza²⁵⁴.

El bien jurídico penal, en consecuencia, incluirá las valoraciones precedentes, y, conociéndose que con la biodiversidad actual podemos sobrevivir, el límite inferior podría ser trazado allí, sin embargo, no podría incorporar sólo el número de especies, sino además *“el número de individuos adecuado de cada una de ellas en el lugar apropiado para que la biosfera equilibrada que permitió surgir a nuestra especie sea mantenida”*²⁵⁵. Su límite superior estará delineado en base al aserto científico según el cual una biodiversidad drástica y artificialmente aumentada puede causar estragos en el equilibrio de los ecosistemas. El legislador penal español intenta su protección mediante los delitos contra la flora y fauna.

²⁵² VIVES-REGO, JOSÉ/ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU/ NIEVA FENOLL, JORDI, “Delito medioambiental y delito...”, p. 4. Los autores afirman que “sin diversidad biológica no hay vida humana”.

²⁵³ VIVES-REGO / CORCOY BIDASOLO / NIEVA FENOLL, “Delito medioambiental y delito...”, p. 4

²⁵⁴ HAVA GARCÍA, *Protección jurídica de la fauna...*, p. 28

²⁵⁵ LOPERENA ROTA, DEMETRIO, “Desarrollo sostenible y biodiversidad”, en *Actas del V Congreso Nacional de Derecho Ambiental (in memoriam Raúl Brañes)*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 205.

Ahora bien, ¿por qué estimar la biodiversidad como un bien jurídico distinto del propio equilibrio de los sistemas naturales, si finalmente lo que se afecta mediante la merma de la biodiversidad es éste, máxime si, cuando definimos ecosistemas, incorporamos en ellos a la flora y fauna?

Ello es así porque, aun cuando ambos bienes jurídicos se superponen, la naturaleza de los objetos tutelados, y, consiguientemente, sus necesidades específicas de protección, hace que podamos y debamos distinguir en ellos dos valoraciones distintas. En efecto, los objetos sobre los que recae la acción desvalorada –de contaminación- tratándose del equilibrio de los sistemas naturales, son el aire, el suelo y las aguas, en tanto que si nos referimos a la biodiversidad, lo son las especies de flora y fauna en su diversidad actual. Aunque es cierto que una acción contaminante penalmente relevante que pueda perjudicar gravemente la biodiversidad necesariamente importará una afectación de equilibrio de los sistemas naturales, y probablemente, a la inversa también ocurrirá aquel efecto, ello se produce porque ambos bienes jurídicos están estrechamente entrelazados, pero los ecosistemas, la flora y fauna, como sustratos de los bienes jurídicos requieren de una protección diferenciada, pues aunque estas últimas pueden considerarse un subsistema de los primeros, las formas de agresión que les puede afectar son esencialmente diversas²⁵⁶.

Creo, que, en este sentido, debe considerarse un acierto del legislador español al agrupar en capítulos distintos los atentados contra el medio ambiente²⁵⁷, cuyo bien jurídico será el equilibrio de los sistemas naturales y en otro la flora y fauna, cuyo bien jurídico corresponderá a la biodiversidad²⁵⁸.

d) Equilibrio de los sistemas naturales y salud pública

Quizás la relación más conflictiva en la materia se haya producido entre estos bienes jurídicos, porque desde la creación del delito medioambiental base, se incluyó

²⁵⁶ HAVA GARCÍA, *Protección jurídica de la fauna...*, p.29, lo explica de manera similar, al señalar que “manteniendo el equilibrio ecológico [aquí el equilibrio de los sistemas naturales] como interés jerárquicamente superior, es posible afirmar al mismo tiempo la existencia de un bien jurídico intermedio la diversidad biológica (o biodiversidad) que, si bien instrumental con respecto al primero y teleológicamente dirigido a su salvaguarda, posee también su propia autonomía; de este modo, la protección directa de una parte del medio ambiente facilita la tutela del todo”.

²⁵⁷ De la opinión contraria es CARMONA SALGADO, “Delitos contra los recursos naturales...”, p. 699, pues, a su juicio, el medio ambiente natural y la flora y fauna no son elementos autónomos e independientes, sino que forman parte de un todo.

²⁵⁸ Se excluye del análisis los últimos artículos del capítulo -arts. 337 y 337 bis- sobre maltrato de animales domésticos, pues a mi entender, de justificarse su tutela penal, estas disposiciones no debiesen ubicarse sistemáticamente en este lugar, pues en nada se relacionan con el bien jurídico biodiversidad.

como resultado (alternativo o conjuntivo según la posición que se adopte) el riesgo para la salud de las personas como resultado típico. Así, el art. 347 bis CPE -LO 8/1983²⁵⁹-, que por lo demás, estaba incluido en el capítulo de los delitos contra la salud pública, sancionaba las acciones “*que pongan en riesgo grave la salud de las personas (...)*”; con posterioridad, el inciso final del art. 325 del CPE -LO 10/1995, que se mantuvo con la LO 5/2010- castigó *el riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas*; y en el actual texto de dicha norma, en el inciso final del art. 325.2, se mantiene aquella expresión, sancionando al que mediante las conductas que la disposición describe, “*hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas*”.

Así las cosas, la doctrina considera casi unánimemente que una acción contaminante que produzca daño a la salud debe merecer reproche penal, y que el bien jurídico salud pública se encuentra íntimamente relacionado con el medio ambiente, ya que *el comportamiento del hombre y la sociedad induce constantes cambios en su medio ambiente -entendido como entorno físico (agua, aire y suelo)-, que al adquirir ciertas dimensiones pueden afectar negativamente a la salud pública*²⁶⁰. Ahora bien, compartiendo esta última premisa, estos bienes jurídico-penales tendrán más o menos puntos de intersección dependiendo del concepto de medio ambiente que se considere apropiado para el Derecho penal, y de la adopción de una perspectiva ecocéntrica o antropocéntrica en la delimitación del bien jurídico-penal equilibrio de los sistemas naturales.

El bien jurídico salud pública, afirma MUÑOZ CONDE, “*va más allá de la mera suma de saludes individuales y se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de las personas*²⁶¹”. En efecto, éste propendería a complementar la protección de la salud individual, pero se escindió de ésta por las disímiles necesidades de protección de una y otra²⁶², encontrándose hoy tutelado penalmente, principalmente en el Capítulo III del Título XVII del CPE, bajo la rúbrica «De los delitos contra la salud pública».

²⁵⁹ De 25 de junio, De Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. BOE-A-1983-17890

²⁶⁰ VIVES-REGO/ CORCOY BIDASOLO/ NIEVA FENOLL, “Delito medioambiental y delito...”, <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>, p. 10.

²⁶¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 647.

²⁶² GARCÍA ALBERO, RAMÓN, “De los delitos contra la salud pública”, en *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, (Quintero Olivares, Dir.; Morales Prat, Coord.), 7ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 1344, sostiene que “el paradigma de tutela articulado sobre la salud individual no permitiría solventar los innumerables problemas de causalidad que pueden plantear la determinación de la relevancia penal típica de conductas cuya incidencia en la salud individual sólo puede ser evaluable a largo plazo y como consecuencia de la repetida ingesta de productos”.

La amplitud de este bien jurídico genera importantes puntos de conexión con el medio ambiente – aún con el definido penalmente-, pues si se entiende por salud pública ese conjunto de elementos externos a las personas que hacen posible su bienestar, nos encontramos muy cerca del concepto de salud ambiental que entrega la OMS, y que “*está relacionada con todos los factores físicos, químicos y biológicos externos de una persona. Es decir, que engloba factores ambientales que podrían incidir en la salud y se basa en la prevención de las enfermedades y en la creación de ambientes propicios para la salud*”²⁶³.

De los conceptos previos puede inferirse que indudablemente a través de la protección del medio ambiente puede conseguirse, entre otros deseados efectos, la protección de la salud pública, mas si bien, la salud ambiental –la tutela del ambiente- es necesaria para procurar índices tolerables de salud pública, y aunque en determinadas hipótesis la salvaguarda de ésta pasa por la adopción de medidas que lo benefician, ello no es una constante, pues sólo se trata de conjuntos que encuentran puntos de intersección, pero que evidentemente son autónomos y pueden verse afectados de forma independiente²⁶⁴

En efecto, el Estado en su deber de proteger la salud pública se encuentra obligado a realizar acciones directas de promoción y censura de conductas de particulares que afecten el bienestar de las personas, y entre los factores que inciden directamente sobre él se encuentra el medio ambiente -natural y artificial- en el que se desarrollan. En otros términos, el medio ambiente, o si se prefiere la salud ambiental, influirá de modo decisivo sobre el individuo, por lo que incluso en su acepción más restringida, la penal, el medio ambiente estará relacionado con la salud –pública e individual-.

Ahora bien, en mi opinión, ello sólo será relevante -desde la óptica del delito medioambiental- a efectos de determinar la gravedad de la conducta, su mayor reprochabilidad, pero no debe arrastrarnos a confundir ambos conceptos, pues, que la tutela penal medioambiental sea ni más ni menos que la adecuada a los legítimos fines de su protección, depende en parte importante de la clara escisión de estos bienes jurídicos.

Por lo señalado, si nos remitimos al ámbito penal, desde la perspectiva aquí sostenida, la afectación de la salud -individual o colectiva- de las personas no integra el injusto medioambiental, pudiendo perfectamente encontrarnos frente a un delito medioambiental cuando se ha dañado gravemente el equilibrio de un ecosistema, aun

²⁶³ Organización Mundial de la Salud, en http://www.who.int/topics/environmental_health/es/

²⁶⁴ En el mismo sentido, MATELLANES RODRÍGUEZ, *Derecho Penal del medio ambiente*, p. 51.

cuando pueda descartarse el peligro para la salud humana²⁶⁵. Otra cosa, es que cuando una acción contaminante que no posee la entidad para afectar el equilibrio de los sistemas naturales -o no es posible determinarla-, produce daños a la salud de una o más personas, como sería el caso de las emisiones de gases tóxicos²⁶⁶, sea legítima y necesaria la intervención del Derecho penal. La cuestión no es, entonces, la legitimidad de la utilización del Derecho penal en este tipo de supuestos, sino que ella se efectúe mediante el tipo medioambiental²⁶⁷, porque el equilibrio de los sistemas naturales y la salud –individual y pública- constituyen bienes jurídico-penales totalmente autónomos²⁶⁸.

e) Equilibrio de los sistemas naturales y equilibrio sustentable de los sistemas naturales.

Como expondré con detención al tratar el tipo objetivo que se irá proponiendo -más específicamente al intentar acotar el rol de la norma extrapenal en éste²⁶⁹- , estimo que el equilibrio sustentable de los sistemas naturales es uno de los bienes jurídico-administrativos de carácter medioambiental -y probablemente, el pilar del que se sustenta

²⁶⁵ En esta línea JORGE BARREIRO, “El Bien Jurídico protegido...”, p. 44. En una posición no afín, SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 114, afirman que “La puesta en peligro grave del equilibrio de los ecosistemas requiere de algún tipo de afectación de intereses personales (de modo que esto no sea únicamente la *ratio legis*, el fundamento de la incriminación, sino que deba ser objeto de contraste en el caso concreto)”, descartando, en la n. 188, la relevancia penal de una conducta que afecte a “un determinado sistema natural absolutamente independiente y sin ningún tipo de influencia en el desarrollo de la vida de las personas”. Aunque por la posición antropocéntrica de los autores esta afirmación pudiere interpretarse como una tesis contraria a la aquí manifestada -por su amplitud y flexibilidad- en la práctica, ambas posiciones pueden ser conciliadas, ya que, a mi juicio, resulta muy difícil, si no derechamente imposible que “*el desarrollo de la vida de las personas*” no se vea afectado -cuando menos mediatamente- por toda afectación del equilibrio de los sistemas naturales, aunque no haya ni pueda haber un individuo en el radio de la acción.

²⁶⁶ Un ejemplo similar utiliza SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999..., p. 96, y SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 130. Cabe consignar que en el primer texto citado, el autor, justifica su posición añadiendo que “parece que el Derecho penal tiene que intervenir aquí ya en la fase de puesta en peligro, sin esperar a la lesión (al igual que lo hace, por ejemplo, en el caso de los productos peligrosos)”; y en cambio en el segundo texto, los autores la fundamentan en que “la generación de un peligro para la salud de las personas no es más que otro de los indicadores de las conductas penalmente relevantes en este ámbito”, posición que aunque no se comparte, evidencia un matiz menos antropocéntrico.

²⁶⁷ Como se expondrá luego, entre el 21 y 24 de agosto de 2018, más de trescientas personas de las ciudades de Quintero y Puchuncaví -ubicadas en la región de Valparaíso, Chile- debieron ser atendidas en centros asistenciales por presentar síntomas de intoxicación a causa de gases emanados del cordón industrial asentado en aquella zona. Véase *Infra* Cap. VII, p. 311.

²⁶⁸ En este sentido, VIVES-REGO/CORCOY BIDASOLO/NIEVA FENOLL, “Delito medioambiental y delito...”, p. 9, sostienen que existen al menos dos “elementos diferenciales básicos que surgen al considerar las interrelaciones periciales y forenses entre medioambiente y salud pública; [que] normalmente el conocimiento científico sobre la salud pública está mucho más avanzado que en el área medioambiental; y que la variabilidad e incertidumbre de las reacciones ambientales hacen mucho más difícil establecer riesgos precisos que en los casos de salud pública”.

²⁶⁹ Véase *Infra* Cap. V.2.2, pp. 136 ss.

el resto de los principios ambientales-, y justamente por ello, su contenido es sustancial y cuantitativamente distinto a su correlato penal.

Su diferencia material estará determinada, particularmente, porque el referente del bien jurídico –el medio ambiente llamado a ser protegido- será radicalmente distinto, ya que el bien jurídico administrativo incorpora un contenido socioeconómico o productivo del que el bien jurídico penal carece. En efecto, atendida la naturaleza transversal de la materia que nos ocupa, y en el caso de España, en virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 45 de la Constitución, existe una primera obligación de tutela por parte del Estado al medio ambiente, que ha de efectuar la Administración, mediante una detallada regulación sectorial de todos los ámbitos en los que puedan verse afectados el desarrollo y la calidad de vida de las personas, tanto mediante normas puramente organizativas como sancionatorias.

Así a las cosas, el referente del interés protegido por las normas administrativas, entonces, será un medio ambiente inclusivo, sinónimo de hábitat humano, de lugar en el que el hombre tiene derecho a vivir sanamente. Su extensión es vastísima, e incluye todos los intereses relacionados con calidad de vida. Pero, además, en dicho universo, en lo que a recursos naturales se refiere, a la Administración le corresponde la armonización del necesario desarrollo de las actividades humanas con la también necesaria protección de tales recursos, quedando bajo su competencia la obligación de establecer los límites entre las actividades humanas toleradas y las sancionables.

A mi entender, en esta tarea la Administración no está legitimada para dictar cualquier norma, sino que debe ceñirse al bien jurídico que en el ámbito ambiental debiese servirle de guía, a saber, el equilibrio *sustentable* de los sistemas naturales, y para establecer su exacto contenido, habría de recurrir a los conocimientos aportados por las ciencias encargadas del estudio de los sistemas naturales, estableciendo las consecuencias que los distintos niveles de polución pueden producir sobre ellos, para luego ponderarlas con los intereses de índole productivo-económicos que concurren, y así, conforme al principio de precaución, establecer las tasas o valores de contaminación permitidos.

Además, el bien jurídico administrativo y el penal, serán cuantitativamente diversos –aun si nos situamos en el referente penal del medio ambiente donde se interseca con el administrativo-, por el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal como emanaciones del principio de *ultima ratio*.

Lamentablemente, a mi juicio, este apartado sólo es aplicable al ordenamiento jurídico español, en cuanto al reconocimiento de un bien jurídico administrativo como el equilibrio *sustentable* de los sistemas naturales, pues, por una parte, existe un mandato constitucional expreso que impone a los poderes públicos, y entre ellos a la Administración, la obligación de “velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”; y por sobre todo, porque como marco interpretativo para sí misma, la carta fundamental se inicia señalando en su número 1, que “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho*”. A mi modo de ver, a partir de ahí, se erige una infranqueable diferencia con la Constitución chilena, en cuyo inciso cuarto del art. 1 se lee que “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*”.

Porque sin perjuicio de todas las críticas que pueda realizarse en España -y en cualquier otro lugar del mundo- respecto al cumplimiento de aquella autodefinición de Estado social, indudablemente ésta constituye una conquista propia de las sociedades desarrolladas, a las que Chile está lejos de pertenecer, pues impone ciertos pisos y garantías mínimas para el ciudadano, que el Estado no sólo debe respetar, sino que asegurar, y ello resulta palmario en materia medioambiental, porque si bien, *prima facie*, la Constitución de Chile pareciera imponer al Estado una obligación mucho más radical en la materia, al proclamar en el inciso primero del n° 8 del art. 19 que la Constitución asegura a todas las personas “*El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, agregando que Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*”, lo cierto, es que esta garantía, como casi todas las contenidas en el citado art. 19 -salvo, tal vez, el derecho de propiedad-, es interpretada por gobiernos, legisladores y jueces, a la luz del citado artículo 1, en virtud del cual el estado sólo se obliga a *contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible*.

En otros términos, a mi juicio, no sólo no puede considerarse al Estado chileno, y en particular a la Administración, como obligada a generar condiciones medioambientales que permitan a los ciudadanos vivir en un medio ambiente relativamente saludable, sino que tampoco podría estimarse un deber de ésta el asegurar el equilibrio sustentable de los sistemas naturales, porque los ciudadanos tenemos únicamente el derecho a requerir del Estado una contribución en la consecución del derecho, y siempre en la medida de lo posible.

Creo que en Chile, a causa de nuestro modelo económico neoliberal y de la falta de amparo constitucional, a lo sumo, podríamos pensar en la existencia de un bien jurídico administrativo similar al *desarrollo económico sostenible*²⁷⁰.

²⁷⁰ Como este párrafo fue escrito antes del estallido social en Chile del 18-O de 2019, creo que huelga señalar que con el afán de aplacar las manifestaciones populares, la clase política de todo espectro reunió el quórum necesario para acordar llamar a un plebiscito que se celebrará el 26 de abril de 2020, y que invitará a la ciudadanía a decidir si se aprueba la redacción de una nueva Constitución Política, o se mantiene la elaborada durante la dictadura militar.

IV. CUÁNDO PROTEGER. FORMULACIÓN DEL DELITO MEDIOAMBIENTAL. ENTRE EL PELIGRO PRESUNTO Y EL PELIGRO CONCRETO.

En el capítulo anterior he intentado acotar con la máxima precisión lo que entiendo por el bien jurídico-penal medioambiental -equilibrio de los sistemas naturales-, pues desde la parcela en que me sitúo en este trabajo, su delimitación es de suyo relevante, ya que constituirá el prisma desde el cual debe determinarse la existencia del injusto, como desvalor de acción y de resultado, erigiéndose, en definitiva, en factor cardinal para la determinación de la tipicidad y punibilidad de un comportamiento concreto.

En efecto, como se señaló, este trabajo se asienta sobre la convicción de la existencia y utilidad dogmática y político-criminal del concepto de bien jurídico; la legitimidad de la tutela penal de los bienes jurídicos supraindividuales, y entre ellos, la del equilibrio de los sistemas naturales, como bien jurídico medioambiental. Ahora bien, como se viene indicando, ni siquiera la más unívoca delimitación del bien jurídico-penal, bastará para afirmar la relevancia penal de una determinada conducta, pues qué afectación del bien jurídico es la penalmente relevante, o en otros términos, en qué momento debe intervenir el Derecho penal, estará determinado por la estructura del tipo penal²⁷¹.

Desde mi perspectiva, las estructuras típicas debieran ser establecidas por el legislador penal, a partir de las particulares características del bien jurídico que pretende proteger, sin que en esta labor se encuentre autorizado para realizar una selección arbitraria, como tampoco para asociar a las acciones seleccionadas las sanciones que le parezcan oportunas o simplemente más eficientes, ni a recurrir al Derecho penal para sancionar comportamientos cuya vinculación con la protección de un bien jurídico-penal sea imperceptible.

En otros términos, desde la posición aquí sustentada existe un deber -proveniente del Derecho internacional, constitucional y del propio ordenamiento jurídico-social interno-, de todo Estado que se pretenda Democrático de Derecho, de ceñirse a ciertos límites al momento de incriminar acciones, positivizando sólo la tutela de bienes jurídico-penales. Pero ni su obligación ni los límites asociados a ella se agotan allí, pues al Estado también le

²⁷¹ En esto coincido plenamente con FEJOO SÁNCHEZ, “Funcionalismo y teoría...”, p. 201, cuando afirma que “la teoría del bien jurídico como eje político-criminal sin ulteriores referencias sólo puede aportar información sobre qué proteger, pero no puede aportar información político—criminal alguna sobre cómo, cuándo y hasta dónde proteger ese objeto de tutela; es decir, sobre las estructuras típicas”.

corresponderá determinar la estructura de la norma que busca la protección de un determinado bien jurídico-penal de acuerdo a las necesidades propias de éste, y, por último, establecer para ellas determinadas sanciones penales, y los principios tantas veces reiterados de necesidad, *ultima ratio*, fragmentariedad, exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad y el de dignidad humana como fundamento de todos ellos, además de los límites formales al *Ius Puniendi*, delimitarán dichos deberes.

En efecto, su facultad de castigar es legítima sólo en cuanto tales principios sean respetados en cada una de estas etapas. Es decir, aunque participo del contenido de la cita previa de FEIJOO SÁNCHEZ, no estoy de acuerdo en que, como éste agrega, “*la teoría del bien jurídico sólo sirve como criterio con respecto a la legitimidad del fin de una norma concreta, pero no con respecto a su contenido*”²⁷², pues considero que aun cuando el bien jurídico no basta por sí solo para determinar el contenido material de una norma, su acuciosa definición constituye la base sobre la cual cimentar una posterior configuración e interpretación de la estructura típica que se haga cargo de las necesidades del bien jurídico en cuestión, y por último, el respeto por las garantías que constituyen los límites al *Ius Puniendi* pueden, quizás no agotar, pero si cercar con relativa precisión el conjunto de conductas que debiesen ser desvaloradas penalmente por el legislador y sancionadas por el juez²⁷³. Creo que la estructura típica y la pena no se encuentran desvinculadas del bien jurídico de que se trata, ya que cada sociedad poseerá una determinada jerarquía –relativamente unívoca– de los bienes jurídico-penales, y ésta debiese traducirse necesariamente en las estructuras utilizadas y en la pena asociada a cada comportamiento, según cual sea la categoría del ámbito o interés.

Esta cuestión ha cobrado relevancia particularmente a partir del reconocimiento de ciertos bienes jurídicos supraindividuales, cuya protección ha traído aparejadas dificultades para la acreditación de la causalidad, imputación objetiva y subjetiva, por lo que su “tutela” ha demandado el recurso a los delitos de peligro abstracto, cuyo contenido material no posee una única comprensión doctrinal.

Por eso, en este tramo de la investigación -y descartada la lesión del equilibrio de los sistemas naturales como resultado posible, tanto porque los daños a dicho equilibrio es

²⁷² FEIJOO SÁNCHEZ, “Funcionalismo y teoría...”, p. 203.

²⁷³ En este sentido, MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad...*, p. 170, afirma que el concepto de bien jurídico no permite precisar los casos en los que se puede intervenir, pero que éste unido al de necesidad de protección “imponen al menos la carga de demostrar desde esos parámetros la legitimidad de la intervención penal”.

justamente lo que se quiere intentar evitar, como porque los limitados conocimientos científicos y las características del bien jurídico y su sustrato, harían imposible acreditar la lesividad en casos en los que, por ejemplo, la lesión efectiva del equilibrio de algún ecosistema se produjese tras años de haberse ejecutado la conducta contaminante-, se expondrán las diferentes respuestas dogmáticas que ha entregado la doctrina a la pregunta de cuándo proteger el equilibrio de los sistemas naturales, esto es, cuál es el resultado de peligro apropiado al bien jurídico, al amparo de las distintas redacciones típicas que hemos conocido en España, para luego, dar cuenta de las dubitativas posiciones que ha adoptado la jurisprudencia en la materia, conocer las redacciones que han incluido los diferentes proyectos de código penal chileno; y finalmente, adoptar una posición respecto a la fórmula que considero adecuada para un tipo ambiental base.

1. Exigencias político-criminales y dogmáticas de los delitos de peligro

En esta parte se podría realizar un análisis de los delitos de peligro, sus diversas concepciones, fundamentos y mínimos, pero ello significaría necesariamente alejarse demasiado de los objetivos de este trabajo. Lo que sí resulta inevitable es esbozar las diferentes perspectivas, y referir las premisas de las que aquí se parte.

En primer término, es necesario señalar que en la concepción clásica de los “delitos de peligro”, éstos se alojan en la categoría que los contrapone a los delitos de lesión, y se definen, consiguientemente, como ausencia de lesión de un bien jurídico -siempre individual-. Su justificación se encontraría en que en la sociedad actual, existen ciertos ámbitos en los que mediante datos estadísticos se conoce que existe un gran riesgo para bienes jurídicos individuales, y otros espacios en que el riesgo se presume muy alto para dichos bienes jurídicos, pero su real peligrosidad (incluso estadística) se desconoce. Así, para una parte de la doctrina resulta imprescindible tomar medidas -incluyendo las del derecho penal- sin esperar la producción de desconocidas -y eventualmente nefastas- consecuencias para las personas.²⁷⁴ Se recurriría, entonces a esta estructura, porque permite

²⁷⁴ PORTILLA CONTRERAS, *La supuesta crisis...*, p. 918, parafraseando a Hefendehl, afirma que “parece más acertado actuar con miras a lo que pueda acontecer que reaccionar ante errores, omisiones o catástrofes del presente”. En el mismo sentido, ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 79 (n. 264) da cuenta que “ya en 1976, Tiedemann señaló en su investigación sobre los delitos económicos que «el delito de peligro abstracto representa el instrumento de técnica legislativa típicamente correspondiente a la esencia del bien jurídico supraindividual»”.

aliviar la aplicación del derecho en la praxis judicial por renunciar a parte de los presupuestos del tipo penal de lesión²⁷⁵.

Ahora bien, siempre desde esta perspectiva, los delitos de peligro se clasificarían en delitos de peligro concreto y de peligro abstracto. Para los primeros sería necesario la realización de una conducta que desde la perspectiva *ex ante* generase un riesgo relevante para el bien jurídico individual, y un resultado que analizado desde la perspectiva *ex post*, permitiese evidenciar que el sustrato del bien jurídico se encontró en el radio de la conducta enjuiciada²⁷⁶. Para entender concurrente un delito de peligro abstracto, en cambio, sólo sería menester acreditar el primero de estos presupuestos²⁷⁷.

Parte de los autores, considera los delitos de peligro abstracto para bienes jurídicos individuales serían imprescindibles, no quedando más que aceptar su colisión con algunas garantías del Derecho penal, porque la “sociedad de la inseguridad” en la que nos desenvolvemos, haría legítima la creación de normas que desvalorasen toda conducta que

²⁷⁵ HASSEMER, “El derecho penal del Estado...”, p. 182.

²⁷⁶ ROXIN, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, p. 404, los caracteriza señalando que “ha de existir un objeto de la acción y haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y en segundo lugar la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción”.

²⁷⁷ Desde hace unas décadas, se distingue una tercera categoría, atribuida a Schröder, pues según RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente*. Ed. PPU, Barcelona, 1994, p. 245, el referido autor en el X Congreso Internacional de Derecho penal, la identificó como categoría intermedia, y estaba constituida por tipos en los que la ley no se limitaba a describir una conducta generalmente peligrosa, pero tampoco exigía la prueba de un concreto peligro para el bien jurídico, es decir, se ubicaba a medio camino entre el peligro abstracto y el concreto. En la doctrina española esta categoría fue desarrollada originalmente por Torío López, que la denominó *delitos de peligro hipotético*, porque requerían, en palabras de GARCÍA RIVAS, NICOLÁS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Ed. Praxis, Barcelona, 1998, p. 53, de “una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección. (...) El juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Ha de plantear, pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso”. Estos delitos -que también reciben el calificativo de delitos de idoneidad, de aptitud, o de peligro abstracto-concreto-, vendrían a constituir un correctivo de los delitos de peligro abstracto, en cuanto su exigencia típica sólo se vería colmada si pudiese verificarse ex ante la aptitud lesiva -peligrosidad- de la acción concreta, requiriéndose entonces, en términos de MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*. Ed. Comares, Granada, 2001, p. 329, siempre en referencia a Torío López., “acreditar como exigencia del tipo la peligrosidad de la acción, lo cual constituye el desvalor real de la acción y la posibilidad del resultado peligroso, que supondrá el desvalor potencial de resultado”.

Actualmente, algunos autores, agregan una cuarta categoría constituida por los delitos de riesgo, de menos exigencia que los delitos de peligro abstracto porque el desvalor de acción se completaría con la realización de una conducta que se sospecha -desde la perspectiva científica- muy peligrosa, y no se posee la información para descartar un riesgo asociado a ella. Así, GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, “El principio de precaución en el Derecho Penal. Contribución político criminal a los delitos de riesgo normativo”, en *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado*, (Gómez Tomillo, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, en www.tirantonline.com. TOL 4.549.682, p.5.

fuera estadísticamente peligrosa, mediante la sanción de comportamientos que formalmente se encuadrara en el tipo²⁷⁸.

En la otra vereda, encontramos autores para quienes los delitos de peligro abstracto no serían más que otra expresión del proceso de hipertrofia y desgarantismo del Derecho penal²⁷⁹, de la creciente criminalización de conductas, la exacerbación de la seguridad como valor, y la negación absoluta de los principios enunciados, por lo que, simplemente, rechazan su existencia.

Entre ambos polos, están quienes cuestionando la legitimidad de los delitos de peligro abstracto puro -entendidos como peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico individual o mera contrariedad formal con el mandato legal-, intentan dotar de algún contenido material al injusto de dichos delitos. Las soluciones que ha ofrecido los autores son muy variadas, y no pueden ser analizadas en este trabajo, pero la discusión se encuentra lejos de su final porque por un lado, los tipos penales existen -y muchas veces su construcción, o cuando menos su literalidad, violenta todos los principios del Derecho penal-, no pudiendo simplemente negarse su existencia; y por otro, muchos de los intentos por asignarles un mayor contenido de injusto a tipos descritos de manera que parecieran exigir sólo el mínimo contenido material referido, es visto por sus detractores como cortinas de humo que más que contribuir a dar coherencia y legitimidad a estos tipos no hacen sino encubrir y minusvalorar el problema, acrecentando la crisis de legitimidad de los tipos y finalmente del Derecho penal.

La posición que aquí se sostiene respecto de los delitos de peligro abstracto, es que en la medida en que son interpretados desde una perspectiva respetuosa de los principios de un Estado democrático de Derecho –como la que será expuesta a continuación-, constituyen una legítima forma de incriminación de conductas, que permite dar una adecuada respuesta al conflicto entre necesidad de tutela y los principios de fragmentariedad, subsidiariedad, *ultima ratio* y proporcionalidad. La legitimidad de esta comprensión, eso sí, implica una

²⁷⁸ Se decanta en favor de esta línea, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, “Los delitos de peligro en el Derecho penal Económico y empresarial”, en *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, (Serrano Piedecabras/ Demetrio Crespo, Dirs.), Ed. Constitución y Leyes, Madrid, 2010, pp. 21-38. En un matiz, CEREZO MIR, JOSÉ. *Curso de Derecho penal español. Parte General, Teoría jurídica del delito*, T. II, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p. 113, respecto a los delitos de peligro abstracto, pues a su juicio, éstos sancionan la peligrosidad general de la acción, y ésta puede determinarse mediante un juicio de previsibilidad objetiva *ex ante*, en el que debe descartarse la absoluta improbabilidad de lesión del bien jurídico.

²⁷⁹ ALBRECHT, “El Derecho Penal en la intervención...”, p. 482. En similares términos MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad...*, p. 78; ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *El enemigo en el Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 14.

necesaria aceptación de la existencia y legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales, porque precisamente se construye a partir de ella.

En este sentido, como se irá desarrollando, comparto parcialmente la opinión de MENDOZA BUERGO cuando afirma que las tesis que convierten los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto o lesión no constituyen un “*expediente generalizable para la resolución de los problemas dogmáticos y de legitimidad de los delitos de peligro abstracto. El Derecho penal está legitimado para prevenir y prohibir acciones que, en el momento de ser realizadas, pueden entrañar riesgos intolerables para bienes claramente identificables; y esta vía parece preferible a la de crear bienes que, en ocasiones, son ficticios, manipulables y difícilmente justificables como objeto de tutela penal*”²⁸⁰. Porque, en primer término, habrá que definir qué se entiende por delito de lesión del bien jurídico; luego, aunque efectivamente el Derecho Penal está legitimado para intervenir (prohibiendo acciones) que puedan generar riesgos intolerables para bienes jurídico-penales, habrá que determinar si la sanción de aquellas concretas acciones se justifica cuando ellas no han afectado el bien jurídico. Finalmente, concuerdo con la autora en que los bienes jurídico-penales deben ser identificables (en la medida en que ello no significase limitarlo a los bienes jurídicos individuales y a los bienes jurídicos supraindividuales de “viejo” cuño), porque no se puede hacer aparecer un bien jurídico-penal allí donde no existe más que la decisión del legislador de incriminar una conducta por impopular, o contraria a los intereses de algunos.

Así, desde la citada premisa, aquí se asumirá entonces la necesidad y legitimidad de protección penal de bienes jurídico-penales como la seguridad de los trabajadores, la seguridad viaria, o el medio ambiente, y se considera que la herramienta del delito de peligro abstracto²⁸¹ es adecuada para ello, porque permite desvalorar acciones que normalmente generan riesgos relevantes contra aquellos bienes jurídicos; y luego sancionar un resultado inmaterial (no físico), distinto de la lesión o del peligro concreto para un bien jurídico individual, pero igualmente reprobable penalmente, porque estará constituida por la efectiva producción de una situación de peligro para el bien jurídico supraindividual, que se definirá por la aptitud de la concreta acción, apreciada desde la perspectiva *ex post*, para dañar (actualmente o en el futuro) el bien jurídico supraindividual.

En este sentido, siguiendo la tesis de CORCOY BIDASOLO, a los delitos de “peligro abstracto” también resulta exigible (a) la verificación de la existencia de un peligro relevante

²⁸⁰ En este sentido, MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, p. 454,

²⁸¹ A mi modo de ver, ya su denominación como delitos de peligro “abstracto”, nos permite advertir las causas de la dificultad para admitirlos como una estructura con un contenido material específico. Ello, porque nos refieren al plano físico-natural, y más concretamente al bien jurídico individual, pues sólo desde allí puede considerarse abstracto el resultado que producen, que, a mi entender, es tan normativo como el resultado de lesión o de peligro concreto, aunque mediante la acción no se afecte a un objeto físico. En efecto, sus detractores suelen caracterizar los delitos de peligro abstracto como adelantamiento excesivo de las barreras de protección, mas ello sólo es de ese modo si sigue partiéndose del paradigma de la lesión (y obviamente con mayor razón si además se utiliza siempre la perspectiva del bien jurídico individual).

ex ante para el bien jurídico supraindividual²⁸², que en palabras de la autora estará constituido por una “*acción generadora de un peligro (probabilidad de lesión para el bien jurídico) potencial que sea rayano en la certeza*”²⁸³ -de modo que lo inculpatado sea efectivamente la creación de un riesgo para el bien jurídico supraindividual²⁸⁴-; y (b) la puesta en peligro de dicho bien jurídico constatada *ex post*²⁸⁵, vale decir, la acreditación de que el resultado material de la conducta resulta idóneo para menoscabar el bien jurídico supraindividual.

Entonces, el peligro o riesgo relevante se determinará recurriendo a un juicio normativo de pronóstico, realizado a partir de los conocimientos disponibles desde la posición del autor al momento de la ejecución de la conducta concreta (*ex ante*), en tanto que el resultado o efecto de peligro para ese bien jurídico constatable *ex post*, determinará la intervención del Derecho penal, pues si no hay afectación del bien jurídico supraindividual, la pena se hará cuando menos innecesaria²⁸⁶.

Estas exigencias podrán imponerse al legislador y al juez²⁸⁷ quienes -en cumplimiento del mandato de los principios de culpabilidad, proporcionalidad y *ultima*

²⁸² CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección...*, p. 45, sostiene que tal peligro deberá ser determinado previamente de acuerdo a la entidad del bien jurídico potencialmente puesto en peligro y al ámbito de actividad de que se trate. De la misma posición, aunque igualando bien jurídico a “*valor con relevancia constitucional*”, CARBONELL MATEU, *Derecho Penal...* p.218.

²⁸³ CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos...”, p. 32.

²⁸⁴ Margen que debiera ser respetado por el legislador, porque como afirma CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos...”, p. 43, pues “sólo en la medida en que se inculpaten conductas con suficiente peligrosidad normativa, en abstracto, se respetarán los postulados del Estado de Derecho, en particular, el principio de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho Penal”. Además, en la etapa de aplicación jurisdiccional, según la posición aquí sostenida, el principio de lesividad también impone al juez -ya se trate de un delito de lesión o de peligro-, primero, la verificación de un comportamiento suficientemente peligroso *ex ante* para producir el resultado de peligro o lesión para el bien jurídico, y no como una cuestión de imputación de resultados sino como un requisito para desvalorar la conducta, como lo explica FRISCH, WOLFGANG/ ROBLES PLANAS, RICARDO, *Desvalorar e Imputar. Sobre la Imputación objetiva en el Derecho penal*, 2ª ed. Ed. B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2006, p. 49.

²⁸⁵ En sentido opuesto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Los delitos de peligro...”, p. 99, indica que más allá de las exigencias dogmáticas que pueda realizarse respecto de un tipo, la cuestión deberá ser zanjada de acuerdo a la descripción típica de la norma.

²⁸⁶ La sola verificación de la idoneidad *ex ante* del riesgo concreto para afectar potencialmente al bien jurídico supraindividual -que proponen algunos autores- no pasa de ser la mera corroboración de la peligrosidad objetiva o abstracta de la acción, y de permitir excluir los casos en que de antemano quede absolutamente descartada la producción del resultado de peligro desvalorado, pero no permite valorar en concreto la producción del que, a mi juicio, constituye el único estado que el Derecho penal puede sancionar, en este caso, la afectación del bien jurídico supraindividual.

²⁸⁷ En este sentido, MARQUÈS I BANQUÉ, MARÍA, “Problemas de legitimación...”, p. 702, afirma que “la misma existencia del Derecho penal, (...) se configura ya como una decisión de contenido esencialmente político que además, en el marco del Estado de Derecho, es de naturaleza democrática. Es precisamente el origen democrático de la potestad punitiva lo que impregna los dos momentos de su ejercicio, el legislativo y el aplicativo, confiéndoles una serie de límites de obligada observancia. Me refiero, como es sabido, a los principios informadores del Derecho penal y a los límites que de ellos se derivan para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado ya sea en su fase regulativa o aplicativa, como son los principios de legalidad, exclusiva

ratio-, debieran descartar la sanción de una conducta en particular, si ella no constituye un comportamiento penalmente desaprobado –que genera un peligro *ex ante* para el bien jurídico-, o éste no se ha realizado en un desvalor de resultado –la afectación del bien jurídico-²⁸⁸, pues, particularmente en los ámbitos de doble incriminación como los referidos a bienes jurídicos supraindividuales, muy probablemente, el desvalor de la conducta estará reprochado en su integridad por otra rama del Derecho como la administrativa o la civil.

En síntesis, me sitúo entre quienes consideran que la idoneidad, aptitud lesiva o peligrosidad de la concreta conducta evaluada *ex ante*, constituye el primer peldaño exigible de todo tipo penal. Ello es así, porque, a su vez, a partir de la peligrosidad (*ex ante*) de la conducta se establecerá -o no- la existencia de un riesgo jurídico-penalmente relevante para el bien jurídico. Este mínimo común se estima, sin embargo, insuficiente para legitimar, por sí solo, la intervención penal (cuando menos la completa responsabilidad penal), porque desde la perspectiva que aquí se sigue, la puesta en peligro o lesión de bien jurídico constatable desde la perspectiva *ex post* o lesividad, constituye la única vía en que el Derecho penal se adecue a sus propios fines. Si no hay tal, no obstante haber merecimiento de pena, no habrá necesidad de la misma, y la sanción penal se tornará ilegítima²⁸⁹.

2. Evolución legislativa, jurisprudencial y dogmática del peligro en el tipo medioambiental español

A partir de la posición esbozada precedentemente, en este apartado se intentará definir cuál sería la estructura típica idónea para un tipo de delito medioambiental base, que sintetice la necesaria tutela penal con la tutela penal legítima, para el bien jurídico equilibrio

protección de bienes jurídicos, intervención mínima, culpabilidad, humanidad de las penas y dignidad de las personas”. De igual manera, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Ed. Gráficas Arias Montano, Madrid, 1994, p. 298, afirmaba que “los delitos de peligro abstracto, para adaptarse a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico penal, especialmente la exigencia de antijuridicidad material y no meramente formal, han de representar un peligro real para bienes jurídicos, han de manifestar su relación efectiva con el bien jurídico protegido en el caso concreto y no sólo como motivo o presunción del legislador”.

²⁸⁸ Así, AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad...*, p. 173, aludiendo a Honig, afirma que la finalidad objetiva de la norma no tiene por qué coincidir con el bien jurídico protegido por ella, y que, además, la finalidad puede alcanzarse o no, pero el bien jurídico siempre ha de resultar lesionado o puesto en peligro.

²⁸⁹ Aunque los límites que cada autor asigna a la legítima intervención del Derecho penal frente a los nuevos riesgos son diametralmente dispares, tanto en la doctrina alemana como en la española, encontramos quienes –en una posición más o menos intermedia- se ubican en esta línea de pensamiento. Entre los primeros, SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre...*, pp. 24, 26, y 33, entre otras, en *El Derecho penal*, pp. 66 y ss.; también KINDHÄUSER, “Acerca de la legitimidad...”, p. 447 -siempre desde su perspectiva de la seguridad para la tranquila disposición de bienes. En España, MARTÍNEZ BUJÁN, “Algunas reflexiones sobre...”, p. 270, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección...*, pp. 21 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, “Cultura del Control, sociedad...”, pp. 89 y ss.; HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad...*, pp. 43 y ss.

de los sistemas naturales. Como punto de partida para comenzar a discurrir sobre el tema, se analizarán las tres principales redacciones que ha tenido el tipo penal medioambiental base en España, a saber, la del art. 347 bis de la LO 8/1983, la instaurada por la LO 5/2010, y la vigente, a partir de la LO 1/2015, consignando las ventajas e inconvenientes de los que se hizo cargo la doctrina y jurisprudencia en cada caso, para luego sintetizar los argumentos que han entregado los autores en relación a los resultados jurídicos de peligro, para, finalmente, tomar posición en este ámbito.

2.1 El art. 347 bis (LO 8/1983)

En primer término, puede decirse que el art. 347 bis²⁹⁰, introducido por la LO 8/1983, que bajo la rúbrica “Delitos contra la salud pública y el medio ambiente”, castigaba a quienes, junto con realizar los restantes extremos típicos, “...pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques espacios naturales o plantaciones útiles”. Tras su entrada en vigor, las críticas de la doctrina no se hicieron esperar²⁹¹, porque no pocos autores consideraban que de su redacción podía entenderse que la exigencia era de peligro abstracto para el bien jurídico medioambiental, en tanto que de peligro concreto para la salud de las personas²⁹², lo que estimaban incongruente por la distinta jerarquía de ambos bienes jurídicos y la igual penalidad de ambas hipótesis. Por ello, finalmente se impuso doctrinalmente la perspectiva según la cual la expresión “que pongan en grave peligro la salud de las personas” vendría a exigir peligro concreto, por lo que no siendo sostenible que respecto al medio ambiente se requiriese un grado de peligro inferior –peligro abstracto o hipotético- que para los referidos bienes jurídicos individuales, correspondía igualar ambos supuestos en el límite superior fijado en el peligro concreto²⁹³.

²⁹⁰ Cuyo inciso primero rezaba: “Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques espacios naturales o plantaciones útiles”.

²⁹¹ Entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pp. 261 ss.; comentando la referida situación, MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, pp. 35-36.

²⁹² Por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, JOAN JOSEP, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª ed., .Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, 1992.

²⁹³ Entre otros, MENDOZA BUERGO, “El delito ecológico: Configuración típica, estructuras y modelos de configuración” en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento español*, (Jorge Barreiro, Dir.; Cancio Meliá, Coord.), Ed. Comares, Granada, 2005, p. 116, da cuenta de esta incongruencia como la razón de la forzada interpretación del tipo del art. 347 bis CPE en relación al medio ambiente,

La jurisprudencia, por su parte, y a pesar de afirmar mayoritariamente ese grado de peligro, se mostró oscilante o directamente contradictoria, entre el peligro abstracto y el peligro concreto, como puede advertirse ya en la STS de 5 de octubre de 1993²⁹⁵, en la que se acogió un recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal en contra de una sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia que condenaba a tres acusados como autores de tentativa de delito medioambiental del artículo 347 bis CPE, condenándolos, en definitiva, como autores del delito consumado.

Los hechos que se tuvieron por probados –sucintamente relatados- fueron que los acusados, sin contar con la preceptiva autorización administrativa vertieron 360 toneladas métricas de un residuo sólido -cuya composición incluía, entre otros, Lindano- sobre un terreno de unos 300 a 400 metros cuadrados. Tras el tercer y último vertido, y por haber mediado denuncias de los vecinos a la guardia civil y al ayuntamiento local, uno de los acusados dio instrucciones para la retirada del producto junto con parte del terreno sobre el que se había realizado el vertido. En el fallo se estableció que la ingesta de Lindano por aves y mamíferos puede ser mortal, y que *“a las personas irrita los ojos y piel, y su ingesta provoca excitación, convulsiones, pérdida de equilibrio, depresión posterior y shock entre otros”*. Por último, se consignó que, por las características del terreno afectado, las aguas que se infiltrasen podían *“percolar con cierta facilidad y surgir a modo de manantiales en determinados puntos”*.

En su FJ 3, discutiendo sobre el grado de desarrollo del ilícito, el TS indicó que *“el delito ecológico es una modalidad de los delitos de peligro concreto cuya consumación se produce por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones previstas en el tipo penal mencionado. Los acusados, con diversa adjudicación de funciones, realizaron de una manera directa el vertido en el suelo de la sustancia tóxica conocida como Lindano, creando con ello un riesgo evidente para la salud de las personas y para las condiciones de la vida animal. Desde este momento se produce el grave riesgo exigido por el tipo penal que no llega a alcanzar mayores repercusiones o daños por la intervención posterior de los implicados que retiraron el producto ante la denuncia formulada. Por otro lado, y según se desprende del hecho probado, su incidencia sobre la atmósfera había comenzado a manifestarse en forma de un olor desagradable que fue percibido por un vecino de la localidad.*

La realización material del vertido en el suelo o de la emisión a la atmósfera de productos peligrosos para la salud de las personas o las condiciones de la vida animal, así

añadiendo, además, que la utilización de estas dos fórmulas “para referirse al peligro requerido en el tipo, se debe a una enmienda parlamentaria introducida por cuestiones de estilo en sustitución de la referencia unitaria «puedan perjudicar gravemente la salud de las personas, la vida animal ... », para no igualar la situación exigible respecto a las personas y los animales”. Se decantaron por la opción del peligro concreto, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*. Ed. Ariel, Barcelona 1984, p. 262; RODAS MONSALVE, *Protección penal...*, p. 239; HORMAZABAL MALARÉE, *El delito ecológico...*, p. 51.

²⁹⁵ STS 10.998/1993, pnte. José Antonio Martín Pallín. En similares términos, vale decir, pronunciándose a favor del peligro concreto, pero bastándose un peligro abstracto o potencial, STS 2045/1992, de 11 de marzo, pnte. Fernando Díaz Palos.

como la de los bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, completa el tipo penal sin necesidad de que se produzca un perjuicio concreto.”

Como puede advertirse, en el razonamiento transcrito, a pesar de señalarse que la exigencia típica era la del peligro concreto, al confundir el riesgo como peligro penalmente relevante constatable *ex ante* con el resultado de peligro como elemento verificable *ex post*, terminaron aseverando que el tipo se completaba con la mera realización del vertido, pues, aunque no se tuvo por acreditado de modo alguno la puesta en peligro de los bienes jurídicos medioambientales, con los datos conocidos respecto al lugar donde se realizó el vertido y la naturaleza de la sustancia se presumió que se había creado “*con ello un riesgo evidente para la salud de las personas y para las condiciones de la vida animal.*” El TS dio por acreditada la incidencia del vertido sobre el suelo, y con ello el peligro concreto para el ecosistema, porque “*había comenzado a manifestarse en forma de un olor desagradable que fue percibido por un vecino de la localidad*”, vale decir, una emisión en la atmósfera, a pesar de que en los hechos probados, al analizar el riesgo generado, se discurre sobre los posibles efectos del vertido en el suelo y en las aguas.

Antes de revisar la jurisprudencia relativa a los sucesivos tipos base, resulta relevante –justamente, por su implicancia para posteriores interpretaciones–, hacer referencia a la STC 42/1999²⁹⁶. La sentencia rechazó un recurso de amparo interpuesto, precisamente, por un condenado como autor del delito previsto en el art. 347 bis por la Audiencia Provincial de Barcelona, que aducía como uno de sus argumentos, la vulneración del derecho a «la garantía penal» (art. 25.1 C.E.), porque en el fallo de primera instancia se adoptado una decisión absolutoria por el delito contra el medio ambiente del art. 347 bis del que había sido acusado, fundándose el tribunal, expresamente, en la no concurrencia de uno de los elementos del tipo -la existencia de un *peligro concreto* para la salud de las personas o para las condiciones de vida animal, espacios naturales o plantaciones útiles-. A pesar de ello, mediante una interpretación que, a juicio del recurrente resultaba extensiva e

²⁹⁶ De 22 de marzo, pnte. Carlos Viver Pi-Sunyer, conociendo un recurso de amparo interpuesto por Alejandro Esteban Rollán, en contra la SAP Barcelona, Secc. 3ª, de 16 de febrero de 1996, recaída en apelación contra la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sabadell, de 21 de julio de 1995. “caso del río muerto”, porque en ella se plantea la hipótesis, no infrecuente, del completo desequilibrio, o podríamos decir incluso la inexistencia como tal de un sistema natural que pueda resultar potencialmente afectado. Entre los hechos probados se consideró que Alejandro, era responsable de toda su actividad productiva, comercial y financiera de las empresas “Montplet y Esteban, S.A.” y “Química de Montcada, S.A.”, controlando de forma efectiva estas actividades. Que las empresas habían venido vertiendo sus aguas residuales a la Riera de San Cugat a cincuenta metros de la desembocadura de ésta en el río Besós. Que se tomaron muestras de las aguas vertidas en el desagüe de la empresa en distintas fechas, que fueron remitidas para su análisis a la empresa Sociedad de Aguas de Cataluña, S.A, arrojando éstos la existencia de metales -cromo, mercurio y zinc- así como una alta demanda química de oxígeno, en cantidades netamente superiores a las autorizadas como máximas por el Reglamento de Dominio Público Hidráulico. En cuarto lugar, que dichas concentraciones “son absolutamente incompatibles con la vida animal macroscópica propia de los ríos de la zona”. En quinto lugar, que tanto la Riera de San Cugat como el río Besós son ríos muertos, desde aguas arriba, carentes de toda flora o fauna, a excepción de ciertas bacterias que se desarrollan precisamente donde no cabe vida macroscópica. Por último, que no consta que las aguas que vierte la factoría constituyan “una grave dificultad añadida a la regeneración del Río Besós ni de la Riera San Cugat”.

irrazonable, la AP de Barcelona interpretó la norma como delito de *peligro abstracto*, y resolvió, en consecuencia, que éste se consumaba mediante la sola constatación de la peligrosidad de la conducta. Así, entre la primera y la segunda sentencia, la estructura típica mutó del peligro concreto (interpretación mayoritaria en aquel momento) al peligro abstracto.

El TCE, conociendo del recurso, fijó como objeto del mismo, verificar “*si la interpretación realizada era una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a los valores de seguridad jurídica y monopolio legislativo, supervisando si la interpretación acogida revela su sometimiento a unas reglas mínimas de interpretación que permita sostener que la decisión no era imprevisible para el ciudadano ni constituye una ruptura de la sujeción judicial al imperio de la Ley*” (FJ 4).

En el FJ 5, fundamentó la desestimación del recurso en que la interpretación de la AP de Barcelona no constituía una interpretación imprevisible pues estaba basada en una de las lógicamente posibles, teniendo en cuenta el técnico tenor literal del art. 347 bis, y además, que tampoco resultaba extravagante el razonamiento efectuado por el Tribunal “*a la luz de los modelos de argumentación adoptados por la propia comunidad jurídico-penal en la interpretación del citado precepto*”²⁹⁸.

En otras palabras, y como concluyen PRAT GARCÍA/SOLER MATUTES²⁹⁹, si bien el TC no se consideró competente para determinar la naturaleza del peligro exigido por el art. 347 bis CPE, entendió que la interpretación realizada por la AP de Barcelona que lo calificaba como delito de peligro abstracto se encontraba dentro de una de las previsibles en el concierto doctrinal y jurisprudencial, por lo que no resultaban extravagantes las argumentaciones del tribunal.

Mediante el fallo referido, el TCE dejó abierta la puerta para la interpretación de la expresión “*que puedan perjudicar gravemente*” como una exigencia no ya de peligro concreto -como se había interpretado mayoritariamente por la jurisprudencia- sino como de peligro abstracto, lo que a la postre resultaría trascendente, porque su sucesor, el tipo medioambiental del art. 325 CPE descrito en la LO 10/1995, fue considerado preferentemente como un delito de peligro abstracto (hipotético), a pesar que la situación de peligro referida al medio ambiente que exigía la norma antigua, “*que puedan perjudicar*

²⁹⁸ Desarrollando el fundamento de desestimación el TC afirmó que “hay que precisar, en primer término, que el tenor literal de la norma no expresa textualmente la exigencia de un peligro concreto en los términos pretendidos por el recurrente. Esta disposición sólo requiere literalmente, además de la concurrencia de los otros elementos típicos no cuestionados, que los vertidos «puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal». En segundo término, procede constatar el elevado grado de abstracción, generalidad y vaguedad de la citada proposición normativa, derivados, de un lado, del carácter ciertamente indefinido de los términos utilizados por el legislador en su expresión, y de otro, y consecuencia de ello, aunque no sólo, de la ausencia de unanimidad en la comunidad jurídico-penal en la determinación de los elementos que han de ser tenidos en cuenta en el enjuiciamiento de los hechos de cara a concluir la concurrencia de un vertido de las características exigidas por la norma”.

²⁹⁹ PRAT GARCÍA, JOSEP MARÍA/ SOLER MATUTES, PEDRO, *El delito ecológico: Jurisprudencia actual comentada: incluye las SSTC 42/1999 Y 177/1999*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2000, pp. 52-56.

gravemente las condiciones de la vida animal, bosques espacios naturales o plantaciones útiles”, y la modificada, “*que puedan perjudicar gravemente* el equilibrio de los sistemas naturales”, eran gramaticalmente idénticas. La dogmática y la práctica forense jugaron un papel preponderante en esa modificación interpretativa, porque habían puesto de manifiesto los problemas de ejecución de la norma contenida en el art. 347 bis, entre otros aspectos, por la dificultad de probar la relación de causalidad del resultado de peligro concreto con la conducta enjuiciada, demandando la modificación legal de la norma en relación con el grado de peligro típico.

2.2 El art. 325 (LO 10/1995)

A partir de la entrada en vigencia del art. 325, y aunque era posible encontrar en la dogmática española, algún autor que lo consideraba como de peligrosidad abstracta³⁰⁰, la balanza se inclinó hacia su interpretación como delito de peligro hipotético³⁰¹ –ya como subcategoría dentro de los delitos de peligro abstracto, ya como categoría intermedia entre éstos y los delitos de peligro concreto-, porque para esta opción, el Derecho Penal no podía permitirse esperar el efectivo menoscabo del equilibrio de los sistemas naturales, porque a partir de la especial naturaleza y características del medio ambiente, podía presumirse que una lesión efectiva podía tener consecuencias irreversibles³⁰².

³⁰⁰ En esta línea, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos de peligro...*, pp. 96, 99 y 102, sostiene la legitimidad de los delitos de peligro abstracto como mera constatación *ex ante* de la peligrosidad abstracta o genérica de la conducta. En efecto, el autor afirma que el recurso a los delitos de peligro abstracto se encuentra legitimada tanto respecto de bienes jurídicos supraindividuales que mediatamente tutelan la seguridad de bienes jurídicos individuales –porque mediante ellos “se protege bienes jurídicos individuales de un conjunto a priori inabarcable de personas”-, como para bienes jurídicos colectivos no divisibles en intereses individuales –como el medio ambiente- en la medida de que “*el bien jurídico de que se trate constituya una condición esencial para la supervivencia del sistema socioeconómico*”.

³⁰¹ Opción dogmática mayoritaria en España. Entre otros, ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, pp.77 ss.; DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos*, pp. 65 ss.; JORGE BARREIRO, “El Bien Jurídico protegido...”, p. 30; MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 128; MENDOZA BUERGO, “El delito ecológico: Configuración típica...”, p. 117; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 593-594; PRATS CANUT, JOSEP/MARQUÈS IBANQUÉ, MARÍA, “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, (Quintero Olivares, Dir.; Morales Prats, Coord.), 7ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 1192; SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, p. 76 (en SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, pp. 103-104, aunque consideran discutible el grado de peligro exigido, se decantan también por la idoneidad concreta *ex ante*; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Derecho Penal del medio ambiente*, Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 48.

³⁰² MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p.124, señalaba en este sentido que “dada la función protectora y preventiva de bienes jurídicos que indudablemente ha de desempeñar el Derecho Penal, la misma quedaría vacía de contenido si esperásemos para reaccionar penalmente a que se produjera un efectivo menoscabo del equilibrio del ecosistema natural en cuestión (lo que según algún autor será habitual en la práctica), a lo que debe añadirse, particularmente en este ámbito, la especial naturaleza y características del medio ambiente,

A pesar de la mayoritaria opción dogmática hacia el peligro hipotético, también hubo voces que continuaron calificando el delito medioambiental como *delito de peligro concreto*. En primer término, por un argumento gramatical³⁰³, porque la expresión utilizada en el art. 347 bis respecto a la salud de las personas dicha norma por el legislador para establecer el peligro relevante para el medio ambiente “*que puedan perjudicar gravemente*” se mantuvo inalterada al pasar al art. 325 CPE, por lo que todos los argumentos aportados en su momento en favor de dicha interpretación resultaban perfectamente sustentables para analizar ahora este tipo.

Además, el “*riesgo de grave perjuicio*” que el art. 325 exigía en relación a la vida y salud de las personas, obligaba (al igual que se realizase respecto de su predecesora), a interpretar la primera parte de la norma -“*que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*”- de idéntica forma, esto es, igualando ambas expresiones como riesgo de grave perjuicio, lo que no podría entenderse sino como exigencia de peligro concreto tanto para el equilibrio de los sistemas naturales como para las personas³⁰⁴.

Como argumento sistemático, se indicaba que si el entonces art. 326 e) CPE – supuesto agravado- contemplaba como conducta típica la creación de un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, el art. 325, en cuanto tipo base, debía incluir todas aquellas conductas generadoras de un riesgo grave que no llegasen a tales resultados. En este sentido, se sostuvo que para establecer la irreversibilidad o el carácter catastrófico del riesgo, necesariamente había que recurrir a la valoración del sistema natural en un momento *ex post*, por lo que si ello era así, y el supuesto agravado exigía la verificación de un peligro concreto para el bien jurídico-penal, todo el continuo de riesgos relevantes incluidos en el tipo base, debieran requerir el mismo nivel de riesgo, no bastando, en consecuencia la mera constatación de la peligrosidad de la conducta.

Luego, como segundo fundamento sistemático adujeron que si el art. 339 CPE, habilitaba a los jueces a ordenar medidas “*encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado*”, necesariamente, el juzgador debía verificar *ex post* la situación del sistema natural en el contexto del tipo base, como única forma para establecer si dicho equilibrio había sido perturbado. Sólo si se entendía que el peligro que requería el tipo base era concreto, manifestaban, cobraba sentido y podía hacerse aplicación del art. 339 CPE.

Como argumento teleológico estos autores arguyeron que los tipos de los arts. 348 y 350 del CPE –ambos redactados como delitos de peligro concreto- sancionaban conductas de riesgo para la salud de las personas y para el medio ambiente originadas por la manipulación de sustancias en sí mismas peligrosas. A su juicio, tal constatación conducía a la necesaria conclusión de que como el tipo medioambiental no se realizaba necesariamente por medio de sustancias *a priori* peligrosas, resultaba incongruente sostener que sólo se exigiese un peligro abstracto cuando las sustancias podían no ser peligrosas *per se*, en tanto que cuando sí lo fuesen requieran expresamente una situación de peligro concreto.

A estos fundamentos, PRAT GARCÍA/SOLER MATUTES agregaron que el respeto de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho Penal debía traducirse en este ámbito -en el que existe una importante tutela administrativa-, en el reconocimiento de

cuya efectiva lesión puede tener consecuencias irreparables. En similares términos, MATELLANES RODRÍGUEZ, *Derecho Penal del medio ambiente...*, p. 112.

³⁰³ PRAT GARCÍA/SOLER MATUTES, *El delito ecológico...*, pp. 32-37.

³⁰⁴ En este sentido, CARO CORIA, *El derecho penal del ambiente...*, p. 615.

relevancia penal únicamente a conductas que generasen algo más que un peligro abstracto para el bien jurídico. Los autores consideraban que estas exigencias, eran atribuibles, además, a la propia naturaleza del objeto protegido.³⁰⁵

A pesar de los citados argumentos, con el paso de los años, se consolidó la interpretación doctrinal del tipo medioambiental como delito de peligro hipotético, lo que fue justificado esencialmente por una cuestión probatoria³⁰⁶, que por su dificultad, habría conducido a absoluciones injustificadas en virtud del principio *in dubio pro reo*. Los autores definían el delito de *peligro hipotético* como aquel delito de peligro abstracto que, en cuanto tal, no requiere de la constatación de un resultado de peligro concreto (ni menos de lesión) para estimar completo el injusto, pero que tampoco se basta con la mera contradicción con la norma. Su mayor contenido de injusto estaría dado por la exigencia de que la conducta fuese *ex ante* idónea para poner en peligro al bien jurídico.

La determinante ventaja de concebir el tipo penal ecológico como un delito de peligro hipotético, radicaba, entonces, en los extremos que debían probarse para tener por acreditado el ilícito. En efecto, desde una perspectiva de peligro hipotético no se precisa la prueba de la incidencia de la conducta sobre el bien jurídico, pues aquella no es exigencia típica. No se requeriría la prueba de la producción de un resultado de lesión o peligro para el bien jurídico medioambiental, ni por consiguiente, la de un concreto nexo causal entre éste y la conducta, bastando la perspectiva *ex ante* para la realización del juicio de peligro que versaría sobre la aptitud lesiva de una acción concreta para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales³⁰⁸.

Aunque los autores aún mantienen diferencias tanto respecto de los elementos que deben ponderarse para la realización de dicha prognosis, como del contenido propio de este juicio de idoneidad, podría señalarse que, aunque con matices, se afirmó que eran relevantes

³⁰⁵ CARO CORIA, *El derecho penal del ambiente...*, p. 572 puso énfasis justamente en estas últimas consideraciones cuando afirmó que “por su oposición directa a los principios de responsabilidad subjetiva, ofensividad y responsabilidad por el hecho, que inspiran el programa penal de la CE, debe valorarse negativamente la pretensión de relajar las exigencias de la imputación penal mediante el fácil recurso de criminalizar la pura peligrosidad abstracta, reducida a un mero disvalor de la conducta *ex-ante* riesgosa”

³⁰⁶ Lo destacan como una de las ventajas del delito de idoneidad respecto del de peligro concreto, entre otros, MATELLANES RODRÍGUEZ, *Derecho Penal del medio ambiente*, p. 114; JORGE BARREIRO, “El Bien Jurídico protegido...”, p. 115.

³⁰⁸ MENDOZA BUERGO, “El delito ecológico: Configuración típica...”, p. 131. definía los delito de peligro hipotético como injustos de peligrosidad, que “pueden ser caracterizados de forma unitaria por la inclusión en la descripción típica de algún elemento que expresa la peligrosidad de la concreta conducta típica o bien de los medios utilizados”, [y en consecuencia] resulta necesaria una prognosis en el momento *ex ante* de emprender la acción, que evalúe la capacidad de la misma para la producción de una puesta en peligro –o eventualmente una lesión-, evidenciando así un desvalor de acción efectivo y un desvalor potencial de resultado, aunque no la producción efectiva de un resultado de peligro concreto *ex post*”.

para la realización de dicho juicio de pronóstico objetivo las circunstancias conocidas y cognoscibles *ex ante* por el autor, que como propone DE LA CUESTA AGUADO – basándose en el criterio de la dominabilidad del desarrollo de la acción- estarían constituidas por las propiedades de la sustancia (criterio cualitativo), la intensidad con que se ha realizado la acción (criterio cuantitativo), y la duración o permanencia de la acción o sus efectos³¹⁰ (criterio temporal).

El contenido y límite del desvalor de resultado asignado por los autores era y sigue siendo bastante más laxo, pues ha ido desde la no absoluta improbabilidad de la producción del resultado lesivo que propone ALASTUEY DOBÓN³¹¹ hasta un desvalor potencial de resultado que predica MENDOZA BUERGO³¹².

En lo que sí existió unanimidad, fue en que la nota que distinguía a los delitos de peligro abstracto en general (incluidos los de aptitud) de los delitos de peligro concreto era que los primeros, sólo exigían la constatación de la peligrosidad de la conducta desde la perspectiva *ex ante* renunciando a cualquier verificación *ex post*. Se afirmaba, en consecuencia, que constituyendo el delito medioambiental un delito de peligro hipotético, la tipicidad de la conducta debía determinarse mediante la realización de un juicio efectuado en el momento inmediatamente previo a la ejecución de la conducta concreta, tomando en cuenta sólo los conocimientos disponibles en aquel instante, para establecer si, desde tal perspectiva, la conducta poseía capacidad lesiva para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

Así, el principal argumento que se esgrimió en favor de la consideración del delito medioambiental como de peligro hipotético, fue que esta categoría constituía una herramienta jurídica que, por un lado, mediante la exigencia de peligrosidad lesiva *ex ante* de la acción en el caso concreto permitía superar el conflicto con las garantías generado por los delitos de peligro abstracto puros, y por otro, resultaba más eficaz, porque permitía evadir difíciles extremos probatorios, que por el insuficiente conocimiento sobre los complejos procesos contaminantes, en ocasiones eran inaprehensibles.

Quienes sustentaban esta interpretación, también encontraron argumentos de tipo gramatical. En primer término, porque cuando el legislador había querido exigir un peligro

³¹⁰ No se explica, sin embargo, la alusión a “los efectos de la acción” como criterio constatable *ex ante*.

³¹¹ ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 110, siguiendo a Cerezo Mir, se pronuncia en favor de fijar el límite de la idoneidad lesiva de la conducta en la no absoluta improbabilidad de la producción del resultado lesivo.

³¹² MENDOZA BUERGO, “El delito ecológico: Configuración típica...”, p. 140.

concreto, lo había realizado expresamente³¹⁴. Señalaron también, que la expresión “*que puedan perjudicar gravemente*” no era equiparable a que pongan en peligro concreto³¹⁵, por lo que, si había de equipararse el peligro exigido en contra del medio ambiente y el que se exigía contra las personas, éste debía igualarse en el peligro hipotético y no en el concreto, como proponían desde las otras posturas. Indicaban, asimismo, que la fórmula del peligro hipotético permitía excluir de la prognosis de peligro el acaecimiento de un resultado, que podía o no tener lugar como consecuencia de factores externos -como los meteorológicos- que, naturalmente, pertenecen a la esfera del azar y debían permanecer excluidos de cualquier valoración penal³¹⁶. Por último, se afirmó que, por la naturaleza del objeto en cuestión, y las conductas que podían afectarlo, el tipo penal al hacer referencia al “*equilibrio de los sistemas naturales*” estaba aludiendo a un valor en abstracto, y no a un ecosistema en concreto, por lo que no resultaría exigible la constatación de la perturbación de un sistema natural determinado (entendido este último como el sustrato del bien jurídico cuya entrada en el radio de la acción debía acreditarse).

De la jurisprudencia, por su parte, podemos decir que, durante una primera etapa de vigencia del tipo penal del art. 325 CPE, introducido por LO 10/1995, el TS –según se afirmó, por inercia del derogado art. 347 bis³¹⁷- lo interpretó como delito de peligro concreto, situación que se mantuvo expresamente hasta la STS 1828/2002³¹⁸, tras ella se decantó formalmente por el peligro hipotético, pero se siguieron percibiendo los vicios referidos al art. 347 bis.

En la STS 1828/2002, se afirmó que “*en el art. 325 CP incorpora el legislador un planteamiento político-criminal diverso del contenido en la anterior regulación, pues opta por configurar el delito como una infracción de peligro abstracto: así, mientras que en el art. 347 bis eran castigados los actos de vertido "que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles", la actual regulación renuncia a incorporar referencia alguna a la producción de un peligro concreto y extiende la punición a todas las actividades de vertido, emisión, etc, que "que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales", previendo una agravación de la pena para aquellos supuestos en los que "el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas". La Ley establece una clara distinción entre aquellos supuestos en los que se estima imprescindible para la ilicitud que el desarrollo de la conducta peligrosa vaya acompañada de la creación de un peligro concreto para el bien jurídico protegido; y aquellos otros en los que basta*

³¹⁴ MENDO ESTRELLA, “El delito ecológico: Configuración típica...”, p. 128.

³¹⁵ MENDOZA BUERGO, “El delito ecológico: Configuración típica...”, p. 117.

³¹⁶ VERCHER NOGUERA, ANTONIO, “RESPONSABILIDAD PENAL AMBIENTAL” EN *LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL: PENAL, CIVIL, Y ADMINISTRATIVA*, (Vercher Noguera/Castañón del Valle/Díez-Picazo Giménez). ED. ECOIURIS, MADRID, 2003. p. 31. En este sentido, señalaban que como la realización de un resultado de peligro para un sistema natural podía estar determinada no ya por la generación de un riesgo típico, sino por factores concurrentes (incluso naturales), la relevancia penal de la conducta no podía estar supeditada al acaecimiento de dichos factores externos, porque lo que se pretendía censurar penalmente era la realización de una conducta peligrosa para el equilibrio de los sistemas naturales, que sería o no tal, con independencia de la situación que *ex post* alcanzara el sistema natural concreto.

³¹⁷ ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 106.

³¹⁸ De 25 de octubre de 2002, pnte. Julian Artemio Sánchez Melgar.

para la comisión del delito con la realización de la acción peligrosa, y que no requieren la producción de un resultado concreto. En los primeros define con claridad el supuesto de peligro que debe ser creado por la acción (por ejemplo, en el art. 362 CPE); mientras que en los segundos se limita a caracterizar el comportamiento potencialmente peligroso "que puedan perjudicar gravemente" (art. 325 CPE) ó "que genere riesgo" (art. 362.2 CPE; cfrs. STS de 31 de mayo de 2001, 15 de diciembre de 2000 y 4 de octubre de 1999).³¹⁹

Finalmente, las razones que argumentó el TS para el cambio de postura fueron, entonces, puramente gramaticales, entendiendo que cuando el legislador quería exigir peligro concreto utilizaba la expresión “*que ponga en peligro*”, misma que contenía el art. 347 bis respecto a la salud de las personas, y que no fue replicada en el art 325.

Probablemente la pobreza de estas justificaciones llevó a que, tal como se evidenció respecto del art. 347 Bis, el TS siguiera -aun después del citado fallo- mostrándose oscilante y contradictorio al momento de decidir sobre la estructura típica del citado tipo medioambiental, pudiendo encontrarse fallos en los que afirmaba exigir un peligro concreto pero utilizaba argumentos propios del peligro abstracto³²⁰, otros en los que sostenía requerir peligro hipotético pero sancionó conductas como si se tratase de un delito de peligro abstracto puro, y otros -cuando el resultado de peligro o lesión aparecían claros-, en los que terminaba por recurrir a argumentos de peligro concreto para el sistema natural.

La explicación a esta vacilante postura del TS puede encontrarse además, en la poca importancia que el tribunal atribuyó a la cuestión de la estructura típica del delito medioambiental. En efecto, en la STS 1118/2007, tras aseverar que nos encontrábamos frente a un delito de aptitud, se afirmaba que la nota divisoria con la infracción administrativa y la clave de interpretación del tipo penal se encontraba en la gravedad del peligro, porque “*la determinación del riesgo, como de riesgo concreto o abstracto es una cuestión secundaria como ha puesto de manifiesto la más reciente jurisprudencia de esta Sala*”³²¹.

³¹⁹ Nº1 del FJ primero. A continuación del razonamiento transcrito, se justificó la interpretación previa del artículo 325 como delito de peligro concreto porque la misma habría sido afirmada en “pronunciamientos referentes a supuestos en los que, bien como ocurre en el presente, la creación de un peligro concreto para el medioambiente era evidente (STS de 17 de septiembre de 2001 y 13 de marzo de 2000); bien se excluía la (sic) el propio carácter peligroso de la acción (STS de 23 de noviembre de 2001 y 16 de diciembre de 1998) o que la misma entrañara una infracción de las disposiciones legales y reglamentarias protectoras del medioambiente (STS de 27 de abril de 2001); o bien se enjuiciaban conductas desarrolladas durante la vigencia del Código Penal anterior (STS de 19 de mayo de 1999, 16 de diciembre de 1998 y 1 de febrero de 1997)”.

³²⁰ Por ejemplo, la STS 1914/2000, de 12 de diciembre, ponente Joaquín Delgado García, señala en el FJ 3 que “para la consumación de este delito [el del Art. 325 del CP] basta que se produzcan los vertidos en los cauces fluviales inmediatos a las instalaciones de la empresa, pues esto ya constituye el peligro concreto que justifica la existencia de esta infracción penal”.

³²¹ STS de 20 de diciembre, pnte. Joaquín Giménez García. A continuación se leía “En tal sentido, las SSTs de 2 de junio de 2003 (RJ 2003, 6235) y 30 de junio de 2004 (RJ 2004, 5085). Nos dice esta última "se acoja

En mi opinión, tal posición jurisprudencial resulta inaceptable, porque soslaya la trascendencia de la consideración del nivel de peligro exigido por el tipo penal. Y no se trata de una cuestión menor o puramente dogmática, se trata, ni más ni menos, de establecer qué es lo que se debe probar. La nota de gravedad será relevante para descartar las conductas bagatelares³²², pero, antes que ello, la naturaleza del peligro exigido nos permitirá establecer con certeza lo que la acusación debe acreditar. Si se trata de un peligro abstracto puro, únicamente deberá demostrar la adscripción formal-objetiva de la conducta a la descrita en el tipo penal porque el peligro sólo constituye el motivo del legislador. Si se entiende que estamos frente a un delito de peligro hipotético tendría que acreditarse la aptitud *ex ante* de la conducta concreta para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales, y si no situásemos en el peligro concreto, el Ministerio Fiscal debiera demostrar la idoneidad *ex ante* de la conducta para afectar al bien jurídico medioambiental (riesgo relevante), y además, la puesta en peligro efectiva de los sistemas naturales mediante un juicio de valoración *ex post*.

Si a las citadas afirmaciones del TS añadimos que el TCE estimó ajustada a la Constitución tanto su interpretación como delito de peligro concreto como de peligro abstracto, efectivamente nos encontrábamos -tal como hoy- en un escenario de absoluta incertidumbre jurídica, que no puede justificarse en una excesiva ambigüedad de la expresión “*que puedan perjudicar gravemente*” -como se hace en el fallo respecto del elemento valorativo de la gravedad del peligro-, porque aun si ella es efectiva, como creo que es, y de la citada expresión no puede afirmarse categóricamente la exigencia de un grado de peligro determinado, resulta esperable que la labor de la Jurisprudencia sea, justamente, unificadora de criterios, como parece asumirse cuando respecto de la gravedad de la puesta en peligro se afirma que se “*hace preciso que desde la jurisprudencia, en su función como didáctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma a través de las sentencias*”. No existe explicación, entonces, para que respecto de la naturaleza del peligro, no se hubiese apuntado también a abandonar el

la estructura del tipo penal que se acoja, de peligro concreto, abstracto, o abstracto-concreto, o hipotética, como últimamente se afirma en la doctrina y jurisprudencia de esta Sala, lo cierto es que debe concurrir un peligro grave para el medio ambiente, elemento de tipo valorativo y excesivamente ambiguo que, como ha destacado la doctrina, ha determinado que la aplicación forense de este elemento no haya abandonado el ámbito de lo inseguro, lo que hace preciso que desde la jurisprudencia, en su función como didáctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma a través de las sentencias”.

³²² Y como se dirá luego, en la actual redacción para decidir entre la aplicación del art. 325.1 o 325.2 CPE. Véase *Infra* Cap. V.8.1.1., pp. 255 ss.

ámbito de lo inseguro fijándose una única interpretación del peligro típico, seguida de una coherente relación entre ésta y el peligro que efectivamente se encuentra acreditado, a fin de reducir espacio a la arbitrariedad e inseguridad jurídica³²³.

Como se señalaba, lamentablemente después de la aludida 1828/2002, el TS mantuvo la indefinición y contradicción interpretativa,³²⁴ Así, por ejemplo, en la STS 247/2012³²⁵, se consigna como hechos probados -en lo que aquí interesa- que una empresa, dedicada a la explotación ganadera porcina, incumplía la normativa administrativa para el desecho de purines, que sacaba mediante un ducto hasta una parcela vecina, donde eran derramados, encontrándose acumulados en *“una superficie de 1250 metros cuadrados, con una profundidad de unos 30 metros, en una zona que se encontraba a 25 metros del barranco del Toll Roig, que conecta unos metros más abajo con el barranco de La Galera”*. La Administración ordenó a la empresa la construcción de una balsa, pero ésta fue fabricada antirreglamentariamente. Se consignó también en los hechos probados del fallo que los terrenos directamente afectados por los purines *“están formados por gravas y conglomerados que se caracterizan por su permeabilidad y capacidad de filtración a las capas inferiores del subsuelo, y están situados en la zona del acuífero cuaternario detrítico de la plana de La Galera. En la misma zona existen otros tres acuíferos: el acuífero regional de la Plana de la Galera (más profundo que el anterior), el Cenomanián y el aluvial interno del Ebro (...) No ha quedado acreditado que los vertidos reseñados hayan contribuido a la contaminación efectiva de las aguas subterráneas de la zona. No obstante, la disposición de purines en el terreno de la parcela NUM000 del polígono NUM001, en la forma que se ha descrito, era susceptible de provocar vertidos indirectos por filtrado, dadas las características del terreno que permiten fácilmente el filtrado al subsuelo, y la lluvia antes o después ha de facilitar asimismo ese filtrado, o incluso el arrastre directo hacia los barrancos próximos, lo que perjudicaría de forma intensa al medio receptor, dada la concentración habitual en esta sustancia de nitratos, amonio, y estreptococos fecales³²⁶”*.

A partir de tales hechos probados el tribunal de instancia condenó al acusado como autor del delito previsto en el art. 325 CPE y, conociendo el recurso de casación, el TS, aseveró que *“Es cierto que no se ha practicado prueba pericial analítica del agua de los acuíferos para comprobar si se encontraban contaminadas por los purines que llegaron a ellas, pero recordaremos que el tipo penal no exige la producción efectiva de un daño, sino únicamente que la acción haya generado un peligro grave de daño al medio ambiente. Porque se trata de un delito de los llamados "de aptitud" en los que no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino una conducta idónea para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos, la situación de peligro no es elemento*

³²³ De opinión contraria VERCHER NOGUERA, “Responsabilidad Penal Ambiental”, pp. 29-30, considera que “al menos de momento, la respuesta estaría en distinguir el grado de peligrosidad de los elementos contaminantes y, en razón a la misma, considerar la existencia de un supuesto de peligro concreto o abstracto. Es evidente que a mayor peligrosidad menor necesidad de tener que probar ese peligro ante la autoridad judicial”.

³²⁴ MENDOZA BUERGO, “El delito ecológico: Configuración típica...”, p. 119. sostuvo al respecto, que aunque probablemente el legislador haya intentado dotar de un mayor contenido de injusto al tipo incluyendo una cláusula de idoneidad, ello no se consigue si finalmente los tribunales no realizan una interpretación rigurosa del art. 325 en términos de aptitud lesiva concreta.

³²⁵ De 3 de abril, pnte. Diego Antonio Ramos Cancedo.

³²⁶ En Antecedentes, como hechos probados N° 1 y 4.

del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro³²⁷”.

Se afirmaba, nuevamente, que se trataba de un delito de aptitud, pero del tenor del párrafo transcrito, así como de los hechos que sirvieron para condenar, se colige inequívocamente que la peligrosidad exigida no fue la de la acción concreta, sino que el juzgador se bastó con la corroboración de un peligro abstracto puro. En efecto -sin entrar en consideraciones referidas a la exigencia típica de contaminación, ni a la dinámica delito-infracción penal, puede advertirse cómo el peligro declarado por el tribunal no fue exigido para tener por acreditado el delito. Porque si el delito es de aptitud en los términos en los que se asevera, debió acreditarse la idoneidad de la acción concreta para afectar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Para ello, resultaba perentorio, en primer lugar, haber realizado un análisis de los vertidos que permitiese determinar si éstos por su cantidad y concentración podían, desde la perspectiva *ex ante* resultar idóneos para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, y no afirmarse su toxicidad abstracta, como se hizo, “*dada la concentración habitual en esta sustancia de nitratos, amonio, y estreptococos fecales*”.

Nada se dijo sobre la potencialidad lesiva real de los vertidos en base a sus propias características, como tampoco en relación a las de algún ecosistema al que pudieran –cuando menos, potencialmente- afectar, porque tampoco se argumentó respecto a la potencialidad lesiva de éstos para incidir en las aguas subterráneas en atención a su profundidad y características, elementos que, a mi juicio, resultaban relevantes para la realización de un pronóstico de peligro de la conducta. El juicio *ex ante* se fundó exclusivamente en la capacidad del suelo para filtrar los purines, pero tal constatación, por sí sola, no permite afirmar cuáles aguas podían verse afectadas ni en qué medida, ni mucho menos para establecer que la conducta poseía la aptitud para poner en peligro el equilibrio de algún ecosistema. En la sentencia se afirma que en cuanto delito de peligro hipotético, debía acreditarse la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro al bien jurídico protegido, pero éste no fue constatado ni siquiera mediante la verificación de que al momento de realización de la conducta era absolutamente improbable la producción de la lesión del bien jurídico, porque no fueron acreditados todos los elementos necesarios para realizar tal juicio.

³²⁷ FJ Cuarto.

En definitiva, en el fallo se terminó presumiendo la idoneidad concreta de los vertidos realizados al solo alero de las características del suelo, al afirmarse que “*era fácil el acceso de aquellas sustancias a los acuíferos (vertidos indirectos) y, con ello, el riesgo grave "de provocar una grave afección en las aguas subterráneas"*”.

2.3 El art. 325 (LO 1/2015)

Aún hay escasos pronunciamientos jurisprudenciales y dogmáticos respecto al texto vigente del art. 325 CPE, y específicamente al resultado típico, muy probablemente porque su redacción desbordó los cauces interpretativos que se venían proponiendo en dichos ámbitos, por lo que sólo algunos autores, como MUÑOZ CONDE, se han limitado a señalar que aunque en la norma se utiliza la expresión “*que cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas*”, en todo caso debía entenderse que se mantendría la exigencia de peligro hipotético³²⁹, sin entregar más luces a su respecto, lo que indudablemente se explica por las enormes dificultades que impone la conciliación de la nueva redacción con varios de los principios rectores del Derecho Penal

. Y es que la actual redacción del art. 325.1 -que castiga al que *cause o pueda causar daños sustanciales* a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas-, interpretada desde su literalidad puede conducir a afirmar que el tipo se colma alternativamente con la lesión o la puesta en peligro de tales objetos, porque el legislador penal igualó el reproche de ambos resultados. Evidentemente, una interpretación como aquella violenta el principio de taxatividad, de proporcionalidad, y naturalmente, el de lesividad, fragmentariedad y *ultima ratio*, ya que la conducta sancionada penalmente se iguala a la sancionada en sede administrativa, porque probablemente, la acción que (por sí misma o conjuntamente con otras) pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, puede no poseer mayor desvalor que una infracción administrativa.

³²⁹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 512.

3. Toma de posición

Como indicaba más arriba, la perspectiva mayoritaria en España, se decantó por comprender el art. 325 CPE -antes de la LO 1/2015- como de peligro hipotético³³⁰, porque esta interpretación constituiría una respuesta adecuada para las necesidades de la tutela ambiental que, a su vez, permitía superar las objeciones de legitimidad y contradicción con los principios penales fundamentales del Derecho Penal³³¹.

Desde el prisma que aquí se asume, en cambio, la categoría del peligro hipotético o idoneidad lesiva (*ex ante*)- no supera las exigencias de un Derecho penal garantista, porque colisiona inevitablemente con los pilares que en este trabajo se definen como propios del Derecho penal de un Estado democrático de derecho: La lesividad -en cuanto fundamento de la antijuridicidad material-, la proporcionalidad, y la subsidiariedad como derivación del principio de *ultima ratio*, que impondrán siempre la obligación de verificar *ex post* la afectación (lesión o puesta en peligro) del bien jurídico -individual o supraindividual-. Si cabe, ello resulta aún más prístino, cuando la situación desvalorada es de peligro, porque la sola prognosis de peligro desde la perspectiva *ex ante* no pasa de ser la simple confirmación, en el caso concreto, de la peligrosidad abstracta de la conducta³³².

Ya en relación específica con el medio ambiente, debe añadirse la objeción de que un delito de peligro hipotético o de idoneidad, resulta inconciliable con la naturaleza del bien jurídico protegido. Porque, ¿Puede realmente inferirse desde una perspectiva *ex ante*, la aptitud de una acción concreta para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales? Creo que no. La razón, es que a diferencia de la mayor parte de los bienes jurídicos supraindividuales, este bien jurídico-penal sí ostenta un sustrato material -los sistemas naturales o ecosistemas-, que poseen características específicas, esencialmente diversas y únicas, por lo que su equilibrio -como nivel de contaminación que pueden tolerar sin afectar su estabilidad- variará de uno a otro, haciendo siempre necesario -si lo que se intenta proteger es dicho equilibrio-, la valoración desde la perspectiva *ex post*, ya que la sola constatación de la peligrosidad concreta *ex ante* sólo puede llegar a constituir un

³³⁰ Sin perjuicio de que algunos autores consideren de *lege ferenda* preferibles otras opciones. En este sentido, por ejemplo, PRATS CANUT, JOSEP/MARQUÈS I BANQUÉ, MARÍA. “De los delitos relativos...”, pp. 1192-1193, se pronuncian en favor de configurarlo como un delito de resultado de lesión “integrado por un acto de contaminación relevante, sin necesidad de recurrir a confusas estructuras de peligro, que nada aportan en orden a la tutela ambiental, y que por contra introducen cotas de inseguridad en la aplicación del precepto”.

³³¹ JORGE BARREIRO, “El Bien Jurídico protegido...”, p. 31.

³³² Como afirma CARO CORIA, *El derecho penal del ambiente...*, p. 573, “el alegato de la existencia de un resultado «posible» o «potencial» no constituye otra cosa que una argucia semántica a fin de disfrazar como «resultado» el carácter peligroso inherente a la acción. Consecuentemente, estas posturas deben considerarse como la versión más actualizada y presentable de la defensa de las infracciones de peligro abstracto”.

refuerzo de la ya conocida peligrosidad estadística de la acción, mas no su peligrosidad “real” frente a un sistema natural en particular.³³³

Como contrargumento de esta aseveración, se señala que el “*equilibrio de los sistemas naturales*”, es una abstracción y no una realidad constituida por un ecosistema en concreto, y aunque ello es efectivo, en mi opinión, lo mismo puede predicarse de cualquier bien jurídico que posea un sustrato material, porque justamente ellos se definen como realidades valoradas y no como meros objetos materiales. Dicha naturaleza no impide que para determinar si el bien jurídico ha sido afectado (puesto en peligro) haya que analizarse si lo ha sido su sustrato -en tanto objeto físico en que se encarna el bien jurídico- que en el delito medioambiental está constituido por un sistema natural concreto.

Una verificación puramente *ex ante* de la peligrosidad de la conducta para poner en peligro el bien jurídico puede errar por exceso, constituyéndose en mero refuerzo de la normativa administrativa, y por defecto, al resultar insuficiente desde la perspectiva de la tutela del equilibrio de los sistemas naturales. El problema, entonces, no es la realización de este juicio *ex ante* –que, por cierto, se estima necesario para determinar la creación (o no) de un riesgo relevante-, sino que éste, por sí solo resulta completamente falible e inseguro.

Resulta ilustrativa la ya referida STC 42/1999³³⁵, “de los ríos muertos”, porque en este caso el Juzgado considerando el tipo como de peligro concreto, dictó sentencia

³³³ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, “Protección de bienes jurídicos supraindividuales...”, p. 384. SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 78, al analizar la causalidad en los delitos contra el medio ambiente, a pesar de considerarlo un delito de aptitud, reconocen como ineludible –por las características del bien jurídico- la constatación de resultados concretos sobre ellos. Así, desde su perspectiva, “la formulación de un juicio de peligro abstracto para un bien jurídico así formulado, puede requerir la constatación de resultados de peligro concretos o incluso de lesión, de determinados objetos (elementos del ecosistema correspondiente)”. SANTANA VEGA, *La protección penal de los bienes...*, p. 59, opta por una posición que podría estimarse intermedia, pues si bien se manifiesta partidaria de la exigencia lesiva que aquí se adopta, afirma que si el tipo penal no exige tal lesividad, la misma no puede añadirse dogmáticamente, por lo que sólo cabrían como posibles soluciones: “La derogación del tipo o, en su caso, la declaración de inconstitucionalidad por lesión del principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales; o la de proceder a introducir en los códigos penales, a la manera de una fórmula general de acoplamiento entre antijuridicidad formal y material para exigir y, consiguientemente garantizar, que siempre que se castigue a una persona concurra la antijuridicidad material”. En la posición contraria, entre otros, FEJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, (Jorge Barreiro, Coord.), Ed. Civitas, Madrid, 2005, pp. 315-316, para quien “El juez está vinculado a una interpretación posible del tenor literal de la ley y no siempre se puede llegar a la conclusión de que todo delito de peligro es como mínimo un delito de peligro abstracto-concreto o no es un delito puro de peligro abstracto, (...) ya que ello supondría una interpretación *contra legem* aunque vaya a favor del reo”. A mi juicio, como se viene diciendo, no se trata de una simple interpretación en favor del reo, se trata de la aplicación de principios básicos del Derecho Penal en la interpretación del tipo.

³³⁵ Referencia, *Supra* n. 288. Los hechos que tuvo por probados el juzgado de primera instancia se resumen en que una determinada empresa había venido vertiendo sus aguas residuales a la riera de San Cugat a 50 metros de la desembocadura de ésta en el río Besós, y que de los análisis realizados se evidenció en las aguas vertidas en el desagüe de la empresa en distintas fechas, “la existencia de metales -cromo, mercurio y zinc-, así como una alta demanda química de oxígeno, en cantidades netamente superiores a las autorizadas como máximas por el Reglamento de Dominio Público Hidráulico”, concentraciones “absolutamente incompatibles con la vida animal macroscópica propia de los ríos de la zona”, pero que “tanto la riera de San Cugat como el río Besós son ríos muertos, desde aguas arriba, carentes de toda flora o fauna, a excepción de ciertas bacterias, que se desarrollan precisamente donde no cabe vida macroscópica”.

absolutoria, porque “a pesar de la idoneidad «del agua para filtrarse y llegar a pozos o fuentes de uso o consumo humano”, no se acreditó “si las aguas filtradas han llegado o necesariamente han de llegar a tales pozos o fuentes, ni con qué grado de contaminación». En segundo término, y respecto del peligro para las condiciones de vida animal o espacios naturales, ha de tenerse en cuenta la realidad de los caudales afectados en cuanto ríos muertos y el hecho de que las condiciones de vida de los mismos puede regenerarse, sin que se haya probado si, y en qué medida, los vertidos dificulten gravemente la posible regeneración de los ríos”.

MENDOZA BUERGO, utiliza esta sentencia para graficar la diferencia entre lo que considera un delito de peligro concreto y uno de peligro hipotético, dando cuenta de las disímiles exigencias de prueba entre ambos, porque para colmar el injusto de este último, sólo bastaría conocer (*ex ante*) la aptitud lesiva de la acción concreta, lo que en este caso se habría acreditado al verificarse que el vertido de la empresa contenía metales -cromo, mercurio y zinc-, así como una alta demanda química de oxígeno, que resultaban “absolutamente incompatibles con la vida animal macroscópica propia de los ríos de la zona”. Para la autora, con la prueba de tales extremos quedaría acreditada la aptitud lesiva de la acción concreta, porque no resultaría necesario siquiera examinar la posibilidad de que existiese algún sustrato del bien jurídico –un ecosistema- que pudiera verse afectado por la acción.³³⁸

A mi juicio, en cambio, una interpretación como ésta no puede pretender ser de aptitud lesiva concreta, porque mediante ella lo único que se establece es la toxicidad en abstracto de la sustancia vertida, sin tener en cuenta (ni siquiera desde la perspectiva *ex ante*) las características del objeto del delito y/o del ecosistema potencialmente puesto en peligro, vale decir, soslayándose por completo que la misma sustancia vertida en dos diferentes recursos naturales y ecosistemas puede (o no) ser potencialmente lesiva, según las características propias (fragilidad y estabilidad incluidas) de los espacios naturales en los que incida. Desde esta interpretación, tendría igual relevancia penal la acción que recae en un rico y frágil ecosistema, que, por ende, puede verse realmente puesto en peligro, que la conducta descrita en el ejemplo, en que el bien jurídico, si lo es, sólo resulta mínimamente afectado.

En mi opinión, si no se analizan las características de las sustancias contaminantes y de los objetos materiales del delito, así como de la dinámica de los efectos de la conducta

³³⁸ MENDOZA BUERGO, “El delito ecológico: Configuración típica...”, pp.136-137, asevera en este sentido que “resulta necesario para poder afirmar la adecuación típica de la conducta en cuestión proceder a un juicio *ex ante* sobre la aptitud de la concreta acción para producir los efectos indeseables, aunque sin requerir naturalmente que haya llegado a afectar de hecho a algún objeto del bien jurídico, o sin siquiera examinar la posibilidad de que hubiera un objeto al que pudiera afectar la acción concreta”.

sobre el o los sistemas naturales, vale decir, si no se practica un juicio *ex post* en el que pueda, cuando menos, verificarse la existencia de algún ecosistema concreto potencialmente puesto en peligro, resulta puramente especulativo afirmar que una concreta conducta es apta para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

En efecto, en el ejemplo se afirma que la conducta concreta es idónea *ex ante* para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales por la toxicidad de la sustancia vertida, pero si se añaden consideraciones *ex post* como que no se acreditó que los vertidos hubiesen llegado o pudiesen llegar a alguno de los ríos del entorno –sistemas naturales en situación de verse puestos en peligro-, o que, tanto el río Besós como la riera San Cugat –objetos del delito y eventuales sustratos del bien jurídico- corresponden a “ríos muertos”, resulta muy cuestionable entender –al menos sin prueba alguna- que pueda afectarse el equilibrio de los sistemas naturales, pudiendo concluir, en mi opinión, que se estaría justificando la intervención penal a pesar de no haberse acreditado, y eventualmente poder descartarse, la potencialidad lesiva de la acción concreta, apareciendo –al alero de los hechos probados- como más proporcionada y suficiente materialmente la intervención del Derecho administrativo.

Una interpretación del tipo medioambiental como de peligro hipotético permite una delimitación de relevancia penal adecuada sólo para las acciones contaminantes de máxima gravedad, pues en ellas una prognosis *ex ante* del riesgo para el bien jurídico-penal cuenta con una mayor probabilidad de convertirse en una efectiva puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales, resultando más proporcionada con la sanción penal. En los restantes casos, dicha perspectiva resulta insuficiente para establecer el límite entre las conductas intolerables desde el prisma del bien jurídico de aquellas que no lo son, pues la base del juicio (*ex ante*) obliga a realizar una prognosis muy anticipada -temporal y/o espacialmente-, que la mayor parte de las ocasiones constituirá más la mera reafirmación de la peligrosidad abstracta de la conducta que expresión de una peligrosidad concreta y real para el bien jurídico medioambiental.

Me decanto por esta opción porque la omisión del resultado como fundamento del reproche penal ha dado espacio a legisladores y jueces la introducción de perspectivas que construyen la antijuridicidad con la sola evidencia de un riesgo *ex ante*, y muchas veces objetivo-formal, con la consiguiente indeseada administrativización del Derecho penal.

Desde la perspectiva aquí asumida, entonces, el injusto medioambiental, debiera completarse por un desvalor de acción integrado por un riesgo relevante de peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, constatable desde la perspectiva *ex ante*, (atribuible a dolo o imprudencia del agente). Luego, deberá apreciarse también un desvalor de resultado -como presupuesto de punibilidad- que tendrá lugar cuando la contaminación del recurso

natural (imputable objetivamente a la conducta), verificada *ex post*, pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

A mi entender, la conducta típica, debiera generar tanto un resultado material (de alteración fisicoquímica en el recurso natural) como uno jurídico de puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales, al que habrá de arribarse -en cuanto juicio normativo- a partir del primero³⁴².

Una de las objeciones que podría realizarse en España a una alternativa como la propuesta es su inaplicabilidad de *lege lata*. Sin embargo, a este respecto, habida consideración de la posición adoptada por el TC en la sentencia de 22 de marzo³⁴³ respecto a la previsibilidad y razonabilidad de interpretar como delito de peligro abstracto o concreto el art. 347 bis LO 8/1983, esta objeción pierde fuerza, pues si puede omitirse la perspectiva *ex post* para la realización del juicio de peligro, con mayor razón tendrá cabida la realización del juicio desde tal perspectiva, modificando, sólo parcialmente, el contenido del peligro desvalorado³⁴⁴.

DE LA CUESTA AGUADO, da cuenta de otra de las frecuentes críticas a la valoración de los conocimientos *ex post*, señalando que, aunque un juicio desde dicho prisma permitiría tener en cuenta las circunstancias que rodearon el hecho, esta perspectiva carecería de legitimación desde una perspectiva político-criminal preventiva³⁴⁵. A mi modo de ver, como ya se dijo, no debe perderse de vista que lo que se intenta prevenir penalmente no es la afectación de un recurso natural, sino una eventual afectación grave del equilibrio de un ecosistema, lo que sólo es constatable, en la práctica, analizando *ex post* el estado del recurso natural -para determinar si la conducta ha determinado su contaminación- y el sustrato material del bien jurídico -el sistema natural potencialmente afectado-, para valorar si la contaminación producida puede perjudicar gravemente su equilibrio. Será el Derecho Administrativo el encargado de actuar desde una perspectiva político-criminal preventiva medioambiental en virtud del principio de precaución, que respalda la adopción de medidas protectoras cuando existe incertidumbre científica respecto a las posibles consecuencias dañosas que puede generar una acción determinada. En dicha rama del derecho, si hay incerteza habrá riesgo, y si existe tal, son procedentes medidas de excepción³⁴⁶.

Los problemas de prueba de la causalidad y la consiguiente dificultad para imputar objetivamente el resultado de idoneidad lesiva *ex post* para el equilibrio de los sistemas naturales a la conducta, son una de las críticas pragmáticas que se esgrimen en favor de

³⁴² En los mismos términos, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección...*, pp. 78-79; PRATS CANUT, JOSEP/ MARQUÈS I BANQUÉ, MARÍA, “De los delitos relativos...”, pp. 1185 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en SILVA SÁNCHEZ / MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 100, modificando su posición respecto de su anterior publicación sobre los delitos contra el medio ambiente, se muestra hoy, también, derechamente partidario de la consideración del delito como de “resultado doble”.

³⁴³ STC 42/1999, referencias *Supra* n. 287.

³⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 103, ponen de manifiesto que la única interpretación que el tenor literal del tipo permite excluir es la del peligro presunto.

³⁴⁵ DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos...*, p. 134.

³⁴⁶ En los términos señalados, ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Derecho del Medio Ambiente*, 4ª ed, Ed. Marcial Pons., Madrid, 2017, p.64.

prescindir de toda valoración *ex post*³⁴⁷. De hecho, se dice que toda la teoría de los delitos de peligro abstracto está diseñada justamente atendiendo a la necesidad de sortear tales problemas y responder a la necesaria tutela de ciertos riesgos (antes que se produzca el resultado lesivo).

Creo en cambio, que la situación de peligro que aquí se estima típica permite dar tutela al medio ambiente frente a los riesgos más importantes. No previene la lesión de los recursos naturales, sino la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas. La idoneidad lesiva *ex post* como resultado desvalorado se justifica para el medio ambiente, justamente porque resultados lesivos (efectos físico-químicos para los ecosistemas), pueden diferirse en el tiempo, pero si su acaecimiento puede ser previsto en algún momento, lo será desde la perspectiva *ex post*, una vez constatado y ponderado el grado de contaminación del recurso natural.

El resultado jurídico propuesto no implica que haya de esperarse a la ocurrencia de dichos efectos para estimar relevante penalmente la conducta, pues, si existen suficientes datos para la afirmación de peligro grave para el equilibrio del ecosistema, el reproche penal será necesario, y si por el contrario, los datos son insuficientes *ex post* para la realización de dicho juicio de previsibilidad, con mayor razón lo serán desde una perspectiva *ex ante*. Si los conocimientos técnicos de las leyes causales con que cuenta el juzgador resultan insuficientes o contradictorios y no puede realizarse a partir de ellos un juicio de previsibilidad objetivo, con mayor razón si cabe, debe excluirse la posibilidad de sancionar penalmente, y no asumirse una estructura de menos exigencia. A mi modo de ver, frente a los grandes peligros o daños a determinados ecosistemas –para los que el Derecho penal debiera reservarse- resulta muy probable que las leyes naturales causales se puedan afirmar con certeza suficiente³⁵⁰.

³⁴⁷ MENDOZA BUERGO, “El delito ecológico y sus técnicas de tipificación”, en *Revista Actualidad Penal* 13, 25-31 de marzo, LL 2002, en <http://www.ecoiurislapagina.com/biblio/articulos/art125.htm>, p. 20, sostiene que la afirmación de la capacidad de la acción examinada para «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», que requiere el art. 325 del CP comporta significativas complicaciones, i) pues en no pocas oportunidades se desconocen o no se conocen con suficiente precisión las leyes causales aplicables a la situación para enunciar con suficiente base el juicio de previsibilidad objetiva. Es sabido también que ii) los efectos más perjudiciales pueden venir dados por la vía de la acumulación, de la combinación sinérgica y otras posibles situaciones no fácilmente predecibles por adelantado, ni suficientemente conocidas en todos los casos, por no mencionar el hecho de que, iii) la producción de resultados apreciables puede diferirse por un tiempo más o menos largo, desconocido también de antemano.

³⁵⁰ Así se evidencia en la STS 141/2008, de 8 de abril, pnte. Luciano Varela Castro, porque aunque se afirmó que el delito medioambiental es un delito de peligro hipotético o delito de aptitud -que define como aquellos en que “no [se] requiere la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien determinado. Basta la producción de un estado de riesgo pero desde la perspectiva meramente *ex ante*” (FJ 4); luego se asignó al delito medioambiental una estructura típica como la aquí propuesta, porque se tuvo por probado que “La empresa Leite Rio, SL vertía en el arroyo “Os Troyos” aguas residuales [conducta riesgosa] que, pese a pasar por su estación depuradora, eran blanquecinas y conferían al agua del río unos valores en cuanto a oxígeno,

Si no resulta posible acreditar tales extremos, habrá que sancionar el hecho únicamente en sede administrativa, pues no puede pretenderse del Derecho penal una tutela íntegra del medio ambiente, a costa de la vulneración del principio de lesividad y la relajación de garantías básicas del Derecho penal, cuando justamente, en materias de doble regulación, la parte cuantitativamente más importante de la protección debe efectuarla la Administración.

V. ¿CÓMO PROTEGER? LA ESTRUCTURA TÍPICA

1. Cuestiones preliminares

Hasta aquí hemos avanzado en lo que considero el cimiento de una correcta formulación de un tipo de delito medioambiental base, definiendo el bien jurídico tutelado -el equilibrio de los sistemas naturales-, y decantándonos por su descripción como delito de peligro abstracto, porque como se viene señalando largamente, a nuestro entender, aun esta opción legislativa debe considerar -especialmente en un delito medioambiental-, la constatación de la verificación *ex post* de la idoneidad lesiva del resultado de la acción contaminante para afectar gravemente el bien jurídico.

Las decisiones en torno a qué elementos incluir en el tipo, y luego cómo describir la conducta -y sus efectos-, también implican la adopción de posiciones dogmáticas y político-

fosfatos, sólidos en suspensión y cloro [efecto material del agua contaminada constatado ex post] que resultaban idóneos para erigirse en causa de la mortandad de peces [idoneidad lesiva para el equilibrio del sistema natural del que formaba parte –verificado también ex post] que, además, efectivamente se ocasionó”. Como se observa, aunque se afirma que desde la perspectiva *ex ante* la conducta resultaba idónea para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, el juicio de pronóstico no se efectúa desde tal perspectiva, sino que se recurre al prisma *ex post*, valorando los resultados de contaminación que arrojaron las pruebas realizadas en las aguas del arroyo, para, a partir de ellos, afirmar la aptitud lesiva de la conducta.

Por el contrario, en la STS 1828/2002, de 25 de octubre, ponente Julián Sánchez Melgar, FJ 1, se sostiene justamente lo contrario de lo aquí afirmado, a saber, que la interpretación del delito como de idoneidad, se traduce en una mayor eficacia en la protección del medio ambiente, especialmente en los supuestos de contaminación más graves, en los que resulta difícil, si no imposible, identificar con la certeza que requiere el proceso penal el origen de la contaminación cuando se trata de zonas sometidas a una intensa agresión. A mi entender, la acción más desvalorada por el Derecho penal –y en ese sentido la más grave– debiera ser aquella que individualmente considerada o por su reiteración produce una afectación de mayor envergadura al bien jurídico tutelado, y no como se señala en la sentencia, aquella o aquellas que han producido un resultado físico de mayor extensión o intensidad que puede o no resultar imputable a un mismo agente.

criminales, y aunque muchas de ellas han sido esbozadas en los capítulos previos, su puntualización impondrá nuevos cuestionamientos, los que darán cuerpo a este apartado.

La primera definición que buscaremos en este apartado será la relacionada con los objetos materiales que debiese incluir el tipo. Luego, se discurrirá sobre el rol que puede jugar la infracción de la normativa (o resolución) administrativa que rige el ámbito en cuestión, en especial, si éste puede constituir el límite del riesgo permitido. Después, expondremos los argumentos para justificar la opción de la remisión a la infracción normativa o al acto administrativo, y, en todo caso, si ésta debiera realizarse genéricamente, señalando taxativamente cada una de las resoluciones o actos administrativos que constituyen presupuesto de la infracción; para finalmente, analizar el problema del *Non bis in ídem*.

Concluido este punto, se intentará definir las ventajas y desventajas pragmáticas, así como las consecuencias dogmáticas que acarrearía la descripción de la conducta de modo general como “El que contamina”, y si ésta respetaría el principio de legalidad, o si resulta necesaria su descripción mediante la enumeración y/o combinación de cada una de las posibles acciones contaminantes.

A continuación, avanzaremos sobre el tipo subjetivo, la posibilidad y presupuestos de la comisión imprudente, para luego, volver sobre el resultado de contaminación, su vinculación causal y de imputación objetiva con la conducta; y finalmente, resumiremos la posición ya formulada en relación al resultado jurídico que debiera exigirse del tipo.

Todo lo anterior, se realizará, de nuevo, echando un vistazo a las descripciones típicas que han existido en España, las lecturas que la jurisprudencia ha realizado sobre ellas -en particular del art. 325 y su predecesor-, las propuestas de los anteproyectos de CP en Chile, y algunas alternativas que encontramos en otros códigos del ámbito europeo y latinoamericano, recurriendo, en todo caso, a las definiciones ecológicas y jurídico-penales que hemos alcanzado hasta aquí.

2. La infracción de la norma extrapenal

2.1. Introducción

Considero adecuado iniciar este apartado reiterando que, desde la perspectiva asumida en esta investigación, el medio ambiente que sirve de referente al derecho administrativo y al Derecho Penal son disímiles. En primer término, porque el referente del bien jurídico administrativo será un medio ambiente inclusivo, cuyo contenido será cercano al de hábitat humano, e incluirá valoraciones como la calidad de vida, de las que el medio ambiente penal carece, porque sus límites están sólo definidos a partir de los elementos naturales, la biota, y sus propias necesidades de protección.

Así las cosas, si el fundamento de incriminación de conductas penales y administrativas (salvo las meramente regulativas) debe tener como correlato la existencia de un interés socialmente valorado -un bien jurídico-³⁵⁴, el bien jurídico administrativo “medioambiental” que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo pretenden tutelar son distintos, porque el radio de tutela del “medio ambiente administrativo” es mucho más cercano al constitucional, abarcando un conjunto más extenso -pero menos intenso- de conductas desvaliosas.

Por otro lado, el bien jurídico administrativo medioambiental tiene un necesario cariz socio-económico -el de la sustentabilidad-, porque se ubica en el seno de una regulación sectorial, cuya razón de ser es la ponderación de dos intereses en conflicto, por un lado, la irrenunciable protección de los recursos naturales y su preservación para ésta y las futuras generaciones y, por otro, el también necesario desarrollo de actividades productivas, por eso dijimos que el bien jurídico referido a los ecosistemas sería *el equilibrio sostenible de los sistemas naturales*.

En tal medida, aunque resulte obvio, no sobra indicar que en el momento de la incriminación, el Derecho administrativo sancionador se legitimaría en cuanto tutelase bienes jurídicos administrativos de acuerdo a sus principios (como el de precaución), y el Derecho penal sólo en la medida en que tendiese a proteger bienes jurídico-penales en concordancia con los suyos. Por tal motivo, como ambos campos de acción se superponen respecto a los ecosistemas, puede existir cierta simetría al momento de la incriminación de

³⁵⁴ Porque como afirma CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, T. I, Introducción*, 6º ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 54, “el legislador no establece sus mandatos y prohibiciones, como dice Welzel, para ejercitar la obediencia de los ciudadanos, sino para crear un estado o situación valioso o impedir la producción de un daño”.

las conductas (porque los conjuntos poseen puntos de intersección), pero ello no puede replicarse al momento de sancionar, porque en esta etapa el Derecho penal siempre deberá exigir, junto con la antijuridicidad formal de la conducta (que incluirá la infracción de una norma administrativa) y la creación de un riesgo relevante para el bien jurídico, su afectación, reclamo del que el Derecho administrativo prescinde, porque para su contravención y sanción, bastará la constatación de la ejecución de la conducta proscrita.

En esta comprensión, la inclusión de la infracción de la norma administrativa en la descripción del tipo base medioambiental se justifica a efectos de coherencia interna y para respetar el principio de *ultima ratio*, pero se entiende que la remisión no es a cualquier norma administrativa, sino a una que esté dirigida a la tutela del bien jurídico penal medioambiental equilibrio de los sistemas naturales³⁵⁵.

Finalmente, considero que en esta materia, para establecer la adecuada ecuación entre Derecho Penal y Derecho Administrativo, resultará imprescindible tener en cuenta los disímiles modelos de Estado, nivel de concienciación ecológica, y características del sistema administrativo medioambiental, que rigen en los distintos países, porque a mi entender, de estos factores también dependerá si un tipo de delito medio ambiental base precisa del elemento de infracción de norma (o autorización) administrativa. Es cierto que en muchos países, entre ellos España, los tipos en la materia se han estructurado de esta forma³⁵⁶, pero hay algunos códigos penales en los que se ha prescindido de ella³⁵⁷.

A efectos de encontrar la mejor forma de interrelación entre el Derecho penal y el Derecho ambiental, realizaremos primero una breve enunciación de los distintos modelos,

³⁵⁵ En un sentido similar, FUENTES OSORIO, JUAN, “Accesoriedad administrativa y Delito Ecológico”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente* (Pérez Alonso, Coord.; Arana García/Pérez Alonso/Mercado Pacheco/Serrano Moreno/Fuentes Osorio, Edits.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, en www.tirantonline.com, TOL 2.672.042, p. 13, afirma que “el problema no se halla en la asociación del derecho penal con el derecho administrativo sino en su desconexión con el derecho administrativo material. Se debe condicionar la activación de la intervención penal a la presencia de una conducta que vulnera la normativa administrativa de carácter material, en cuanto que supera los límites del riesgo permitido marcados administrativamente para el medio ambiente”.

³⁵⁶ Así, por ejemplo, el art. 332 del CP Colombiano sanciona como delito de contaminación ambiental “El que con incumplimiento de la normatividad existente, provoque, contamine o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, (...)”. A su turno el COIP de Ecuador, describe de forma separada la contaminación del agua, el suelo y el aire, en sus arts. 251, 252 y 253, respectivamente, enunciando en los dos primeros que se sanciona a “La persona que contraviniendo la normativa vigente (...)”, en tanto que en la última disposición se pena a “La persona que, contraviniendo la normativa vigente o por no adoptar las medidas exigidas en las normas (...)”

³⁵⁷ Por ejemplo, el CP italiano, que en el art. 452 Bis sanciona por el delito de contaminación ambiental, “chiunque abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili: 1) delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo; 2) di un ecosistema, della biodiversita', anche agraria, della flora o della fauna”.

así como de las críticas y fortalezas que a cada uno se ha atribuido, para luego, revisar la alternativa española y, finalmente, decantarnos por uno de ellos. Luego, aunque no hayamos descartado la opción de la autonomía penal, habremos de tomar posición respecto a las características de la remisión, y establecer si habría de preferirse un modelo de accesoriedad de acto, de derecho, o mixto, esto es, si debiese formar parte del tipo penal una decisión de una autoridad administrativa, una o más normas administrativas -como se establece en el art. 325 del CPE-, o si debiera incluirse tanto las disposiciones legales o reglamentarias como las autorizaciones otorgadas en virtud de ellas³⁵⁹, como se estaría optando en el ACPCH de 2018³⁶⁰.

En el camino, abordaremos ciertos aspectos problemáticos de la accesoriedad administrativa de Derecho que dicen relación con su incorporación por la vía de la ley penal en blanco, y de la de acto, refiriéndonos a las autorizaciones administrativas; y luego, los que surgen en ambos tipos de accesoriedad -normativa y de acto-, en relación con el riesgo permitido en materia penal, y el principio *non bis in ídem*.

2.2. La norma extrapenal del art. 325 CPE

Antes de entrar en los posibles modelos de relación entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo, conviene precisar que la fórmula utilizada en España para la remisión –que junto a las leyes incluye “*otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*”-, planteó desde sus inicios diversas interrogantes por el alcance que podría darse a dicha expresión, en primer término, porque se trataba de disposiciones que no podrían encuadrarse en el concepto de leyes, a pesar de que según la CE, las normas penales debiesen ser dictadas sólo mediante leyes orgánicas³⁶¹. Además, resultará preciso

³⁵⁹ El art. 278 del CP portugués sanciona como Daño a la Naturaleza, “Quem, não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições: a) Eliminar, destruir ou capturar (...)”.

³⁶⁰ Lo señalo condicionalmente, porque la redacción del art. 485, no aclara suficientemente el punto, pues, como se expuso, está redactada como el que “contraviniendo una norma de emisión o de calidad ambiental incumpliendo las medidas establecidas en un plan de prevención, (...) incumpliendo una resolución de calificación ambiental”. Como se observa, no resulta claro, si lo que se pretende -como pareciera, a falta de una coma que separe “la infracción de las normas de emisión o de calidad ambiental” de las sucesivas infracciones de resoluciones ambientales que luego se indica-, si sus redactores pretendieron realizar una conjunción, exigiendo el cumplimiento de ambos presupuestos, vale decir, de la infracción a la normativa y a la autorización, o si es un problema de técnica legislativa y se pretende que sean hipótesis diversas.

³⁶¹ MATELLANES RODRÍGUEZ, *Derecho Penal del medio ambiente*, pp. 67-68, basa esta posición en dos argumentos, uno político-democrático, porque “Sólo mediante la elaboración parlamentaria de todos los elementos por la ley penal se permite institucionalmente la participación de las minorías en el control y elaboración de la ley y se alcanza plenamente el carácter de garantía que representa la ley orgánica”. El segundo, de texto constitucional, a partir de una interpretación material del art. 81.1, según la cual dicha norma

definir, si entre ellas son admitidas leyes ordinarias, autonómicas, locales, y comunitarias
362.

Tras los pronunciamientos del TCE en la materia, se ha logrado cierto consenso en términos que, cuando menos, podrían incluirse disposiciones de rango superior, como las Directivas y Reglamentos de la Unión Europea; e inferiores, como Órdenes Ministeriales, Decretos y Ordenes emanadas de la Administración Central, de las autoridades administrativas autonómicas y de las locales³⁶³.

Como es un tema que por su vastedad resulta imposible de desarrollar en este trabajo, sólo se realizará una breve enunciación sobre algunas materias en las que la doctrina española ha estado mayoritariamente de acuerdo como, por ejemplo, que existiría fundamento constitucional para incluir entre las disposiciones de carácter general a las dictadas por las Administraciones Autonómicas, porque si bien, conforme establece el art.149.1.23^a CE, el Estado posee competencia exclusiva para dictar la legislación básica para la protección del medio ambiente³⁶⁴, en la disposición del art. 148.1.9.^a, se establece

“debe entenderse en el sentido de que define cuáles son las materias que únicamente pueden adoptar la forma de ley orgánica y no otra”, situando la materia penal entre ellas, por lo que no podría utilizarse una ley ordinaria de Cortes para regularla, ni menos, “normas que ni siquiera tienen la forma, sino sólo el rango de ley: los decretos-legislativos y los decretos-leyes”. Además, del art. 82.1 que de modo negativo impide que las Cortes Generales realicen una delegación legislativa en materias de ley orgánica; y finalmente, el uso del decreto-ley estaría vedado por el artículo 86, que excluye la utilización de dicha herramienta respecto de las materias reguladas en el Título I de la Carta fundamental -“De los derechos y deberes fundamentales”-, por ser la penal una de ellas.

³⁶² Para SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 81. En primer término, había que despejar que, cuando el art. 325 alude a disposiciones generales, debía entenderse aquellas dirigidas a un grupo de población y no a un destinatario en particular “constituyendo ello una fórmula para reafirmar la accesoriedad de norma y no de acto”. En sentido opuesto, SERRANO GÓMEZ, ALFONSO/SERRANO MAÍLLO, ALFONSO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14^a ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 650, afirma que “disposiciones de carácter general”, “se refiere al ámbito territorial de tales normas y no a su contenido material -que puede ser especial o específico para la protección del medio ambiente. El ámbito espacial de tales normas -así como el de sus destinatarios-, ha de abarcar dimensiones nacionales o, en su caso, de una Comunidad Autónoma”.

³⁶³ En estos términos -aunque con varios matices y presupuestos, que no podrán ser íntegramente abarcados en este trabajo-, entre otros, GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales...*, pp. 141-149, asevera que pueden servir de complementos las Directivas y Reglamentos de la UE, las normas estatales, las comunitarias, y las locales; DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, “Derecho Penal del medio ambiente”, en *Tratado de Derecho Ambiental* (Ortega Álvarez/Alonso García, Dirs.; De Vicente Martínez, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 293; HAVA GARCÍA, ESTHER, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Derecho Penal Español Parte Especial (II)*, (Álvarez García, Dir.; Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel. Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1037; MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 73. A su vez, DE MIGUEL PERALES, *Derecho español del medio...*, p. 466, precisa que formarían parte de estas disposiciones de carácter general, “reales decretos y, también como regla general, las órdenes ministeriales (incluyendo, en ambos casos sus equivalentes autonómicos), siempre que, por supuesto, se dicten por el órgano competente. También entiendo que deben incluirse aquí las ordenanzas urbanísticas y los planes generales de ordenación urbanas, como los reglamentos de la Unión Europea”.

³⁶⁴ Art. 149.1. CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 23.^a Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas

expresamente que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en la gestión en materia de protección del medio ambiente, dictando disposiciones generales en materia medio ambiental, que podrían servir de complemento a la disposición penal, sobre la que conforme al artículo 149.1.6ª, el Estado sí posee competencia exclusiva.

En otros términos, aunque *prima facie* la aceptación de normas complementarias autonómicas y locales en el tipo penal podría entenderse una vulneración del principio de igualdad, porque una misma conducta puede o no ser constitutiva de infracción administrativa y eventualmente penal, dependiendo de la comunidad en la que se ejecute³⁶⁵, lo cierto es que aquello ha sido entendido mayoritariamente como una consecuencia inevitable del modelo de Estado de España, y sólo admisible, en la medida en que éstas se entiendan únicamente como piso mínimo a partir del cual la conducta podría poseer relevancia penal.

Luego, en relación a las Directivas y Reglamentos Comunitarios, puede indicarse que estos últimos, se aplican directamente en los Estados miembros sin necesidad de ser incorporados al Derecho nacional, adquiriendo eficacia integradora desde su publicación, mientras que “*una Directiva no puede producir el efecto, por sí misma y con independencia de una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, de determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes infringen sus disposiciones (sentencia de 11 de junio de 1987, Pretore di Saló, 14/86, Rec. p. 2545)*”³⁶⁶.

de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.”

³⁶⁵ CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, “Incidencias de la reforma penal de 2010 en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, (Álvarez García/Cobos Gómez de Linares/Gómez Pavón/Manjón-Cabeza Olmeda, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, en www.tirantonline, TOL 2.716.017, p. 2.

³⁶⁶ Sobre el particular, HAVA GARCÍA, “*Delitos contra los recursos naturales...*”, pp. 1037-1038. En los mismos términos, GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales...*, pp. 142-143, resume que las Directivas no transpuestas “solo pueden tener eficacia a favor del ciudadano y, por tanto, cuando sirvan para restringir tipo, pero no se le reconocería dicha eficacia para ampliar el tipo o agravar la responsabilidad penal”. Ahondando en la cuestión, MATELLANES RODRÍGUEZ, *Derecho Penal del medio ambiente*, p. 108, explica que en materia medioambiental, se acepta que “las directivas sobre esta materia tienen efecto directo cuando en sus preceptos los caracteres de precisión e incondicionalidad se concretan en los siguientes extremos: a) fijando valores límites, valores máximos o concentraciones de sustancias en un medio ambiental o en otra sustancia o producto; b) prohibiendo determinadas actividades o la utilización de determinados productos, y c) estableciendo que las personas o grupos de población afectados deben ser informados u oídos”, esto es, en la medida que la Directiva atenúe o elimine la responsabilidad del particular, porque, por el contrario, “una directiva que redunda en una elevación de los niveles de responsabilidad penal, sería más conveniente mantener su rechazo, debido a que aceptar su integración en la determinación de lo penalmente prohibido equivaldría a admitir que el Estado, pese a haber incumplido su obligación de trasponer, se vale de su no hacer para incriminar a un particular al que una directiva nunca obliga”. En la misma línea, SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 82.

2.3 Modelos de interacción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo

En una drástica simplificación, se dirá primero que la relación entre el Derecho administrativo y el penal puede ser (1) absoluta, dando cuenta de una total igualación del contenido de injusto penal y administrativo; (2) puede existir una completa autonomía del Derecho Penal -que prescinde de la remisión a normas de otro rango e incluso de conceptos administrativos-; y finalmente, entre ambos puntos, encontramos (3) un continuo de modelos que utilizan algún grado de accesoriedad administrativa.

2.3.1 Autonomía de la norma penal

Como recién indicaba, en este modelo todo el injusto debiese estar contenido en la descripción penal, sin referencia alguna a normas, criterios o conceptos administrativos. Se incluye este modelo -a pesar de poseer pocos adeptos en España³⁶⁸-, porque permitiría superar ciertas debilidades de un modelo de accesoriedad, que aun siendo limitada o relativa podría permitir por la vía de una norma administrativa (de rango inferior al legal), o de una norma administrativa y posterior autorización administrativa amparada en ella, que poder propio del legislador penal (y también de los tribunales de esta especialidad) quedase en manos del ejecutivo -lo que directamente contravendría el mandato constitucional de reserva de ley (orgánica) en materia penal³⁶⁹.

Se afirma que este modelo permitiría salvar el problema de la imposibilidad de sancionar penalmente, por infracción al principio de legalidad, conductas que generando el resultado jurídico típico no se encuadran en alguna contravención de texto legal o reglamentario³⁷⁰; y además, que se lograría evitar el gran problema de la accesoriedad de acto, derivado de que las decisiones de la Administración se adoptan en muchas ocasiones, en contextos de presión, o derecha connivencia con los intereses particulares³⁷¹.

³⁶⁸ DE LA CUESTA AGUADO, PAZ, "Propuestas para una revisión del delito de tráfico de materiales nucleares y fuentes radioactivas", en *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, (Álvarez García/Cobos Gómez de Linares/Gómez Pavón/ Manjón-Cabeza Olmeda, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, en www.tirantonline.com, TOL 2.716.017, p. 12, se decanta en este sentido respecto a la seguridad nuclear, al señalar que "debería reservarse a la Jurisdicción penal el control sobre las conductas que superen de forma significativa el riesgo permitido y afecten a este nuevo bien jurídico protegido que hemos «re-enunciado» como seguridad nuclear, sin que los intereses económicos o criterios sociales puedan servir en absoluto para evitar la imposición de una pena o de la exigencia de responsabilidad civil derivada de delito"

³⁶⁹ Defendiendo la reserva absoluta de ley orgánica en materia penal, entre otros, MATELLANES RODRÍGUEZ, *Derecho penal del medio ambiente*, pp. 65-68; CARBONELL MATEU, *Derecho Penal...*, p. 118, aunque dejando abierta la puerta a excepcionar esta reserva cuando el delito no contemple penas privativas de libertad.

³⁷⁰ DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal de ambiente...*, pp. 65-66.

³⁷¹ PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL, "El Derecho Penal Español del medio ambiente: Una evaluación crítica", en *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, (Álvarez García/Cobos Gómez De Linares/Gómez Pavón/ Manjón-Cabeza Olmeda/Martínez Guerra, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia,

A pesar de sus virtudes, las críticas materiales a este modelo no son pocas. En primer término, porque la tutela penal, en cuanto *ultima ratio*, debiera aceptar la actuación del derecho administrativo en primera línea, adoptando un carácter auxiliar y secundario³⁷², no sólo porque la gravedad de las sanciones así lo demanden, sino porque, además, desde la perspectiva de la eficacia, la normativa penal no resultaría conciliable con la inexorable mutación de los riesgos, que un Estado debiese intentar controlar en favor de sus ciudadanos³⁷³.

Se advierte, además, que aunque el tipo penal no previese una remisión expresa a la normativa administrativa, subsistiría de todos modos una inevitable relación con ella, tanto por las exigencias del principio de legalidad y de taxatividad, como por la coherencia mínima que el sistema demanda, porque, la conducta autorizada administrativamente -salvo ilícita o defectuosamente-, como sostiene la doctrina, podría dar lugar a un error de tipo, o incluso a una causa de justificación, como el ejercicio legítimo de un derecho³⁷⁴.

2013, en www.tirantonline.com TOL 2.716.019, p.11. Este modelo resulta particularmente atractivo, para sociedades como la chilena, en la que la ciudadanía posee una -muchas veces justificada- desconfianza de la autoridad administrativa, y el sistema ambiental se basa precisamente en decisiones de la Administración -que otorga o no determinadas calificaciones a los proyectos con incidencia medioambiental-.

³⁷² DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal de ambiente...*, p. 67; En este último sentido, FUENTES OSORIO, "Accesoriedad administrativa...", p. 3, afirma que "La intervención penal, para actuar con mayor eficacia y sin crear situaciones contradictorias (sancionando lo que está permitido en otra rama del ordenamiento jurídico), se tiene que coordinar con el resto de los mecanismos legales de tutela ya existentes y, especialmente en el ámbito medioambiental, con los previstos por el derecho administrativo, [porque en este último] se establecen los márgenes de uso racional de los recursos (relación entre libertad económica y conservación del medio ambiente) y los límites tolerados de desarrollo de acciones sitas en *ámbitos de riesgo*".

³⁷³ PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL, "La accesoriedad administrativa de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales" en *Estudios de Derecho Ambiental. Libro en Homenaje al Profesor Josep Miquel Prats Canut* (Quintero Olivares/Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 623, precisando las características que harían adecuada la accesoriedad en este ámbito, afirma, que además por el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, "que obligaría a condicionar su intervención a la ilicitud administrativa cuando haya normativa administrativa aplicable (...); por la complejidad extraordinaria que poseerían las materias propias del «nuevo Derecho Penal», que obligaría a recurrir a una integración de los tipos penales mediante la remisión a normas administrativas, e incluso a actos administrativos, so pena de convertir los tipos penales en cláusulas vagas (por falta de precisión técnica) o plagadas de lagunas de punición (si se pretendiese preservar la precisión); (...) por la necesidad de otorgar un tratamiento flexible a los conflictos sociales; (...) y, por último, por la necesidad de preservar la unidad del Ordenamiento jurídico y de evitar reacciones contrapuestas en distintos sectores del mismo". En los mismos términos, ya hace casi veinte años, PRATS CANUT/ MARQUES I BANQUÉ/ MORÁN MORA, *Derecho Penal Ambiental...*, p. 85.

³⁷⁴ FUENTES OSORIO, "Accesoriedad administrativa...", p. 2, se pronuncia en este sentido, aunque agrega que también podría tener cabida delimitando el riesgo permitido, lo que aquí no se comparte.

2.3.2 Accesoriedad absoluta

En el otro extremo, encontramos los modelos en que se da completa subordinación del Derecho Penal al Derecho Administrativo, porque los tipos se construyen como leyes penales en blanco, que se remiten directamente a normas administrativas.³⁷⁵ Naturalmente, este modelo, en que se iguala completamente el contenido de injusto penal y administrativo, o en otros términos, en que lo que se castiga es el incumplimiento de la norma o decisión administrativa, no tiene cabida en el contexto de esta investigación, porque, como se ha insistido, medio ambiente penal y medio ambiente administrativo constituyen conjuntos que se intersecan, pero nunca se igualan ni cualitativa ni cuantitativamente.

Como se ha esbozado y se expondrá luego, tanto la redacción del articulado medioambiental del ACPCH 2018, como la del CPE tras la LO 1/2015 resultan criticables en este aspecto, porque en las primeras (art. 485 ACPCH 2018), se establece como tipo base -De “*Contaminación Ambiental*” la infracción de normas y/o resoluciones administrativas, más el mero vertido, liberación o depósito de sustancias contaminantes en el agua, aire o suelo; y luego (art. 486), como *Casos Menos graves*”, se indica que constituirá una atenuante calificada o muy calificada los casos en los que el hechor contare con autorización administrativa, y “1° *la cantidad vertida, liberada o extraída en exceso no superare en forma considerable el límite permitido, atendidas las características de la sustancia y la condición del medio ambiente que pudieren verse afectados por el exceso; 2° la infracción se hubiere prolongado solo por un breve lapsó, atendidas las características de la sustancia y la condición del medio ambiente que pudieren verse afectados por el exceso ...*”. Así las cosas, ¿Cómo podría diferenciarse el tipo privilegiado de la infracción a autorización administrativa, si el vertido o liberación de una cantidad que no supera considerablemente el límite administrativo ya es constitutivo de delito?

A su vez, en el art. 325.1 CPE, se sanciona al que con infracción de norma administrativa protectora del medio ambiente, realice emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, etc., que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas. *Prima facie* podría afirmarse que tampoco existe en este caso, ninguna línea divisoria entre injusto penal y administrativo, porque la sustancialidad del daño o la gravedad de la contaminación es una medida que sin otra referencia tampoco aporta en este sentido³⁷⁶.

³⁷⁵ BRANDARIZ GARCÍA, ÁNGEL, “Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial*, (Faraldo Cabana, Dir.; Puente Aba, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, 2011, p. 94, las define como aquellas en que se da “la subordinación absoluta del Derecho penal respecto de la normativa o la actuación de la Administración, ya que los tipos penales, que se diseñan como normas completamente en blanco, sancionan la simple violación de disposiciones o directrices administrativas”.

³⁷⁶ Sin embargo, como se analizará más abajo, una interpretación sistemática interna del tipo permite superar esta primera lectura.

2.3.3 Accesoriedad administrativa limitada

La mayor parte de la dogmática y de los ordenamientos jurídicos se ha decantado por este modelo³⁷⁷, porque aparece como la técnica más adecuada para abordar la vinculación entre Derecho penal y Derecho administrativo. El punto en cuestión para el Derecho penal será definir qué lugar ocupa en el tipo el ordenamiento administrativo, y a qué parte de él se recurre, esto es, si se incorpora al tipo mediante una norma o un acto administrativo, distinguiéndose entonces, mayoritariamente³⁷⁸, entre (a) la accesoriedad de Derecho, que se asocia a la utilización de leyes penales en blanco, y (b) la accesoriedad de acto, en la que la relevancia penal dependerá de la violación (o existencia) de una autorización de la Administración³⁷⁹.

a) Accesoriedad de Derecho

Tanto en el actual tipo básico medioambiental del art. 325 CPE, como en el previo a la entrada en vigencia de la LO 1/2015, el legislador español optó por un sistema de accesoriedad administrativa expresa y dinámica, que utilizando la expresión “*contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente (...)*”, efectuó una remisión genérica a la normativa administrativa protectora del medio ambiente, vale decir, mediante una ley penal en blanco, se dio cabida a normativa de rango distinto al legal (orgánico).

Tras los pronunciamientos del TCE en la materia, se ha logrado cierto consenso respecto a que las leyes penales en blanco se ajustan a los requisitos constitucionales, y dan cabida “*a disposiciones de rango superior (Directivas y Reglamentos de la Unión Europea (SSTS. 29.9.2001, 23.10.2992, 24.2.2003), como inferior (Ordenes Ministeriales, Decretos y Ordenes emanadas tanto de la Administración Central como de las autoridades*

³⁷⁷ Según indican autores que se han dedicado al estudio de otras materias reguladas originalmente sólo por el Derecho administrativo, como por ejemplo, BRANDARIZ GARCÍA, “Relaciones entre el Derecho Penal...”, p. 94, “el modelo al que parecen tender los diferentes Ordenamientos jurídico-penales en la materia es el de accesoriedad limitada”.

³⁷⁸ DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal de ambiente...*, p. 81, agrega como tercera opción de accesoriedad relativa, la conceptual, que caracteriza por la inclusión en el tipo penal de conceptos propios del derecho administrativo ambiental.

³⁷⁹ En este sentido, DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal de ambiente...*, p. 77; BRANDARIZ GARCÍA, “Relaciones entre el Derecho Penal...”, p. 101; y TIEDEMANN, *Derecho Penal y nuevas formas...*, pp. 300-301. Este último autor estima que para incorporar la autorización a nivel de tipo o de causa de justificación, debiera realizarse una diferenciación basada en la peligrosidad-utilidad de la actividad. Así, señala que en la “«prohibición represiva con reserva de liberación» se ve una conducta como perjudicial en lo fundamental; sin embargo, se prevé la facultad de conceder una dispensa bajo determinadas condiciones”, la dispensa debiera ser tratada en este caso como una causa de justificación. Por otro lado, agrega, “puede ser también que una conducta sea, por un lado, adecuada socialmente (y por regla general también útil) según una valoración del Derecho administrativo; y, por otro lado, esté vinculada con peligros considerables. En este caso, la conducta es prohibida por el Derecho administrativo solamente con la finalidad de controlar los peligros; se presenta una así llamada «prohibición preventiva con reserva de permisión»”, por lo que la infracción administrativa -formal o material- habría de formar parte del tipo penal.

*Administrativas autonómicas y locales*³⁸⁰”. En su implementación, según la misma jurisprudencia, es aplicable el principio de jerarquía, de forma que la normativa autonómica y local estará supeditada a la estatal (así como la estatal a la comunitaria), por lo que de pleno derecho, serán nulas las disposiciones (y actos) que vulneren la Constitución, las leyes u otras Disposiciones Administrativas de rango superior.

Lo anterior, precisa asumir, entonces, que para el Derecho penal, las leyes penales en blanco (LPB)³⁸¹, y las órdenes de la Administración, constituyen males necesarios, que encuentran su justificación en una sociedad tecnologizada como la actual, porque al Derecho penal le resultaría casi imposible detallar todos los aspectos técnicos de cada ciencia o arte y que, en todo caso, de intentar aquella descripción para incorporar al tipo toda la materia de la prohibición, indudablemente, ésta sería prontamente superada por nuevos conocimientos, quedando obsoleta porque ya no se precisaría tal o cual proscripción -pecando por exceso-, o porque aparecen nuevos riesgos que generan resultados (potencialmente) más lesivos que los incorporadas en el tipo, y que no eran previsibles al momento de dictar la norma penal, creándose importantes lagunas de punibilidad³⁸².

Las LPB suelen asociarse a bienes jurídicos de nuevo cuño -como el tráfico de drogas, el medio ambiente, o el urbanismo- y, en principio fueron considerados una muestra más de la ausencia de garantismo propio de nuestros tiempos, pero que, progresivamente, ha adquirido legitimidad³⁸³, porque se ha asumido la valoración social de aquellos intereses, y su necesaria vinculación con la técnica, pues permite adecuarse mejor a su evolución.

A mi entender, los problemas no se generan por la existencia de las LPB, sino por su aplicación conjunta con delitos de peligro abstracto y, fundamentalmente, como se verá, porque se considera la norma extrapenal como criterio para definir el riesgo permitido,

³⁸⁰ FJ 19º, STS 81/ 2008, de 13 de febrero, pnte. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

³⁸¹ Para una sencilla explicación sobre las diversas clasificaciones que pueden presentar las remisiones normativas en leyes penales, véase, DOVAL PAIS, ANTONIO, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp.79-93. Según CURY URZÚA, ENRIQUE, *La ley penal en Blanco*, Ed. Temis, Bogotá, 1988, p. 25, su “hallazgo” pertenecería a Binding, que las habría visto sobre todo como reenvíos efectuados por leyes federales a leyes de los Estados.

³⁸² DOVAL PAÍS, *Posibilidades y límites...*, p.109, añade que se trataría de “materias que, por su dinamismo, por su dependencia de los cambios, requieren que su regulación jurídico-penal prevea un mecanismo capaz de actualizarla de forma acompasada a las nuevas situaciones normativas (por lo que se refiere a las alteraciones que supondrían para los objetos protegidos) y fácticas (por lo que hace a las de las nuevas situaciones de ataque para los bienes jurídicos)”.

³⁸³ Dando cuenta de esta evolución, aunque desde una perspectiva antropocéntrica, SANTANA VEGA, DULCE MARÍA, *El concepto de ley penal en blanco*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 18-20, puntualiza que actualmente, se asume como un “instrumento técnico necesario para superar el nivel del Derecho penal de corte exclusivamente liberal, nucleado en torno a bienes jurídico-penales individuales (...) o cuando no, incluso, para la protección de la versión “evolucionada” de los tradicionales y clásicos bienes jurídicos individuales: piénsese en los delitos relativos a la manipulación genética”.

porque en tal caso, incluso disposiciones locales, carentes de legitimidad democrática, podrían definir un tipo penal.

Incluso más, a mayor complejidad del ámbito a regular, mayor será el conocimiento técnico que no es acervo de la ley ni de las Administraciones autonómicas o locales, sino de técnicos con mucha especialización en el área, a partir de la cual, las autoridades fijan determinados valores límites. Serán ellos quienes fijarán, en definitiva, las normas técnicas, lo que indudablemente implica una vulneración del principio de legalidad y atenta contra la seguridad jurídica, transformándose en una consecuencia hasta ahora inabordable de la complejización y especificidad de cada materia. De hecho, como afirma ESTEVE PARDO, las leyes que regulan las materias más complejas “*se han ido vaciando de referencias materiales y determinaciones técnicas sobre lo que en cada caso resulta tolerable; también los reglamentos se muestran incapaces de ofrecer referencias mínimamente precisas en los muy diversos sectores con incidencia ambiental, envueltos muchos de ellos en una complejidad técnica muy específica*”³⁸⁴.

Y el principal problema de este tipo de accesoriedad y de las citadas normas técnicas, es la comprensión de que la norma extrapenal fijará el ámbito de riesgo permitido³⁸⁵, porque como hace el autor, habría que admitir que las leyes administrativas se han ido convirtiendo cada vez más en “*puras normas procedimentales sin contenido material que, a su vez, se remiten a normas de carácter técnico. Estas normas técnicas son la que, precisamente, contienen las referencias materiales necesarias para determinar el riesgo permitido de una tecnología, actividad, proceso, etc. con incidencia medioambiental*”³⁸⁶. Y si agregamos que estas normas, son dictadas por especialistas, que frecuentemente son parte de las empresas a las cuales luego debe exigirse su cumplimiento, nos encontramos con que, en realidad, en ámbitos de mucha especialización existe de facto una autorregulación, que no puede determinar las decisiones en materia penal.

Como sea, en un sentido amplio, las leyes penales en blanco pueden caracterizarse como normas penales incompletas, en que parte de la descripción típica es fijada por una norma diversa, de la misma o menor jerarquía³⁸⁷. Un punto particularmente cuestionado por la Doctrina es la constitucionalidad de las LPB propias³⁸⁸, en las que la norma remite a una

³⁸⁴ ESTEVE PARDO, *Derecho del Medio Ambiente*, pp. 127-128. El autor caracteriza las normas técnicas como aquellas “elaboradas por organizaciones privadas que agrupan a colectivos profesionales e industriales y que convienen en la fijación de unas referencias técnicas comunes en lo relativo sobre todo a la seguridad de productos, instalaciones y procedimientos industriales”.

³⁸⁵ ESTEVE PARDO, *Derecho del Medio Ambiente*, p. 128, asevera que “a las normas inferiores —sean normas reglamentarias o normas técnicas— les habría de corresponder estrictamente, y no es poco, la concreción del detalle singular, el deslinde sobre el terreno del sector y el caso de que se trate, la fijación de la frontera de lo que resulta admisible, la fijación, en definitiva, del riesgo permitido”.

³⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 21.

³⁸⁷ En palabras de CURY URZÚA, *La ley penal en blanco*, p. 38, “aquella que determina la sanción aplicable, describiendo solo parcialmente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica a la que reenvía expresa o tácitamente”.

³⁸⁸ CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Ed. UC, 2005, p. 176, disiente de la opinión marcadamente mayoritaria porque a su juicio, en las llamadas leyes en blanco impropias el *nulla poena* tampoco está completamente a salvo, en especial cuando la disposición complementaria se encuentra en una norma extrapenal, porque a estas últimas “no se exige una determinación rigurosa del hecho que sancionan como la que se espera de las punitivas. Más bien se piensa que técnicamente es deseable acentuar su generalidad, evitando así lagunas en la regulación de la institución respectiva”.

disposición que no tiene rango de ley, por su dudosa conciliación con las garantías derivadas del principio de legalidad, porque a la norma extrapenal no es posible atribuir una función motivadora, porque vulneraría el principio de taxatividad, y como se dijo, resultaría incompatible con la división de poderes propia de un Estado de Derecho³⁸⁹. Por estos motivos, en España y Chile este tipo de normas ha generado dudas en relación a su constitucionalidad, y en ambos casos, la cuestión ha sido zanjada por los tribunales llamados a ello, quienes han establecido bajo qué circunstancias o requisitos, una determinada LPB puede estimarse apegada al texto constitucional³⁹⁰.

El TCE, en la STC 127/1999³⁹¹, describió las LPB como “*normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta*”. Las considera ajustadas a la Carta fundamental, “*siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada*”.

A partir de dicha sentencia -y las que le han sucedido que replican tal fórmula-, la mayoría de los autores ha estimado que la remisión normativa a disposiciones de carácter general -de mayor o inferior rango- no infringen el principio de legalidad, y, sobre todo, que resultan indispensables en áreas que ya están reguladas administrativamente³⁹² por lo que, principalmente, se han ocupado de depurar los casos y circunstancias en que las LPB serían aceptables.

³⁸⁹ SANTANA VEGA, *El concepto de ley penal...*, pp. 22-27. En palabras de CARBONELL MATEU, *Derecho Penal...*, p. 111 “sólo si se satisfacen suficientemente las garantías derivadas del principio de legalidad, esto es, la reserva de ley, la prohibición de analogía, la irretroactividad de la ley penal y el principio non bis in idem, puede considerarse el Derecho penal ajustado a las exigencias de un Estado de Derecho”

³⁹⁰ La CE 1978, en su art. 25.1 establece que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”; en tanto que la CCH de 1980 (Promulgada por la Junta Militar, mediante el decreto N° 1.150, de 1980, del Ministerio del Interior, y que fuere publicada en el D.O. el 24.10.1980), en su art. 19 enuncia que “*La Constitución asegura a todas las personas*”, y el inciso final del número 3 acota “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

³⁹¹ STC 127/1999, de 5 de julio, Ponente Fernando García-Mon y González-Regueral, FJ 3.B.

³⁹² Por el contrario, CÓRDOBA RODA, JUAN. “Consideraciones sobre el principio de legalidad”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, (Jorge Barreiro, Coord.), Ed. Civitas, Madrid, 2005, p. 241, considera que los requisitos establecidos por la doctrina jurisprudencial expuesta “no comportan una propia y real restricción de las normas no penales (...); con dichos requisitos se expresa, en términos generales, una mera y simple retórica”. A pesar de ello, considera legítimo recurrir a las remisiones normativas cuando el bien jurídico así lo requiera, y “la norma no penal aparezca mínimamente concretada”, como sería el caso del medio ambiente.

El TCCH, dictó la primera sentencia en relación a esta materia, con ocasión de un requerimiento formulado por la junta de gobierno para que el Tribunal resolviera sobre cuestiones de constitucionalidad relativas a un proyecto de ley que sancionaba el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes³⁹³. Para resolver la cuestión, el Tribunal recurrió a la historia fidedigna de la Constitución, estableciendo que la disposición elaborada por la Comisión de Estudios que propuso el texto que aprobó el Consejo de Estado, refería que *"Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté completa y expresamente descrita en ella"*, porque según quedó en actas, precisamente se deseaba impedir que reglamentos u otras disposiciones emanadas del Gobierno pudiesen desarrollar la ley penal. Sin embargo, como se lee en la sentencia, *"la H. Junta de Gobierno modificó este precepto eliminando la expresión "completa" y dejándolo en los términos del actual inciso final del N° 3 del artículo 19, que sólo exige que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en la ley. Es evidente que la modificación introducida por la H. Junta de Gobierno tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo aspecto a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales, por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa"*.

En virtud de esta interpretación, el TCCH resolvió que las disposiciones cuestionadas *"cumplen con describir expresamente la conducta que se sanciona en ellos como lo exige el artículo 19, N° 3, inciso final de la Constitución Política de la República y que, en consecuencia, son constitucionales"*³⁹⁴

³⁹³ STCCH de 4 de diciembre de 1984, rol 24, redactor: Enrique Ortuzar Escobar. El requerimiento indicaba que se infringía el principio de legalidad, porque el art. 1 de la ley sancionaba a "Los que, sin contar con la competente autorización, elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas, estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o química capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública (...)" y el inciso segundo rezaba "Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole, que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, el Tribunal podrá rebajar la pena hasta en dos grados". Aunque son innumerables las objeciones que desde la perspectiva de los principios del Derecho Penal podría realizarse a esta norma, en dicha oportunidad, se cuestionó que, en el art. 25 de la misma ley, se consignaba "Un reglamento señalará las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas a que se refieren ambos incisos del artículo 1°". En el citado reglamento, se enumera una extensa lista de sustancias que estarían incluidas en el citado art. 1 de la ley.

³⁹⁴ En esta materia, por su absoluta contradicción con el mínimo contenido exigible del principio de legalidad y el peligro de una comprensión laxa de las LPB, vale la pena referir la STCCH, de 7 de junio de 2007, rol 468-2006, pronunciada por los redactores: José Luis Cea Egaña, Juan Colombo Campbell, Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Votos en contra: Hernán Vodanovic Schnake y Jorge Correa Sutil. Ella fue dictada con ocasión del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de un comandante de ejército, que había sido condenado en primera instancia como autor del cuasidelito de homicidio con resultado múltiple y, en lo que aquí interesa, como autor del delito de incumplimiento de deberes militares (este último previsto en el artículo 299 N°3 del Código de Justicia Militar, CJM), a la pena de 5 años y un día de presidio militar, más las accesorias legales. La disposición citada dispone que "Será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados o con la pérdida del estado militar: 3° El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, dejare de cumplir sus deberes militares". Los hechos, sucintamente referidos, fueron que el comandante de una base de montaña del Sur de Chile ordenó a los soldados a su cargo realizar una caminata en condiciones climáticas muy adversas. La escasa visibilidad, el viento blanco y el frío extremo que se presentaba, derivó en que 45 de los soldados no lograran llegar a la base de destino, muriendo enterrados en la nieve. La defensa del comandante alegó que el citado art. 299 N°3 del Código del CJM, "se erige como una ley penal en blanco, pues en él no se halla completamente descrita la materia de la prohibición tipificada y entrega a otra norma, incluso de rango inferior, cómo son los reglamentos de disciplina, la tarea de complementarla, por lo que resulta forzoso concluir que aquella no se adecua a la garantía constitucional invocada"³⁹⁴.

Aunque de una primera aproximación a ambas normas constitucionales, *prima facie* pudiera aventurarse que la CCH se aviene mejor con el principio de legalidad porque establece literalmente el principio de tipicidad mediante la exigencia de que la conducta debe estar expresamente descrita en la ley; lo cierto es que si se revisa la interpretación que de cada una de estas normas han hecho los Tribunales Constitucionales, habría que concluir que, finalmente, será la interpretación dogmática y jurisprudencial, lo que determine la mayor o menor conformidad de las leyes penales en blanco con el contenido propio del principio de legalidad; porque en tanto el TCE establece como exigencia de constitucionalidad: a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la ley señale la pena y contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c) que mediante la ley complementaria se conozca con certeza el contenido de la prohibición. En Chile, en cambio, sólo se ha exigido como presupuesto de constitucionalidad expreso de las LPB, que la norma penal contenga el núcleo esencial

El Tribunal, tras dar cuenta del estado de la discusión doctrinal nacional respecto al exacto contenido del art. 19 N°3 inciso final CCH -que consagra el principio de legalidad-, en especial por la eliminación de la expresión “completa” de su texto definitivo, afirmó (en relación a la disposición cuestionada) que “Dicho precepto efectivamente no describe completa y expresamente la conducta que sanciona, pues no señala cuáles son los deberes militares cuyo incumplimiento conlleva la pena. Sin embargo, define la esencia de la conducta punible, que es infringir por un militar los deberes que le impone su rango y categoría, complementándose con las contenidas en los artículos 431 y 433 del Código de Justicia Militar”.

En el FJ 9, se reiteró que el núcleo central de la prohibición –el incumplimiento de deberes militares– se encontraba descrito en el art. 299 N°3, por lo que no había vulneración del principio de legalidad, ya que incluso, en el art. 431 del mismo código se establecía que “El Presidente de la República dictará en cada Institución los reglamentos correspondientes sobre los deberes militares, las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar”, y en virtud de tal disposición, se encontraba vigente el Reglamento de Disciplina para la Fuerzas Armadas N°1.445, de fecha 14 de diciembre de 1951, cuyo Capítulo I -integrado por 28 artículos-, se denominaba “De los Deberes Militares”. En la misma línea, en el FJ 10, se aseveró “los “deberes militares” no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, cuyo es el caso del requirente Patricio Cereceda Truan, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de “disciplinadas” que el artículo 101, inciso tercero de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas”. En definitiva, En virtud de los citados fundamentos, el TCCH desestimó el recurso y estimó constitucional el tipo penal del art. 299 N°3 del CJM.

En contraposición con lo razonado por la mayoría del Tribunal, como señaló uno de los votos disidentes, en el citado Reglamento no se hace referencia a concretos “deberes militares”, pues lo que en él se contienen, bajo el acápite “De los Deberes Militares”, son un conjunto de orientaciones, principios y valores propios de la cultura castrense, que aunque podrían fundar una forma de entender el cargo, y eventualmente, responsabilidad en esa área, de ningún modo pueden integrar una norma penal, porque ello importa una flagrante vulneración al principio de legalidad. En este sentido, Jorge Correa Sutil añade que las LPB debían reunir dos presupuestos *sine qua non*, el primero, que el tipo contuviese el núcleo esencial de la conducta, y segundo, que no se tratase de las llamadas leyes penales en blanco abiertas. Añadió que por “la supresión del adjetivo ‘completo’ (del principio de legalidad penal propuesto en el proyecto de la Comisión Ortúzar) no puede entenderse que con ello se autorice a la norma jurídica de jerarquía inferior a la de la ley, alterar, modificar o cambiar la sustancia de la norma legal, sino concretar, precisar, puntualizar la esencia ordenativa contenida en el precepto legal”. Siendo de ese modo, concluyó, la expresión “infracción de deberes” es una expresión vacía, que, de ningún modo describe el núcleo esencial una determinada conducta, por lo que la disposición debió ser estimada inconstitucional.

de la conducta, pudiendo completarse mediante reglamentos los aspectos no esenciales. El problema, será entonces -que como se advirtió precedentemente- “el núcleo esencial de la conducta” puede tener unos límites muy difusos.

En todo caso, creo que la proscripción absoluta de LPB resulta difícilmente conciliable con un Estado que, como el español, está constituido por diferentes comunidades autónomas con competencias para dictar normas generales, por ejemplo, en materia de gestión ambiental, y que además, se encuentra inmerso en una comunidad de países que cada día tiene menos reparos en imponer a los Estados la obligación de incorporar normas penales que, finalmente, deben ser conocidas y acatadas por los ciudadanos. En Chile, en cambio, en tanto estado unitario, el complemento reglamentario se fundamenta, básicamente, en razón de la necesaria capacidad evolutiva de la norma.

Por ello, considero que la utilización de las LPB en el ámbito medioambiental español es inevitable, e incluso preferible, porque como a veces se interpreta la norma como de peligro abstracto puro, y se fija el riesgo permitido en la infracción administrativa, de no existir la remisión, podrían sancionarse penalmente incluso conductas que no constituyesen siquiera infracción administrativa. Otra cosa, dice relación con el nivel de dispersión y abundancia extrema de normas relativas al medio ambiente que puede encontrarse en la legislación extrapenal. Así las cosas, a la pregunta de si es adecuada en España la remisión del tipo ambiental a la legislación administrativa, creo que la respuesta debiera ser que sí, por las facultades de las comunidades autónomas y de la UE para dictar normas en la materia, pero sobre todo, porque a mi juicio, el problema no es la remisión normativa, sino el alcance que se le otorga³⁹⁵.

Como se analizará luego, considero que la respuesta para Chile es menos clara, porque por un lado, la Judicatura suele aplicar los tipos penales de forma muy literal, con pocas consideraciones del principio de lesividad, por lo que probablemente, de no establecerse como elemento típico la infracción de la norma ambiental, podría terminar sancionándose penalmente una conducta con un mínimo de injusto³⁹⁶, pero por otro lado,

³⁹⁵ Distinto sería, si se optara -como aquí se propone- por la exigencia de verificación *ex post* de la idoneidad de la conducta para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales como requisito de relevancia penal, porque en tal caso, al ser necesario verificar la contaminación y su resultado de grave peligro para el equilibrio de los ecosistemas, poca o ninguna trascendencia -en materia penal- cabría a la infracción administrativa, que como se dirá, no pasaría de ser un elemento típico -de garantía para el ciudadano-, que sirviese de mero indicio respecto a la generación de un riesgo para el medio ambiente.

³⁹⁶ Porque como señalan SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 79, el reenvío operaría en la práctica “como elemento de restricción del ámbito de lo punible, pues una

como también se verá, el Derecho Ambiental está en ciernes y ha mostrado pasos muy dubitativos, que hacen pensar en la autonomía de la norma penal como una alternativa eventualmente viable.

b) Accesoriedad de acto

Como antes se dijera, la accesoriedad de acto se genera cuando en la relación Derecho Penal y administrativo, el tipo penal remite no ya a una ley o norma de carácter general, sino a una determinada resolución de una autoridad administrativa (su vulneración, su ausencia, o su exceso).

Se replican e intensifican frente a esta técnica las críticas efectuadas en relación a la accesoriedad de Derecho, siendo la principal de ellas que mediante ésta se otorga a la Administración un poder discrecional muy amplio para determinar qué podría quedar dentro del ámbito de aplicación del tipo penal. Y el problema trasciende del valor que pueda otorgarse a una autorización que vulnere la normativa administrativa, alcanzando los déficits de ejecución de la Administración, la ausencia deliberada de fiscalización que detecte la vulneración de la decisión administrativa, la capacidad económica de los eventuales autorizados para incidir en la decisión autorizatoria de una determinada actividad, o la negociación de los baremos a los cuales someterse³⁹⁷.

En relación a este modelo, la única cuestión que podremos abordar en esta parte, será si queda cubierta por un manto de legalidad la conducta de quien actuando en los términos de una autorización administrativa realiza una conducta que contraviene la normativa extrapenal. En otros términos, qué valor debe asignarse a una autorización que infringe una norma protectora del medio ambiente, vale decir, una autorización viciada o derechamente ilícita.

Este problema se plantea también en España, a pesar de la utilización en el art. 325 CPE del modelo de accesoriedad de Derecho porque, como señalan SILVA/MONTANER, no en pocas ocasiones, *el sistema normativo administrativo de protección del medio ambiente pasa por una serie de remisiones normativas en cadena, de modo que, al final, la no*

conducta peligrosa para el medio ambiente no podrá sancionarse penalmente si resulta que no existe ninguna norma sectorial que la prohíba”.

³⁹⁷ En palabras de DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, p. 90, “los déficits de actuación de las autoridades —acuerdos entre las diversas instancias administrativas y la industria privada, selección de denuncias, negligencia en la inspección y persecución, negociación de baremos, concesión fraudulenta de la autorización, etc.— pueden impedir la sanción de un comportamiento potencialmente dañoso del ambiente”.

*solicitud de una autorización, la actuación antes de haber recaído tal autorización o la vulneración de los términos de la misma puede dar lugar a una infracción de las normas (sistema indirecto de accesoriadad de acto)*³⁹⁸.

Esta cuestión -que abordaremos de nuevo más adelante³⁹⁹-, cobra relevancia práctica porque en razón de la gran dispersión de normativa extrapenal -comunitaria, estatal, autonómica y local-, para algunos autores, resulta razonable que la empresa centre su atención prioritaria en la concreta autorización administrativa que le fue otorgada, “*en la lógica confianza de que su actividad no plantea problemas jurídicos y de legalidad alguna si se atienden a las prescripciones que la propia Administración estableció de manera expresa en la autorización*”⁴⁰⁰.

A *Grosso modo* podríamos afirmar que los autores se dividen principalmente entre quienes consideran que si el agente actuó de buena fe⁴⁰¹, nos encontraremos frente a un error de prohibición porque el sujeto se encuentra en la errónea creencia de que su conducta cumple las exigencias del ordenamiento jurídico⁴⁰², posición que constituiría la mayoritaria en España⁴⁰³, y los autores que consideran que quien ignora la ilicitud de la licencia

³⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 83. En los mismos términos, DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal de ambiente...*, p. 109 agrega que en estos supuestos, por las razones señaladas, “se termina identificando actuación contra la normativa ambiental con actuación contra la obligación de actuación en virtud de la existencia de una autorización de la autoridad administrativa”.

³⁹⁹ Véase *Infra*, Cap. V.5.1.2, pp. 201 ss.

⁴⁰⁰ ESTEVE PARDO, *Derecho del Medio Ambiente*, p. 130. En términos de SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 127, “no parece que deba exigirse al administrado que someta un acto administrativo que le resulta favorable a un control de legalidad consultando a otras instancias. Por el contrario, para el administrado la Administración es, en principio, el intérprete auténtico de la normativa, lo que excluye la vencibilidad (normativa) del error”. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Medio ambiente, Territorio...*, p. 340, en alusión al Derecho alemán, sostiene que “la prolongada vida del delito ecológico en este Derecho hace posible encontrar soluciones jurídicas ya consolidadas. El criterio de la doctrina mayoritaria es, en suma, que el acto administrativo vincula al juez penal salvo que éste incurra en un vicio de nulidad de pleno Derecho”.

⁴⁰¹ Así lo explica MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 152, afirmando que “la solución, ha de pasar por la constatación del conocimiento o desconocimiento de tal extremo por el beneficiario de la licencia”. Porque como advierte GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales...*, p. 205, naturalmente, si conocía de la ilicitud, su conducta será dolosa.

⁴⁰² MATELLANES RODRÍGUEZ, *Derecho penal del medio ambiente*, pp. 124-126, afirma que “pese a que la licencia ilegal no puede hacer que sea lícito, lo que viene siendo ilícito, sí que puede afectar a la reprochabilidad del sujeto, de suerte que su comportamiento quede absorbido bajo la figura del error de prohibición”

⁴⁰³ MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 153. En el mismo sentido, GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales...*, p. 205, sostiene que la solución mayoritaria de la doctrina española es que habrá error de prohibición “si la obtención de aquella autorización pudo hacer nacer en el administrado la falsa creencia de que su actividad era conforme al ordenamiento jurídico o quedaba convalidada”, aunque personalmente se muestra partidaria del error de tipo.

administrativa, ignora la contravención en la que incurre, por lo que debiera darse el mismo tratamiento que a dicha situación, esto es, error de tipo⁴⁰⁴.

A mi entender, lo primero que debiera establecerse, es si la autorización y la conducta se ajustan o no a una norma legal que proteja el medio ambiente, mismo que no podría ser otro que el que sirve de referente penal⁴⁰⁵, esto es, el *conjunto de elementos físicos, químicos y biológicos en los que se sustentan los sistemas naturales, y que interrelacionados entre sí han permitido el florecimiento y la subsistencia de la vida sobre la tierra*. A partir de ahí, podría excluirse ya a nivel de tipo, aquellas conductas que contraviniesen normas que pertenecen a un concepto extensivo de medio ambiente, como sería por ejemplo, una normativa que dijese exclusiva relación con la protección de la afectación de la calidad de vida o a la intimidad domiciliaria.

Luego, creo que una autorización administrativa otorgada infringiendo una norma general protectora del medio ambiente carece de valor para el autorizado, porque no elimina el tipo -que precisa de la contravención a la norma-, y tampoco podría erigirse como causa de justificación de ejercicio legítimo de un Derecho, ya que si la autorización no se ajusta a la ley u a otras disposiciones protectoras del medio ambiente, el ejercicio que ésta autorizare, mal podría tener efectos justificantes⁴⁰⁶.

Ahora bien, si el particular a quien se le concedió la autorización ilegítima se encontraba en situación de error, vale decir, si creía que por haber obtenido la misma, su conducta no vulneraba las normas protectoras del medio ambiente, en principio, incurriría en un error de tipo, que de ser vencible, debiera sancionarse a título imprudente.

2.4 El principio de *Non Bis in ídem* (NBI)

Cualquiera fuese el tipo de accesoriadad asumida, con mayor o menor intensidad puede presentarse el problema del NBI, principio, que en su más sencillo concepto podría

⁴⁰⁴ MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 153. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, pp. 125-126, aseveran que “el otorgamiento de una autorización, aunque ésta sea ilícita, puede llevar al sujeto a creer que no está infringiendo disposiciones generales protectoras del medio ambiente. Y esta situación de error debe calificarse, a nuestro juicio, como error de tipo”.

⁴⁰⁵ DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, p. 204, asevera que “se define la ilicitud de la autorización administrativa conforme a criterios penales, que impiden -de constatarse efectivamente dicha ilicitud- la exclusión del injusto penal, superándose el dogma de la efectividad de los actos administrativos irregulares, desaprobado en definitiva -salvo posturas puntuales- por la mayoría de la doctrina penal”.

⁴⁰⁶ GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales...*, p. 140.

definirse como el derecho del ciudadano a no ser sancionado dos veces por un mismo hecho; que se incardina entre el derecho de proporcionalidad y el de legalidad, y aunque no aparece consagrado constitucionalmente en España ni en Chile, ha sido reconocido por ambos Tribunales Constitucionales.

En España, ya la STC 2/1981⁴⁴⁷, reconocía su plena vigencia, afirmando que se encontraba íntimamente ligado a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución, como afirmó PÉREZ MANZANO, a partir de esta declaración, *“el derecho a no ser sometido a una pluralidad de sanciones aparece ya configurado en sus rasgos básicos con un alcance similar al que la mayoría le atribuye. De un lado, este derecho prohíbe la acumulación de sanciones penales y administrativas siempre que el presupuesto de esta acumulación sancionatoria sea el mismo, definiéndose la identidad a partir de la concurrencia de tres elementos: identidad de hecho, de sujeto y de fundamento”*⁴⁴⁸.

Pero además, el principio posee una vertiente procesal, según la cual *“no pueden instruirse simultáneamente dos procedimientos punitivos por un mismo hecho antijurídico, debiendo darse en estos casos preferencia, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al orden jurisdiccional penal”*⁴⁴⁹. Sus presupuestos, como se estableció en la STC 2/2003⁴⁵⁰, son *“a) el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada”*.

Los problemas aparecen cuando no se respeta la preferencia penal y naturalmente, porque no han sido unívocas las formas de apreciar cuándo existe la referida triple identidad.

⁴⁴⁷ De 30 de enero, Sala primera, Manuel García Pelayo Alonso, presidente, y Ángel Latorre Segura, Manuel Díez de Velasco Vallejo, Gloria Bagué Cantón, Rafael Gómez Ferrer Morante y Ángel Escudero del Corral.

⁴⁴⁸ PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *La prohibición constitucional de incurrir en Bis in Idem*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 23. Así lo recogió el art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJPA, *“No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”*.

⁴⁴⁹ LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental...*, p. 497.

⁴⁵⁰ Del pleno del TCE, 16 de enero, FJ 3. c).

La STC 177/1999⁴⁵¹, es un ejemplo de lo que se indica, precisamente porque el TCE acogió el recurso de amparo interpuesto por el sentenciado en sede penal, que ya había sido condenado en sede administrativa, aseverando en el voto de mayoría, en primer lugar, que se hallaban ante un caso en que los tribunales de instancia habían declarado como “*premisa inicial, de que concurren los mencionados elementos identificadores del principio que se alega como vulnerado, es decir, la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento*” (FJ2), por lo que en sede constitucional no podía modificarse tales supuestos.

Siendo de ese modo, continuó el Tribunal, teniendo en cuenta que desde la perspectiva material el principio “se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *Ius Puniendi* del Estado”, y en cuanto tal, “no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado”, ni menos, como en el caso, frente a la inobservancia de la Administración de la legalidad aplicable, porque “la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental”(FJ 3). En virtud de tales consideraciones, y estimando vulnerado el principio de *non bis in ídem*, acogió el recurso de amparo, declaró la nulidad de las sentencias dictada por el Juzgado en lo Penal y por la Audiencia Provincial de Barcelona.

Esta sentencia resultó particularmente inquietante, porque estimó que no podía pronunciarse sobre la existencia o no de la triple identidad, en cuanto hechos inamovibles. Y si se revisan los hechos de las sentencias administrativa y la penal, puede verificarse que en este caso no hubo identidad de sujetos, de hechos, ni de fundamento entre ambas. En efecto, ya se dijo que los sancionados en una y otra sede fueron dos personas diversas, una persona jurídica -IRM Lloreda S.A.-, y una persona natural -José María Lloreda-, quien sí era consejero delegado, director técnico y económico de la empresa-, pero ni siquiera ahora que existe la “responsabilidad penal empresarial” -atendidos los fundamentos de una y otra responsabilidad podría alegarse que se trata de una única persona, salvo, que se tratase de una empresa unipersonal. Respecto a la unidad de hechos, puede

⁴⁵¹ STC de 11 de octubre, Sala Primera, compuesta por Pedro Cruz Villalón, Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Pablo García Manzano, Pablo Cachón Villar, Fernando Garrido Falla y María Emilia Casas Baamonde. Como ya está visto, esta sentencia resultó relevante a efectos de NBI material y procesal, porque la Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña, dictó sentencia en contra de la empresa IRM Lloreda S.A., imponiéndole una sanción de 1.000.000 ptas. que la empresa pagó, por haber incurrido en una falta menos grave consistente en realizar vertidos de manera no autorizada en el río Congost. Sólo una vez dictada la sentencia, la Junta remitió los antecedentes a sede judicial, iniciándose en ésta un procedimiento que concluyó el 1 de marzo de 1994, con la dictación por un Juzgado en lo Penal de Barcelona de sentencia condenatoria en contra de José María Lloreda como autor del delito contra el medio ambiente previsto en el art. 347 bis (LO 8/1983), imponiéndosele la pena de dos meses de arresto mayor, accesorias legales, y multa de 1.000.000 ptas., declarando la sentencia que “*a los efectos del pago de la multa impuesta, se aplicará la cantidad satisfecha por el acusado en vía administrativa en expediente sancionador incoado por los mismos hechos objeto de este procedimiento penal*”. La sentencia fue apelada, entre otros fundamentos, porque se había infringido el principio de *non bis in ídem*, rechazando la Audiencia Provincial tal argumento por estimar que debía primar la responsabilidad penal, y que no habiéndose paralizado oportunamente la causa administrativa, lo que restaba en respeto del citado principio era la imputación del pago de la multa administrativa a la penal, como efectivamente se hizo.

indicarse, que ésta tampoco era apreciable, porque la sanción penal estaba basada en “más hechos” que la administrativa. En la primera se sancionó por la realización de vertidos de sustancias que podían deteriorar la calidad del agua, efectuados sin contar con la autorización correspondiente; en la sentencia penal, como se aseveró en el voto particular (De Pedro Cruz Villalón, y María Emilia Casas Baamonde), “*declaran probados nuevos hechos, que no fueron objeto de la sanción administrativa, acerca de los efectos de los vertidos sobre la salud humana y sobre la flora y fauna del valle fluvial afectado por los vertidos de la empresa*”. Finalmente, precisamente ligado con este último punto, como también con los diferentes bienes jurídicos tutelados y la necesaria constatación de la puesta en peligro del bien jurídico como elemento distintivo de la infracción penal, es que no puede estimarse que exista identidad de fundamentos entre las sentencias, porque para la penal, debió establecerse que tales vertidos, “*pusieron en peligro grave la salud de las personas o pudieron perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal o vegetal*”, como continúa el voto de minoría.

La línea de esta sentencia fue modificada luego por la contenida en la ya citada STC 2/2003, que despejó lo previamente señalado en dos importantes aspectos. El primero, que rectificó -como había propuesto el voto de minoría, que “*la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in ídem, sea este sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 25.1 de la Constitución*”, por lo que debía ser objeto de análisis en esta sede. El segundo, Marín de Espinosa Ceballos, El principio, p. 10, que asumió “*que el órgano de la jurisdicción penal puede dictar sentencia condenatoria posteriormente a la imposición de la sanción administrativa sin vulnerar por ello el principio no bis in ídem, porque la jurisdicción penal prevalece sobre la Administración sancionadora y no puede inhibirse de actuar, ni anularse una sanción penal so pretexto de la existencia de un pronunciamiento administrativo previo*”

Ahora bien, más allá de la rectificación realizada en la jurisprudencia Constitucional, lo que en esta parte interesa reiterar, es que desde mi perspectiva, como se dijo más arriba⁴⁵⁴, nunca podría haber *bis in ídem*, porque el fundamento de una y otra sanción son disímiles. La infracción administrativa debe tener como fundamento político-criminal la protección de un bien jurídico administrativo, a saber, el equilibrio *sustentable* de los sistemas naturales, mientras la infracción penal, siempre tendrá un fundamento diverso, cual es la protección del equilibrio de los sistemas naturales. Así las cosas, en el primero caben muchas más conductas, porque cualitativamente abarca más ámbitos que las que pretende tutelar el bien jurídico penal. Además, según aquí se sostiene, la infracción penal, para su configuración, siempre requerirá que se acredite la contaminación del recurso natural, y la afectación del equilibrio de los sistemas naturales, elementos de juicio que son ajenos a la

⁴⁵⁴ Véase *Supra* Cap. III.2.2.2.e), pp.102 ss.

infracción administrativa. En palabras de CORCOY BIDASOLO/ GALLEGOS SOLER, “La diferencia entre la infracción administrativa y la penal en materia medioambiental obedece no sólo a cuestiones estructurales en la configuración típica, sino que, esencialmente, se fundamenta en consideraciones teleológicas, en la medida en que el ámbito propio del injusto penal persigue distintas finalidades que el del ilícito administrativo”⁴⁵⁵

A mi modo de ver, ello es independiente a la decisión de si resulta apropiado que cuando la Administración ya sancionó a un sujeto por una contravención, cuya base fáctica se considera luego como uno de los presupuestos de una sanción penal; como esta última contiene el elemento típico contravención administrativa, y a pesar que el desvalor de esta última es (o debiera ser) completamente distinto de la primera, parece razonable sostener que la pena que pudiere imponerse en sede penal, ya integra en su desvalor global, el de la infracción administrativa, por lo que resultaría adecuado -como ha resuelto el TC-, imputar la multa impuesta administrativamente a la penal.

2.5 La norma extrapenal, el riesgo permitido, y el principio de precaución.

Aunque el riesgo permitido será una materia que se abordará más adelante⁴⁵⁶, conviene dejar asentado desde ya que, en una primera aproximación, entiendo por tal, todo el conjunto de conductas que, a pesar de generar un peligro (previsible) para un bien jurídico, en este caso -el equilibrio de los sistemas naturales- no son desvaloradas penalmente, en consideración a criterios de utilidad de la conducta, como “*directa y lógica consecuencia de la ventaja social del desarrollo de la actividad*”⁴⁵⁷, a la escasa probabilidad de consumación del resultado lesivo para el bien jurídico -y en esta medida a las posibilidades técnicas para controlarlo-, a la intensidad y duración de la acción contaminante, y a los costes asociados a la eventual realización del resultado jurídico *versus* la persecución penal.

En otros términos, serán penalmente irrelevantes aquellas conductas que previsiblemente, desde la perspectiva *ex ante* generen una escasa probabilidad de afectación para el bien jurídico-penal porque son de corta duración e intensidad, se desarrollan en el

⁴⁵⁵ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU/ GALLEGOS SOLER, JOSÉ IGNACIO, “Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal” (Comentario a la STC 177/1999 de 11 de octubre), en Actualidad Penal nº8, 2000, p. 174.

⁴⁵⁶ Véase *Infra*, Cap. V.7.3, pp. 236 ss.

⁴⁵⁷ CASTALDO, ANDREA, “La concreción del riesgo jurídicamente relevante”, en Política criminal y nuevo derecho penal (Libro homenaje a Claus Roxin), Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 235.

contexto de una actividad socialmente útil, o incluso, a pesar de encontrarse extramuros de ese espacio de tolerancia, porque generan una insignificante probabilidad de afectación, y en tal sentido su represión importa un coste mayor al de su represión⁴⁵⁸.

Desde las posiciones aquí asumidas, la norma (o autorización) extrapenal no está llamada a determinar qué riesgos serán penalmente relevantes⁴⁵⁹, o cuáles de ellos se encuentran en el espacio de riesgo permitido, sino que será indiciaria de la relevancia penal. Ello es así, en primer lugar, porque, como se ha dicho, el medio ambiente que tutela el Derecho Administrativo es un conjunto de mucha mayor extensión que el medio ambiente propio del Derecho penal, y constituye una expresión sinónima de espacio vital y calidad de vida de los ciudadanos, aspectos que no tienen cabida en la concepción de medio ambiente que aquí se ha propuesto para el Derecho penal. El riesgo permitido en materia penal debe determinarse en relación a un bien jurídico distinto del administrativo, el equilibrio de los sistemas naturales, y en base a principios y límites penales.

El riesgo permitido no será una definición que le corresponda a la norma extrapenal, cualquiera que ésta sea, ya que ella sólo podrá fijar unos límites determinados, a partir de los cuales prohíbe determinada conducta, pero el espacio de riesgo permitido a efectos penales debe ser determinado de acuerdo a los criterios que dogmática y jurisprudencialmente ha definido el propio Derecho penal.

Así entonces, un riesgo será no permitido penalmente cuando previsiblemente - desde la perspectiva *ex ante*- es idóneo para generar un peligro evitable para el bien jurídico penal, en este caso el equilibrio de los sistemas naturales, salvo que, de acuerdo a los criterios antes mencionados, a pesar de ser previsible la situación desvalorada, se opte por no reprocharlo⁴⁶⁰. El Derecho administrativo, en cambio, está llamado a fijar sus límites a partir de la lógica de la sostenibilidad de los ecosistemas, y conforme al principio de

⁴⁵⁸ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, p. 30, indican que “en nuestro modelo social, no sólo la puesta en peligro sino incluso la «lesión» efectiva del medio ambiente constituye una práctica socialmente adecuada en casos de menor entidad (y, en ocasiones, de no tan «menor» entidad)» (...), en otros casos, la lesión efectiva del medio ambiente se mueve en un espacio de riesgo permitido por las exigencias de nuestro modelo de desarrollo económico”.

⁴⁵⁹ CASTALDO, “La concreción del riesgo...”, p. 234, define riesgo penalmente relevante como “La creación de un estado de peligro, capaz de provocar la reacción del ordenamiento jurídico que con la concurrencia de ulteriores condiciones, permitirá imputar a su autor el hecho producido como consecuencia”.

⁴⁶⁰ Como afirma PÉREZ ALONSO, ESTEBAN, “Expansión, riesgo y principio de precaución en Derecho Penal” en *Derecho, Globalización, riesgo y medio ambiente*, (Pérez Alonso, Coord.; Arana García/Pérez Alonso/Mercado Pacheco/Serrano Moreno/Fuentes Osorio, Edits.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, en www.tirantonline.com, TOL 2.671.901, p. 7, “si las normas penales tienen por objeto conductas de riesgo que se pretenden prevenir bajo la amenaza de pena para evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, es claro que tales conductas han de generar un riesgo evitable, bien porque era conocido por el sujeto o bien porque pudo ser conocido, ya que evitar lo inevitable [o evitable pero desconocido] no puede ser misión del Derecho Penal”.

precaución⁴⁶¹, asociado a la “*incertidumbre científica sobre los eventuales riesgos o daños graves e irreversibles que puede producir una actividad que aconsejan la adopción de medidas de precaución antes de que se conozca la relación causa-efecto entre la actividad y los riesgos o daños potenciales*”⁴⁶²”.

En síntesis, al Derecho Administrativo sólo le corresponde fijar su propio espacio de “riesgo permitido”, pero éste se asociará a un medio ambiente cuantitativa y cualitativamente diverso al penal, en base al principio de precaución y a las necesidades de desarrollo económico, por lo que no puede simplemente trasladarse al Derecho Penal. Con esta aseveración, quiero insistir en que, a mi entender, la infracción de una ley o disposición general protectora del medio ambiente, podrá ser indiciaria de la relevancia penal de la conducta, pero si ésta, en definitiva, supera dicho baremo, será una cuestión que debe ser resuelta por el Derecho penal según los criterios antes citados en relación al caso concreto analizado *ex ante*⁴⁶³, y no en virtud de lo que establezca una norma basada en criterios estadísticos y precautorios. Creo que no podría ser de otro modo, porque una misma infracción reglamentaria, dependiendo del espacio físico en el que incida -el ecosistema que potencialmente pueda afectar-, puede decir mucho o nada respecto a la probabilidad de afectación del bien jurídico-penal.

Como afirma ÁLAMO ALONSO, “*La incertidumbre, el riesgo y el miedo a ello asociado deben ser abordados con medidas de cautela adoptadas en el ámbito del Derecho Administrativo. La inobservancia de las exigencias legales debe dar lugar a la*

⁴⁶¹ Cuyo origen, aunque no es claro en absoluto, según ESTEVE PARDO, *Derecho del Medio Ambiente...*, p. 71, “se suele situar en Alemania: en el estudio allí, durante la década de los setenta del pasado siglo, del Derecho medioambiental”; luego, “con carácter genérico y programático, la precaución se afirma en diferentes convenios y declaraciones internacionales”, pero “es, sin duda, en el Tratado de la Unión Europea donde el principio de precaución encuentra su cobertura normativa más importante y su marcada orientación en favor de la protección del medio ambiente. En su art. 174 el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea establece que «la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente [...] se basará en los principios de cautela y de acción preventiva...»”.

⁴⁶² PÉREZ ALONSO, “Expansión, riesgo y principio...”, p. 6.

⁴⁶³ Entiendo que, si por una decisión político-criminal adoptada en el seno del poder legislativo, en un país se proscribiera de manera absoluta una determinada actividad, si se estableciera una norma penal para quien la realizara, el intérprete penal, sin perjuicio de la necesaria verificación de los restantes estadios del tipo penal, no estaría facultado para “abrir un espacio de riesgo permitido”. En este sentido, concuerdo con ESTEVE PARDO, JOSÉ, “Convivir con el riesgo, la determinación del riesgo permitido”, en *Derecho, Globalización, riesgo y medio ambiente* (Pérez Alonso, Coord.; Arana García/Pérez Alonso/Mercado Pacheco/Serrano Moreno/Fuentes Osorio, Edits.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, en www.tirantonline.com, TOL2.671.906, p. 10, en que “la decisión legislativa sólo es completa en su función de determinación del riesgo permitido cuando es negativa: el riesgo se rechaza, no adquiere por tanto la condición de riesgo permitido con lo que la cuestión queda resuelta de manera clara y definitiva, sin necesidad de precisión o aclaración alguna. Decisiones legislativas --de las que existen exponentes en diversos Estados-- como las que rechazan la energía nuclear o la liberación de organismos genéticamente modificados, son decisiones que, por su carácter negativo, resuelven con carácter la cuestión del riesgo permitido, no permitido en este caso”.

correspondiente sanción administrativa. El principio indubio pro libertate aconseja la no intervención del Derecho Penal en situaciones de incertidumbre. El miedo ante la inseguridad no fundamenta la intervención del Derecho Penal. El Derecho Penal se extiende injustificadamente cuando se antepone la seguridad (in dubio pro securitate) a la libertad (in dubio pro libertate)⁴⁶⁴”.

Sostener que la norma extrapenal define el riesgo penalmente relevante, implica comprender al Derecho Administrativo y Penal como un ente único, en el que no hay espacio para una conducta infractora que -por ejemplo, por las características del lugar-, no genera una mínima probabilidad de lesión para el equilibrio de los sistemas naturales. En otros términos, implicaría *ex ante*, equiparar injusto administrativo y penal. Si a ello agregamos la comprensión del tipo como de peligro hipotético, las conductas reprobadas terminan por igualarse.

2.6 Un modelo apropiado para Chile

Me pareció indispensable agregar este apartado, porque considero necesario explicar someramente el funcionamiento de la institucionalidad ambiental chilena -que se construye en base a autorizaciones administrativas-, para luego señalar las razones por las que me decanto por un tipo ambiental de *lege ferenda* para Chile que se rija por un modelo de accesoriadad de Derecho.

La Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente fue promulgada recién en 1994, sólo en el año 2002 se dictó el reglamento que ponía en funcionamiento el Sistema de Evaluación Ambiental establecido en la ley⁴⁶⁹, y el año 2010 se creó el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental, y la Superintendencia de Medio Ambiente, mientras que los Tribunales Ambientales, fueron creados mediante una ley de 2012⁴⁷⁰. Así las cosas, el sistema de protección penal administrativo actual sólo comenzó a operar como tal hace menos de 10 años, por lo que ni éste, ni la SMA, ni los tribunales ambientales - frente a los cuales los ciudadanos podemos reclamar de las decisiones de los órganos administrativos que dictan las DIA o EIA- han asentado alguna línea clara.

⁴⁶⁴ ALONSO ÁLAMO, MERCEDES, “¿Gestión del riesgo o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico penal”, en *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado* (Gómez Tomillo, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, en www.tirantonline.com, TOL 4.549.679, p. 5.

⁴⁶⁹ El art. 13 de la LGBMA, estableció que “Para los efectos de elaborar y calificar un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, el proponente, el Servicio de Evaluación Ambiental y los órganos de la administración del Estado competentes, en su caso, se sujetarán a las normas que establezca el reglamento. Luego, en el art. 1° transitorio se indicó que “El sistema de evaluación de impacto ambiental que regula el Párrafo 2° del Título II de esta ley, entrará en vigencia una vez publicado en el Diario Oficial el reglamento a que se refiere el artículo 13”; y finalmente, aunque el citado reglamento fue dictado originalmente mediante el DS 30, de 3 de abril de 1997, la institucionalidad para su puesta en marcha, sólo fue dictada mediante el DTO 95, Secretaría General de la Presidencia, de 7 de diciembre de 2002.

⁴⁷⁰ Ley 20.600, que “Crea los Tribunales Ambientales”, promulgada el 18 de junio de 2012, y publicada en el Diario Oficial el 28 de junio del mismo año.

En virtud de este sistema, toda actividad empresarial con eventuales efectos adversos para el medio ambiente, debiera ingresar a un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), en el que, tras la exposición del proyecto a la autoridad administrativa, ésta determina si aquel debe estar sujeto a una (i) Declaración de Impacto Ambiental, a partir de la cual el empresario, básicamente, se compromete a cumplir las normas medioambientales vigentes y a informar a la autoridad de las eventuales externalidades negativas que se produjeran; o si, por el contrario, por los previsibles (e informados) efectos adversos para el medio ambiente, el proyecto debe someterse a un (ii) Estudio de Impacto Ambiental, que le impondrá la satisfacción de determinados mínimos que aseguren la viabilidad ecológica de la empresa. En cualquiera de los dos casos, si la Administración estima que se reúnen los presupuestos para ello, dictará una Resolución de Calificación Ambiental, que autorizará la gestión de todos los permisos sectoriales necesarios, para el adecuado desarrollo del proyecto.

El modelo resulta especialmente problemático e ineficiente, porque las autoridades de cada gobierno de turno, principalmente, los Ministros de Estado -autoridades de exclusiva confianza del presidente de la República-, son los llamados a determinar la sustentabilidad de los proyectos, y las condiciones que cada uno debe cumplir, por lo que todas las vicisitudes políticas, los intereses partidarios y electoralistas, y por supuesto, los de grandes capitales privados, pueden terminar incidiendo en la aprobación de proyectos ecológicamente inviables. La situación se agrava, si cabe, porque la LOC 19.300, establece mecanismos de compensación no especificados, para los eventuales perjudicados por los efectos adversos del proyecto, que la mayor parte de las veces serán personas de las clases más vulnerables, que con la expectativa de conseguir una mejor calidad de vida para ellos o sus hijos, terminan siendo proclives a recibir el dinero o trabajo que se les ofrece, y que, a corto o mediano plazo, terminan viendo absolutamente frustradas sus aspiraciones de mejorar la condición en que viven, por los efectos altamente contaminantes que genera la actividad.

Además de ello, nuestro país no se autodefine como un Estado Social⁴⁷¹ -el concepto que no se incluye en la carta fundamental ni tampoco a nivel legal-, y se evidencian las inequidades propias de un Estado que si bien puede considerarse de Derecho, porque ha logrado la igualdad formal de los ciudadanos, a los que se reconoce por igual toda una serie de derechos fundamentales y libertades públicas que podrían hacer valer ante las posibles injerencias del Estado, pero “*tras esa igualdad formal se abrían grandes desigualdades materiales*”⁴⁷², lo que aún obliga a la gran mayoría de los ciudadanos a dirigir su preocupación

⁴⁷¹ Que, según señala ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Estado Garante, Idea y realidad*. Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2015, p. 13, permitió en Europa Occidental conseguir “la generalización de toda una serie de prestaciones y coberturas básicas para las personas en materias tan relevantes como educación, asistencia sanitaria, servicios sociales, acceso a la cultura, atención a la tercera edad, vivienda, etc.”.

⁴⁷² ESTEVE PARDO, *Estado Garante...*, p. 13. Por el contrario, siempre según el autor, en el Estado Social “se garantiza así lo que se considera un mínimo existencial (*existenz minimum*) y se apunta a la realización efectiva de dos valores fundamentales: el de la dignidad de la persona, al asegurar un nivel mínimo en sus condiciones

a intentar mantener satisfechas las necesidades más básicas como salud, pensiones dignas o educación.

Por otro lado, a consecuencia del modelo socioeconómico imperante⁴⁷³, parte importante de los recursos naturales son de propiedad de un ínfimo porcentaje de la población chilena -o de capitales extranjeros- quienes deciden, por ejemplo, sobre la utilización de los mares, los suelos, el destino de los bosques, etc. Finalmente, la principal fuente de ingresos de nuestro país es precisamente la exportación de recursos primarios -específicamente los ingresos derivados de la extracción de Cobre- desarrollados por empresas transnacionales⁴⁷⁴.

En definitiva, el escenario que provee la sociedad chilena hace que la institucionalidad ambiental flaquee, y se adviertan recurrentemente intolerables decisiones y falta de control de la autoridad administrativa frente a las actividades productivas de grandes capitales. Ésta no ha resultado capaz de contener los desastres ecológicos que día a día se producen. Además, los dueños de las grandes fuentes de polución no padecen de sus consecuencias, ya que no viven en los lugares altamente contaminados, por lo que tampoco se interesan por la autorregulación; tenemos una ciudadanía que recién se está empoderando, y que tiene necesidades básicas que debe atender a diario, por lo que normalmente, son sólo élites de profesionales quienes pueden abogar por poner freno a la devastación ambiental tolerada.

Frente a este panorama, el Derecho Penal ambiental se hace imprescindible, pero sin recurrir a la accesoriedad de acto, pues ello traería consecuencias absolutamente insatisfactorias. De *lege ferenda* omitiría toda referencia a los instrumentos de gestión ambiental aludidos en el art. 485 ACPCH 2018⁴⁷⁵, reservando su sanción a una norma

de vida, y el de la igualdad, en la medida en que pretende garantizar unas condiciones básicas para todas las personas que les permitan acceder a los bienes esenciales (educación, salud, cobertura social) que faciliten su desarrollo, realización personal y promoción”.

⁴⁷³ El modelo neoliberal radical se instauró en Chile durante la dictadura militar y sus bases siguen intactas, a pesar de que los sucesivos gobiernos democráticos han intentado morigerarlas. Así, la salud, la educación, el suelo o las aguas son productos de intercambio, que se encuentran casi totalmente en manos privadas.

⁴⁷⁴ Este párrafo fue escrito mucho antes de los sucesos sociales y políticos que se han sucedido -y siguen sucediendo- en el país desde el 18-O (2019). Las movilizaciones sociales pacíficas, y las no tanto, han ido permitiendo repensar el modelo de una forma que hasta antes de esa fecha parecía imposible. Hoy, las élites sociales están aceptando que tienen que “devolver” parte de sus privilegios, y las fuerzas políticas, incluida la derecha más moderada comprendió que es necesario un nuevo pacto social. De hecho, el día 19 de diciembre de 2019, se aprobó en el Senado (segunda cámara) la reforma constitucional que permitirá que el día 27 de abril de 2020, se someta a votación si la ciudadanía quiere que se redacte una nueva Constitución, y si para su elaboración se optará por una Convención Constituyente (similar a una Asamblea Constituyente) o por una Convención Constitucional (con una mitad de los representantes elegidos de entre los actuales parlamentarios). Así las cosas, pareciera ser que la sociedad chilena y el modelo socio-económico que describo en este trabajo, afortunadamente, no se sostendrá -cuando menos intacto- por mucho tiempo.

⁴⁷⁵ “Resolución de calificación ambiental, las condiciones asociadas al otorgamiento de alguna autorización de carácter ambiental o sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental o sin haber obtenido una autorización de carácter ambiental estando obligado a ello”.

distinta, porque creo que un tipo base medioambiental debe tener en consideración -como sostuvieron DURÁN MEDINA/ INSUNZA CORVALÁN-, que “*existen muchas hipótesis tanto de peligro como de daño al medio ambiente que no están relacionadas con dichos instrumentos de gestión ambiental y la tipificación de los delitos en materia ambiental debería intentar abarcar esas situaciones más allá de ser la posibilidad de ser accesoria a la respuesta administrativa*”⁴⁷⁶. Optaría por un modelo de accesoriadad de Derecho, que permitiera una comprensión como la propuesta por DE LA CUESTA ARZAMENDI, para quien el tipo ambiental no debería hacer referencia a la contravención de una norma extrapenal, sino que asignándole un contenido material más claro, la conducta debiese sancionarse en cuanto no autorizable (de conformidad a aquellas normas). De ese modo, un individuo que realiza una conducta cuya autorización es obligatoria sin haberla obtenido, o que excede el contenido de la autorización otorgada, no se encontrará necesariamente en el supuesto típico, porque puede ser que su conducta sea autorizable al tenor de la disposición general protectora del medio ambiente, o que el exceso no llegue a infringir esta última -por ejemplo, por una autorización excepcionalmente restrictiva-, y por contra, la existencia de la autorización, no impediría la configuración del tipo si la actividad no es autorizable conforme a la legislación vigente⁴⁷⁷.

3. Los objetos materiales: Agua, suelo, aire

De la mano con el estudio del artículo 325 CPE, podemos verificar que, aunque con una intrincada redacción, al igual que en la norma base del ACPCH 2018, mediante ella se castiga la contaminación de los recursos naturales agua, aire y suelo.

⁴⁷⁶ DURÁN MEDINA, VALENTINA/INSUNZA CORVALÁN, XIMENA, “VI. Observaciones del centro de derecho ambiental al anteproyecto de código penal 2018.”, en el Informe de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, remitido a requerimiento del Ministerio de Justicia y DDHH, en http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/12/UChile_Informe_AnteproyectoCodigoPenal2018.pdf, p. 119.

⁴⁷⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, “Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015”, en *Revista Penal*, n° 36 (Julio, 2015), (De la Cuesta Arzamendi, Coord.), en www.tirantonline.com TOL5.595.680, p. 5, explica que “al reconducir así los actos típicos a los material y formalmente no susceptibles de autorización conforme a la legislación penal vigente, quedan directamente fuera del ámbito del tipo del injusto las conductas autorizables, pero que no cuentan con una autorización formal, las cuales deberían constituir simples ilícitos administrativos. De otra parte, construido el tipo penal sobre la naturaleza no autorizable de los comportamientos, la presencia de una autorización no impide la concurrencia del tipo penal, sino que opera en el plano de la justificación, resolviéndose a través del error de prohibición las cuestiones suscitadas por la creencia errónea en la concurrencia de una autorización válida, cuando era nula o anulable, o incluso en casos de tolerancia administrativa de comportamientos legal o reglamentariamente no susceptibles de autorización”.

Aunque pudiera parecer innecesario, habiendo existido ciertas sentencias que utilizaron prismas diversos, resulta conveniente insistir en que, desde la perspectiva asumida en esta investigación, la única interpretación que resulta acertada -en cuanto restringe el tipo-, es aquella en que dichos objetos materiales son interpretados en relación al bien jurídico-penal medioambiental y a su referente, el medio ambiente (penal). En tal sentido, y como, además, el bien jurídico-penal que aquí se optó es el equilibrio de los sistemas naturales, bien jurídico supraindividual que carece de matices antropocéntricos inmediatos o mediatos (salvo la referencia última derivada del propio concepto de bien jurídico), habrá de negarse la tipicidad de aquellas conductas que afecten a espacios de agua, aire, o suelo, que no pertenezcan a sistemas naturales o que no puedan llegar a afectarlos, como una pileta de un vecino, o el aire que éste respira dentro de su domicilio.

Otra interpretación de estos elementos conduce a una ampliación ilimitada del bien jurídico, como se evidencia en la STS 52/2003⁴⁷⁸, en la que el TS para justificar la sanción penal mediante el tipo medioambiental por la afectación de la salud sufrida por unos vecinos, afirmó que siendo el domicilio el lugar en el que se desarrolla una parte importante de la vida humana, éste formaba parte del medio ambiente tutelado penalmente. Creo que el TS recurrió a esta fundamentación para no reproducir la aún más cuestionable interpretación realizada por la AP de Palencia que había dictado la sentencia recurrida, según la cual, por atmósfera, siguiendo las acepciones de la RAE, podía entenderse tanto la *capa de aire que rodea la tierra*, como el *espacio a que se extienden las influencias de alguien o algo*, o la *capa gaseosa que rodea un cuerpo celeste u otro cuerpo cualquiera*. Siendo de tal modo, concluyó la AP, el aire domiciliario también se encontraba incluido en el concepto de atmósfera⁴⁷⁹.

Se hará un breve repaso de estos objetos de incidencia, porque, salvo la comprensión previa, su aplicación no ha presentado a mi juicio mayores inconvenientes.

3.1. Las aguas

En relación a las aguas, puede decirse que parece ser el recurso natural, de cuya necesaria preservación primero se tuvo conciencia a nivel mundial, pues por ejemplo, *en algunos derechos europeos (el CP italiano, por ejemplo) durante muchos años el único*

⁴⁷⁸ De 24 de febrero, pnte. Carlos Granados Pérez.

⁴⁷⁹ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, "Contaminación acústica. ¿Delito de lesiones o contra el medio ambiente?" en *Estudios de Derecho Ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. (Quinteros Olivares/Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 862-863, pone en evidencia la total inconsistencia de una interpretación como la referida, afirmando que, si como se hace en el fallo de la AP, en el concepto de atmósfera puede incluirse el aire o espacio domiciliario -desbordando con creces todo sentido teleológico de la norma-, en el suelo también podría incluirse la acera de la calle o el parket de la casa, y en esa medida, quien derrama un producto corrosivo sobre este último no comete un delito de daños sino uno medioambiental.

delito de carácter ecológico o ambiental que existía era el de "infectar aguas" (inquinamiento idrico), al igual que en el derecho histórico español las únicas presencias de antecedentes del delito ecológico las encontramos en el desvío de aguas, las represas ilegales o la contaminación de aguas destinadas a consumo humano o a la agricultura o la ganadería⁴⁸⁰".

A pesar de ello, en la actual redacción del art. 325 CPE -así como en su predecesora-, se incorporan algunos conceptos redundantes e incluso equívocos, porque entremezcla dos criterios de clasificación, ya que según el lugar en el que se sitúen o discurran, las aguas pueden ser terrestres –que incluirán a todas aquellas que están en el territorio del estado- o marítimas, correspondiendo estas últimas a las aguas de mar sobre las que se posee soberanía. Por su parte, las aguas terrestres o continentales pueden discurrir por sobre o debajo la superficie de la tierra, y por ello se clasificarán en superficiales o subterráneas. En virtud de esta básica clasificación puede afirmarse que la referencia del art. 325 a “*las aguas terrestres, subterráneas o marítimas*” carece de utilidad y lógica, porque las aguas terrestres incluyen las subterráneas. Respecto a este recurso, parece más adecuada la descripción propuesta en el ACPCH 2018, que se refiere a los vertidos realizados en *aguas marítimas o continentales*, pues los alcances de estos conceptos son claros, y además, su preciso contenido aparece definido en el Código de Aguas⁴⁸¹.

3.2 El suelo y el subsuelo

El actual art. 325.1 del CPE, al igual que sus predecesores, alude al suelo y subsuelo, en tanto que el ACPCH 2018, se hace referencia a “*suelo o subsuelo, continental o marítimo*”.

⁴⁸⁰ QUINTERO OLIVARES, GONZALO, “Los Objetos de la contaminación” en *Derecho Penal Ambiental (Parte Especial)* (Quintero Olivares/Jaria i Manzano, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, 2013, en www.tirantonline.com, Tol 3.956.417, p. 3.

Aunque desde una perspectiva antropocéntrica, similar afirmación puede realizarse respecto a la legislación chilena, pues una de las primeras normas penales incorporadas al CPCH referidas a los recursos naturales, fue el inciso primero del art. 315, que data de 1969, y que establece que “El que envenenare o infectare comestibles, aguas u otras bebidas destinadas al consumo público, en términos de poder provocar la muerte o grave daño para la salud, y el que a sabiendas los vendiere o distribuyere, serán penados con presidio mayor en su grado mínimo y multa de veintiuna a cincuenta unidades tributarias mensuales”

⁴⁸¹ Código de Aguas, (art. 1): “Las aguas se dividen en marítimas y terrestres (...); y (art. 2) “Las aguas terrestres son superficiales o subterráneas. Son aguas superficiales aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y pueden ser corrientes o detenidas. Son aguas corrientes las que escurren por cauces naturales o artificiales. Son aguas detenidas las que están acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses. Son aguas subterráneas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas”.

El suelo, ha sido definido tanto como “*la parte exterior de la corteza sólida de nuestro planeta constituida por un conjunto de minerales en diversa disposición*”⁴⁸², como “*la capa superior de la corteza terrestre, situada entre el lecho rocoso y la superficie, compuesto por partículas minerales, materia orgánica, agua, aire y organismos vivos, y que constituye la interfaz entre la tierra, el aire y el agua, lo que le confiere capacidad de desempeñar tanto funciones naturales como de uso*”⁴⁸³. A mi modo de ver, si se tiene presente las diversas definiciones que podemos encontrar de “suelo”, dependiendo del ámbito técnico -incluso jurídico- del que se trate, para efectos penales, y conforme se viene indicando en este trabajo, debiésemos ceñirnos, otra vez, a un concepto derivado de la ecología, que nos permitiese respetar la definición de medio ambiente penal del que partimos en esta investigación. En este sentido, en una definición muy sencilla podríamos señalar que por tal se está aludiendo a la capa de corteza terrestre más superficial, compuesta por diversos elementos orgánicos e inorgánicos, que se ubica entre la atmósfera y el **subsuelo**; y en este sentido, este último podría conceptualizarse como la porción de corteza terrestre que está inmediatamente debajo del suelo, y que se compone, principalmente, de minerales y lixiviados.

Finalmente, puede agregarse que considero un acierto de la norma del ACPCH 2018, que se explicita que además del subsuelo terrestre, se sancionarán las conductas que inciden en subsuelo marítimo, ya que, por una parte, ello incluye casos en los que la contaminación de las aguas no fue detectada -o no fue potencialmente peligrosa- sino hasta decantar en el subsuelo marino, y por otra, se conecta con la competencia que según el artículo 5 del CPCH tendrían los tribunales chilenos para conocer de hechos cometidos dentro del “mar territorial o adyacente”; en otras palabras, la contaminación constatada en la plataforma continental -dentro de las 12 millas del mar territorial o las 200 de la zona económica exclusiva medidas ambas desde la línea de más baja marea-.

A pesar de su relevancia, y que la mayor parte de los supuestos que se pretende incluir en el tipo base medioambiental inciden en las aguas y el suelo, no me parece necesario realizar alguna otra reflexión respecto esos objetos materiales, salvo tal vez, respecto a la tipificación del “*altamar*” y de los “*espacios transfronterizos*” que realiza el art. 325 CPE como posible contexto de incidencia, pues estos últimos no formaban parte del

⁴⁸² LOPERENA ROTA, DEMETRIO, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 108.

⁴⁸³ Art. 2. a) del RD 9/2005, de 14 de enero.

tipo original y sólo fueron incorporados mediante la LO 10/1995, y los primeros mediante la LO 10/2005.

Para definir *alta mar* puede recurrirse a la definición aportada por el art. 87 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, según la cual corresponde a una zona abierta a todos los Estados, “y por lo tanto, independiente y libre de toda soberanía”, en la que quedarán incluidas las “partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico”⁴⁸⁴.

Por *espacios transfronterizos*, se ha optado por una comprensión propia de penalistas, que, como MENDO ESTRELLA, lo definen como cualquier espacio (terrestre, aéreo o marítimo) situado fuera de los límites soberanos de un Estado, se encuentre éste bajo la soberanía de un Estado diverso o bajo soberanía ninguna⁴⁸⁵.

Su inclusión pareciera intentar poner de relieve un elemento que, como se ha venido afirmando aquí, se estima fundamental para la propia comprensión del bien jurídico-penal y de la estructura típica que debiese asociarse a él, como es el que la dinámica de estos hechos difiere de las de otros, porque los efectos lesivos de una conducta pueden tener lugar temporal o espacialmente alejados de ésta⁴⁸⁶. En efecto, tanto puede producirse la contaminación de más de un recurso natural y de un ecosistema, como la afectación de un ecosistema distanciado del recurso receptor de la emisión o vertido contaminante, por lo que

⁴⁸⁴ Art. 86 Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, utilizado por SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 65, para definir altamar.

⁴⁸⁵ MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 80. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ / MONTANER FERNÁNDEZ, *Delitos contra el medio ambiente...*, p. 66, indican que la expresión se aplicaría a aquellos “casos en que la acción ejecutada en España produzca efectos en territorio extranjero o aguas internacionales”. Por su parte, RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Medio Ambiente, Territorio...*, p. 310, sostiene que la incorporación de los espacios transfronterizos al tipo como un intento de captar hechos acaecidos fuera del espacio territorial, resultaba innecesario, porque “La tutela jurisdiccional penal en supuestos de agresiones medio ambientales graves, desde espacios no sujetos a la soberanía estatal, debe hacerse a través de una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio), art. 23, y no mediante la introducción de elementos objetivos en los tipos penales que tienen una finalidad distinta. La referencia a estos espacios transfronterizos es cumplimiento de la Recomendación 4.a de la Resolución 1 de 1990 de la 17.a Conferencia de Ministros de Justicia europeos pero ha sido recogida en lugar inadecuado”. En la citada Resolución se recomendó a los Estados que valorasen la oportunidad “De actuar de forma que el atentado del medio ambiente pueda ser perseguido tanto en el país en el que se ha producido el hecho como en todos los países en que el resultado ha producido consecuencias, teniendo desde luego en cuenta el principio *ne bis in ídem*”.

En ámbitos como la Geografía, en cambio, por espacios transfronterizos se entienden aquellos lugares ubicados en la frontera entre uno y otro país, en el que ambos realizan acciones de cooperación, y tendría su origen, según GIBAND, DAVID/ VICENTE RUFÍ, JOAN, “Los espacios transfronterizos europeos: ¿un objeto geográfico de difícil definición? Una aproximación desde la perspectiva de los *soft spaces Documents d’Anàlisi Geogràfica*, en <https://doi.org/10.5565/rev/dag.520>, p. 427, en el Convenio de Madrid de 1980, relativo a la Cooperación transfronteriza entre las autoridades locales.

⁴⁸⁶ Así lo destaca CARMONA SALGADO, “Delitos contra los recursos naturales...”, p. 703, para quien la protección del medio ambiente ha dejado de ser en nuestros días una cuestión de exclusivo interés interno de cada Estado para pasar a convertirse en *un problema supranacional*, en el que deben verse implicados todos los países eventualmente afectados.

un hecho cometido extraterritorialmente puede generar sus efectos en el espacio soberano, y viceversa.

En todo caso, cabe preguntarse si, además de poner en evidencia tal relevante fenómeno, mediante la incorporación de ambos conceptos en el tipo, se avanzó hacia una mejor protección penal del medio ambiente y, para dilucidarlo estimo conveniente determinar el alcance que tenía el art. 325 CPE respecto a los recursos naturales antes de la incorporación del altamar y de los espacios transfronterizos. A este respecto, cabe consignar que existe bastante unanimidad en aceptar que el principio general que determina la aplicación de la ley penal en el espacio es el de ubicuidad, establecido en el art. 23 de la LOPJ⁴⁸⁷, en virtud del cual, será de competencia de los tribunales españoles los delitos *cometidos* en este territorio, sin perjuicio de lo que pudieran establecer los tratados internacionales. Esta norma, permite entender *prima facie* que las conductas ejecutadas en España, cuyos efectos tuviesen lugar en otro Estado –Espacios transfronterizos- o en aguas sin soberanía –altamar-, podían ser penalmente perseguidas en el país, y por ello, la inclusión de ambos contextos al tipo, en nada modifica la anterior competencia penal.

Sin embargo, a mi entender, la incorporación de los espacios transfronterizos sí zanja un punto importante, porque antes de su expresa tipificación, podía resultar dudosa la posibilidad de sancionar como delitos consumados, conductas cuyo resultado típico no se hubiera producido en el territorio nacional. Con la actual descripción típica, respecto al delito medioambiental, parece que ello se ha dilucidado, pues ha quedado expresado que pueden perseguirse penalmente en España y sancionarse como consumados aquellos delitos cuya conducta se ejecute en el país, pero cuyo resultado lesivo potencial pueda tener lugar en altamar o en otro Estado, aun cuando no fuese delito en este último⁴⁸⁸.

Por su parte, la situación inversa, vale decir, la ejecución extraterritorial de una conducta que genera un resultado de peligro para el equilibrio de sistemas naturales situados en el territorio nacional parece haber sido sólo parcialmente mejorada, pues, aunque se ha sostenido que el art. 23 de la LOPJ al no manifestarse expresamente sobre el lugar de comisión, permitiría incluir “*tanto la realización de una actividad como la realización de un resultado*”⁴⁸⁹, ello resulta muy discutible. Con la inclusión del Altamar entre las aguas que pueden ser objeto de la acción, a lo menos desde el punto de vista sustantivo, debiesen

⁴⁸⁷ LO 6/1985, de 1 de julio.

⁴⁸⁸ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 66.

⁴⁸⁹ MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 201.

considerarse típicas conductas cometidas en este espacio cuyo resultado jurídico -de peligro para el equilibrio de los sistemas naturales- se produjese en España.

Por los alcances referidos, y por ajustarse a la dinámica de los delitos medioambientales me parece correcta, aunque dudosamente útil, la inclusión de los espacios transfronterizos y el altamar en el art. 325 CPE, porque aunque aparece como poco probable que el estado español –o cualquier otro- pudiera hoy interesarse en perseguir una conducta que no genera (potenciales) efectos nocivos en su territorio, si ni tan siquiera hay suficiente voluntad política para perseguir aquellos que sí los generan; si dichos efectos saliesen a la luz pública, el estado estaría obligado a su persecución por imposición del principio de legalidad, y el gobierno de turno, por fines menos nobles como su “manifiesto interés por el medio ambiente”, probablemente también querría investigar el ilícito.

En Chile, la cuestión se resuelve hoy de manera general, en los arts. 5, 6, y 7 del CPCH, pues el primero establece que “(...) *Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código*”; el art. 6 que “*Los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley*”; y finalmente, el art. 7 señala que “*Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.(...) Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento*”.

Si a estas normas agregamos que según entendemos, por prescripción del COT⁴⁹⁰, el lugar de comisión del delito, o la referencia a “*los delitos cometidos o perpetrados*”, alude territorialmente al lugar donde se hubiese iniciado su ejecución, podemos inferir que los delitos cuya ejecución se inicia en el territorio continental o marítimo del país (mar territorial), y que inciden en contextos ubicados fuera de éste -altamar o espacios transfronterizos-, podrían ser perseguidos en Chile.

Por contra, los ilícitos cuya conducta tuviese lugar en altamar o en “los espacios transfronterizos” con incidencia en territorio nacional quedarían excluidos de sanción penal, porque sólo podrían ser castigados, si en alguna norma penal referida al medio ambiente, se ordenara expresamente su sanción, pero como en el país no existe una normativa medioambiental orgánica en materia penal, sino tipos penales relacionados al medio ambiente, dispersos en diferentes leyes especiales, y en ninguno de ellos se abre la posibilidad de sancionar penalmente a conductas cometidas -cuya ejecución se inicia- en el extranjero, éstos quedarían fuera del alcance de la legislación penal chilena.⁴⁹¹

⁴⁹⁰ El art. 157 del Código Orgánico de Tribunales (COT), regulando la competencia, establece que “*El delito se considerará cometido en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución*”.

⁴⁹¹ El ACPCH 2018, introduciría una disposición novedosa, apostando por precisar las facultades de persecución de este tipo de hechos cuando su conducta es desplegada en otro país, pero su resultado es apreciable en territorio nacional. Así, el art. 5 establecería, “*Jurisdicción extraterritorial. Los tribunales de la República de Chile también ejercen jurisdicción sobre chilenos y extranjeros respecto de los siguientes delitos, aunque no sean perpetrados en territorio chileno:*

3.3 El aire

Si no se pierde de vista el objeto de tutela medio ambiente, la definición de atmósfera, en cuanto concepto eminentemente científico, no pareciera, generar mayor conflicto, pudiendo aplicarse, incluso, una de las acepciones que entrega el diccionario de la RAE que fueron reproducidas en la SAP de Palencia comentada - *capa de aire que rodea la tierra*-. Una interpretación que se ajuste al sentido ordinario de la misma y respete el fin de protección de la norma acota suficientemente el contenido de este recurso natural, que, a mi juicio, también puede ser descrito simplemente como aire, porque en el mismo diccionario, este último es definido en su primera acepción como “*Gas que constituye la atmósfera terrestre, formado principalmente de oxígeno y nitrógeno, y con otros componentes como el dióxido de carbono y el vapor de agua*”.

Se dejó intencionadamente este recurso natural para el final, porque -como se analizará al revisar las posibles conductas contaminantes-, considero que es en este contexto de incidencia donde *prima facie* resultan más acertados los cuestionamientos a la intervención del Derecho penal en materia medioambiental, y particularmente, a la acreditación *ex post* de la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales. En primer término, porque las sustancias contaminantes tenderán a desplazarse en la atmósfera, en lo que se ha denominado Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia (CATGD), que se define como “*la contaminación atmosférica cuya fuente física esté situada totalmente o en parte en una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado que produzca efectos perjudiciales en una zona sometida a la jurisdicción de otro Estado a una distancia tal que generalmente no sea posible distinguir las aportaciones de las fuentes individuales o de grupos de fuentes de emisión*”⁴⁹².

En efecto, las emisiones atmosféricas se desplazan, se dispersan, sufren efectos aditivos y sinérgicos, que -según la perspectiva que se adopte- podrían complicar la identificación de la fuente emisora que generó el riesgo penalmente relevante. Así, determinados resultados lesivos sobre la atmósfera -en especial, la destrucción de la capa

6° los que (...) pongan en peligro la salud de los habitantes del territorio chileno o el medio ambiente en el territorio chileno o en la zona económica exclusiva chilena en la forma prevista por las disposiciones de los Títulos I, XIII (el denominado Delitos contra el medio ambiente), y XIV del Libro Segundo de este código”. Considero que, en cuanto reconocimiento a la dinámica de los atentados medioambientales, aquella precisión, significaría un importante avance en la materia.

⁴⁹² Art. 1 b) Convención de Ginebra, de 13 de noviembre de 1979, Sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Larga Distancia, firmada en el marco de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, que entró en vigor tras la aprobación de la Decisión (81/462/CEE) de la Comunidad Económica Europea.

de ozono y la emisión de gases de efecto invernadero- desbordan los marcos estatales, situándose como problema global, y por ende, el principal escudo para combatirla debiera provenir de la cooperación de los estados⁴⁹³, como se viene intentando mediante los diversos convenios y protocolos suscritos por gran parte de los países europeos, especialmente, a partir del Protocolo de Kioto, sin demasiado éxito.

A pesar de lo anterior, creo que el Derecho Penal no puede presentar su renuncia anticipada frente a los riesgos generados por los contaminantes emitidos a la atmósfera, por lo que un tipo penal medioambiental base debe incluir como contextos de incidencia el agua, el suelo y el aire, cada uno de ellos, definidos desde sus conceptos ecológicos, y suficientemente precisos para no infringir el principio de taxatividad. En este sentido, debiese incluir el suelo y el subsuelo -terrestre y marino-, las aguas marítimas y continentales, estas últimas superficiales y subterráneas; y finalmente, la atmósfera que rodea aquellos espacios.

4. La conducta típica

Sobre este elemento -y siempre teniendo especialmente a la vista las descripciones del tipo base medioambiental del art. 325 CPE, así como del que se propone en los anteproyectos chilenos, se analizarán, especialmente, las cuestiones discutidas en la doctrina y jurisprudencia española con las sucesivas redacciones del CPE, así como las bondades y complejidades que plantea la norma del ACPCH 2018, para luego proponer la descripción de la conducta típica de la forma que, a mi juicio, sería la más apropiada.

Me parece adecuado comenzar indicando, que las dificultades de aplicación del art. 325 CPE y, lo que más interesa, la de sus legítimos límites –salvo las excepciones que se dirá- tampoco parecen tener su origen en este elemento, a pesar que la ampliación y dispersión de las conductas comisivas introducidas por la LO/1995 al CPE -y mantenidas por la LO 1/2015-, poco aportaron en la tarea de dotar al tipo penal medioambiental de una estructura que fuese respetuosa de las características propias del bien jurídico, porque como fue redactada en términos taxativos, incluyéndose en el texto actual “*emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones*

⁴⁹³ En este sentido, ESTEVE PARDO, *Derecho del Medio Ambiente*, p. 219.

o depósitos (...) así como las captaciones de agua”, puede tanto producir lagunas de punibilidad⁴⁹⁴ como solapamiento típico⁴⁹⁵; y tan grave como ello, ha permitido la distorsión de la naturaleza misma del delito, y la expansión injustificada -desde la perspectiva del equilibrio de los sistemas naturales- del ámbito de intervención penal, mediante la errónea aplicación de la hipótesis de los ruidos.

El legislador español habría optado por la casuística técnica utilizada en la LO 10/1995 con una pormenorizada lista de hipótesis comisivas, porque su predecesora -la disposición del art. 347 bis CPE- fue muy criticada por la doctrina, que estimaba que con ella se forzaba a los tribunales a realizar una interpretación al límite de la legalidad de las únicas dos formas en ella contempladas -*emisiones y vertidos*-. Por ello, en un intento por superar tal situación habría optado por individualizar las consabidas “*emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos*” y las “*captaciones de agua*”.

En efecto, durante la vigencia del art. 347 bis, jurisprudencia y doctrina interpretaron laxamente el significado de “*emisiones y vertidos*” -como, por lo demás, permitía la expresión “*de cualquier tipo*” que sucedía a dichos sustantivos- para incluir en ellas todas las conductas por las que se estimase posible producir un peligro para el medio ambiente⁴⁹⁶, utilizándose preferentemente las acepciones que la RAE contemplaba para dichos conceptos, entendiéndose por “*emisión*” la acción y el efecto de emitir, “*arrojar o echar hacia afuera una cosa*”, y por “*vertido*” -como acción y efecto de verter- “*derramar o vaciar líquidos, y también cosas menudas, como sal, harina. etc.*”⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ Así, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, “Protección penal del medio ambiente...”, p. 632; DE MIGUEL PERALES, *Derecho español...*, p. 472.

⁴⁹⁵ RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Medio ambiente, Territorio...*, p. 324, destaca la redundancia de que resulta la norma, y manifiesta que la misma se aleja de la deseable claridad, concisión y accesibilidad que las normas deben tener para los ciudadanos.

⁴⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 56. En la jurisprudencia, por ejemplo, la STS 1914/2010, de 12 de diciembre, pnte. Joaquín Delgado García, se afirmó que los lixiviados deben entenderse incluidos en el concepto de vertidos, específicamente como vertidos indirectos, porque, según se indicó en el FJ cuarto A), “establecer el depósito al aire libre de los restos de fundición derivados del proceso productivo de la empresa, cuando esos restos contienen elementos contaminantes, de manera tal que la lluvia, que más pronto o más tarde necesariamente ha de llegar (...), los ha de arrastrar hasta el arroyo o el caudal de agua correspondiente, no es un acto de realización directa, pero sí constituye una provocación o realización indirecta de vertidos, de las previstas en estas normas [el 347 bis y el 325] como infracción penal”.

⁴⁹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal...*, p. 261. En cambio, para RODAS MONSALVE, *Protección penal...*, p. 299, recurrir al uso común del lenguaje resultaba inapropiado porque “*vertidos*” y “*emisiones*” se encontraba definidas legalmente. Así, por “*emisión*” -según el anexo 1 de la Orden Ministerial de 18 de octubre de 1976, dictada en desarrollo de la Ley 38/1972 de 22 de diciembre y subsiguiente Decreto 833/1975 de 6 de febrero, entonces vigente- debía entenderse el “Lanzamiento de materiales al aire, ya sea por un foco localizado (emisión primaria) o como resultado de reacciones fotoquímicas o cadena de reacciones iniciadas

Aunque para algunos la tipificación del art. 347 bis al incluir sólo las emisiones y vertidos, obligaba a realizar interpretaciones que rozaban la analogía *in malam partem*⁴⁹⁸, parte de la doctrina, tras su modificación, cuestionó si era necesaria y conveniente la ampliación legal en los términos en que fue realizada, porque, como señalan SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, hay quien piensa que “*junto a los aterramientos, también las radiaciones (procesos de emisión y propagación de energía bajo forma de ondas o de partículas), inyecciones (introducción de un fluido en un cuerpo con un instrumento), y depósitos (procesos de encerrar y contener algo) cabían en el tenor literal de los términos clásicos vertidos o emisiones. Incluso los ruidos (sonidos emitidos, inarticulados y confusos que se propagan por ondas) y vibraciones (movimientos trémulos y oscilantes propagados asimismo por ondas) (...) podían verse como formas de “emisión”*⁴⁹⁹”, quedando únicamente fuera las extracciones y excavaciones, que constituirían el aporte de la modificación legal.

A pesar de aquellas críticas se analizarán todas las hipótesis del art. 325 CPE, sistematizándolas a partir del concepto de contaminación, siguiendo para ello la descripción que realiza MARTÍN/ SANTAMARÍA que -desde la perspectiva de los ecosistemas- la define como la “*introducción directa o indirecta en la geosfera, atmósfera, hidrósfera o biósfera de sustancias, de materiales o formas de energía, generalmente antropogénicas que no forman parte o están en concentraciones anormales en dichos ambientes y que producen un efecto perjudicial inmediato o futuro para uno o más componentes de los mismos*⁵⁰⁰”. Así, se dividirán las conductas entre aquellas que regularmente pueden ser contaminantes, las que excepcionalmente lo serán; y finalmente, en un continuo distinto, las que lo son, pero que perfectamente pueden entenderse abarcadas en otros de los conceptos incluidos en el art. 325 CPE.

por un proceso fotoquímico (emisión secundaria), y por “*vertido*” –de acuerdo a lo estipulado en el entonces vigente Real Decreto 849/1986 de 11 de abril, de Aguas, en su artículo 245- “los que se realicen directa o indirectamente en los cauces, cualquiera sea la naturaleza de éstos, así como los que se lleven a cabo en el subsuelo o sobre el terreno, balsas o excavaciones mediante evacuación, inyección o depósito”

⁴⁹⁸ CARMONA SALGADO, “Delitos contra los recursos naturales...”, p. 702, lo pone de manifiesto en relación a la asimilación de los aterramientos a los vertidos.

⁴⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 56.

⁵⁰⁰ MARTÍN/ SANTAMARÍA, *Diccionario Terminológico...*, p.46. Para revisar los motivos para la elección de este concepto, y el contenido que se le asigna, véase *Infra*, Cap. V.6.2 pp 214 ss.

4.1 Conductas contaminantes

4.1.1 Emisiones

Las emisiones han sido definidas tanto desde una amplísima comprensión como “*el lanzamiento de factores o materiales que, de algún modo, pueden menoscabar o poner en peligro al medio ambiente, siempre que esa exhalación pudiera quedar localizada en el aire el agua o el suelo*”⁵⁰¹ o “*la expulsión de materiales al aire, al agua o al suelo*”⁵⁰², vale decir, incluyendo el suelo y el agua como posibles medios receptores, hasta una interpretación en la que el recurso natural receptor se circunscribe a la atmósfera⁵⁰³. En este último sentido, se manifestó, por ejemplo, MARTÍN MATEO, que definió emisión como “*la transmisión a la atmósfera de sustancias nocivas, o simplemente incómodas, para las formas de vida con especial trascendencia para la especie humana, se realiza por ciertos agentes, que a través de los focos emisores envían partículas sólidas, gases o vapores*”⁵⁰⁴. Aunque este concepto posee un marcado tinte antropocéntrico que aquí no se incluye, confluye en líneas generales con la comprensión que se estimaría preferible para definir emisión, cual es, la de introducción en la atmósfera de partículas -en cualquier estado- que sean extrañas a ella, o que lo sean en las concentraciones introducidas.

4.1.2 Vertidos

Por vertidos se ha entendido el lanzamiento de líquidos o sólidos al agua o al suelo, aunque algunos autores, con ocasión de la redacción del articulado previo a la LO 1/2015, estimaban pertinente restringir los objetos a cosas menudas, en el entendido que el lanzamiento de sólidos de gran tamaño estaba incluido en el art. 328.1 (en su texto posterior a la entrada en vigencia de la LO 5/2010), que castigaba con penas “*de uno a dos años*

⁵⁰¹ MORALES PRATS, FERMÍN, “El delito de contaminación ambiental: Análisis del artículo 325.1 CP. La relación entre Derecho Penal y Derecho administrativo ambiental”, en *Estudios de Derecho Ambiental, Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut* (Quinteros Olivares/Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 1038, en relación al art. 347 bis.

⁵⁰² MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 66.

⁵⁰³ Por ejemplo, RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Medio ambiente, Territorio...*, p. 324.

⁵⁰⁴ MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de Derecho Ambiental*, 3ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 235. En una posición alejada de las referidas, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO/ OLMEDO CARDENETE, MIGUEL, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” en *Comentarios al Código penal. Segunda época. Tomo X, vol. 2*, (Cobo del Rosal, Dir.), Ed. Cesej, Madrid, 2006, p. 228, optando por una interpretación ceñida a la normativa comunitaria, definen emisión -conforme se realiza en el art. 2.e) de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (en transposición de la Directiva 2003/87/CEE, de 13 de octubre)-, como “la liberación a la atmósfera de gases de efecto invernadero a partir de fuentes situadas en una instalación”.

quienes establezcan depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas”; de esta forma, sólo se encuadraban en el art. 325 aquellas sustancias que pudieran diluirse en el agua o ser arrastradas por ésta y filtrarse en el suelo⁵⁰⁵. Hoy, sin embargo, no procede aquella distinción, porque en el actual artículo 326 CPE, que dice relación con los residuos, fue suprimida aquella parte del tipo.

4.1.3 Excavaciones y Extracciones

En primer término, habría que indicar que las excavaciones o extracciones se entienden conductas contaminantes desde la definición adoptada, porque si bien ellas implican la lesión del recurso natural por quitar de éste una parte, según se dijo, la contaminación del sistema natural también puede producirse por la *introducción de formas de energía, generalmente antropogénicas que están en concentraciones anormales en dichos ambientes y que producen un efecto perjudicial inmediato o futuro para uno o más componentes de los mismos*. En este sentido, ambas hipótesis deben definirse como contaminantes, ya que precisamente implican la introducción de una energía antropogénica que afecta la concentración del recurso natural y que produce una negativa incidencia en él.

Por realizar excavaciones se entiende “*Quitar a una cosa sólida parte de su masa o grueso, haciendo hoyo o cavidad en ella. O hacer en el terreno hoyos, zanjas desmontes, pozos o galerías subterráneas*”⁵⁰⁶, y por realizar extracciones, “*sacar algo de donde estaba contenido*”⁵⁰⁷. Se ha señalado también, que las excavaciones se refieren al suelo, en tanto que las extracciones al agua; y que unas y otras pueden diferenciarse de las restantes hipótesis comisivas, precisamente, por “*la dinámica de la acción porque la extracción designa la salida al exterior de algo, mientras la excavación afecta a una masa de materia, sin distinción de continente y contenido*”⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ/ OLMEDO CARDENETE, “De los delitos contra los recursos naturales...”, p. 229.

⁵⁰⁶ MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 67.

⁵⁰⁷ MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 67.

⁵⁰⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ/ OLMEDO CARDENETE, “De los delitos contra los recursos naturales...”, p. 238. Partidario de esta segunda comprensión se pronuncia MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 67. GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales...*, pp. 78-79, sostiene que aunque similares, algún matiz puede encontrarse entre excavaciones y extracciones, “pues mientras la extracción se refiere, sin más, a poner algo fuera de donde estaba —como por ejemplo, sacar áridos—, la excavación viene entendida como hacer hoyos, cavidades o zanjas en un material sólido, por lo general, un terreno o zona arenosa, si bien no necesariamente poniendo fuera otros materiales (v.gr. perforaciones por compresión)”

Las excavaciones y extracciones pueden producir efectos nefastos en los suelos, provocando desertificación, y naturalmente pudiendo perjudicar en muchos casos el equilibrio de los sistemas naturales⁵⁰⁹.

Así, por ejemplo, en el Norte de Chile, que por su ubicación y características geográficas posee principalmente suelos delgados, escasa vegetación con mayor presencia de arbustos, y los suelos más ricos en las laderas de los cursos fluviales, las explotaciones mineras -para el desarrollo de su actividad-, mediante sus excavaciones han producido la pérdida de la poca vegetación existente, y la modificación del relieve (especialmente de las laderas de los cerros), generando la erosión irreversible de los suelos, además de la contaminación de las aguas como consecuencia de sus relaves, vertidos a veces directamente en los ríos, y finalmente, la escasez hídrica por la destrucción de glaciares⁵¹⁰.

4.1.4. Los Depósitos

No pareciera haber demasiadas cuestiones relevantes actuales que analizar, porque aunque antes de la LO 1/2015 se generaba un problema de características similares al de las radiaciones, pues el art. 328.1 del CPE 5/2010 castigaba con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años a los que establecieran “depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas⁵¹¹”, mientras el art. 325 castigaba al que con infracción de norma administrativa realizara depósitos, con la pena de

⁵⁰⁹ CARMONA SALGADO, “Delitos contra los recursos naturales...”, p. 702. Asevera que la inclusión de estas conductas en el art. 325 responde “a la aspiración político-criminal de sancionar conductas destinadas a un aprovechamiento irracional de los recursos naturales”, pero a mi entender, aunque tal afirmación es cierta, la inclusión de esta conducta en un tipo penal base se justifica porque da cuenta de una forma de contaminación que puede generar la afectación severa del bien jurídico-penal, porque para superar el riesgo penalmente relevante estará normalmente asociada a la actividad de empresas como las mineras que en muchas latitudes han erosionado grandes espacios de suelo y afectado severamente el equilibrio de los sistemas naturales.

⁵¹⁰ En una acertada mirada crítica, CARRASCO LUNA, ALEJANDRO, “Reconfiguración metabólica y acumulación por desposesión: La industria minera del cobre y el caso de la minera los pelambres en la cuenca del río Choapa”, en *RE Diálogo Andino* n°58, Arica, marzo 2019, en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rda/n58/0719-2681-rda-58-129.pdf>, p. 131, indica que “el extractivismo consiste primeramente en un modelo productivo que se basa en la sobreexplotación de bienes naturales, que sin ningún procesamiento o con alguno poco significativo, son apropiados privadamente y vendidos en el mercado mundial. En segundo lugar, cuando se habla de sobreexplotación se hace referencia a una tasa de extracción que no respeta los tiempos biológicos, químicos y geológicos de reposición natural” que “se remite tradicionalmente a las actividades económicas cuyo núcleo dinámico reside en la apropiación de bienes naturales no renovables, como los hidrocarburos y minerales. Para el campo de la teoría crítica, el término “extractivismo” o “modelo extractivista” ha facilitado la identificación de una unidad socioeconómica que se caracteriza por las lógicas de la devastación ambiental y la apropiación de los bienes naturales”.

⁵¹¹ La LO 5/2010 modificó esta disposición, agregando los números 2 a 6 -que incluían tres nuevos tipos simples, uno agravado y las penas para las personas jurídicas responsables según el art. 31 bis-, ampliando desmesurada y desordenadamente su ámbito de aplicación, sólo para dar cumplimiento a la Directiva 2008/99/CE. Este primer inciso, sin embargo, ya existía antes de la entrada en vigencia de dicha ley y de la LO 15/2003 que sólo modificó su pena.

prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años. No había forma de explicar el privilegio en la pena para la misma conducta.

Aunque este problema fue superado mediante la LO 1/2015, por cuanto el art. 326 que hace referencia a los residuos, suprimió el tipo que contemplaba el art. 328.1, conviene dar cuenta de los ingentes esfuerzos de interpretación que realizó la dogmática y la jurisprudencia, a causa de una descuidada técnica legislativa.

El origen de esta superposición normativa se encontraría en la tramitación parlamentaria del proyecto de CP de 1994, porque en el texto original del art. 310 se castigaba el establecimiento de depósitos o vertederos, de desechos o residuos, sólidos o líquidos, urbanos o industriales, que se instalasen clandestinamente, o sin cumplir las prescripciones impuestas en la autorización respectiva, para evitar la nocividad o molestias del vertedero o depósito. Se establecía, además, la agravación de la pena, en el segundo párrafo, si los depósitos eran tóxicos o peligrosos. Habría sido durante la discusión parlamentaria, al advertirse que dicha fórmula confundía la infracción administrativa y el ilícito penal, que se agregó a la disposición que la conducta debía generar “peligro para el equilibrio de los sistemas naturales o personas”, fijándose el texto de la norma definitiva en el art. 328 del CPE de 1995, que tras la LO 5/2010 correspondía al art.328.1⁵¹².

Los autores, tras expresar sus críticas a la labor legislativa por la coexistencia de los arts. 325 y 328⁵¹³, procuraron, con mayor o menor éxito, dar respuesta al criterio de delimitación entre ambas normas⁵¹⁴, a fin de encontrar una interpretación útil para el art. 328.1, que, a su vez, tuviese cabida desde el prisma de la proporcionalidad⁵¹⁵.

⁵¹² JAVATO MARTÍN, ANTONIO, “Art. 328”, en *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, T. X, vol. II, (Cobo del Rosal, Dir.), Madrid, 2006, p. 284. En los mismos términos, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 589-590, para quien, aunque efectivamente con la redacción original del art. 310 se administrativizaba el tipo penal, ésta impedía el solapamiento con el art. 325 y se justificaba una pena inferior, al no exigirse la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.

⁵¹³ Por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 598; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, “Arts. 319-340” en *Comentarios al Código Penal*, (Rodríguez Mourullo, Dir.; Jorge Barreiro, Coord.), Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 935.

⁵¹⁴ CARMONA SALGADO, “Delitos contra los recursos naturales...”, p. 703, renuncia a dicha tarea porque estima que tutelándose idéntico bien jurídico –el equilibrio de los sistemas naturales–, se produce un concurso aparente de normas que, “dado el injustificado privilegio punitivo que el art. 328 contiene, habrá de resolverse en aplicación del principio de alternatividad (art. 8.4º CP)”.

⁵¹⁵ SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 182-184, Partidarios de esta misma línea interpretativa, entre otros, DE LA CUESTA AGUADO, PAZ, “Artículos 325-331”, en *Comentarios al Código Penal* (Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre/Ferré Olivé/García Rivas/Serrano Piedecabras/Terradillos Basoco, Dirs.; Nieto Martín/ Pérez Cepeda, Coords.), Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 736; SUÁREZ GONZÁLEZ, “Arts. 319-340”, p. 935. Esta posición, fue asumida también en la STS 2187/2001, de 21 de diciembre, pnte. Joaquín Martín Canivell, en cuyo FJ 1º, se afirmó que la creación de un depósito de purines quedaba contenida en el art. 325, porque, por una parte, el art. 328 sancionaba una conducta previa –de mero establecimiento de los depósitos o vertederos–, y porque “se produjeron salidas y filtraciones (...) del contenido de tal depósito consistente en purines porcinos y bovinos que contienen, según dictamen pericial, microorganismos patógenos capaces de crear riesgos en el medio ambiente”. Luego, en la STS 486/2007, de 30 de mayo, pnte. Manuel Marchena Gómez, se precisó esta interpretación, En su FJ 5º se indica que una de las tesis posibles para diferenciar ambas normas –y que resulta ser la finalmente acogida– es entender que “el delito del art. 328 del CP consistiría en construir depósitos llamados a servir de almacenaje ulterior de sustancias prohibidas en atención a su contenido tóxico o contaminante. La construcción de tales depósitos -que de otra forma no superaría el escalón del acto preparatorio impune- consumaría el delito, sin

Por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ propusieron una interpretación, a partir de la polisemia del término “depósito” -que tanto se refiere a “aquello que es depositado” como al “espacio o lugar en que es depositado”-, cabría entender que la primera de estas acepciones se encontraba contenida en el art. 325, en tanto que la segunda en el art. 328. Fundamentaron esta posición en dos argumentos gramaticales. El primero, que en esta última disposición se equiparaba “depósitos” con “vertederos”, mientras que en el art. 325 se hacía referencia a “depósitos” y “vertidos”; el segundo, que el en art. 328 se sancionaba a quienes “establezcan” los depósitos o vertederos, en oposición a quienes los “provocaren” o “realizaren” del art. 325. Así, el establecimiento de depósitos o vertederos correspondería a un acto preparatorio o una tentativa de participación en la realización de depósitos o vertidos en sentido estricto, que no sería subsumible en el art. 325, en tanto no se iniciaran los vertidos o depósitos.

Por su parte, TERRADILLOS BASOCO propuso una interpretación diversa, según la cual la diferencia entre uno y otro tipo habría estado, no por corresponder el art. 328 a una fase preparatoria respecto al tipo base ni por su menor contradicción con la normativa administrativa, como en las alternativas expuestas, sino, por el mayor cuidado y consiguiente menor riesgo -justificador de la menor pena- que expresaba la conducta de quien aun estableciendo depósitos de sustancias peligrosas o tóxicas, mantenía éstos en contenedores cerrados, de forma que no entrasen en contacto con las aguas, el suelo, o el aire⁵¹⁶.

A mi modo de ver, los esfuerzos interpretativos de la jurisprudencia y especialmente de la doctrina, ponen de manifiesto que se trataba de un problema de incoherencia sistemática a causa de una mala técnica legislativa, generada por la transposición descuidada de normativa comunitaria. En efecto, mediante la LO 5/2010, se incluyeron en el CPE -y específicamente en el art. 328- nuevas conductas, que intentaron plasmar lo dispuesto por la Directiva 2008/99/CE sobre residuos⁵¹⁷, que en su art. 36.1 establece que “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir el abandono, el vertido o la gestión incontrolada de residuos*”. Esta misma disposición en su n° 2, impuso a los Estados la obligación de establecer disposiciones con sanciones “*efectivas, proporcionadas, y disuasorias*”, pero indudablemente en el cumplimiento de este mandato en sede penal se vulneraron principios básicos de determinación y congruencia interna que dificultaron la aplicación de las normas, distorsionaban la proporcionalidad, y consiguientemente, no poseían un claro efecto motivador.

necesidad de que efectivamente se llegara a realizar ningún vertido. De llegarse a producir éste, el tipo del art. 325.1, por aplicación del principio de consunción, absorbería las conductas del art. 328”.

⁵¹⁶ TERRADILLOS BASOCO, “Delitos relativos a la protección...”, p. 53. PRATS CANUT, JOSEP/ MARQUÈS I BANQUÉ, MARÍA, “De los delitos relativos...”, p. 1761, parecieron decantarse por una línea similar al afirmar “los vertidos del 325.1 son vertidos liberados y por tanto ya constituyen un acto de contaminación directo sobre el aire el agua o el suelo: por el contrario los vertederos de residuos líquidos que se encuentran en algún compartimento estanco (bidones, depósitos, etc.) de tal suerte que al no estar liberados, sin perder su potencial lesivo, sí que éste se encuentra más alejado del que comporta la efectiva liberación de los mismos”. MORALES PRATS, “El delito de contaminación ambiental...”, p 1041, proponía una tercera hipótesis interpretativa de la norma en cuestión según la cual la conducta incriminada en el art. 328 sería la del “establecimiento de depósitos o vertederos con infracción o con incumplimiento de lo dispuesto en una licencia o autorización específica; se trata de una conducta menos grave que la prevista en el art. 325.1, que aludiría al establecimiento de depósitos o vertederos clandestinos *tout court*, en la medida que vulneran frontalmente la normativa de tutela ambiental general”

⁵¹⁷ MONTANER FERNÁNDEZ, RAQUEL, “Los delitos contra el medio ambiente”, en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, (Silva Sánchez, Dir.; Pastor Muñoz, Coord.), Ed. La Ley, Madrid, 2012, p. 523.

No se ha revivido en vano el análisis ni los cuestionamientos efectuados en relación al alcance del art. 328 antes de la LO 1/2015, sino para aportar a la definición que actualmente podría darse al concepto de depósitos -habida cuenta de la supresión del citado art. 328.1-, para determinar, en definitiva, si se justifica mantenerlos como una hipótesis distinta de los vertidos.

A mi modo de ver, tanto por la multiplicidad de definiciones que la Doctrina española entregó de ellos, como porque pueden ser definidos en base a los conceptos entregados por el Diccionario de la RAE, que -en su segunda y tercera acepción-, los identifica con “cosa depositada” y con “lugar o recipiente donde se deposita algo”⁵¹⁸, o recurriendo a su forma verbal, Depositar -en su significado n° 7- como “colocar algo en un sitio determinado y por tiempo indefinido”⁵¹⁹, se justifica mantenerlos como una hipótesis separada de los vertidos, porque no es lo mismo realizar vertidos de sustancias contaminantes -acción que da cuenta de una conducta dinámica-, que realizar o provocar depósitos, porque este último concepto, efectivamente, incluye una nota de permanencia en el tiempo, que permite incluir la conducta de quien puede no estar realizando actualmente ninguna acción, pero que mediante sus vertidos, provocó que una determinada sustancia se instalara por un tiempo indeterminado en el suelo o el agua, dando cuenta de un matiz propio de la acumulación⁵²⁰.

4.2 Conductas típicas excepcionalmente contaminantes. Los Ruidos

Si bien los ruidos pueden incardinarse en las emisiones, me pareció necesario separarlo de las conductas comisivas que a continuación se describen, porque su incorporación al art. 325 CPE, ha derivado en la distorsión del bien jurídico-penal medioambiental, y la vulneración de los principios penales sobre los que se ha construido este trabajo. El problema no es la excepcionalidad de la emisión de ruidos con aptitud para generar un riesgo relevante y la posterior afectación del equilibrio de los sistemas naturales, sino que, como se verá, en España se ha ido consolidando una interpretación antropocéntrica a partir de esta hipótesis comisiva.

⁵¹⁸ <https://dle.rae.es/dep%C3%B3sito?m=form>

⁵¹⁹ <https://dle.rae.es/depositar?m=form>

⁵²⁰ Para CASTELLÓ NICÁS, “Concepto, contenido y protección...”, p. 337, se trataría de objetos sólidos de un cierto volumen que se acumulan por el hombre.

En efecto, para una parte de la doctrina, la incorporación de los ruidos como una de las hipótesis comisivas en el art. 325 de la LO 10/1995 completó adecuadamente la protección penal medioambiental en España⁵⁵⁰ y puso de manifiesto la marcada nota antropocéntrica del medio ambiente, porque como lo que “*se pretende proteger, en primera y última instancia es al ser humano. El legislador tiene que proteger un medio ambiente determinado y no otro, que es el que le permite no vivir, sino evolucionar y progresar*”⁵⁵¹. En efecto, no fueron pocos los autores que consideraron que la tipificación de los ruidos en el delito medioambiental venía a salvar la laguna que generaba el art. 347 bis –pues durante su vigencia no se dictó ninguna sentencia fundada en ellos-⁵⁵².

A mi juicio, en cambio, esta comprensión parte de premisas erróneas. La primera, de ellas es que el concepto de medio ambiente penalmente tutelable puede y debe equipararse, o cuando menos definirse, a partir del concepto constitucional del mismo. La segunda, que consiguientemente, el tipo base medioambiental debiese dar cobertura contra toda, o casi toda, forma de contaminación que pudiese afectar a las personas⁵⁵³.

En efecto, la tipificación expresa de los ruidos como hipótesis comisiva de un tipo base medioambiental nos reconduce, otra vez, a la delimitación del bien jurídico-penal, que aquí no se iguala a medio ambiente, que sólo opera como objeto de referencia del bien jurídico penal “*equilibrio de los sistemas naturales*” protegido por el art. 325 del CPE.

Como se dijo, el medio ambiente penal tendrá contornos mucho más reducidos a los tutelados por otras ramas del derecho u otras ciencias, y en este trabajo ha sido definido como el *conjunto de elementos físicos, químicos y biológicos en los que se sustentan los sistemas naturales, y que interrelacionados entre sí han permitido el florecimiento y la mantención de la vida sobre la tierra*. En esta definición sólo se incluyen elementos distintos del hombre y no referenciados a él, porque a pesar de que, desde la perspectiva óptica, científica y constitucional, el hombre forma parte del medio ambiente, el Derecho penal debe asignarle a este último un contenido que no lo incluya directamente, porque, como se viene señalando, su protección se encuentra dispensada vasta y autónomamente. A partir

⁵⁵⁰ VERCHER NOGUERA, ANTONIO. “El ruido como elemento integrante del medio ambiente y su protección penal” en *Derechos, justicia y estado constitucional. Un tributo a Miguel C. Miravet* (Añon/Miravet Bergón, Pablo, Eds.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 203.

⁵⁵¹ MATELLANES RODRÍGUEZ, *Derecho Penal del medio ambiente*, p. 63; en el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 60.

⁵⁵² Así, por ejemplo, VERCHER NOGUERA, “Responsabilidad Penal Ambiental”, p. 41.

⁵⁵³ En este sentido, MARTOS NUÑEZ, JUAN ANTONIO, *El delito de contaminación acústica*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, p. 21, sostiene que la trascendencia y complejidad del medio ambiente como bien jurídico protegido por el Derecho penal ambiental requiere un concepto jurídico ambiental no absoluto, pero suficientemente amplio como para comprender los ataques que las nuevas tecnologías puedan dirigir, directa o indirectamente, contra el ecosistema.

de esta concepción ecocéntrica, la protección de la vida y la salud de las personas sólo podría constituir la razón última por la que, en cuanto bien jurídico, el equilibrio de los sistemas naturales merece tutela penal. Ello no excluye que la afectación de la vida o salud del hombre puede ser tipificada como agravante y/o en concurso con delitos contra la vida, la salud privada o la salud pública.

Pero su explícita incorporación y su posterior aplicación judicial, ha propiciado una desacertada comprensión del medio ambiente como bien jurídico penal, por la homologación de su contenido con el constitucional, que sí posee un marcado cariz antropocéntrico. Así, por ejemplo, MARTOS NÚÑEZ, afirma que la mayor o menor trascendencia del bien jurídico penal protegido será una variable dependiente de los derechos que lo configuran, que en el caso del medio ambiente serían: a) El derecho a la salud –como integridad física y moral, art. 15 CE-; b) El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario –art. 18 CE-; y c) el derecho a un medio ambiente adecuado que, en base al equilibrio de los sistemas naturales, garantice el bienestar y la calidad de vida –art. 45 CE⁵⁵⁴.

Esta comprensión del bien jurídico-penal medioambiental, unida a la consideración de la hipótesis de riesgo para la salud de las personas como tipo autónomo, puede llevar a sancionar penalmente casi cualquier conducta molesta o incívica⁵⁵⁵, y constituye, a mi juicio, un marcado y peligroso retroceso -respecto de las pretensiones de eficacia de la norma para el que aquí se entiende como medio ambiente penal-, en la que venía siendo una progresiva concepción de tinte más ecocéntrico, advirtiéndose, igual que sucediese en los albores del tipo ecológico, una tendencia a ponderar el riesgo desde la exclusiva óptica de los bienes jurídicos individuales.

Las nefastas consecuencias prácticas de la expresa inclusión de los ruidos como hipótesis comisiva, se evidencia en las SSTs. La primera que incorporó en el concepto penal

⁵⁵⁴ MARTOS NÚÑEZ, *El delito de contaminación...*, p. 22. Como se observa, los autores que comprenden los ruidos desde esta perspectiva antropocéntrica sustentan su posición, en que el bien jurídico-penal medioambiental debiera interpretarse bajo el prisma del art. 45.1 CE, que consagra el derecho a disfrutar de un medio ambiente *adecuado para el desarrollo de la persona*. A partir de éste y del mandato constitucional previsto en el art. 45.2, que impone a los poderes públicos la obligación de velar por una utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida, han entendido, en palabras de GÓMEZ INIESTA, DIEGO, “Contaminación acústica y delito ecológico”, en *Estudios de Derecho Ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, (Quinteros Olivares/ Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 928, que “la protección del medio ambiente implica dentro de sus finalidades el derecho fundamental recogido en el art. 15 CE conectado con el derecho a la salud del art. 43 CE, a su vez que el derecho a la salud debe garantizarse a través de la protección al medio ambiente”.

⁵⁵⁵ PÉREZ MARTOS, JOSÉ, *Ordenación jurídica del ruido*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2003, pp. 116-121, afirma que, en cuanto agente contaminante, el ruido “incide sobre varios derechos, principios y valores constitucionales y sobre determinados sectores materiales de intervención administrativa”, poniendo como ejemplo la seguridad pública que se ve afectada por la realización de botellones. Un ejemplo del alcance que una interpretación como esta puede llegar a justificar lo constituye la STS 1307/2009, pnte. Ciro García Pérez, de 5 de diciembre, en la que se mantuvo la condena a una acusada por un delito medioambiental en concurso con tres delitos de lesiones, porque -según se consignó en los hechos probados-, “el ruido generado (...) ha perturbado gravemente la vida familiar y la salud física y psíquica de los moradores”.

de medio ambiente la afectación de derechos fundamentales como la integridad física o síquica y la inviolabilidad del domicilio -entendiendo que cabía en el art. 325 CPE una conducta que afectase exclusivamente a éstos- fue la, por muchos comentada, STS 52/2003 (Sala de fiestas Chapó)⁵⁵⁶.

Para resolver sobre la aplicación del art. 325 CPE en este supuesto, el TS hizo suya la doctrina que el TC había asentado en la STC 119/2001⁵⁵⁷, según la cual el derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE, no estaba constituido sólo por la inviolabilidad de la persona frente a ataques físicos, “*sino que también en contra de toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular*”. En este sentido, la protección de la persona también incorporaba los derechos a la intimidad privada y familiar, y la inviolabilidad del domicilio, por constituir este último “*el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima*”⁵⁵⁸.

De esta manera el TC reafirmó la amplia cobertura de los citados derechos fundamentales, “*frente a todo tipo de injerencia que impide la calidad de vida, tan amplia que permite hablar dentro del derecho a la intimidad del derecho al silencio, al descanso, a la tranquilidad, frente a cualquier tipo de agresión que proceda del exterior, que no exige un deber específico de soportarlo, como son los ruidos que alcanzan niveles intolerables*”⁵⁵⁹. En la misma línea, el TC afirmó, a partir de la jurisprudencia del TEDH -específicamente en el caso López Ostra contra España de 9 de diciembre de 1994, y en el caso Guerra y otros contra Italia, de 19 de febrero de 1998- que “*en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas,*

⁵⁵⁶ De 24 de febrero, pnte. Carlos Granados Pérez. En esta sentencia, se introdujo desacertadamente algunos criterios aportados por la STC 119/2001 y por la jurisprudencia del TEDH para valorar penalmente unos hechos, que en lo pertinente, consistieron en que una sala de fiestas que contaba con licencia municipal de funcionamiento que le imponía una limitación en la emisión de ruidos a un máximo de 30 dBA, operó en diversas ocasiones incumpliendo tal restricción. A causa de las reiteradas denuncias de vecinos se efectuaron diez mediciones sonométricas que confirmaron el incumplimiento de la legislación sectorial y de la autorización de funcionamiento. Frente a esta situación se incoaron múltiples expedientes administrativos, disponiéndose finalmente la clausura cautelar del local. Según se indica en los hechos probados, a consecuencia de la situación creada por la percepción de ruidos provenientes de la Sala de Fiestas y su incidencia en la salud, una pareja debió trasladar su domicilio, dos niños y dos mujeres sufrieron alteraciones del sueño requiriendo tratamiento médico y/o farmacológico, y un hombre aumentó los brotes de una enfermedad previa, presumiblemente a causa también de los trastornos del sueño. Todos los afectados eran ocupantes del inmueble donde funcionaba la sala de fiestas.

⁵⁵⁷ De 29 de mayo de 2001, pnte. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

⁵⁵⁸ STC 119/2001, FJ cinco. El TC declaró la plena efectividad de dichos derechos, a los que asignó una “dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales”, que “hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”

⁵⁵⁹ GÓMEZ INIESTA, “Contaminación acústica...”, p. 931.

pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del art. 8.1 del Convenio de Roma⁵⁶⁰”.

A partir del referido fallo del TC y de la jurisprudencia europea citada, el TS concluyó en la STS 1220/2003, que *“el ruido puede llegar a representar un factor psicopatológico destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos”*, y que *“una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad.”*

Desde mi punto de vista, en la citada sentencia se advierte un problema de coherencia interna, porque establecido que fuera el ruido como un elemento que incide en la calidad de vida de las personas y que, por ende, demanda la intervención del estado para su control, se infiere, desafortunadamente, que dicho control debe ser dispensado por el Derecho penal y específicamente mediante el art. 325. Para arribar a tal conclusión el TS equipara el equilibrio de los sistemas naturales, un bien jurídico-penal con los derechos fundamentales a la salud, la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, el bienestar y la calidad de vida. Y es que, aunque los supuestos fácticos de las STC 119/2001 y la STS 1220/2003 tuviesen en común la emisión por particulares de ruidos con infracción de normas sectoriales que generaron molestias y problemas de salud en ciertas personas, resulta evidente que lo que estaba encomendado resolver a cada tribunal era completamente distinto. El TC, debía pronunciarse, y así lo hizo, sobre la presunta negligencia de la Administración valenciana para poner freno al incumplimiento de la legalidad por parte de los establecimientos emisores de los ruidos, que, según la demandante, se había constituido en la causa de la vulneración de sus derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad e inviolabilidad del domicilio. El objeto litigioso eran derechos fundamentales. El TS, en cambio, estaba llamado a resolver respecto a la existencia de responsabilidad penal de un ciudadano que administraba un local de fiestas que emitía ruidos por encima de los permitidos en la normativa sectorial, que afectaron la salud de algunos vecinos. Debía pronunciarse, entonces, sobre la eventual afectación de un bien jurídico-penal. Si ello era así, vale decir, si el TC debía razonar en torno a derechos fundamentales y el TS sobre bienes jurídico-penales, ¿Por qué este último tribunal utilizó los argumentos del primero? ¿Cómo

⁵⁶⁰ STC 119/2001, FJ sexto y STS 1220/2003, FJ primero, N°6.

se explica que el TS haya determinado la responsabilidad penal de un ciudadano por la vulneración de derechos fundamentales y no por la antijuridicidad penal –formal y material- de la conducta? A mi juicio, la respuesta se encuentra justamente en la incorrecta comprensión y equiparación de estos dos conceptos que, aunque constituyen conjuntos que se intersecan y superponen, nunca llegan a ser idénticos porque no lo son su esencia, sus finalidades, sus destinatarios, los principios que los sustentan, las sanciones asociadas a su incumplimiento, etc.

A mi entender, mediante la citada interpretación, se infringe abiertamente el principio de legalidad y el de *ultima ratio*, además de los de lesividad y proporcionalidad, socavándose efectivamente las bases del Estado democrático de Derecho, porque la inmensa mayoría de casos de condenas por el art. 325 CPE, en supuestos de contaminación acústica, ha permitido la sanción de conductas que sólo afectan a bienes jurídicos individuales -la salud individual-, y cuya lesión se encuentra sancionada específicamente en un tipo penal diverso; o se ha construido un bien jurídico ambiental a partir de la voz “Ruidos”, que sólo tutela los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad familiar y domiciliaria, sancionando acciones que no afectan el bien jurídico-penal medioambiental.

La segunda de las situaciones descritas queda en evidencia en la STS 327/2007⁵⁶¹, en la que el TS, en un intento por salvar la nula lesividad de la conducta enjuiciada para el bien jurídico “equilibrio de los sistemas naturales” o incluso para el bien jurídico “medio ambiente”, lleva su alcance a niveles que no aparecen sostenibles desde perspectiva alguna. Se amplía intolerablemente el ámbito de lo sancionable mediante el tipo medioambiental, otorgando al bien jurídico un contenido puramente antropocéntrico, en virtud del cual, éste puede comprender incluso el domicilio de una persona. De esta forma se niega al bien jurídico su naturaleza supraindividual, porque la violación del domicilio de una persona afecta únicamente a aquella, no pudiendo sostenerse con un mínimo de rigor, que el carácter colectivo del bien jurídico medio ambiente venga dado, no ya porque su titularidad es de todos, sino porque el sujeto pasivo pertenece a la especie que se desarrolla en él, ya que así,

⁵⁶¹ De 27 de abril, pnte. Enrique Bacigalupo Zapater. en la que se tuvo por probado (FJ 3º, 2), que “a consecuencia de la reiterada inmisión de ruidos en horas nocturnas (...) en los domicilios y dormitorios de los cuatro denunciados personados, todos ellos se han visto sometidos a una continuada situación de insomnio y estrés”, que en el caso de los perjudicados D. Rubén y Dª Verónica, (...) “ha derivado incluso en el desarrollo de un cuadro clínico ansioso-depresivo que ha precisado tratamiento farmacológico y homeopático”. A partir de tales hechos, para justificar la alegación del recurrente, referida al sujeto pasivo colectivo del art. 325, el TS afirmó que “el medio ambiente protegido es también el hábitat de una o varias personas, es decir, el «conjunto local de condiciones geofísicas en las que se desarrolla la vida de una especie o de una comunidad animal o de personas». (...) es evidente que éste es el lugar en el que se desarrolla una parte importante de la vida humana y, en este sentido, también forma parte del medio ambiente”. (...) “El sujeto pasivo del delito contra el medio ambiente no se caracteriza por el alto número de perjudicados, sino por la pertenencia a la especie cuya base biológica se desarrolla en el mismo”

toda conducta atentatoria contra un bien jurídico individual sería sancionable por medio del tipo ecológico⁵⁶².

La otra errónea fórmula utilizada para sancionar los ruidos como conducta típica del art. 325 CPE, es aquella que en lugar de forzar el alcance del bien jurídico medioambiental para intentar incardinar en él las conductas que sólo afectan bienes jurídicos individuales, adopta la interpretación según la cual el riesgo para la salud de las personas –art. 325.2 inciso segundo- constituye un tipo autónomo que, en consecuencia no requiere la acreditación de la afectación del medio ambiente, sino sólo la prueba de los restantes extremos típicos.⁵⁶³

Así, si por una parte se entiende que la salud de las personas se tutela mediante un subtipo independiente para cuya concurrencia es sólo menester la idoneidad de la conducta para generar un riesgo grave para ésta, que se colma por la afectación grave de la calidad de vida⁵⁶⁴, y por otra, se afirma que constituye un hecho público y notorio que el ruido constituye un serio factor psicopatógeno, y, por ende, no resulta necesario acreditar los efectos concretos que éste ha producido, nos encontramos, por un lado, con una presunción de peligro, y por otro, frente a una total homologación del ámbito penal y el administrativo, ya que en la práctica resulta suficiente que se acredite la generación de ruido que infrinja la

⁵⁶² En el mismo sentido la STS 848/2007, de 7 de febrero, pnte. Joaquín Giménez García, constituye otro ejemplo de cómo se ha consolidado en la jurisprudencia del TS la interpretación que se reseña, que se asume cada vez con menos razonamientos. Así, en el FJ 3º de este fallo se afirma que “hoy día el Medio Ambiente es un concepto que abarca y se integra por un abanico de derechos fundamentales de los que la contaminación acústica constituye un ataque contra aquél”. Luego, cita tanto la normativa comunitaria y sectorial, los “precedentes jurisprudenciales” del TEDH, y la jurisprudencia del TC que la ha acogido, principalmente, a la comentada STS 1220/2003. A partir de estas referencias concluye que “la protección del medio ambiente a través de la interdicción del ruido es un bien jurídico que queda enmarcado en el ataque a los derechos fundamentales como el derecho a la salud y a la intimidad personal y familiar y que ya ha pasado a formar parte del acervo de valores comúnmente aceptados por nuestra sociedad”. Por último, en la STS 152/2012, de 2 de marzo, pnte. Carlos Granados Pérez, ya ni siquiera se hace cuestión sobre el contenido del bien jurídico, cuando en el FJ 3º, razonando sobre coautoría, el tribunal señala que los recurrentes, “además del pleno conocimiento de la grave infracción de la normativa protectora del medio ambiente y de las vulneraciones de derechos fundamentales de los vecinos del inmueble, gozaban del dominio funcional de los hechos que los causaban”.

⁵⁶³ En este sentido, la STS 325/2007, constituye un ejemplo del aciago alcance que ha tenido la consideración del peligro para la salud de las personas como hipótesis autónoma. En ella, razonando sobre la falta de acreditación del riesgo grave para la salud de las personas alegada por el recurrente, el TS aseveró que “es sabido y por lo tanto público y notorio que una larga exposición a ruidos perturbadores del sueño entraña un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas”, posición que reafirmó cuando, analizando la concurrencia del peligro descrito en el tipo, dijo que “los ruidos, emitidos con constancia durante una importante parte del día y durante un largo tiempo, tienen aptitud para producir un grave perjuicio en la salud de las personas (...). Actualmente los conocimientos científicos han adquirido un nivel de divulgación tal en esta materia que es innecesario hacer aquí una reseña prolija de los mismos”.

⁵⁶⁴ En este sentido, la STS 370/2016, de 28 de abril, Pnte: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro, establece en su FJ 5º, declara que “la calificación penal de acto de contaminación -señala la STS 244/2015- no requiere una modificación de la salud física del perjudicado sino que la gravedad se rellena mediante la perturbación grave de las condiciones de calidad de vida, sin perjuicio de que si concurre la perturbación en la salud física o psíquica, concurre con un delito de lesiones”

normativa sectorial para inferir que se ha generado un riesgo para la salud de las personas. Entonces, afirmado el ruido prolongado, el riesgo para la salud de las personas es evidente e incontestable.

A mi modo de ver, entonces, una interpretación como la que se ha venido imponiendo en relación a los ruidos, genera gravísimas consecuencias dogmáticas y político-criminales. En primer término, desnaturaliza el tipo penal medioambiental base, porque permite la inclusión en su seno (y la sanción agravada) de conductas que no lo afectan en absoluto, en una abierta vulneración del principio de lesividad, ya que se castiga conductas que no lesionan al medio ambiente ni tampoco la salud de las personas, porque si ésta se produce se castigara por el delito medioambiental en concurso con el delito de lesiones⁵⁶⁵. No habiendo bien jurídico afectado se iguala infracción administrativa e injusto penal, con una franca infracción del principio de *ultima ratio*, lo que se ve facilitado por la comprensión del ruido como factor psicopatógeno, que constituye un elemento afianzado científicamente que no requiere prueba alguna. Se vulnera, el principio de proporcionalidad, ya que, por una parte, se sanciona con una pena más grave a quien “pone en peligro” la salud de las personas por la generación de ruido que quien la lesiona por otro medio, y, además, quien lesiona la salud de alguna persona por la generación de ruido será sancionado por ello y además por la pena agravada del delito medioambiental.

La sanción penal de conductas productoras de ruido que generan sólo un “riesgo grave para la salud de las personas” encubren el problema de fondo que plantea la contaminación en general y la acústica en particular. Como se evidencia en la STEDH López Ostra contra España, así como en las múltiples sentencias en las que se constata una efectiva lesión de la salud de personas a causa del ruido, ésta se produce porque la Administración no sólo no adoptó oportuna ni cabalmente las medidas a las que está obligada para que dicho elemento no llegase a afectar el derecho fundamental de las personas a la inviolabilidad domiciliaria y a una adecuada calidad de vida, sino que su falta de diligencia fue tal, que el ruido incontrolado devino en lesiones de personas⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ Así, por ejemplo, la STS 244/2015, de 22 de abril, pnte: Joaquín Giménez García, hace suya la oración contenida en la STC 16/2004 dictada con ocasión de un recurso de amparo (que a su vez remite a la ya comentada doctrina del TEDH y a la STC 119/2001) y declara que “El ruido, en la sociedad de nuestros días, puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos”. Son replicables, por ende, las mismas consideraciones, el TS utiliza fundamentos del TC -naturalmente relacionados con el concepto Constitucional del medio ambiente-, para justificar la estimación de los ruidos como constitutivos de peligro grave para la calidad de vida.

⁵⁶⁶ En este sentido coincido plenamente con QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,

Lamentablemente, la abundante jurisprudencia del TS a partir de la STS 1220/2003, da cuenta de la consolidación de esta línea interpretativa que, por sus indeseadas consecuencias, no puede defenderse político-criminalmente como “*una decisión meramente transitoria hasta que se produzca un cambio en la sensibilización social por el problema de la contaminación acústica o un verdadero asentamiento de la reciente normativa administrativa*”⁵⁶⁷, pues dicha justificación la hace aún más grave, y termina de pervertir y difuminar los límites del Derecho penal en un Estado democrático de derecho.

Por todo lo referido creo que resultaría razonable la exclusión de la hipótesis de ruidos⁵⁶⁸ del art. 325 CPE, porque siguiendo una línea interpretativa como la aquí preferida, ellos seguirían siendo castigados -sin forzar el tenor de la norma- cuando pusieran en peligro el equilibrio de los sistemas naturales, mediante su incardinación en la hipótesis de “emisiones”. Porque aunque su presencia expresa de esta hipótesis en el tipo no debiera ser relevante, teniendo en cuenta que ha permitido el afianzamiento de una interpretación que

Madrid, 2008, p. 349, cuando afirma que en la comentada STC 119/2001, se echa en falta una posición definida del TC respecto a la responsabilidad de la Administración por la lesión de derechos fundamentales a causa del ruido, que ha sido posibilitada por su inactividad o pasividad -que constituye jurisprudencia del TEDH-, que de establecerse, sin duda, permitiría resolver de mejor manera el problema de la contaminación acústica urbana, pues en la mayoría de los casos, las lesiones de tales derechos y con mayor razón la afectación de la salud de personas, se produce a causa de fuertes ruidos emitidos durante meses o años por establecimientos de comercio, sin que la Administración asuma un rol protagónico en su control.

De hecho, en la recién citada STC 16/2004, analizando la posible afectación de derechos fundamentales, en el FJ 4, el Tribunal declara que “En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE”.

Otro ejemplo, en que se mantiene el mismo error conceptual, lo encontramos en la más reciente STC 3488/2018, de 27 de septiembre, pnte. Andrés Martínez Arrieta, en la que se asevera que “Esta Sala, en reiterada jurisprudencia, ha puesto de manifiesto, como también los tribunales Constitucional y el Europeo de Derechos Humanos, que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tiene un indudable efecto sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su contexto social, y también su derecho a la intimidad personal o familiar en la medida que impiden o dificultan gravemente el libre desarrollo de la personalidad, lo que comporta una especial gravedad cuando las posiciones a niveles intensos de ruido es prolongada en el tiempo. En este sentido la sentencia 370/2016, de 28 abril.”

⁵⁶⁷ GÓMEZ INIESTA, “Contaminación acústica...”, p. 942.

⁵⁶⁸ GARCÍA RUIZ, ASCENSIÓN, *GREEN CRIMINOLOGY. El ruido: un intruso en el Derecho penal medioambiental*, Ed. Edifoser/B de F, 2017, pp. 31-44, nos da la razón en cuanto a que el ruido posee unas características muy disímiles de las restantes contempladas en el art. 325 CPE, describiéndolo como “el elemento “contaminante” más barato de producir, y necesita muy poca energía para ser emitido; “posee un estrecho vínculo y conexión con el derecho a la intimidad personal y familiar e inviolabilidad del domicilio, proclamados en el art.18 CE”; “no produce efectos que se concentren en ningún caso en el medio, sino en el hombre y otros seres vivos”. Para la autora, es tan marcado su componente subjetivo “que, incluso tratándose de una misma persona, el grado de afectación por similares categorías de ruido puede variar de forma considerable, dependiendo del espacio en que se desarrolle”. Tras señalar las citadas y otras importantes diferencias concluye que “no resulta banal preguntarnos si el ruido ocupa sistemáticamente el lugar que le corresponde en nuestro ordenamiento penal, dado que el art. 325 recoge una amalgama de comportamientos contra el medio ambiente que comparten similitudes acusadas, pero de las que en su gran mayoría el ruido se aleja sustancialmente”.

como dice CORCOY, más que plasmar “*una visión antropocéntrica del medio ambiente, que significa la protección indirecta de la salud y la vida de las personas a través de la protección de los sistemas naturales, [constituye] una utilización abusiva, o incluso podríamos decir fraudulenta del delito medioambiental*”⁵⁶⁹, como opción político-criminal, optaría de lege ferenda por su exclusión del tipo.

4.3 Conductas contaminantes que pueden incardinarse en alguna de las otras hipótesis típicas⁵⁷⁰

Siguiendo con las hipótesis hoy previstas en el art. 325.1 CPE, los *aterramientos*, han sido entendidos, en un sentido amplio, como “*vertidos de tierra o escombros en caudales hídricos*”⁵⁷¹ o, en alusión directa a los humedales, como “*alteración del equilibrio natural mediante el depósito de sólidos en zonas húmedas, de modo que éstas acaban por secarse y perder tal condición*”⁵⁷². A mi modo de ver, cualquiera sea la definición que se escoja, esta acción puede entenderse incorporada en el concepto de vertido. Por su parte, las *vibraciones* -en oposición a los ruidos- son definidos como “*movimientos trémulos*”⁵⁷⁴ propagados por ondas⁵⁷⁵ que, en consecuencia, por su forma de transmisión pueden también entenderse comprendidos en las emisiones. En mi opinión, así lo refuerza la definición de contaminación acústica contenida en la Ley del Ruido, que comienza definiéndola como la “*presencia en el ambiente de ruidos y vibraciones cualquiera sea el emisor acústico*”⁵⁷⁶. Porque si emisor es el que emite, también puede serlo el que provoca o realiza emisiones de ondas sonoras.

⁵⁶⁹ CORCOY BIDASOLO, “Contaminación acústica...”, p. 869.

⁵⁷⁰ Como se dijo los ruidos también entrarían en esta categoría, porque son emisiones de ondas sonoras, pero por las razones expuestas precedentemente parecía necesario tratarlas en un apartado separado.

⁵⁷¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Medio ambiente, Territorio...*, p. 330. En el mismo sentido, para MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 68, comprende aterramiento como “ *echar tierra al agua o aumento de depósito de tierras, limo o arena en el fondo de un mar, de un río por acarreo natural u voluntario*”.

⁵⁷² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ/ OLMEDO CARDENETE, “De los delitos contra los recursos naturales...”, p. 232.

⁵⁷⁴ MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 71;

⁵⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 58. Los autores definen vibraciones como “*movimientos trémulos y oscilantes propagados asimismo por ondas*”; GÓMEZ INIESTA, “Contaminación acústica...”, p. 731, afirma que desde la perspectiva administrativa los ruidos y las vibraciones quedarían comprendidos en el concepto de contaminación acústica.

⁵⁷⁶ La definición íntegra de contaminación acústica, contenida en el art. 3, letra d) de la Ley del Ruido 37/2003, de 17 de noviembre, es: “*Presencia en el ambiente de ruidos o vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente.*”

A su turno, las **inyecciones**, pueden definirse como “*la introducción de un fluido en un cuerpo mediante un instrumento*”⁵⁷⁷, por lo que, a mi juicio, corresponden a un vertido de un fluido mediante un mecanismo particular⁵⁷⁸.

Por su parte, las **radiaciones**, son definidas como la “*transmisión de partículas o de energía en forma de ondas, a través del espacio o de un medio natural*”⁵⁷⁹. Además de poder incardinarse en las emisiones, éstas se solapan con las “radiaciones ionizantes” -flujo de partículas que son emitidas como consecuencia de la fisión nuclear (bombardeo de átomos pesados con electrones que se rompen y liberan nuevos electrones golpeando a los átomos a su alrededor produciendo un efecto en cadena)⁵⁸⁰, que posee “*suficiente energía para producir ionizaciones al atravesar una sustancia*”⁵⁸¹”; se caracterizan, en consecuencia, por su alto poder perturbador de la materia viva e inerte, y se encuentran expresamente sancionadas en el art 343.1 del CPE⁵⁸².

Así, mientras el art. 325.1 castiga al que realiza un vertido (introduce materiales), una emisión o radiaciones (produce “radiaciones ionizantes”) en los recursos naturales -aire, suelo, aguas-, que cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, a animales o plantas, sancionándolo con una pena privativa de libertad de seis meses a dos años; en el art. 343.1 podría incardinarse la misma conducta, pero ésta sería sancionada con una pena de seis a doce años. Ante ello, y por una cuestión de especialidad, la emisión de radiaciones ionizantes debiera ser sancionada de conformidad con el art. 343.1, a pesar de que los objetos en los que ha incidido la conducta son los mismos, y los resultados típicos son equivalentes, e incluso más severos en el art. 325.1, porque incluso alude a la lesión, mientras que el art. 343.1, se basta con el peligro concreto -para la calidad del aire, del suelo o de las aguas, animales o plantas-. Sólo puede justificarse la drástica diferencia penológica en que las radiaciones ionizantes y la energía nuclear como formas de agresión

⁵⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 58; MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 72, replica la definición de la RAE, según la cual por inyecciones puede entenderse “la introducción a presión de un gas, un líquido o una masa fluida, en el interior de un cuerpo o una cavidad”.

⁵⁷⁸ RODAS MONSALVE, *Protección penal...*, p. 299, aunque en un análisis sobre el art. 347 bis, también se decanta por esta posición, fundándola en que la definición de vertidos contenida en el RD 849/1986, reglamentario de la ley de Aguas debiese constituir un criterio básico de interpretación penal; y ésta en su art. 245 establece que “se consideran vertidos, según la Ley de Aguas, los que se realicen directa o indirectamente en los cauces, cualquiera sea la naturaleza de éstos, así como los que se lleven a cabo en el subsuelo o sobre el terreno, balsas o excavaciones mediante evacuación, inyección o depósito”

⁵⁷⁹ SANZ LARRUGA, FRANCISCO JAVIER, *La protección jurídica ante las radiaciones y la contaminación electromagnética*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 25.

⁵⁸⁰ DE LA CUESTA AGUADO, PAZ MARÍA, “De los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes” en *Derecho Penal del medio ambiente*, (Terradillos Basoco, Edit.), Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 122.

⁵⁸¹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ/ OLMEDO CARDENETE, “De los delitos contra los recursos naturales...”, p. 231

⁵⁸² El art. 343.1 CPE castiga al que “mediante el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes, o la exposición por cualquier otro medio a dichas radiaciones ponga en peligro la vida, integridad, salud o bienes de una o varias personas, será sancionado con la pena de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años. La misma pena se impondrá cuando mediante esta conducta se ponga en peligro la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas”

a los sistemas naturales y humanos, son especialmente graves y desconocidas, esto es, con una marcada finalidad preventivo- general. Pero incluso así, ello no parece razonable porque el desvalor del resultado jurídico es idéntico. Si se considera que el desvalor de dicha conducta es mayor –por el menor conocimiento de sus efectos a largo plazo y el consiguiente mayor riesgo-, éste debiese quedar únicamente sancionado en el art 343.1, excluyéndose del tipo base.

Finalmente, respecto de las **captaciones de agua** puede decirse que habrían sido incluidas por el legislador español en el tipo medioambiental del CPE 1995, probablemente, en respuesta a la creciente preocupación existente en el medio agrícola por la escasez de este recurso para riego que se venía produciendo en el país, que habría hecho aconsejable incluso establecer una agravante específica –en el art. 326 f) CPE- para quienes la extrajesen en períodos de restricción⁵⁸³. A partir de esta constatación surgen varios puntos problemáticos. El primero de ellos, la innegable deficiencia de técnica legislativa de que da cuenta su incorporación al tipo -ya desde el punto de vista gramatical-formal⁵⁸⁴-. En segundo lugar, la tenue línea divisoria que las separa de las extracciones -que ha llevado incluso a los autores que se pronuncian en favor de una descripción como la del art. 325, a abogar por su desaparición del tipo⁵⁸⁵- pues incluso en la legislación sectorial se utilizan de modo alternativo los conceptos de captación y extracción. En tercer lugar, las aguas se rigen por un sistema de autorización administrativa, siendo su captación autorizada en los términos de la Ley de aguas⁵⁸⁶. Así, si la captación no se encuentra autorizada, siempre será contraria a su normativa sectorial.

Otro problema de las captaciones de agua es si el conjunto jurídico-administrativo que regula la materia -la Ley de Aguas⁵⁸⁷- puede entenderse una “norma general protectora del medio ambiente”, porque dicho cuerpo normativo, en lo que a extracción de aguas se refiere, está orientado hacia la regulación de los derechos de uso privado y público que confluyen en unas aguas determinadas, y no a la tutela de la calidad de las aguas como sustrato de los sistemas naturales. Por ello, según las definiciones antes adoptadas, igual que

⁵⁸³ LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS, *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo código penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 138.

⁵⁸⁴ En este sentido, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 68; LASO MARTÍNEZ, *Urbanismo y medio ambiente...*, p. 139.

⁵⁸⁵ Así, MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 72; SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 68, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ/ OLMEDO CARDENETE, “De los delitos contra los recursos naturales...” p. 239, en cambio, afirman que la confusión entre ambos conceptos se origina porque en la normativa administrativa se usan indistintamente, pero, a su entender, dichos términos se diferencian en que la extracción se realiza del subsuelo o pozo, en tanto que la captación es de aguas superficiales.

⁵⁸⁶ LASO MARTÍNEZ, *Urbanismo y medio ambiente...*, p. 139.

⁵⁸⁷ Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, texto refundido de la Ley de Aguas.

como se dijo respecto de los ruidos, el medio ambiente cuyas normas protectoras son relevantes sólo puede ser el medio ambiente definido para el Derecho penal⁵⁸⁸.

Finalmente, conectada con esta última cuestión, surge la interrogante de si materialmente la captación de aguas constituye o puede constituir una conducta generadora de un riesgo y un peligro típicos para el bien jurídico-penal medioambiental, y en caso afirmativo, cuales habrían de ser sus contornos. Se asume, en todo caso, que, de generar un riesgo relevante, la conducta debiese ser distinta a la de mera distracción de aguas porque ésta se encuentra sancionada en el art. 247 CPE⁵⁸⁹.

4.4 Toma de posición

Para finalizar este apartado, puedo señalar que, en mi opinión, aunque la cuestión de las conductas típicas es indudablemente relevante en un tipo penal, una interpretación teleológica y basada en el resultado de contaminación, permitiría que este elemento no generase los problemas de interpretación y aplicación práctica que, por ejemplo, el art. 325 CPE ha acarreado.

Desde el prisma de esta investigación, tales problemas son generados, precisamente, porque el legislador pierde de vista, o peor aún, ni tan siquiera reconoce con suficiente claridad el bien jurídico-penal que pretende tutelar y las necesidades de protección propias de éste. Si se afirma -como estima pertinente, y se expresa en el citado precepto- que el bien jurídico-penal es el equilibrio de los sistemas naturales, las hipótesis de comisión que en él se incluyesen, debieran generar ya en abstracto un peligro para ese equilibrio, porque como antes se dijo, particularmente en la descripción de delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales, la incriminación de conductas debe respetar un piso mínimo de peligrosidad abstracta-objetiva para el bien jurídico-penal, para evitar que los intérpretes valiéndose de una interpretación (materialmente) extensiva de las hipótesis previstas en el tipo, encuentren cabida a la sanción de conductas que no generan un riesgo para el bien jurídico-penal.

⁵⁸⁸ Así, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 583, afirma que resulta discutible “si realmente el sistema jurídico-administrativo que regula las captaciones de agua puede entenderse integrante del conjunto de normas protectoras del medio ambiente a las que se remite el art. 325”

⁵⁸⁹ Art. 247 CPE: “El que, sin hallarse autorizado, distrajere las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediera de 400 euros.”

En efecto, como se constató, la redacción de las conductas del tipo del art. 325 CPE, genera innumerables problemas interpretativos, algunos de ellos atribuibles simplemente a una deficiente técnica legislativa -como la ubicación y descripción de las “captaciones de agua”-, o la referencia a las aguas terrestres y subterráneas. Algunos de ellos encuentran su origen en una asistemática transposición de normas comunitarias, como la realizada en el art. 328 CPE que por años colisionó frontalmente con la hipótesis de *depósitos* del tipo base; otros atribuibles a la presunta intención del legislador de dar cobertura a todas las hipótesis potencialmente lesivas para el medio ambiente, lo que perseguido por la vía de una descripción taxativa deviene en los solapamientos de conductas típicas del delito medioambiental base con las de tipos penales diversos, y en intersección interna entre las conductas establecidas en el propio precepto.

Ahora bien, no pudiendo negarse *lex lata* la existencia en el art. 325 CPE de hipótesis que resultan innecesarias, redundantes, o derechamente incompatibles con el bien jurídico tutelado, y cuya incorporación ha dado pie a la confusión jurisprudencial - porque ha devenido en innumerables sentencias en casos bagatelares o derechamente de ninguna lesividad-, en mi opinión, a su respecto debiera procurarse una interpretación orientada al bien jurídico-penal y al medio ambiente tutelado penalmente, que haga posible el respeto de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, a fin de evitar la imposición de altas penas -a veces privativas de libertad- para conductas que no poseen relevancia penal para el equilibrio de los sistemas naturales.

Creo que no corresponde a la doctrina la labor de intentar encontrar alguna interpretación posible para un tenor literal que simplemente no lo tiene, porque en su génesis perdió de vista el bien jurídico-penal que pretendía tutelar⁶²⁶. Lo que, en mi opinión, sí cabe, es, a partir de dicho bien jurídico, en este caso el equilibrio de los sistemas naturales, encontrar la interpretación que sea teleológicamente coherente. Si la conducta enjuiciada no genera *ex ante* un riesgo idóneo para ponerlo en peligro, no habrá injusto penal, ni tan siquiera en grado de tentativa.

Por otra parte, creo que en la descripción de las hipótesis comisivas típicas de un delito base medioambiental podría optarse por una descripción taxativa de todas las conductas capaces de generar un riesgo para el bien jurídico-penal –equilibrio de los

⁶²⁶ Sobre el particular, coincido con MEINI, “Sobre la interpretación...”, p.64, en que “una de las consecuencias de admitir que la interpretación sea la asignación de un sentido racional y justo al texto legal, es que en algunas ocasiones la interpretación jurídica mostrará que el precepto penal no puede ser aplicado de manera racional y justa, y obligará a su inaplicación”.

sistemas naturales-, pero dicha apuesta, como evidencia el art. 325 CPE, es muy arriesgada, entre otras razones, por la vertiginosa evolución tecnológica, que puede dejar fuera del tipo supuestos hasta ahora desconocidos, que sí pongan en serio peligro el equilibrio que se quiere proteger. Por ello, considero preferible decantarse por una descripción que tenga como eje el resultado material (físico) que se proscribe, en este caso, de contaminación del recurso natural, para enunciar de modo relativamente abierto las conductas que generen dicho resultado.

Considero, en definitiva, que un tipo base ecológico debiese fijar su cimiento en el equilibrio de los sistemas naturales, en cuanto bien jurídico protegido, y a partir de allí, primero excluir las conductas que no generen un peligro objetivo, y segundo, teniendo en cuenta las variadas y siempre innovadoras formas de lesión de los recursos naturales y de los ecosistemas, debiese optar por una descripción que, sin pretensiones de totalidad, se aproximara en este aspecto a la realizada por el art. 485 del ACPCH 2018, que impone sanción al que “1° *Vertiere sustancias contaminantes en aguas marítimas o continentales; 2° Extrajere aguas continentales, sean superficiales o subterráneas; 3° Vertiere o depositare sustancias contaminantes en el suelo o subsuelo, continental o marítimo; 4° extrajere tierras del suelo o subsuelo; 5° liberare sustancias contaminantes al aire*”.

Así, y habida cuenta de la escasa contribución efectiva de la actual descripción de las hipótesis de comisión del art. 325 CPE, y a partir de la posición asumida en relación a la exigencia de un resultado de contaminación del recurso natural, me inclino por una descripción legal que derechamente sancionase al que realizare ***vertidos, depósitos, emisiones, extracciones o excavaciones*** que contaminaran alguno de los contextos de incidencia previamente indicados⁶²⁸.

⁶²⁸ Otra alternativa que me parece muy atendible es la de separar por recurso natural e incluir en el tipo no sólo las conductas potencialmente contaminantes, sino además resultados lesivos sobre los recursos naturales, como hace, por ejemplo, el COIP de Ecuador que -aunque sin exigir el resultado jurídico que aquí se propone-, establece, por ejemplo en relación al agua, “Artículo 251.- Delitos contra el agua.- La persona que contraviniendo la normativa vigente, contamine, deseque o altere los cuerpos de agua, vertientes, fuentes, caudales ecológicos, aguas naturales afloradas o subterráneas de las cuencas hidrográficas y en general los recursos hidrobiológicos o realice descargas en el mar provocando daños graves, será sancionada con una pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá el máximo de la pena si la infracción es perpetrada en un espacio del Sistema Nacional de Áreas Protegidas o si la infracción es perpetrada con ánimo de lucro o con métodos, instrumentos o medios que resulten en daños extensos y permanentes”. Del mismo tenor son los tipos base en relación al suelo y al aire (que también acertadamente es el único que lleva por nombre “Contaminación”, porque se circunscribe a aquella hipótesis). “Artículo 252.- Delitos contra suelo.- La persona que contraviniendo la normativa vigente, en relación con los planes de ordenamiento territorial y ambiental, cambie el uso del suelo forestal o el suelo destinado al mantenimiento y conservación de ecosistemas nativos y sus funciones ecológicas, afecte o dañe su capa fértil, cause erosión o desertificación, provocando daños graves, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá el

5. El tipo subjetivo

Según lo referido con anterioridad, en este trabajo se asume que si desde la perspectiva *ex ante* se prueba la creación de un riesgo relevante para el bien jurídico medioambiental, habrá que determinar luego, si en dicha conducta –comisiva u omisiva– concurre dolo o imprudencia, a efectos de completar el injusto.

Aunque ha resultado recurrente en esta investigación señalar que el estudio acabado de los elementos de la teoría del delito por los que se ha discurrido no sólo resulta muy pretencioso, sino también, directamente impracticable dentro del marco que ésta impone, quizás en relación al dolo y a la imprudencia ello cobra su mayor expresión, porque sobre el primero, desde muy antiguo hasta la actualidad han escrito los más importantes tratadistas, dando cuenta de sus particulares perspectivas, intentando dar con su exacto contenido, determinar las fronteras entre uno y otro tipo de dolo, y las diferencias entre el dolo eventual y la culpa consciente. Por lo demás, esta discusión ha estado marcada por la evolución sistemática del concepto en la estructura del tipo y, actualmente, por el debate sobre su concepto y naturaleza. Por su parte, el debate en torno a la imprudencia –aunque en principio fue considerada hermana ilegítima del dolo–, ha ido adquiriendo mayor relevancia, pues ya no sólo se ocupa de los delitos de homicidio o lesiones, donde originalmente se estudiaba, sino que hoy, es admitida respecto de muchos delitos –particularmente contra bienes jurídicos colectivos–. Ello ha determinado que también importantes autores hayan dedicado muchas líneas a su particular naturaleza y delimitación. Por ello, en este punto no me queda más que dar cuenta telegráficamente de las perspectivas mayoritarias actuales y las posiciones asumidas en esta investigación, para luego remitirme al tipo subjetivo propio del tipo ambiental del art. 325 y del ACPOCH 2018, y de la imprudencia, prevista en ambos textos como *numerus clausus*.

5.1 El Dolo

La discusión respecto de la existencia y naturaleza del dolo como requisito del delito es previa a la discusión respecto a su expreso contenido. Porque tras superar la responsabilidad objetiva como fundamento de imputación⁶²⁹, la discusión devino en si este podía alcanzar acciones, cuyos resultados no fuesen perseguidos, pero sí esperables⁶³⁰. Una

máximo de la pena si la infracción es perpetrada en un espacio del Sistema Nacional de Áreas Protegidas o si la infracción es perpetrada con ánimo de lucro o con métodos, instrumentos o medios que resulten en daños extensos y permanentes.

Artículo 253.- Contaminación del aire.- La persona que, contraviniendo la normativa vigente o por no adoptar las medidas exigidas en las normas, contamine el aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo en niveles tales que resulten daños graves a los recursos naturales, biodiversidad y salud humana, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

⁶²⁹ Aunque, como indicaré, a mi entender, las teorías normativistas extremas trazan una línea demasiado delgada con la responsabilidad objetiva.

⁶³⁰ LAURENZO COPELLO, PATRICIA, *Dolo y Conocimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 26-31, afirma que “el dolo como presupuesto del delito aparece por primera vez en el Derecho romano, donde se lo concibió con perfiles muy nítidos y definidos, identificándolo con la intención o, mejor aún, con la «mala

vez aceptado por el foro el dolo eventual como límite mínimo del dolo, la discusión se trasladó a cuál debía ser el elemento que marcara la diferencia entre éste y la culpa consciente, encontrando aquí quienes lo fundan esencialmente en un elemento volitivo, uno cognitivo, o alguna fórmula entre ambos⁶³⁵.

Para empezar huelga señalar que el CPE y el CPCH no definen dolo, a diferencia de otros textos latinoamericanos en que -con mayor o menor acierto, según la posición que se crea correcta- aparece expresada su definición⁶³⁶, sin embargo, la que podríamos estimar mayoritaria -o al menos clásica-, es la que caracteriza al dolo como “*el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria*”⁶³⁸.

Son diversas las teorías y denominaciones que se ha dado a las primeras para dar cuenta del contenido del dolo, especialmente, a partir del intento de diferenciar entre dolo eventual y culpa consciente⁶³⁹. Esquemática y simplificada diremos que pueden distinguirse teorías con un enfoque psicológico volitivo, en que el dolo implica la voluntad de realización del resultado típico, y matizadas, serían aquellas que estiman dolosas las conductas en que el agente además de representarse la posibilidad del hecho típico incluye

intención» o malicia en la realización del hecho ilícito. Quedó concebido entonces, como *dolus malus*, vale decir, como intención inmoral dirigida a un fin antijurídico” Siempre según la autora, los canonistas consideraron que además debía sancionarse a aquellas conductas que, siendo en sí mismas «inmorales», lesionaban algún bien jurídico aun sin que la voluntad fuese dirigida de modo inmediato a conseguir ese efecto, surgiendo así en el siglo XVI el *Dolus Indirectus* que incluía todos aquellos resultados que sin constituir el fin del autor se derivaban normalmente de la acción. En un sentido diverso, JIMÉNEZ DE AZÚA, JOSÉ, *Tratado de Derecho Penal. Tomo V. La Culpabilidad*, 3ª ed., Ed. Losada, Buenos Aires, 1976, p. 317, afirma que importantes autores han encontrado diferencias en el contenido romano del dolo. Así, señala que “creyó Mommsen que el dolo abarcaba todos los actos opuestos a la ley, siempre que se perpetraran con consciencia, y que la buena intención, como el amor a la patria o la piedad, no hacían desaparecer la voluntad punible encarnada en la fórmula abstracta de antilegalidad”.

⁶³⁵ En este sentido, LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 34-35, afirma que “Vemos, entonces, que la teoría del dolo indirecto —al igual que sus sucesoras— constituye uno de los primeros y más claros precedentes de una pugna que aún hoy se mantiene plenamente viva en la polémica sobre el principal elemento subjetivo del delito: el contraste entre las tesis psicológicas y las teorías normativas de la voluntad”.

⁶³⁶ Así, por ejemplo, CP Colombia (Ley 599 de 24 de julio de 2000), “Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”; CP Brasil (Decreto-lei no 2.848/1940), “Art. 18. Diz-se o crime: Crime doloso I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; Código Orgánico Integral Penal de Ecuador (Suplemento Registro Oficial nº 180), “Artículo 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”. En el Código Penal de Venezuela (20 de octubre de 2000 Gaceta Oficial Nº 5.494 Extraordinario): “Artículo 61.- Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión”.

⁶³⁸ CURY URZÚA ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, p. 303.

⁶³⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de Imputación del Resultado*. 2º ed., Ed. BdeF, Barcelona, 2005, pp. 270-276.

una manifestación de voluntad, el agente debe aceptarla, consentirla⁶⁴⁰ o aprobarla⁶⁴¹. Luego, entre las teorías de corte psicológico cognitivo, situaríamos aquellas que prescinden de la voluntad y estiman que el sujeto actuó con dolo si conocía que su acción implicaría de manera segura o posible la realización del tipo. Entre éstas, en las teorías de la representación precisan que la diferencia entre dolo eventual e imprudencia se fijará en relación a si el sujeto se representa como probable que el resultado tenga lugar. Si se representa el injusto habrá dolo, y si sólo se lo representa como probable, imprudencia.

En esta parte me decanto por una perspectiva que excluye la noción de voluntad, si ésta va asociada a la idea de intención (aceptación) de producir un determinado resultado, principalmente, porque en un Estado de Derecho, no es lícito -aunque fuese posible- pesquisar⁶⁴⁶ (y fallar) según las intenciones síquicas de un individuo⁶⁴⁷. La voluntad se concibe aquí como un atributo del comportamiento -común a toda clase de tipos- y que, en el dolo doloso irá implícita en la decisión de realizar la conducta teniendo conocimiento sobre la relevancia del riesgo propio de la misma⁶⁴⁸. Así entonces, la conducta será dolosa cuando el sujeto conoce de la alta probabilidad de lesión que ésta genera⁶⁴⁹. En definitiva, será el conocimiento sobre el riesgo lo que defina el dolo.

RAGUÉS I VALLÈS plantea objeciones a la identificación del dolo de la manera expuesta. En primer término, para aquellos casos en los que el sujeto que realiza un comportamiento objetivamente típico no se representa la concreta aptitud lesiva de su conducta en una situación en que cualquier otra persona, por poco escrupulosa que ésta fuera, habría advertido dicha aptitud. porque si no es capaz de conocer el riesgo, se estaría privilegiando al irracional. Por otro lado, añade que se presentaría un problema con los casos

⁶⁴⁰ HORTAL IBARRA, “El concepto de dolo: Su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular” *ADPCP* Núm. L VII, 2004...”, pp. 6-8, sostiene que para resolver el problema de cuándo podía entenderse que un sujeto aceptaba un determinado resultado, “los defensores de esta posición adoptaron las dos fórmulas elaboradas por Reinhard Frank: a) la denominada primera fórmula o fórmula hipotética de Frank en base a la cual se considera que concurre el consentimiento preciso para atribuir el hecho a título de dolo eventual cuando, pese a haberse representado el sujeto la realización del tipo como segura, hubiera actuado igualmente; b) la llamada segunda fórmula o fórmula positiva de Frank en virtud de la que se estima que concurre el consentimiento necesario para imputar el hecho a título doloso (eventual), cuando habiéndose representado como posible la realización del tipo, el sujeto se dice así mismo “con independencia de lo que pueda pasar, en cualquier caso, yo actué”.

⁶⁴¹ VARGAS PINTO, TATIANA, *Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos*, 2ª ed., Ed. Legal Publishing, Chile, 2011, p. 97.

⁶⁴⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, p. 257, afirma que el conocimiento del proceso psicológico de la voluntad no puede asumirse sin cuestionarse antes si “es posible averiguar de modo fidedigno una determinada realidad psicológica pretérita y ajena, o, matizando un poco más, en qué número de casos puede garantizarse una averiguación indiscutible de tal”.

⁶⁴⁷ Además, en sociedades en las que el éxito viene de la mano del dinero y la posición que se alcanza en la escala social, así entendido el elemento volitivo jugará siempre en contra de los delincuentes de siempre, y en favor de las clases sociales acomodadas, los profesionales, etc., porque se terminará presumiendo que el que se ubica en los escaños más bajos de la escala quería el resultado típico, mientras que muy improbablemente que una persona de clase alta lo hubiese deseado.

⁶⁴⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 266-267.

⁶⁴⁹ En términos muy similares a los de Corcoy, FRISCH/ ROBLES, *Desvalorar e imputar...*, p. 43, sostiene que “Así, el comportamiento típico de los delitos dolosos de resultado sería un comportamiento (voluntario) que está dirigido a realizar el resultado delictivo o en el que el sujeto actúa con la consciencia de que en virtud de su comportamiento se llegará necesaria o posiblemente a la producción del resultado delictivo.

en que un sujeto atribuye a su conducta la capacidad lesiva exigida por el dolo pese a que el riesgo creado, aunque no permitido, tiene escasa entidad, o respecto a él existe una cierta habituación social, porque de seguir hasta las últimas consecuencias con el dolo como conocimiento del riesgo, se estaría perjudicando al escrupuloso, a quien habría que sancionar⁶⁵¹.

No me parecen de recibo estas críticas, porque efectivamente para tener un actuar doloso es menester ser capaz de motivarse por la norma, y un sujeto irracional no lo sería, por lo que habría que preguntarse primero si puede estimarse voluntario su comportamiento. Luego en todo caso, de entenderse que sí, y que conocía el riesgo, si el sujeto es irracional, no le será exigible comportarse de acuerdo a aquel conocimiento. No se privilegia al irracional, se le juzga conforme a sus capacidades de conocer y comportarse. El escrupuloso que actúa conociendo el riesgo (nimio) no tiene por qué ser sancionado, ya que los criterios propios de la imputación objetiva como la bagatela o el coste del castigo no lo justificarían⁶⁵².

Por otra parte, no puede explicarse la presencia del elemento volitivo como presupuesto del dolo, si en dos de sus clases, éste es absolutamente innecesario. En efecto, en el dolo de consecuencias necesarias y en el eventual, la voluntad no juega ningún rol, porque el autor no quiere ni acepta el resultado. Según la doctrina mayoritaria -que integra el dolo mediante la concurrencia de elementos cognitivos y volitivos-, en cambio, quien conoce que la consecuencia de su conducta afectará al bien jurídico, en realidad quiere o

⁶⁵¹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba...*, p. 169- 173

⁶⁵² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba...*, pp. 326-333. El autor, que también excluye la voluntad del contenido del dolo, propone el sentido social de la conducta como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo, porque citando a Lesch afirma que la renuncia a la individualidad y la adopción de este criterio resulta necesario para promover un lenguaje social (compartido) que facilitaría la vida en sociedad. A efectos de dar legitimidad a su propuesta, y evitar las críticas por la instrumentalización del individuo que ella supondría, afirma que sólo serían atribuibles a un individuo determinados conocimientos, cuando de acuerdo a este lenguaje -y sentido- social, y según las circunstancias que lo rodearan, resultara indiscutible que el sujeto sí poseía tales conocimientos.

A mi modo de ver, el problema de aceptar esta teoría como válida, no es sólo la eventual instrumentalización del individuo, sino la ausencia de un real contenido subjetivo del injusto doloso (e imprudente), que es lo que hasta ahora ha dado sentido a un Derecho Penal respetuoso de sus límites. El propio autor da cuenta de los que pudieran considerarse puntos de fuga de su perspectiva, porque las premisas sobre las que descansa no parecieran reflejarse en los actuales modelos de sociedad. Según dice -en el mismo texto, p. 344-, “La condición principal [para evitar la condena de un inocente en razón del significado social de su conducta] viene dada por la exigencia de que se dé una situación de igualdad entre los posibles destinatarios de los riesgos inherentes a la existencia del Derecho penal. Ello implica, en primer lugar, que no pueda determinarse a priori (antes de que se realice cualquier comportamiento) qué concretos individuos van a padecer la existencia de tales riesgos y, en segundo lugar, que los criterios que se utilicen para determinar tal padecimiento garanticen un trato igualitario entre todos los posibles destinatarios”.

A mi juicio, el comportamiento ajustado al sentido social -como estándar para determinar el conocimiento reclamable del individuo-, es una muy bien elaborada teoría que aporta una perspectiva normativa del dolo que justifica el conocimiento en el sentido social de la conducta en un contexto necesario, lo que, a mi entender, se encuentra muy cerca del deber de conocer, justificado en el deber de no negar vigencia a la norma que un sistema determinado ha impuesto. En este sentido, todas las objeciones realizadas a las teorías funcionalistas radicales son aplicables al caso. Además, como refiere ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, “Sobre la estructura monista del dolo”, en *Diario La Ley*, nº 6219, 2005, p. 5, “esta construcción [normativa] conduce de forma inexorable a que el objeto de la valoración es una acción aséptica, despersonalizada, y su autor deja de manifestarse como un ser humano real, para convertirse en un arquetipo”.

cuando menos acepta aquel resultado. A mi juicio, afirmar aquello, es decir algo no muy diferente a que la voluntad de generar el resultado es un atributo de la acción, común a los delitos dolosos y, que en todo caso, será siempre inferible del conocimiento que el sujeto profese respecto a las consecuencias de la misma para el bien jurídico⁶⁵⁶. A mi entender, la única voluntad que al Derecho Penal le corresponde ponderar, es si el sujeto conscientemente decidió utilizar la energía necesaria para desplegar su conducta, por lo que no constituye un elemento propio del dolo, sino de la acción⁶⁵⁷.

5.1.1. El tipo doloso en la jurisprudencia española

El estudio de la jurisprudencia española permitirá precisar el contenido que en esta materia se asume, y junto con ello, dar cuenta de la errática comprensión que sobre este punto ha tenido el TS.

Si analizamos, por ejemplo, la STS 54/2015⁶⁵⁹, observaremos que en ella se parte afirmando que especialmente a partir de la sentencia del “Aceite de Colza”, el Tribunal ha dado preeminencia al elemento cognitivo por sobre el volitivo. Se indica, que en efecto, habiéndose acreditado la ejecución de una acción generadora de un alto peligro (la sentencia utiliza la expresión “peligro concreto elevado”), con conocimiento de la probabilidad de ocurrencia del resultado lesivo, es posible inferir que el ejecutor estaba asumiendo o

⁶⁵⁶ La posición del dolo en la estructura del delito corrió por líneas paralelas, pero sobre aquella discusión, que también aún está en curso, sólo se dirá que con las teorías causalistas el dolo se ubica en la culpabilidad, y a partir de la concepción finalista, para la mayor parte de los autores, se traslada a la acción, que en cuanto acción final incluye la intención. A pesar de que en la actualidad mayoritariamente el dolo y la imprudencia son identificados con el tipo subjetivo del injusto personal, hay autores que se decantan por una doble posición del dolo. Entre ellos, MORILLAS CUEVAS, LORENZO, “La doble posición del dolo y de la imprudencia en la perspectiva de una teoría unitaria del delito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, segunda época, 91, 2007, p. 33, explica que son especialmente autores alemanes quienes han desarrollado esta línea, entre ellos a Schmidhauser, que dividiría el dolo en “dos estructuras diferenciadas: por un lado, la voluntad, concebida en sentido estricto como intencionalidad, que sitúa en el injusto; y por otro, el componente intelectual que junto a la conciencia de antijuricidad ubica como parte de la culpabilidad”. El propio autor se sitúa entre quienes otorgan una doble posición al dolo, a partir de una teoría unitaria del delito, p. 45.

Otros autores continúan manteniendo el dolo como fundamento de la culpabilidad. Así, en Chile, POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO/ MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE/ RAMÍREZ G., MARÍA CECILIA, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 163, refieren que lo ubican en la culpabilidad “por nuestro rechazo del principio del “injusto personal”, nuestra concepción de la culpabilidad como juicio de reproche se integra con los referidos grados de participación interna (dolo o culpa), en tanto que los juicios de tipicidad y antijuricidad que conciernen al injusto son, para nosotros, prevalecientemente objetivos”

⁶⁵⁷ En términos de FRISCH, WOLFGANG, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (Cuello Contreras/ Serrano González de Murillo, trads.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 308, “Para el enjuiciamiento normativo importa la dimensión objetiva de las acciones; dimensión que puede estar en la mente, y con respecto a la cual la voluntad de realización sólo dice algo sobre la realidad”.

⁶⁵⁹ De 11 de febrero de 2015, pnte. Juan Ramon Berdugo Gómez De La Torre.

conformándose con el resultado, o al menos, resultándole éste indiferente⁶⁶⁰. Se afirma que no se trata de la postergación del elemento volitivo, sino que en la práctica procesal, si se acredita un notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por parte del autor, resulta muy difícil considerar que éste no aceptó, asumió, o se conformó con el resultado lesivo.

A pesar de la declaración previa, unas líneas más adelante se sostiene que la frontera entre el actuar doloso y el imprudente se encuentra precisamente en la aceptación o incluso desprecio por parte del agente de la producción del resultado lesivo, porque obra con culpa consciente quien representándose el riesgo que la realización de la conducta puede producir a los bienes jurídicos tutelados por la norma, “*lleva a cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá, sin embargo este se origina por el concreto peligro desplegado*”.

Luego, en una interpretación muy cercana a la responsabilidad objetiva, indica que en otras oportunidades se ha asignado al dolo eventual un contenido más objetivo entendiendo que si la acción es capaz de dar lugar al resultado desaprobado, el consentimiento del agente queda relegado a un segundo plano.

Huelga señalar que en esta sentencia sí se expone una, a mi juicio, acertada línea interpretativa que el TS ha venido sosteniendo respecto a la necesaria prueba del tipo subjetivo, porque según se ha dicho -en una comprensión que por cierto, se comparte-, el principio de presunción de inocencia ampara al acusado respecto de todos los elementos del tipo penal (tipo objetivo y subjetivo), por lo que, tanto si se da preeminencia en la comprensión del tipo subjetivo a elementos cognitivos o volitivos -propios de un proceso interno no aprehensible-, éste se manifiesta a través de hechos, que como tales, deben quedar suficientemente acreditados, y establecidos como hechos probados en la sentencia. Se restringe así el espacio para la normativización del dolo⁶⁶¹.

Miremos ahora la STS 521/2015⁶⁶⁹, que dice relación con el tipo en estudio, en la que se castiga por dolo eventual a uno de los acusados.

En esta parte sólo interesa señalar que Severiano era propietario de una empresa dedicada al sector de reciclaje de metales que contaba con una autorización para transportar residuos peligrosos en la Comunidad de Madrid; y según se afirma en los hechos probados “era concedor que su autorización lo obligaba a trasladar aquellos residuos – en este caso

⁶⁶⁰ En referencia a las “SSTS 1187/2011, de 2 de noviembre y 890/2010, de 8 de octubre”.

⁶⁶¹ En el FJ 2º de la Sentencia se lee que “en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum* sea con una presunción *iuris et de iure* (por todas STC. 87/2001 de 2.4, FJ.8), y viene afirmando (STC. 8/2006 de 16.1, FJ.2), que no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de la prueba indiciaria”.

⁶⁶⁹ De 13 de octubre, pnte. Antonio Del Moral García.

refrigeradores- a las plantas de tratamiento autorizadas. “Pese a ello y con pleno conocimiento del riesgo que suponía para el medio ambiente y la salud de las personas”, fue proveedor habitual de una empresa (entregó no menos de 1.920 refrigeradores) a sabiendas que ésta los trituraba sin que se hubieran realizado las operaciones legalmente establecidas para la extracción de los gases que contenían los circuitos y las espumas de aislamiento de los aparatos.

En el FJ 1º f), el TS razonando entorno a la prueba de la vertiente subjetiva del delito afirma primero, que naturalmente ella debe ser probada, pero que no es exigible prueba específica, sino que del contexto pueda inferirse que los autores tenían conocimiento del riesgo originado con su actuación. En este sentido, señala el Tribunal que la cualificación profesional del recurrente permite inferir que entre sus conocimientos estaba que ese tipo de electrodomésticos debían ser tratados en una empresa distinta de aquella hasta donde él los transportaba. Añade luego, que *“no es exigible una constancia puntual y exacta científica documentadas ilustrada y pormenorizada del peligro que para el medio ambiente y la capa de ozono supone la expulsión de esos gases. Basta con el concepto conocimiento genérico que ha de presumirse en quién se dedica a las tareas del recurrente porque ha de saber ineludiblemente que para tratar un tipo de residuos están autorizadas unas determinadas empresas y no otras. Y debe apostillarse que es suficiente con la modalidad de dolo eventual”*⁶⁷⁰.

Otra sentencia que permite establecer el contenido del dolo exigido por el TS en el caso del art. 325 CPE, y cuya comprensión se replica en las sentencias sobre contaminación acústica es la 431-2018⁶⁷¹, en la que se sanciona al encargado de un bar como autor del delito señalado, afirmándose que *“deben acreditarse, como se hace en hecho probado la representación de riesgo y la continuación en la actuación, máxime en los acusados que, propietario y persona que explotaba la industria de hostelería, eran conscientes del exceso de ruidos, porque habían sido advertidos por la policía local de las mediciones realizadas, no había atendido los requerimientos de insonorización planteados, incluso habían retirado los limitadores de sonido, como se constata que en las mediciones realizadas”*.

Desde mi perspectiva, cuando menos en materia medioambiental, el TS continúa manteniendo una posición muy poco definida respecto al contenido del dolo, según la cual éste poseerá (o no) un componente volitivo, en la medida en que la prueba de cargo para demostrar el conocimiento sea más o menos feble.

⁶⁷⁰ Más adelante, dando contenido al dolo eventual agrega que “Esta Sala ha rechazado la calificación imprudente cuando se está en presencia de un profesional, conocedor de la carga tóxica transportada, de la necesidad de autorización administrativa, de su procedencia y de la gran cantidad de aquélla (STS 442/2000, 13 de marzo). En estas situaciones si bien no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades y, pese a ello, ejecuta la acción”.

⁶⁷¹ De 27 de septiembre, pnte. Andrés Martínez Arrieta.

En efecto, suele equipararse el dolo directo con la intencionalidad de producir la lesión del bien jurídico, lo que regularmente se excluye de plano porque el autor desarrolla “normalmente la conducta potencialmente lesiva del medio ambiente se comete con una finalidad inocua para el derecho penal cómo es el desarrollo de una actividad industrial”⁶⁷², por lo que a partir de allí se afirma que normalmente podrá apreciarse dolo eventual en la conducta⁶⁷³. Luego, para dar contenido a éste se recurre -tal como hace la Corte Suprema chilena- a las clásicas teorías de la aceptación, representación, u otra símil, según las cuales la línea divisoria entre culpa consciente y dolo eventual dirá relación con el elemento volitivo, porque actúa con dolo el que se representa el resultado y a pesar de ello realiza la acción, manifestando su desprecio por el bien jurídico tutelado.

La CS se ha decantado expresa e históricamente por una posición clásica, que comprende el dolo como conocimiento y voluntad⁶⁷⁴. A mi modo de ver, las desiguales soluciones a las que se arriba si se mantiene el elemento volitivo como co-fundamento del tipo doloso quedan absolutamente evidenciadas en la SCS 6222/2007⁶⁷⁵, en la que se rechazó el Recurso de Casación interpuesto en contra de la sentencia que condenaba a un reputado médico, como autor de un delito imprudente de homicidio, o, según el lenguaje del CPCH, de un cuasidelito de homicidio. La recurrente alegaba errónea calificación jurídica de los hechos solicitando que fuesen sancionados como homicidio simple, cometido con dolo eventual. En la sentencia, se tuvo por probado como se lee en el FJ 7º de la sentencia se lee que, “*si bien el acusado debió representarse, dadas su calidad profesional y las circunstancias en que se desempeñó, como posible el resultado lesivo finalmente ocurrido, pues efectuó -sin poseer la idoneidad y pericia exigibles en el caso concreto- una intervención quirúrgica en un lugar inadecuado y con un instrumental y personal de apoyo absolutamente insuficientes para enfrentar posibles - y previsibles- emergencias, y abandono además al paciente, no es posible arribar a la íntima convicción de que al obrar como lo hizo, desentendiéndose de la situación delicada que afectaba al enfermo, tomó seriamente en cuenta la posibilidad del deceso y la acogió en su voluntad de realización,*

⁶⁷² STS 521/2015, en referencia a las SSTS 1028/2008 y 4934/2007.

⁶⁷³ La jurisprudencia mayoritaria ha indicado que el delito medioambiental admite los tres tipos de dolo, pero atendido el ámbito en el que se desarrollan las conductas potencialmente lesivas -la empresa-, será el dolo eventual el que concurrirá con mayor frecuencia en los agentes. También recientemente, la STS 926/2016, de 14 de diciembre de 2016, pnte. Juan Ramon Berdugo Gómez De La Torre.

⁶⁷⁴ SCS 5898/2008, de 27 de enero de 2009, pnte. Rubén Ballesteros Cárcamo, FJ 44.

⁶⁷⁵ En la STS 6222/2007, de 18 de noviembre de 2008, redactor (pnte.) Carlos Künsemüller, se afirma que según la cual “el dolo aparece como compendio de un proceso anímico abarcador del conocimiento que el sujeto ha de tener, comprensivo de los elementos esenciales fundadores del tipo, descriptivos y valorativos, y de la definida y firme voluntad de realización del injusto típico; obra con dolo el que conoce y quiere realizar el tipo penal objetivo. Además de requerir un elemento cognitivo (el saber o conocer), el dolo exige también la presencia de un elemento volitivo: el querer (la realización del hecho típico). La doctrina mayoritaria conviene en que dolo “está basado en la idea de querer el resultado” y que el elemento volitivo del dolo constituye su rasgo “más característico”. (Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 270 y s.s.) La noción que comprende el llamado “dolo eventual” define al dolo (como) “el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria” (Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal, Parte General*, p. 303)”.

evidenciando total indiferencia por la suerte de los bienes jurídicos involucrados en el entorno de peligro objetivamente existente.

A mi juicio, es evidente que el actuar del médico fue doloso, e incluso de un dolo muy cercano al de primer grado, porque creó un riesgo relevante para el bien jurídico vida, con pleno conocimiento de cada una de las circunstancias que lo generaban, ya que según quedó consignado en la sentencia, no poseía *la idoneidad y pericia* que el caso demandaba, realizó una intervención quirúrgica en un lugar inapropiado para ello; no contaba con el instrumental, ni el personal de apoyo necesarios *para enfrentar posibles -y previsibles- emergencias*; y además, abandonó al paciente, *desentendiéndose de la situación delicada en la que estaba.*

Evidentemente, su conducta no puede situarse en el ámbito del riesgo permitido, porque el sujeto infringió la más básica de las reglas de la *Lex Artis* al realizar una intervención quirúrgica sin tener los conocimientos requeridos para ello; además, infringió las reglas mínimas de seguridad, al realizarla en un lugar que no contaba con la infraestructura, recursos materiales ni humanos para enfrentar una previsible emergencia, y el sujeto conocía cada una de aquellas circunstancias, que hacían muy probable o casi cierto, que podría generarse alguna complicación, y que de ser así, él no sería capaz de controlar la situación, por lo que la muerte del paciente era uno de los resultados previsibles. Su conducta no puede ser calificada de imprudente porque el sujeto conocía cada una de las circunstancias generadoras del riesgo no permitido; la víctima, no tenía ninguna opción de protegerse. El sujeto creó un riesgo que le puede ser imputado entonces al menos a título de dolo eventual.

En definitiva, volviendo al delito en estudio, aquí se entiende que una conducta será dolosa, si puede inferirse de ella -a partir de los hechos acreditados-, que el sujeto conoce que está infringiendo una norma administrativa, por ejemplo, mediante la realización de los vertidos que realiza en un estero, si por la intensidad de los mismos y/o por las características del estero, sabe que probablemente producirá la lesión del equilibrio del ecosistema. El contenido del dolo será el conocimiento del riesgo penalmente relevante, y en consecuencia deberá recaer sobre la contravención de la norma administrativa y la conducta contaminante.

Se otorga ese contenido al dolo porque, de quien posee el conocimiento sobre el hecho de estar realizando una acción que genera un riesgo jurídico-penalmente relevante (pues, por ejemplo, conoce que sus desechos no están permitidos administrativamente, porque entre ellos hay una sustancia altamente nociva para el suelo donde son depositados), puede predicarse que sabe también de la probabilidad que mediante ella se produzca el resultado de peligro para el equilibrio de los sistemas naturales. El dolo eventual, se diferenciará del directo, porque el sujeto no conoce con la misma precisión la probabilidad de lesión derivada del riesgo generado por su conducta, porque desconoce su concreto contenido.

La doctrina mayoritaria considera que el dolo debe abarcar tanto la infracción de la norma extrapenal, como las hipótesis comisivas, y el peligro derivado de ella⁶⁷⁶, lo que muchas veces chocará con la dificultad para acreditar el conocimiento desde la esfera del profano (y según la perspectiva, la voluntad) de generar una situación de peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales.

5.1.2 El dolo y el error sobre la norma extrapenal

Definido el dolo de la forma indicada, el principal problema que advertimos respecto del art. 325 CPE, es el relativo a la prueba del conocimiento de la contravención de la normativa extrapenal, que por sus múltiples fuentes y permanentes modificaciones, da espacio al error, especialmente, cuando existe una autorización administrativa contraria a la norma (irregular o ilícita), o cuando hay tolerancia de parte de la Administración.

Aunque algo se dijo al respecto al momento de analizar los efectos de las autorizaciones administrativas ilícitas, aquí es oportuno volver sobre el tema, porque el problema trasciende del valor que pueda otorgarse a una autorización que vulnere la normativa administrativa, porque también puede existir error en el administrado con ocasión de los déficits de ejecución de la Administración, porque desconoce que con su acción contaminante se infringe alguna norma administrativa; o un error por llano desconocimiento de la norma extrapenal.

Sobre el particular, las respuestas de la doctrina son muy variadas, y pasan por las posiciones previas que sobre el delito se haya adoptado. Así, encontramos quienes consideran que en todo caso constituye un error de tipo, por lo que de ser vencible daría espacio a la imprudencia⁶⁷⁷. Luego, encontramos autores para quienes debe distinguirse entre aquellos que incurren en un error sobre los presupuestos de hecho de la norma extrapenal infringida⁶⁷⁸: así, el caso de quien ignora el grado de concentración de

⁶⁷⁶ Así, por ejemplo SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 120; HAVA GARCÍA, "Delitos contra los recursos naturales...", p. 1047; MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 146; MATELLANES RODRÍGUEZ, *Derecho Penal del medio ambiente*, p.124

⁶⁷⁷ Así, por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español...*, p. 979, considera inadmisibile el error de prohibición, en atención al tipo específico de actividad; y PUENTE ABA, "Los delitos contra los recursos naturales...", p. 243. Por su parte, aunque SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 123, afirman que es preciso distinguir los supuestos, consideran que en ambos casos se estaría ante un error de tipo, porque "sólo de quien sabe precisamente que está contraviniendo puede afirmarse taxativamente que conoce todos los elementos del tipo, tanto los descriptivos como los normativos. En otras palabras: si el sujeto yerra sobre un hecho integrante de la infracción penal: el «hecho» de «estar contraviniendo Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente», se encuentra en error de tipo".

⁶⁷⁸ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, *El Delito imprudente...*, p. 240, explica que en todo caso, si el autor yerra en la apreciación de la efectiva situación fáctica, la decisión sobre la vencibilidad o invencibilidad de

determinadas sustancias tóxicas en el vertido que realiza, que constituiría un error de tipo; en tanto que si el error incide sobre el alcance de la norma extrapenal, vale decir, si el agente conoce las características tóxicas del vertido que realiza, pero desconoce que dicho nivel se encuentra administrativamente proscrito (por falta de control de la Administración), se trataría de un error de prohibición⁶⁷⁹.

Por mi parte, no comparto la caracterización del primer supuesto –el caso de quien ignora el grado de concentración de determinadas sustancias tóxicas en el vertido que realiza- como un error sobre los presupuestos de la norma extrapenal, porque lo que primero se verificó fue un error de hecho sobre el propio vertido, que puede conducir a error respecto a la contravención de la normativa administrativa, pero, esencialmente, de ser invencible debiera excluir el tipo doloso ya por el error sobre la naturaleza del vertido.

A mi entender, en todo caso, la naturaleza del error sobre la contravención de la norma extrapenal y su vencibilidad, debiera establecerse atendiendo la capacidad real del agente de conocer la probabilidad de lesión, porque aunque es cierto que para quien está actuando conforme a una autorización de la Administración, es ésta la voz del Estado, por el tipo de autores que normalmente encontraremos en el delito medioambiental, y porque usualmente el riesgo a controlar es justamente el propio de su actividad productiva, a mi modo de ver, un error de tipo invencible podría ser apreciado cuando el autor -incluso un empresario asesorado por un especialista en la materia, que conoce de la existencia de la norma penal- tiene un incorrecto conocimiento de encontrarse contraviniendo normas protectoras del medio ambiente a causa de una autorización ilícita (de la que él no se prodigó) o de la tolerancia de la Administración, por la escasa entidad del riesgo generado.

Por el contrario, si el autor se encuentra amparado por una autorización administrativa, pero la conducta que despliega es de tal potencialidad lesiva para el equilibrio de los sistemas naturales, que, por ejemplo, ya produjo un resultado de muerte de

aquel error de conocimiento, no será más que una decisión sobre la exigibilidad del conocimiento correcto de ese riesgo. Así, quien incurre en error en el conocimiento de una de las circunstancias objetivas del tipo (error de tipo), siéndole exigible conocerlas, comete un delito imprudente.

⁶⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 126, sostienen que en materia de tolerancia de la Administración, “existiendo constancia de la vulneración de los límites generales de contaminación, parece que podría hablarse, al menos en algunos casos, de un error de prohibición”. En un sentido precisamente opuesto, GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales*, p. 203, porque distingue entre dos supuestos: “el de quien ignora por completo que la composición de determinada emisión, vertido o radiación ha de observar unas normas o estar amparada en cierta licencia para no ser contaminante o bien, incluso, que los niveles de ruido de determinado sonido habían de observar ciertos límites”; y el caso de quien, “conociendo los anteriores extremos, ignora, respectivamente, el exacto nivel o límite de tolerancia a partir del que la emisión, vertido, radiación o ruido estaba prohibida administrativamente”. En la primera clase de supuestos estaríamos ante un error de prohibición, mientras que en la segunda ante un error de tipo.

toda la fauna del lago donde la empresa está decantando las aguas residuales, de modo que cualquier profano en materia medioambiental situado en su lugar sabría que muy probablemente ese resultado -ya de lesión- para el ecosistema, deriva de una autorización cuando menos defectuosa, a mi modo de ver, la autorización no impedirá la imputación a título de dolo (cuando menos eventual. Creo que tampoco sería atendible si intentara justificar su conducta como el ejercicio legítimo de un derecho, porque si conocía los extremos ya indicados, el autor conocería que no está ejerciendo ningún derecho legítimo, sino uno nacido en una autorización errada, irregular, ilícita, o fruto de la mera desidia de la Administración⁶⁹⁵.

Finalmente, tampoco me parece nada descabellada la posibilidad de un error de prohibición invencible cuando el autor -un lego en materia ambiental-, desconoce encontrarse contraviniendo normas protectoras del medio ambiente, porque, por ejemplo, a causa de una autorización ilícita (que él no se procuró), considera su conducta adecuada a derecho, sin que pueda conocer ni remotamente la probabilidad de la lesión al ecosistema que genera con su conducta, porque ésta no tiene una gran entidad. Ello permitiría que su asesor, el profesional cualificado que le consiguió la autorización espuria pudiera estimarse partícipe del hecho, en caso de que conociese las características del depósito, emisión o vertido y la norma extrapenal, porque de él sí podría afirmarse que conocía la probabilidad de la afectación al equilibrio del ecosistema.

Como se verá a continuación, si a pesar de la autorización administrativa o tolerancia administrativa, por la magnitud del vertido, del lugar de ocurrencia de los hechos y los conocimientos superiores del autor, era previsible -pero no conocida- la probable afectación del equilibrio de los sistemas naturales (porque aunque de menor entidad que los precedentes, igualmente permitían preverla), el autor estará infringiendo su deber objetivo de cuidado, por lo que si para él, aquella probabilidad era cognoscible, concluiremos que obró de manera imprudente, porque le era exigible -deber subjetivo de

⁶⁹⁵ En este sentido, y aunque aquí se trata del principio de jerarquía, en la conocida sentencia del caso Cercs, STS 9269/1990, de 30 de noviembre, FJ. 12º, se dijo que “En ningún caso los instrumentos jurídicos que constituyen el polo de referencia sobre el que se construye la infracción penal pueden habilitar o justificar la existencia de normas de desarrollo de inferior rango que de manera individual, arbitraria e ilegítima autoricen, por su cuenta, índices de contaminación más altos que los marcados por las leyes y reglamentos por lo que la existencia de dos órdenes ministeriales que conceden esta autorización no sólo las invalida en cuanto a efectos legitimadores sino que constituye un dato que podría llevar a exigir responsabilidades a la Administración por dejación de sus compromisos y obligaciones fiscalizadoras”. A mi modo de ver, la declaración de ilegitimidad de la autorización o disposición de rango inferior que rebaja los mínimos establecidos en normas generales, es perfectamente homologable al supuesto que propongo, no sólo por la experticia de los autores que no pudieron sino conocer del perjuicio al medio ambiente que su actividad implicaba, sino, porque en la práctica, la lesión se produjo incluso de manera efectiva.

cuidado-, conocer que estaba contraviniendo la normativa extrapenal reguladora de su específica actividad.

En cambio, en la misma hipótesis, si el autor no reunía tales características, entonces no le sería exigible prever la probabilidad de afectación del equilibrio de los sistemas naturales que generaba mediante su conducta, por lo que su desconfianza en la autorización administrativa, tampoco lo era, y, en consecuencia, habría que apreciar un error de tipo invencible, al no serle exigible conocer que estaba contraviniendo la norma protectora del medio ambiente.

Finalmente, si por las nimias características tóxicas del vertido o emisión, o por la concreción de la contaminación en un espacio o tiempo diferido, no era posible prever para sujeto alguno, que la puesta en peligro del bien jurídico era probable, no hay infracción al deber objetivo de cuidado, y la conducta sería atípica.

5.2 La imprudencia

Respecto de la imprudencia se dirá -aún más brevemente- que a mi entender, la falta de cuidado o de previsión en el actuar debiera sancionarse penalmente en aquellos ámbitos de riesgos objetivamente muy altos, cuando se refieran a los bienes jurídicos de la mayor importancia, preferentemente cuando no exista tutela paralela a la penal, y siempre que se realice conforme a los principios del Derecho Penal que antes hemos aludido⁶⁹⁷. Creo que en estos supuestos el castigo de la imprudencia (grave) resulta legítimo, porque implicará el coste de coartar la libertad de algunos -atribuyéndoles más obligaciones de cuidado-, para aumentar la posibilidad de que todos puedan desarrollar su libertad o ampliar el ámbito de la misma. Desde esta perspectiva, considero que la sanción de la imprudencia en un tipo medioambiental base debiera evaluarse teniendo en cuenta la descripción típica, a efectos de no vulnerar el principio de *ultima ratio*.

En todo caso, la estructura desde la que se comprenderá aquí la imprudencia supondrá aceptar un aspecto objetivo⁶⁹⁹, que *prima facie* definiremos como la infracción de una norma de cuidado previsiblemente generadora de un riesgo para el bien jurídico,

⁶⁹⁷ CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, “Incidencias de la reforma penal...”, p. 15, afirma en este sentido, que “La presente cláusula [en referencia al art. 331] viene a ratificar el excesivo celo punitivo que el legislador de 2010 ha mostrado respecto de la tutela dispensada a ambos grupos de infracciones, debiendo haber permanecido en el ámbito administrativo la sanción imprudente de las mismas, por un puro y mínimo respeto al principio de mínima intervención, que está claro cada vez interesa menos a nuestros legisladores penales”. Esta situación, se prevé aún más compleja en el ACPCH 2018, porque, en el llamado delito de *Daño Ambiental*, se sanciona penalmente no sólo la imprudencia grave, sino también la mera imprudencia.

⁶⁹⁹ Que permitirá, en palabras de CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN, “Finalidad, imprudencia, e imputación”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, T. I, (García Valdés/Cuerda Riezu/Martínez Escamilla/Alcácer Guirao/ Valle Mariscal De Gante, Coords.), Ed. Edisofer, Madrid, 2008, p. 783, superar “al absurdo que suponía hasta ahora concebir, como hacemos de manera generalizada, el delito doloso como injusto personal, con una parte objetiva y otra subjetiva, para, a continuación, construir todo un nuevo bloque de materia de prohibición donde prescindir completamente de la parte subjetiva”.

apreciada desde la perspectiva *ex ante* desde la posición del autor, y uno subjetivo propio, que como se verá se integrará por la posibilidad para el agente de conocer que la infracción cometida generaría el citado riesgo.

En la doctrina clásica se describía la imprudencia como infracción del deber de cuidado, pero el contenido que se otorgaba a ese concepto era -y sigue siendo- muy diverso, y resulta inabarcable en este trabajo, pero van desde los que tienden a su máxima objetivación⁷⁰², hasta otros que marcan con claridad que cuando menos puede distinguirse un aspecto objetivo y otro subjetivo⁷⁰³.

Por mi parte, me decanto por una posición cercana a la de CORCOY BIDASOLO, porque, a mi juicio, aunque finalmente, podría arribarse a similares decisiones en los casos que no se encuentran en el límite, permite explicar mejor el contenido material del injusto imprudente, y de manera más coherente con el injusto doloso. En este sentido, comparto con la autora que para que exista tipo imprudente, será necesario, primero, que *ex ante* el resultado lesivo para el bien jurídico sea previsible para un observador ubicado en el lugar del autor y con sus conocimientos, esto es, que pueda afirmarse la previsibilidad de la probabilidad de lesión (riesgo relevante), -propio del deber objetivo de cuidado-, y además, que pueda acreditarse el deber subjetivo de cuidado, que dirá relación con la posibilidad de conocer la previsibilidad del riesgo, que la autora denomina *cognoscibilidad*, vale decir, que haya sido exigible -cognoscible- para el autor la creación de una evitable probabilidad de lesión.

El del deber objetivo de cuidado, se funda en la necesidad de evitar la afectación de bienes jurídicos, exigiendo al sujeto *ex ante* la adopción de todas las reglas de cuidado que el ámbito de actividad y sus conocimientos le permiten estimar necesarias para evitar generar riesgos relevantes para el bien jurídico⁷¹². Su se determinará según un cálculo de

⁷⁰² Como FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado Lesivo e Imprudencia. Estudios sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 242, para quien el “juzgador tiene que valorar objetivamente si una determinada persona ha infringido una norma de conducta penalmente relevante que en el delito imprudente es definida como norma de cuidado. Injusto equivale a infracción de la norma de conducta. Injusto imprudente equivale a infracción de la norma de cuidado”.

⁷⁰³ Sólo por dar algún ejemplo, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 264-266, indican que el contenido del deber de cuidado se obtiene a partir de los conceptos de previsibilidad objetiva y subjetiva. La primera entendida como el deber (de prever) exigible a cualquiera en el contexto en que se encuentra el autor, y la segunda, como deber de prever del individuo en el caso concreto y conforme a sus conocimientos y capacidades. A su turno, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, “Un nuevo despropósito jurídico en el caso Prestige: ahora el Tribunal Supremo (comentario a la STS n° 865/2015, Sala Segunda, de lo penal, de 14 de enero de 2016), en *Revista Penal*, n° 39 (Febrero, 2017), en www.tirantonline.com, TOL 5.953.006, p. 14, aunque ubicando el deber subjetivo de cuidado en la culpabilidad refiere que “con la infracción del deber objetivo de cuidado existe ya, ciertamente, una conducta objetivamente imprudente, y, por tanto, antijurídica con carácter objetivo-general. Ahora bien, esta conducta antijurídica no será culpable (o, a mi juicio, subjetivamente «ilícita») si el autor no infringe su deber subjetivo de cuidado, debido a su incapacidad subjetiva para cumplir con el deber objetivo de cuidado”.

⁷¹² CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. *El Delito Imprudente...*, p. 93. Por ello, en las áreas donde existe un amplio terreno cubierto por reglas administrativas que remiten a reglas técnicas -como el medio ambiente-, éstas al igual que como se dijo en relación al tipo doloso, serán indiciarias de la concurrencia de un deber objetivo de cuidado, pero no lo determinarán, porque éste, como señala la autora, dependerá de la previsibilidad de la probabilidad de lesión, que deberá evaluarse en concreto y en el que no sólo se evalúa la presencia o no de reglas técnicas, sino también, por ejemplo, la adecuación social de la conducta, la utilidad social de la misma, o el riesgo permitido.

probabilidad fundado en lo que sea socialmente adecuado en ese tiempo y lugar⁷¹³, teniendo en consideración, entonces, las reglas emanadas de la experiencia social, dentro de ellas las derivadas del principio de confianza⁷¹⁴, y las reglas técnicas, todo en relación al caso concreto analizado desde la perspectiva del espectador objetivo *ex ante*, puesto en el lugar del autor⁷¹⁵. Siempre siguiendo a CORCOY BIDASOLO, estimo que la previsibilidad objetiva no debe determinarse desde el hombre medio, sino teniendo en cuenta los poderes individuales del sujeto -como capacidades y conocimiento aplicables al hecho concreto-, porque aquello permitirá asegurar que el contenido de la norma de cuidado sea el mismo para sujetos con iguales capacidades, en aplicación del principio de igualdad en su vertiente material, pues aunque, en general, pueda partirse del criterio del hombre medio, para individualizar el deber objetivo de cuidado para ese sujeto, será necesario incorporar tales consideraciones⁷¹⁶.

A su turno, el contenido del deber subjetivo de cuidado se determinará estableciendo si, *ex ante*, desde la perspectiva de un espectador objetivo, era exigible al sujeto conocer el riesgo (la probabilidad de lesión) en el caso concreto, atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, los conocimientos actuales y previos del autor, así como sus capacidades individuales⁷¹⁷

⁷¹³ En similares términos, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, p. 247, sostiene que, “una conducta sólo se puede desvalorar enmarcada en un determinado tiempo y lugar y teniendo en cuenta las circunstancias que el autor podía y debía tener en cuenta y podía y debía dominar.”

⁷¹⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, p. 259, entiende que “en un Estado moderno es preciso asegurar la confianza general en la vigencia de ciertas normas de cuidado y mantener el respeto general a dichas normas como elementos irrenunciables para la convivencia entre ciudadanos”.

⁷¹⁵ En términos muy diversos, CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 33, afirma que “De acuerdo con la posición todavía mayoritaria, puede distinguirse entre un deber de cuidado interno (de advertir el peligro para el bien Jurídico y de valorarlo correctamente) y un deber de cuidado externo (de realizar ‘un comportamiento externo tendente a evitar la lesión del bien. Jurídico’). También de modo diverso en cuanto fundamenta el deber de cuidado exclusivamente en el riesgo permitido (por ejemplo, normas viales), señala FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, p. 269, “En el ámbito de la imprudencia el juez no tiene que hacer una ponderación de intereses cada vez que se encuentra con un supuesto conflictivo, sino que tiene que descubrir cuál es el límite de lo tolerado o asumido por la comunidad jurídica”.

⁷¹⁶ Se critica a la autora incorporar las capacidades inferiores y superiores del sujeto al deber objetivo de cuidado -porque en general son apreciadas en el nivel de la culpabilidad-, por el problema metodológico que generarían. Personalmente me parece adecuado tenerlas a la vista a la hora de definir el deber objetivo de cuidado de ese particular individuo, porque ello delimita con mayor acierto cuál era el contenido de la diligencia debida (objetiva-subjetiva) de ese autor, o, cuál era la precisa norma de cuidado que no debía infringir. Se dice que con ello se estaría dando manga ancha a los sujetos con poderes inferiores y castigando a los de capacidades o conocimientos superiores, porque la diligencia exigida a los primeros sería menor que la del hombre razonable puesto en su lugar, pero a mi juicio, se está dando contenido a su deber objetivo de cuidado de la única forma posible, esto es, en consideración a aquello que le era (o no) exigible a aquel sujeto conocer (deber subjetivo). Lo mismo aplica a los conocimientos o habilidades superiores, porque no podemos establecer el baremo de la diligencia debida -para luego determinar su exigibilidad-, sin tener en cuenta estas diferencias que, eventualmente, pueden generar una mayor o menor diligencia para uno y otro, pero sobre todo, estará dotando de un contenido distinto a la norma de cuidado.

⁷¹⁷ En este sentido, y en relación al error de tipo, CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, “Sobre Tipicidad e Imputación: Reflexiones Básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia” en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, (De Toledo y Ubieto/ Gurdíel Sierra/ Cortés Bechiarelli, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 152, pone como ejemplo el siguiente: “Juan, conduciendo su automóvil con el cuidado que a él le resulta exigible, atropella a Pedro, como consecuencia del reventón de uno de los neumáticos que, pese a que habían sido revisados y no se había detectado nada anormal, estaban defectuosos como aclara en el proceso un mecánico al comprobar la edad, las condiciones del neumático y el itinerario que habían de seguir: era, pues, objetivamente predecible, *ex ante*. En este supuesto, por tanto, ha habido infracción del deber objetivo, en este caso, de cuidado, y la conducta es típica, lo que no implica que exista imprudencia,

Adhiero a esta comprensión, porque a mi modo de ver, aporta coherencia al tipo subjetivo doloso e imprudente, ya que, si en el primero se castiga el conocimiento de la probabilidad de lesión, vale decir, el conocimiento del riesgo relevante, en el imprudente se sanciona su *cognoscibilidad*, o sea, la posibilidad de conocer el riesgo que ese individuo - con sus capacidades y conocimiento tuvo, en ambos casos apreciados en el caso concreto desde la perspectiva *ex ante*.

En definitiva, constatada la infracción del deber de cuidado (en cuanto deber de cuidado objetivo y subjetivo), podremos afirmar la existencia del injusto imprudente, luego estableceremos si es posible atribuirlo a un autor, y finalmente, si el resultado de dicha infracción es imputable objetivamente al riesgo creado mediante ella. De cumplirse todos los citados presupuestos, estaremos frente a un delito imprudente.

Para terminar de explicar mi comprensión de la imprudencia, me parece oportuno referir, que en el art. 456 Bis A del CPCH, se prevé el delito de receptación, que en su inciso primero es descrito del modo siguiente: “*El que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato, de receptación o de apropiación indebida del artículo 470, número 1º, las transporte, compre, venda, transforme o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas*”.

Aunque según señala el art. 490 del CPCH sólo se sanciona al “*que por imprudencia temeraria ejecutar un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas*”, y que hasta donde conozco la unanimidad de la doctrina chilena considera que la expresión “*no pudiendo menos que conocerlo* [el origen ilícito de la especie que tiene a cualquier título en su poder]”, respondería al deseo del legislador de expresar que en este delito cabe la sanción por dolo eventual, a mi entender, en él se admite el castigo del tipo imprudente, ya que la descripción típica antes referida podría leerse como *El que conoce su origen, o tiene el deber de conocerlo*, tenga en su poder especies hurtadas, robadas, etc. En otros términos, pareciera que mediante la expresión “*no pudiendo menos que conocer el origen ilícito de la especie*”, el legislador quiso dejar expresamente dicho que si existía un error de conocimiento sobre el origen ilícito de la especie, éste debía ser invencible para excluir el tipo, pues de ser vencible -exigible su conocimiento-, la conducta (imprudente) se castigaría con la pena establecida para el delito. Creo que abona a esta posición la redacción de la primera hipótesis del art. 301.1 CPE, que sanciona al “*que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen*

pues ésta requiere la infracción del deber subjetivo; esto es, que haya un error subjetivamente vencible”. Aunque la idea es básicamente la misma, no se comparte la conclusión, porque no parece previsible para un conductor normal (sin ningún conocimiento especial que se haya advertido, y previa revisión de los neumáticos) que uno de ellos se reventará por la edad, itinerario, etc. El equívoco parece estar en que Carbonell afirma que era *predecible* que se produciría el reventón, vale decir, está hablando de una especie de previsibilidad estadística de la probabilidad de lesión, y no de la previsibilidad concreta, teniendo en cuenta circunstancias objetivas y subjetivas. A mi modo de ver, en este caso debería excluirse el riesgo *ex ante* de tipo imprudente, o lo que es lo mismo, determinarse que no existe infracción al deber objetivo de cuidado.

en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona (...)”, y que luego, en el art 301.3 se castiga la imprudencia grave.⁷¹⁹

5.2.1 La imprudencia en el tipo de delito medioambiental

Como se dijo, en el CPE no se define la imprudencia, y se prevé un sistema de *numerus clausus* para la incriminación de la imprudencia, por lo que ésta sólo se sanciona cuando está expresamente prevista⁷²², y en materia ambiental (Cap. III, De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente), se incardina el art. 331 CPE que establece que,

⁷¹⁹ Aunque en el caso que expondré, a mi juicio se aprecia claramente el dolo eventual del autor, me servirá para terminar de explicar mi posición sobre la imprudencia y algunos otros conceptos esbozados. Durante el mes de noviembre de 2018, se dio a conocer en los medios que un empresario chileno, que según sus propias declaraciones a los medios, desde hacía 30 años se dedicaba a la colección de obras de arte en su fundo, tenía en el jardín interior de éste cerca de 10 estatuas robadas de distintos lugares públicos del país, entre ellas la estatua “La República” -de unos 200 kilos, fabricada y traída a Chile en 1860, que había sido robada el 2003 desde una plaza de la ciudad de Valparaíso.

El sujeto declaró a los medios que en el mercado de las antigüedades nunca se había exigido boleta, por lo que no podía siquiera recordar a quién había comprado cada una de las piezas, y además, que era obvio que él desconocía que eran robadas, porque en su fundo -más precisamente en los jardines donde se encontraban gran parte de las obras-, incluso se habían realizado reportajes y filmado escenas de películas.

Al cabo de unos días, el Ministerio Público decidió formalizar investigación en contra del sujeto, entre otros delitos, como autor del delito de receptación. Su defensa ha sostenido que el empresario no conocía, ni pudo conocer que las especies tenían origen ilícito, en otros términos, que no concurre en la especie el tipo subjetivo exigido por el delito de receptación, postura que obviamente no comparto.

En primer lugar, habría que señalar, que al parecer, efectivamente en el mercado de las antigüedades no es usual exigir recibo -por lo que podría estimarse socialmente adecuado ese aspecto de su conducta y, *prima facie*, enmarcarse en un espacio de riesgo permitido. Pero, en mi opinión, el sujeto igualmente infringió el deber objetivo de cuidado generando un riesgo penalmente relevante, porque, por una parte, según él mismo refirió, “había gastado una brutalidad de dinero” comprando todas esas cosas en el barrio Franklin y en el Parque de los Reyes -dos lugares de Santiago en que conocidamente se puede encontrar especies robadas, que se venden informalmente-, no exigió recibo alguno, y tampoco requirió algún documento que acreditara la procedencia de los objetos. Además, el individuo es un profesional, de un estatus sociocultural elevado -y también según sus dichos-, un coleccionista desde hace más de treinta años, por lo que cualquier persona con sus capacidades y conocimientos, puesto en su lugar, habría previsto como muy probable que las especies fuesen robadas, e incluso, derechamente que fuesen bienes de propiedad del Estado de Chile. Además, el empresario infringió su deber subjetivo de cuidado, precisamente porque en atención a todas las circunstancias del caso y sus conocimientos particulares, le era exigible prever que existía tal probabilidad de lesión. En otros términos, al comprar y tener en su jardín especies robadas, creó un riesgo relevante para el bien jurídico, porque no respetó las normas de mínimo cuidado que su actividad como coleccionista le demandaba. Este riesgo le es imputable a título imprudente, porque atendidas las circunstancias del contexto y las propias, le era exigible conocer su probable origen ilícito, y el resultado jurídico desvalorado se produjo -a pesar de que tuvo en sus manos el evitarlo-, siendo éste objetivamente imputable a la conducta del sujeto, quien, por cierto, reconoce haber comprado cada una de las esculturas, monumentos, y demás especies que tenía en su poder.

Otra cosa habría que decir desde el deber subjetivo de cuidado, si un individuo con idénticas particularidades hubiese sido un extranjero que venía llegando al país el día anterior, y su amigo Schüler lo llevó a comprar antigüedades. A este extranjero no le era exigible, por ejemplo, conocer las costumbres de los anticuarios de Chile, o saber que estaba comprando en un lugar donde se ponen a la venta muchas especies robadas, ni menos que, como se había informado una semana atrás, una estatua con idénticas características a la que compraba había sido robada desde una plaza de Santiago. No era cognoscible para él la probabilidad de lesión del bien jurídico.

⁷²² Art. 12 CPE “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”

en su caso, se sancionará con la pena inferior en grado todos los ilícitos contemplados en ese capítulo cuando ellos sean ejecutados con imprudencia grave.

Esto, que pudiera no ser más que una decisión político-criminal, puede transformarse en un gran problema con la actual redacción del art. 325.1 CPE, porque, dependiendo de la interpretación que se le asigne, podría permitir la sanción de una conducta imprudente de quien, contraviniendo la norma extrapenal realizara alguna de las hipótesis comisivas establecidas en la disposición, y “*pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas*”. En otros términos, si no se interpreta de manera coherente con el art. 325.2, y se asume como aquí, que en el art. 325.1 el bien jurídico tutelado sigue siendo el equilibrio de los sistemas naturales, -mismo que cuando menos debe entonces ser puesto en peligro grave-, se podrá sancionar incluso la infracción administrativa imprudente⁷²³.

En Chile, en tanto, el vigente CP sólo sanciona como imprudentes aquellas acciones ejecutadas en el contexto de delitos contra las personas⁷²⁴, lo que en principio puede no ser desacertado, pero por la desactualización de CPCH, como las penas de estos delitos se encuentran establecidas en un solo artículo y de manera genérica⁷²⁵, ello produce importantes desproporciones penológicas⁷²⁶.

A pesar de que para algunos autores el tipo imprudente es el que mejor casa en el ámbito de los delitos medioambientales⁷²⁷, son pocos los que aun habiéndose preocupado del estudio de los delitos contra el medio ambiente se ocuparon de la imprudencia, salvo en relación a la temática del error, y para referir, como SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER

⁷²³ Ni hablar de si se interpreta como una hipótesis de delito acumulativo la expresión “por sí o conjuntamente con otras. En esa interpretación, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español...*, p. 974

⁷²⁴ Aunque como antes se dijo, en el art. 456 Bis A del CPCH, se establece el delito de receptación que en su inciso primero se describe del modo siguiente: “El que conociendo su origen o *no pudiendo menos que conocerlo*, tenga en su poder (...), descripción que a mi juicio podría calzar con el tipo imprudente.

⁷²⁵ Art. 490 “El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado:

1.º Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen [privación de libertad entre 61 días y 3 años].

2.º Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito”. [privación de libertad de entre 61 y 540 días].

⁷²⁶ Así, por ejemplo, un sujeto que conduce su automóvil en una zona muy concurrida a 180 km/h en una calle de doble vía realizando adelantamientos antirreglamentarios, y que a causa de ello pierde el control, atropellando y causando la muerte de una persona, podrá ser condenado, a lo sumo a la pena de tres años, y si no tiene anotaciones penales previas, como máximo a una pena aproximada de dos años y tres meses, vale decir, la misma pena que quien comete un hurto de una especie de entre 3 y 30 euros aproximadamente.

⁷²⁷ Entre ello, DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *Tratado de Derecho Ambiental*, p. 298, señala que “la opción del legislador en favor de la punición de los comportamientos imprudentes pone de manifiesto la importancia del bien jurídico protegido, y propia realidad criminológica, en donde, salvo casos aislados, los atentados suelen tener una base de infracción de deberes de cuidado”.

FERNÁNDEZ, que el delito del art. 325 inc.1 no puede interpretarse como la conjunción de dolo de realizar los vertidos, emisiones, etc. con imprudencia respecto al peligro típico⁷²⁸.

No obstante ello, aquí se entiende que el tipo ambiental del artículo 325 CPE se comete con imprudencia, cuando el autor realiza, por ejemplo, el vertido de una sustancia cuya naturaleza y características tóxicas conoce; sabe además que con su acción está contraviniendo una disposición administrativa protectora del medio ambiente; pero desconoce que por las características del entorno en las que lo realiza, es probable que se genere un resultado de contaminación y un riesgo para el equilibrio de los sistemas naturales, y en consecuencia no adopta las medidas necesarias para evitar que el riesgo se genere. Su error sobre la aptitud concreta del vertido en aquel lugar, esto es, para producir el resultado desvalorado (la contaminación del lugar y la puesta en riesgo para el equilibrio de los sistemas naturales), constituiría una infracción al deber objetivo de cuidado porque, examinada la conducta concreta desde la perspectiva *ex ante*, cualquier persona con los conocimientos y capacidades del autor habría previsto la probabilidad de que la lesión del bien jurídico se produjese. Ahora, si por las características de la empresa y su posición en ella o la gran toxicidad del vertido, al autor le era exigible conocer la existencia de aquel riesgo relevante (probabilidad de lesión de para el bien jurídico), se completaría, además, el elemento subjetivo del tipo imprudente.

5.2.2 La imprudencia ambiental en la jurisprudencia española⁷³⁵

En España la jurisprudencia relativa a delincuencia imprudente en el ámbito medioambiental es escasa, por lo que se recogerá lo que se afirmó a propósito de la paradigmática sentencia dictada en el caso *Prestige*⁷³⁶.

⁷²⁸ SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 120. En el mismo sentido, MATELLANES RODRÍGUEZ, *Derecho penal del medio ambiente*, 124, y GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales...*, p. 200. Por contra, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español...*, p. 978, afirma precisamente que “se trata de un delito doloso, con la combinación dolo/imprudencia, (...) el dolo se refiere a la acción contaminante ilegítima, bastando que para el peligro contra el medio ambiente exista imprudencia”.

⁷³⁵ Obviamente, no existen en Chile sentencias por infracción imprudente de un tipo ambiental, pero la SCS 2882/2017, de 13 de marzo, redactor (pnte.) Haroldo Brito Cisternas nos confirma que la jurisprudencia chilena entiende la imprudencia del modo clásico. En el FJ 17º se dice que “De acuerdo a esta doctrina mayoritaria, representativa de una posición volitiva, debe ponerse el acento en un elemento emocional. Si acaso el hechor aprueba el evento no pretendido, hay dolo eventual; si, en cambio, livianamente, con un injustificado optimismo, ha actuado con la confianza de que todo va a salir bien, habrá sólo culpa consciente”.

⁷³⁶ STS 865/2015, de 14 de enero de 2016, pnte. Ana María Ferrer García. Los hechos, como se sabe, sucintamente consistieron en que el día 13 de noviembre de 2002, cuando su navegación había alcanzado las 27,5 millas al oeste de Fisterra, y se encontraba dentro del corredor marítimo denominado Dispositivo de Separación de Tráfico, sufrió una rotura en su costado de estribor. Por esa abertura se estuvo derramando fuel

En el FJ 21° se consigna que la imprudencia precisa de los siguientes elementos: “a) la producción de un resultado que sea la parte objetiva de un tipo doloso; b) la infracción de una norma de cuidado cuyo aspecto interno es el deber de advertir el peligro y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido; y c) que se haya querido la misma conducta descuidada, con conocimiento del peligro, o sin él, pero no el hecho resultante de tal conducta⁷³⁷”.

Además de las críticas que pueda realizarse a la sentencia por infracción de derechos fundamentales, y por la decisión a la que finalmente arriba, resulta llamativo que el TS decidiera dejar consignada la estructura que asigna a la imprudencia (aunque en algunos pasajes se haga referencia a otros elementos) sin adoptar derechamente la opinión de algún autor, sino al parecer, haciendo un intento por compendiar las diversas perspectivas dogmáticas sobre la materia, obteniendo un resultado que estuvo lejos de ser satisfactorio⁷³⁹.

A mi entender, resulta poco feliz la exigencia de *la producción de un resultado que sea la parte objetiva de un tipo doloso*, porque es ya doctrina dominante del TS que el delito del art. 325 CPE es de peligro hipotético, por lo que para la configuración del tipo doloso no se exige ningún resultado (material ni jurídico), sino únicamente la verificación *ex ante* de que la conducta puede perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales⁷⁴⁰.

Luego, desde mi perspectiva, tampoco resultó muy adecuada la descripción del deber objetivo de cuidado como comprensiva de un aspecto interno y otro externo, porque si el primero está constituido por el deber de advertir el peligro, el agente se encontraría en

hasta la fractura total y el hundimiento del barco, producidos seis días después, el 19 de noviembre, cuando se encontraba a 138 millas de la costa. Derrame oficialmente estimado en unas 63.000 toneladas de fuel. Fue condenado el capitán de la embarcación como autor responsable de un delito imprudente contra el medio ambiente en la modalidad agravada de daños catastróficos en relación con la grave afectación del medio marino.

⁷³⁷ Creo que se intentó definirla de la forma en que según MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 290, afirma sería la comprensión de la doctrina alemana para la imprudencia “1) La parte objetiva del tipo supone la infracción de la norma de cuidado (desvalor de la acción) y una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal (desvalor del resultado). 2) La parte subjetiva del tipo requiere el elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente), y el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante”.

⁷³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN, “Un nuevo despropósito jurídico...”, p. 13, en un lapidario comentario afirma que “el TS demuestra no saber en qué consiste la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes. En efecto, la distinción entre un deber subjetivo y un deber objetivo de cuidado no radica (como erróneamente cree el TS) en que el subjetivo sea «un deber de cuidado interno, que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad» y el objetivo «un deber de cuidado externo, que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos»”.

⁷⁴⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN, “Un nuevo despropósito jurídico...”, p. 13, desde su comprensión de la imprudencia afirma que “el TS ignora que la distinción entre un deber interno y otro externo se incluye dentro de la infracción del deber objetivo de cuidado (el cual integra, por tanto, la parte objetiva del tipo imprudente, caracterizando su desvalor de acción)”.

una posición de garante respecto del riesgo, lo que nos conduciría siempre a la omisión, máxime si el aspecto externo se define como el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido. Deber de advertir el riesgo y comportarse prudentemente conforme a él es propio del garante, o se acerca peligrosamente a la responsabilidad objetiva.

Finalmente, dice el TS que exista voluntad de realizar el vertido, lo que puede entenderse únicamente como la decisión de realizar el comportamiento, porque luego se añade que el autor puede o no conocer el peligro que su conducta entraña, pero en todo caso, no puede desear su resultado. Esta interpretación no es conciliable con la óptica aquí asumida, porque desde ésta si hay conocimiento sobre la probabilidad de lesión que la conducta genera, el autor habrá obrado con dolo, aunque no haya “deseado” el resultado. Si no conoce la probabilidad de lesión del bien jurídico -el peligro dice el TS- que su conducta genera, habría que revisar si aquella situación de error era o no vencible, pues de haber sido vencible, nos reconduciríamos hacia la imprudencia, precisamente por haber debido prever que existía esta probabilidad de lesión, ya que le era cognoscible.

6. El resultado material de contaminación

6.1. Introducción

Como se viene afirmando, aquí se postula la exigencia de verificación de un resultado material de contaminación del recurso natural desde una doble perspectiva. En primer término, como elemento del tipo, y en segundo, como base fáctica para formular el juicio normativo de idoneidad lesiva *ex post* para el equilibrio de los sistemas naturales. En este sentido, el resultado material por el que me decanto, requiere entonces de un resultado de lesión sobre el objeto –la contaminación del recurso natural-. En este apartado, revisaré entonces, algunos de los matices que debieran ser tenidos en cuenta.

Para ello, también me valdré, especialmente, del análisis realizado por la doctrina respecto al texto del art. 325 CPE con anterioridad a la entrada en vigencia de la LO 1/2015, porque, como se ha indicado, la mayor parte de los autores españoles consideró que el ilícito establecido en dicha norma era un delito de peligro hipotético, y en cuanto tal, exigiría algo más que la mera constatación de la peligrosidad de la conducta, pero menos que la puesta en peligro concreto del bien jurídico, lo que, en todo caso, excluiría cualquier consideración *ex post*.

Sin embargo, a pesar de situarlo en dicho conjunto, como lo que se describía por la norma no eran modalidades comisivas, sino, resultados de la conducta de provocar o realizar⁷⁴¹, se apreciaba claramente un resultado material (físico-natural) separado de la misma, que afectaba a los objetos naturales descritos –agua, aire, suelo-, y los autores intentaron asignarle un sentido a tal resultado dentro de la estructura del peligro hipotético, lo que no resultó sencillo.

SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, asumieron la contradicción que generaba la exigencia de un resultado material sobre el objeto del delito –apreciable *ex post*- y la realización de un juicio de aptitud lesiva puramente *ex ante*, afirmando que la formulación de un juicio *ex ante* de peligro para el bien jurídico en ocasiones demandaba la constatación de resultados físicos que podían encontrarse separados espacialmente de la conducta. Y, para salvar la contradicción que se generaba propusieron que el delito era *de peligro abstracto para el equilibrio de los sistemas naturales, y de lesión del medio ambiente*⁷⁴². Las diferencias conceptuales con la posición que aquí se asume, es que el resultado físico de contaminación aquí no constituye un resultado jurídico de lesión (ni menos sobre el medio ambiente), y que el resultado jurídico que se reclama es el de idoneidad lesiva *ex post*, precisamente basado en el resultado físico.

Otra interpretación fue propuesta por ALASTUEY DOBÓN, quien consideró que el tipo del art 325, se situaba entre aquellos delitos de peligro abstracto que incorporaban cláusulas de aptitud, que reclamaban de un resultado *neutro*, que la autora significó como resultado material descritos en el tipo, pero que por no corresponder al objeto material del delito no daban lugar a resultados jurídicos. La función que para la autora cumplían dichos resultados neutros era la constatación de que *la conducta había desplegado un radio de peligrosidad*⁷⁴⁷.

En mi opinión, las posiciones de los referidos autores ponen en evidencia dos cuestiones esenciales. La primera, que la consideración de una acción como idónea para perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales desde una perspectiva *ex ante* requeriría de un muy alto grado de conocimiento de las “leyes naturales”, que no se posee⁷⁴⁹, y la segunda, que, justamente por ello, dadas las particulares características del bien jurídico-penal, realizar un juicio de peligro a su respecto sin comprobar previamente la materialización de un resultado físico en el objeto del delito, no resulta posible, por la variedad -extensión y complejidad- y especificidad de los sistemas naturales, así como su interconexión, y la consiguiente multiplicidad de dinámicas causales, inadvertibles e impredecibles desde la

⁷⁴¹ SILVA SÁNCHEZ / MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 56.

⁷⁴² SILVA SÁNCHEZ / MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 107

⁷⁴⁷ ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 111-114.

⁷⁴⁹ Este es un aspecto destacado por varios autores que lo consideran un delito de aptitud. Por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ / MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 107, lo califican como “muy difícil”. MENDOZA BUERGO, “El delito ecológico: Configuración típica...”, p. 140, afirma, por su parte, que una de las dificultades para la realización de un juicio de pronóstico *ex ante* será “la frecuente insuficiencia de conocimientos incontrovertibles en esta materia”.

perspectiva *ex ante*, que constituyen variables que, unidas al limitado conocimiento científico-deductivo, o tal vez a causa suya, hacen exigible la verificación de un resultado material de lesión del recurso natural

Tal exigencia se hace aún más justificada respecto al equilibrio de los sistemas naturales, porque aunque entre los bienes jurídico-penales supraindividuales predomina la inexistencia de sustratos materiales, el bien jurídico medioambiental sí presenta un sustrato físico -los ecosistemas- y, además de ello, la acción no recae sobre éstos –porque aunque recaiga sobre un recurso natural que sustente un ecosistema, uno y otro no son equiparables-, e incluso puede recaer en un objeto diferenciable espacio-temporalmente del ecosistema concreto potencialmente puesto en peligro, a causa de la lesión en cadena de varios ecosistemas. Siendo de este modo, la comprobación de un resultado de lesión del recurso natural, de contaminación, constituye el forzoso puente que permite la realización de un verdadero juicio de pronóstico concreto de la peligrosidad de la acción.

En definitiva, desde la perspectiva aquí defendida, la estructura típica con la que debiera construirse e interpretarse un tipo medioambiental base, requiere de la necesaria concurrencia de un resultado natural, físico-químico, constituido por la modificación perjudicial de al menos un recurso natural -agua, aire, o suelo-, su contaminación, que conformaría otro elemento del tipo objetivo. Dicho resultado externo de contaminación, mensurable a partir de la comparación entre el estado del recurso natural anterior y posterior a la realización de la conducta contaminante, constituye, el primer filtro para distinguir entre ilícitos penales y administrativos, porque si ni tan siquiera se produce la contaminación del recurso natural, mal podría sostenerse la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales, por lo que la conducta carecería de desvalor de resultado, bastando la sanción en sede administrativa.

6.2 El concepto de contaminación

Para precisar el resultado material exigido, resulta imprescindible reiterar lo que se entiende por contaminación⁷⁵⁰, que se concibe como la alteración o modificación sustancial de las características de determinado recurso natural causada por un agente o efecto externo, o mejor, como antes se dijera, siguiendo a MARTÍN/ SANTAMARÍA -desde la perspectiva de los ecosistemas -la “*introducción directa o indirecta en la geosfera, atmósfera, hidrósfera*

⁷⁵⁰ No siendo útiles definiciones como la chilena, en que la LO 19.300, Sobre Bases del Medio Ambiente, señala en su artículo 2, que para todos los efectos legales, se entenderá por: “*c) Contaminación: la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente*”, ya que vuelve tautológica la descripción típica, y naturalmente vacía de todo contenido material al injusto.

*o biósfera de sustancias, de materiales o formas de energía, generalmente antropogénicas que no forman parte o están en concentraciones anormales en dichos ambientes y que producen un efecto perjudicial inmediato o futuro para uno o más componentes de los mismos*⁷⁵¹”.

A mi modo de ver, esta definición destaca dos características específicas de la contaminación, a saber, que además de la introducción de un agente ajeno a los ambientes que indica, en ellos se produzca *un efecto perjudicial*, y, además, que su origen sea generalmente antropogénico. Así, la presencia de sustancias, materiales o formas de energía externas que no formaban parte de un sistema determinado, no bastará para entender contaminado el o los recursos naturales afectados, sino que deberá establecerse, mediante la verificación de su estado previo y posterior, el *efecto perjudicial* que tal acción generó en éste. Creo que, entendida la contaminación de este modo, resulta preceptivo sostener que un juicio normativo de peligro para el equilibrio de los sistemas naturales sólo puede realizarse a partir de su constatación⁷⁵².

La evitación de resultados lesivos para el equilibrio de los sistemas naturales mediante la sanción de conductas idóneas para afectarlo es, justamente, lo que se persigue con la interpretación que aquí se propone, pero la contaminación del recurso natural constituye un resultado físico-natural, del que no necesariamente sobrevendrá la afectación –puesta en peligro o lesión- del equilibrio de los ecosistemas, pues el recurso natural no es equiparable al sistema natural potencialmente afectado (el sustrato del bien jurídico). Así entonces, la relevancia típica del resultado de contaminación estará necesariamente

⁷⁵¹ MARTIN/ SANTAMARÍA, *Diccionario Terminológico...*, p.46.

⁷⁵² Como se dijo, DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad en los delitos...*, pp. 241-248, era una de las autoras que antes de la LO 1/2015 se decantaba expresamente por afirmar la exclusión de la contaminación del recurso natural como elemento típico, porque según decía, el legislador había optado por no exigirla para que la conducta fuese punible, precisamente, porque era aquello lo que se trataba de evitar. La autora justificaba su posición desde la comprensión de que toda contaminación conllevaría la puesta en peligro y la lesión de algún objeto o elemento medioambiental, en definitiva, igualaba lesión del recurso natural con la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales, por lo que contaminado uno, el segundo resultado era inevitable. el concepto de contaminación de la autora poseía alcances muy similares a los de “daño ambiental”, que RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Medio ambiente, Territorio...*, p. 286, define como “aquel deterioro ocasionado al medio ambiente como bien jurídico, como conjunto de elementos naturales”; es decir, ya como afectación del equilibrio de los sistemas naturales.

Tras la reforma de 2015, DE LA CUESTA AGUADO, PAZ, “La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos”, en *LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Juan M^a Terradillos Basoco*, (De la Cuesta Aguado/ Ruiz Rodríguez/Acale Sánchez/ Hava García/ Rodríguez Mesa/ González Agudelo/ Meini Méndez/ Ríos Corbacho, Coords), Ed. Tirant lo Blanch, 2018. En www.tirantonline.com, TOL6.932.378, pp. 4-6, afirma que, en relación a los *bienes jurídicos ambientales* los resultados podrían ser lesivos (causar daño) o de peligro (que puedan causar daños sustanciales), y después de analizar las diferentes y *absurdas* combinaciones -especialmente por falta de proporcionalidad entre ellas- que pudieran extraerse del tipo, en una conclusión que se comparte, sostiene que muchas de las dificultades de interpretación derivan “de un proceso legislativo que sistemáticamente, en los últimos años, ha intentado excluir el debate y la crítica doctrinal. En el ámbito de la protección frente a la contaminación ha dado lugar a un modelo o red de protección desequilibrado, con tipos que se superponen unos a otros y que generan incertidumbre en la aplicación, continuos problemas concursales o lagunas de punición”.

determinada por la producción de un perjuicio (la alteración negativa de la composición) de un recurso natural.

Ahora bien, no necesariamente todos los recursos naturales que resultarán afectados, lo serán de manera simultánea, porque dependiendo del ecosistema de que se trate, -como se analizará a continuación-, el recurso natural receptor de la sustancia puede ser distinto de aquel en el que se produce el referido efecto, pero ambos componentes deben siempre concurrir.

6.2.1 La contaminación en cadena

Antes se dijo que una conducta puede afectar a una cadena de recursos naturales y de ecosistemas (por ejemplo, un vertido en el suelo que llega a un riachuelo y desemboca en una laguna), y recién se afirmó que debe verificarse la contaminación del recurso natural, porque de ella derivará, eventualmente, el efecto desvalorado penalmente. Por ello, lo que debiera acreditarse no es necesaria o únicamente la contaminación del recurso receptor de la sustancia contaminante -el objeto en el que recae el vertido, emisión, etc.-, sino la de aquel que pertenece al más complejo ecosistema del que se tenga evidencia de que ha sido o puede ser potencialmente afectado. En tal sentido, si no se ha producido la entrada en contacto de los efectos de la contaminación con algún ecosistema (porque el recurso natural es mero transmisor de la sustancia), debiese probarse la contaminación de aquel recurso cuyos efectos puedan, en el futuro, perjudicar el equilibrio de un determinado sistema natural.

En otras palabras, y aunque son innumerables las hipótesis posibles -derivadas principalmente de la interconexión física y funcional de los ecosistemas y de sus diferencias cualitativas y cuantitativas-, creo que, cualquiera sea el caso, si lo que se intenta determinar mediante el juicio normativo *ex post* que aquí se propone, es la potencialidad lesiva de los efectos de la contaminación de un recurso natural, no puede bastar para realizar este juicio con la acreditación de la contaminación del primer recurso contaminado (porque éste puede continuar siendo sólo meramente indiciario), sino la de aquel o aquellos cuyos efectos actuales o futuros producirán la puesta en peligro del bien jurídico-penal. De este modo, si la contaminación ya ha producido sus perniciosos efectos en una cadena de distintos recursos naturales y ecosistemas, para captar todo el desvalor de ese resultado deberá acreditarse la contaminación del recurso natural que sustenta el sistema natural más

complejo, sin perjuicio de que, a efectos de imputación del mismo a la conducta, de ser necesario, deberá acreditarse también, la contaminación de otros recursos previamente afectados.

En la práctica, la determinación de cuál es el recurso natural cuya contaminación resulta relevante penalmente, dependerá del momento en que las autoridades policiales o judiciales tomen conocimiento de la conducta enjuiciable. Así, si se conociese de la misma mediante una denuncia de la autoridad administrativa por la infracción reglamentaria que, a juicio de ésta, podría competir al Derecho penal, probablemente –cuando menos en los casos de menor gravedad- podría ocurrir que aún no se ha producido la puesta en peligro ni menos la afectación de un ecosistema, debiendo acreditarse, en primer lugar, si a causa de la infracción cometida efectivamente se ha contaminado algún recurso natural, y sólo a partir de allí, si los efectos de ésta, se producirán sólo en el ecosistema al que primero sirve de sustento, o si ha afectado o afectará a otros ecosistemas.

Si sólo se ha contaminado el recurso natural receptor, no hay duda de que será tal efecto físico-natural sobre el que deba realizarse el pronóstico normativo de peligro. Si, por contra, como en la mayor parte de los casos, el hecho es conocido por las autoridades judiciales cuando ya se ha verificado la contaminación de varios recursos naturales y la afectación de uno o más ecosistemas, con prescindencia de las cuestiones de imputación, deberá acreditarse la contaminación del recurso natural cuyos efectos son peligrosos para el equilibrio del ecosistema más complejo, sea que el perjuicio se haya verificado o no.

Para explicar lo que afirmo, recurriré a dos ejemplos:

-Una empresa vierte una determinada sustancia en un río por sobre las tasas reglamentarias, y dicho río constituye un rico sistema natural en “suficiente equilibrio”. El objeto sobre el que recae la acción –el agua del río- forma parte del sustrato del bien jurídico, el ecosistema río, y en esa medida, además de verificarse *ex ante* que por las características del vertido (el tipo de sustancia, su cantidad, etc.) y del río (el nivel de agua que lleva, y sus conexiones) se ha creado un riesgo relevante; *ex post* deberá acreditarse que las aguas del río se encuentran contaminadas, es decir, que su estado anterior a la acción se encuentra negativamente modificado, siendo dicho cambio de estado sobre el que habrá de realizarse la prognosis de peligro para el equilibrio del ecosistema río, verificando si la misma tiene la entidad para generarlo.

- Una empresa, con infracción reglamentaria, realiza el vertido en un suelo yermo, éste se filtra hasta llegar a un acuífero subterráneo, para finalmente decantar en un lago. En este caso, deberá establecerse, en atención a las consideraciones previamente indicadas –el tipo de sustancia, la prolongación del vertido, etc.-, si se ha creado un riesgo relevante para el equilibrio de los sistemas naturales. Si así se determina, y como se ha establecido que el ecosistema más complejo potencialmente puesto en peligro es el lago, habrá que constatar

la contaminación de sus aguas, porque a pesar de que la acción recayó en el objeto suelo, la acción tuvo incidencia en las aguas del lago. Entonces, como la sustancia contaminante se traspasó de un recurso natural a otro, no basta con verificar la contaminación del objeto receptor, porque, incluso, como en el ejemplo, éste puede ser un mero trasmisor, debiendo verificarse siempre la contaminación del recurso cuyo efecto pueda generar el peligro desaprobado sobre el ecosistema de mayor importancia.

Naturalmente, no pretendo afirmar que sea necesario esperar a que la sustancia contaminante llegue a un ecosistema determinado para fundar un juicio normativo de peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, sino sólo que por el limitado conocimiento que se posee de las leyes naturales, resulta exigible la verificación de la lesión del recurso natural más cercano posible al ecosistema que potencialmente se verá afectado, porque mientras más se distancie la contaminación del recurso del potencial efecto en el ecosistema, el juicio de pronóstico se vuelve cada vez más incierto.

6.2.2 La contaminación atmosférica

A mi modo de ver, la contaminación atmosférica, requiere una reflexión particular, porque aunque obviamente es posible la liberación de sustancias que incidan negativamente en ella, e indirectamente en el suelo o el agua, a partir de las cuales es viable efectuar un juicio de peligro en relación al equilibrio de los sistemas naturales, lo que, a mi entender, justifica mantenerla en el tipo medioambiental base⁷⁵⁹, es en este tipo de contaminación donde, de no interpretarse adecuadamente, aparecerán problemas probatorios de verificación *ex post*, de acumulación, causalidad, imputación, etc.

Por otro lado, en muchas ocasiones, la contaminación atmosférica, produce efectos que dicen más relación con la salud pública o individual que con el medio ambiente (por ejemplo, a causa de los ruidos y de las intoxicaciones masivas), y, además, por sus propias características, en ella se acentúan con mayor frecuencia las distancias espacio-temporales entre la conducta y su resultado material.

A pesar de ello, a efectos de evitar lagunas de punibilidad precisamente en aquellos casos en los que es posible acreditar los citados extremos -y que suelen ser los de mayor

⁷⁵⁹ ESTEVE PARDO, *Derecho del Medio Ambiente...*, p. 223, asevera que “la atmósfera puede ciertamente contemplarse como un recurso natural, pero desde luego no ofrece las condiciones de (...) las aguas o los recursos forestales, que los hacen susceptibles de apropiación y explotación de manera que la tensión entre explotación y conservación impone la impronta de su régimen jurídico. Con relación a la atmósfera, el único objetivo que puede plantearse es el de su protección, el mantenimiento de los mejores niveles de calidad y pureza del aire. En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, “Los Objetos de la contaminación”, p. 3.

gravedad individual-, considero necesario mantener la contaminación del aire como una de las posibles hipótesis comisivas, pero haciendo explícito desde ya que - como se intentará justificar luego, la sanción de este tipo de contaminación debe ser reservada para casos de excepcional gravedad, para que resulte conciliable con los citados principios básicos del Derecho Penal.

Para explicar luego por qué, a pesar de estas prevenciones considero que la contaminación atmosférica debe estar entre las hipótesis típicas, habré de señalar primero ciertos conceptos. Lo primero será definir que entendemos por contaminación del aire, recurriendo al concepto consignado en la Declaración de Principios sobre la Lucha contra la Contaminación del Aire, por tal debiera entenderse la "*presencia [en la atmósfera] de sustancias extrañas o variaciones importantes en la proporción de sus elementos constituyentes susceptible de provocar un efecto perjudicial, teniendo en cuenta los conocimientos científicos del momento, o de producir molestia*"⁷⁶⁰. Si bien esta definición, es de mayor amplitud que las utilizadas hasta ahora (siempre referidas al medio ambiente penal), si se agregan ciertas características propias de la atmósfera y de sus formas de contaminación, podremos acotar esta última e indicar que se entenderá por tal, aquel efecto negativo para la atmósfera provocado por la *introducción de sustancias o formas de energía que puede poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales*.

Como se indicó, en la contaminación atmosférica se incluyen efectos contaminantes cuyos alcances se diferencian espacial y temporalmente de los estudiados hasta aquí, pues no sólo pueden ser trasfronterizos, como la lluvia ácida, sino que derechamente planetarios, como la destrucción de la capa de Ozono, y el calentamiento global⁷⁶¹, por lo que se estudiará ambos fenómenos de manera diferenciada.

a) *La lluvia ácida*

En una muy somera explicación, se dirá que la lluvia ácida tiene cabida en el tipo base conforme a la interpretación que aquí se ha propuesto, porque a pesar de ser una contaminación que trasciende fronteras, con los conocimientos científico-técnicos actuales es posible en muchos casos superar los problemas probatorios y de imputación, antes insalvables.

La lluvia ácida se genera a partir de emisiones, *principalmente, de óxidos de azufre y nitrógeno aportados por distintas fuentes que, una vez en la atmósfera, sufren un proceso*

⁷⁶⁰ Comité de ministros del Consejo de Europa, de 8 de marzo de 1968

⁷⁶¹ Sobre este último, ESTEVE PARDO, *Derecho del Medio Ambiente*, p. 233, señala que "lo destacable en este punto del riesgo de calentamiento global es la inabarcable difusión de las actividades que lo generan: no pueden en modo alguno adscribirse a un grupo de sujetos determinados. Esta pluralidad y difusión de focos es frecuente en los riesgos ambientales, pero en este caso alcanza su mayor calado: infinidad de actuaciones en las que está implicada de uno u otro modo el conjunto de la humanidad".

de oxidación que los convierte, respectivamente, en ácido sulfúrico, SO_4H_2 y en ácido nítrico, NO_3H . Estos ácidos se disuelven en las gotas de lluvia produciendo una precipitación ácida y muy corrosiva. Las principales fuentes de óxidos de nitrógeno y de azufre derivan de la utilización de los combustibles fósiles en centrales térmicas, vehículos a motor, industria ligera y pesada y calefacciones domésticas, y como los contaminantes son transportados por las nubes, la lluvia puede afectar a zonas distantes, no industrializadas, según las condiciones meteorológicas⁷⁶².

Aunque indudablemente la prueba de sus fuentes y la relación de causalidad e imputación objetiva será difícil, conociéndose las principales fuentes, queda abierta la posibilidad de imputar a una fuente emisora el resultado de contaminación del aire y del suelo, así como de peligro o lesión para el equilibrio de los sistemas naturales, porque en algunos casos, será posible determinar *ex post* la contaminación del aire, y también la del suelo o agua afectados, así como también conocer las condiciones meteorológicas pasadas. Así, en un caso hipotético podría establecerse que el ácido sulfúrico o nítrico que afectó el suelo de una ciudad proviene de una central térmica determinada, ubicada incluso en otro país⁷⁶³.

Así las cosas, la posibilidad de acreditación de la relación causal entre fuente emisora y contaminación, estará determinada por la velocidad y extensión del posible desplazamiento de las partículas, la intensidad de la emisión, y la velocidad con que se realicen las pesquisas para determinarlas, pero establecida la fuente, la posibilidad de

⁷⁶² MARTÍNEZ ATAZ, ERNESTO/DÍAZ DE MERA MORALES, YOLANDA, "Contaminación Atmosférica", en *Contaminación Atmosférica*, (Martínez/Díaz de Mera, Coords.), Ed. Universidad De Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004, pp. 25-27. Agregan que el término *lluvia ácida* "fue utilizado por primera vez por R. A. Smith en el año 1872 para describir el aire contaminado de Manchester, que dañaba la vegetación, decoloraba los tejidos y corroía las superficies metálicas".

⁷⁶³ Según MARTÍNEZ ATAZ /DÍAZ DE MERA MORALES, "Contaminación Atmosférica", p. 29, señalan que a causa de la lluvia ácida que se han visto afectadas "grandes extensiones del hemisferio Norte, en Europa afecta gravemente a los bosques de coníferas, ríos y lagos del centro de Europa (Polonia, República Checa, Eslovaquia y Alemania) y el sur de la Península Escandinava. Como ejemplo, puede citarse que de los 9.000 lagos suecos casi la mitad están sin fauna, así como sus 100.000 km de ríos sin pesca, o unos 900.000 km² de amplias regiones de Rusia afectadas por la acidificación. Los problemas del Este de Europa son especialmente graves debido a la utilización en sus centrales térmicas de lignitos de alto contenido en azufre (hasta el 14%), en lugar de carbón bituminoso (con contenidos de azufre inferiores al 2%)". En la STS 9299/1990, dictada en el conocido *Caso Cersc*, quedó acreditado que "La Central Térmica de Cersc (...) en el proceso de combustión, dadas las características de los lignitos, se producen humos altamente cargados de dióxido de azufre -S.O.2-, que al contacto con la atmósfera, en ocasiones, se transforma en ácido sulfúrico -S.O.4., H.2-, provocando la llamada lluvia ácida, o más comúnmente se diluye directamente en la masa boscosa, lo que determina la clorosis o necrosis de gran parte de ella, en cuyo proceso destructor contribuyen las partículas sólidas asimismo emitidas por la combustión del carbón rico en azufre. (...) Insístese que efecto directo de tales emisiones ha sido la grave contaminación de grandes masas boscosas situadas en las cercanas, y más altas cotas, de la Central, sin que el número de hectáreas afectadas, esencialmente tuteladas por I.C.O.N.A. haya podido ser fijado en la causa, pudiendo situarse en torno a las 30.000 hectáreas".

establecer una relación de riesgo entre resultado -en este caso lesivo para el equilibrio de los sistemas naturales-, y la conducta será más sencilla, porque se encuentra científicamente establecido cuáles son los devastadores efectos que las sustancias producen sobre el recurso natural y el ecosistema al que pertenece.

b) La destrucción de la Capa de Ozono

La destrucción de la Capa de Ozono, “*consiste en la disminución de la concentración del ozono en la estratosfera, lo que tiene como consecuencia un aumento de la cantidad de rayos ultravioletas que llegan a la superficie de la Tierra, con los subsiguientes efectos nocivos para la salud del hombre y los ecosistemas acuático y terrestre, cuya principal causa es “la utilización de vaporizadores que contienen clorofluorocarbonos (CFCs), empleados como propulsores de los aerosoles, solventes y refrigeradores”*⁷⁶⁴.

A su turno, por calentamiento global debemos entender “*el aumento significativo de los gases del efecto invernadero en la atmósfera terrestre que conlleva a un incremento de la temperatura, provocando impactos ambientales negativos*”⁷⁶⁵, entre ellos, el cambio climático, que a su vez se define como el “*fenómeno producido en la atmósfera por un cierto tipo de gases que impide a una gran parte de las radiaciones de calor de gran longitud de onda propagarse en la misma. Como resultado, se produce una elevación de las temperaturas en la superficie de la Tierra y en la baja atmósfera, y una disminución en la alta, lo que conduce a importantes cambios climáticos, con evidentes repercusiones en la vida terrestre, como la mayor calidez del clima global, --un aumento de 0,3°C por decenio en el curso de este siglo--, el más temprano deshielo en los Polos, la elevación del nivel de los océanos, la desertización de determinadas zonas, etc.*”⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ ALONSO GARCÍA, MARÍA CONSUELO. “La protección de la atmósfera”, en *Tratado de Derecho Ambiental*. (Ortega Álvarez/Alonso García, Dirs.; De Vicente Martínez, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 655.

⁷⁶⁵ ALMENAR-MUÑOZ, MERCEDES. “Contaminación Atmosférica, urbana y cambio climático”, en *Retos del desarrollo urbano sostenible e integrado*, (Alonso Ibáñez, Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 339.

⁷⁶⁶ ALONSO GARCÍA, “La protección de la atmósfera”, p. 657. En Chile, entre el 28 de junio y el 28 de agosto del año en curso, una región completa, 5 provincias y cuatro comunas fueron declaradas zonas de escasez hídrica, con un total de 54.122 Km², según información de la Dirección General de Aguas (DGA) http://www.dga.cl/DGADocumentos/Decretos_vigentes.jpg. Esta situación tiene su correlato en que este año, según la Dirección de Meteorología de Chile (<http://www.meteochile.gob.cl/PortalDMC-web/index.xhtml>), “A un mes de que termine el invierno meteorológico, la situación en cuanto al déficit, a la fecha, de precipitaciones es especialmente preocupante en el centro del país, donde los números manifiestan condiciones que superan el 70%, e incluso el 80% en algunas localidades de la Región de Coquimbo”.

Finalmente, el efecto invernadero, que muchas veces se confunde con los conceptos previos, es un fenómeno natural, y se produce porque “*la Tierra emite radiación principalmente infrarroja, que es atrapada por la atmósfera y (...) que hace que el balance global determine que la temperatura en la superficie sea 32 grados mayor que si la atmósfera no absorbiera radiación*”⁷⁶⁷. En consecuencia, el problema no es el efecto invernadero “natural” -que por cierto permite el desarrollo de la vida sobre la tierra-, sino el antropogénico, que se origina en el consumo de energía, la actividad industrial, y la emisión de dióxido de carbono, metano, y óxido de nitrógeno, entre otros.

He considerado necesario abordar la contaminación atmosférica planetaria en este apartado especial, porque -según los conocimientos científicos actuales-, ésta es causada por la liberación de sustancias que destruyen la Capa de Ozono, y que han reforzado el efecto invernadero propio del planeta, produciendo ambos un cambio climático, de calentamiento a nivel mundial⁷⁶⁸, que, a mi juicio, requiere de ciertas precisiones, porque el recurso natural sobre el que recae la acción -receptor- generalmente no pertenecerá al ecosistema potencialmente puesto en peligro, porque la sustancia contaminante se puede desplazar por varios recursos naturales (o miles de kilómetros por el mismo recurso). Así, la conducta jurídico-penalmente relevante -el riesgo no permitido-, y el resultado de peligro pueden encontrarse tan distantes espacial y/o temporalmente, que, si no se exige el necesario puente que constituye la verificación de la lesión del recurso natural, en la mayor parte de los casos, una pretendida prognosis de aptitud lesiva *ex ante* no será más que una especulación. Además, hasta aquí he sostenido, que como primer paso en la tarea de imputar a una fuente emisora un resultado de peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, es menester unir causalmente la conducta con la contaminación del recurso natural en el que incidió, y no con cualquiera, sino con en el recurso natural “final”, a efectos de atribuirle su adecuado significado normativo.

Así las cosas, la primera pregunta que debiese ser respondida en relación a la contaminación atmosférica global, es si resultará posible dar por acreditada una relación

⁷⁶⁷ MARTÍNEZ/ DÍAZ DE MERA, “Contaminación atmosférica”, p. 22.

⁷⁶⁸ Como explica LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental...*, p. 543, “Las concentraciones atmosféricas mundiales de CO₂, metano y óxido nitroso han aumentado notablemente desde el periodo preindustrial (fijando 1750 como año de referencia), y es “muy probable” que ello se deba al efecto de determinadas actividades humanas, fundamentalmente el uso de combustibles fósiles y el cambio en el uso de los terrenos (con la deforestación causada por el uso agrícola), por lo que respecta al CO₂, y en la agricultura y ganadería por lo que se refiere al metano y el óxido nitroso, lo que lleva a afirmar que existe un nivel de “confianza muy alto” de que el efecto global neto de dichas actividades humanas haya sido un aumento de la temperatura como consecuencia de la elevación de los GEI”. Agrega que desde la perspectiva científica un grado de confianza muy alto, es por lo menos de 90%, y de “muy probable”, a un grado superior a aquel.

causal entre la fuente emisora de gases que dañan la capa de ozono o generan gases de efecto invernadero (GEI) con la lesión del recurso natural. Para ello, habría que precisar, en primer lugar, cuál es el preciso recurso natural en el que debe incidir, porque aunque es obvio que se trata del “aire”-ACPCH 2018- o la “atmósfera” -art. 325 CPE-, no puede pasarse por alto que ésta se divide en diferentes capas⁷⁶⁹ -en atención a su composición, función, e importancia medioambiental- porque sólo podremos afirmar que los efectos de los GEI se producen normalmente en algún lugar de la Tropósfera y en la Estratósfera.

Como ello es así, *prima facie*, y siguiendo con nuestro planteamiento, no es suficiente la sola constatación de una determinada cantidad de GEI, en el aire que se encuentra en la salida de la fuente emisora, sino que debe acreditarse la precisa alteración química causada por esas emisiones en una determinada porción de la atmósfera, y podría pensarse que como no es posible seguir el rumbo de la emisión y llegar al punto donde genera el efecto nocivo, habría que concluir que no siendo mensurable la contaminación, menos sería posible realizar el necesario juicio normativo posterior.

Sin embargo, creo que lo recién planteado no es correcto, porque en la contaminación atmosférica por GEI, sí es posible acreditar la precisa contaminación causada en la atmósfera por una determinada emisión, y la única diferencia con la contaminación sobre el suelo o las aguas, será que la comprobación de estos últimos necesariamente habrá de llevarse a cabo tomando muestras del lugar, de ser posible en el momento previo a la introducción en ellos del contaminante -por ejemplo aguas arriba y aguas abajo del vertido-

⁷⁶⁹ Éstas son la Tropósfera, la Estratósfera, la Mesósfera y la Termosfera o Ionósfera. La Tropósfera es “la capa más próxima a la superficie de la Tierra (los primeros 9 a 15 km.), en ella respiramos y se dan los fenómenos meteorológicos que determinan el clima. Es la capa más dinámica, siempre en movimiento: vientos, nubes, lluvias, etc. También es donde se generan la mayoría de los fenómenos de contaminación atmosférica que pueden, entre otras cosas modificar el clima” (MARTÍNEZ/ DÍAZ DE MERA, “Contaminación atmosférica”, p.15). Después de la Tropósfera, cuya temperatura va descendiendo a razón de 0,6°C cada 100 metros hasta una altura aproximada de 12 kms. donde se estabiliza, hallamos la tropopausa, que se ubica a una distancia de entre 6 y 15 kms. -en los polos y el Ecuador, respectivamente-. Después de esta capa se ubica la Estratosfera, que “llega hasta unos 50 km. de altura y se caracteriza por una ausencia de corrientes verticales y escasa concentración de vapor de agua. Es donde se encuentra la mayor parte del ozono, entre los 25 y 30 km de altitud, en la llamada capa de ozono” (Contaminación, p. 16). La capa de Ozono, entonces, corresponde a la zona de mayor concentración de moléculas de ozono en la estratosfera, tiene un grosor de 10–20 Km, que está compuesta por un gas -Ozono- compuesto de tres átomos de oxígeno (O₃), cuya función más importante “es la de absorber la radiación ultravioleta procedente del espacio exterior, permitiendo así la existencia de la vida en la Tierra” (Contaminación, p. 16) ⁷⁶⁹. Así las cosas, la afectación química nociva se produce a nivel de tropósfera respecto de los GEI, y en la estratósfera respecto a los elementos que destruyen la capa de Ozono. CASTELLÓ NICÁS, “Concepto, contenido y protección...”, pp. 233-234, describe ampliamente la “Guerra del Ozono”, esto es, la defensa de los intereses económicos de los dueños del negocio de los clorofluorocarbonos (CFC) -sustancia utilizada para el funcionamiento de los *sprays*-, contra la evidencia científica que fue evidenciando que éstos producían un grave deterioro de la capa de Ozono.

, para así, a partir de su análisis establecer si la sustancia vertida produjo una incidencia negativa en el recurso natural.

En la contaminación atmosférica, en cambio, no será posible ubicar el preciso lugar donde incidió la emisión, pero ello no implicará que deba renunciarse a dar por establecido dicho resultado material, porque éste sí es mensurable, sólo que debe medirse mediante un procedimiento diverso al de las aguas o los suelos, un proceso empírico-científico, consistente en la aplicación de reglas científicas afianzadas, según las cuales, la emisión de determinados gramos, por ejemplo, de dióxido de carbono, implicará necesariamente la destrucción de también determinadas moléculas de oxígeno.

No se trata entonces de que en el caso de la contaminación atmosférica planetaria se renuncie a la prueba de la incidencia de la sustancia contaminante en el recurso natural final -como presupuesto fáctico base del posterior juicio normativo-, sino que por el contrario, la comprobación de dicho elemento, será más sencilla en este caso que en el de las aguas y los suelos, porque conocida la naturaleza y cantidad de sustancia emitida -que exige una necesaria prueba en la propia fuente-, las reglas científicas nos permitirán establecer con precisión la exacta e inevitable incidencia causal que ello tuvo en la capa de ozono o en algún lugar de la atmósfera, cuya precisa localización resultará irrelevante.

Sin perjuicio de lo señalado, a mi juicio, no debíamos perder de vista que *“la contaminación del aire (...) es la consecuencia de la manera como se construyen nuestras ciudades, (...) es un residuo de los métodos como se producen nuestras mercancías, las transportamos junto con nosotros y generamos la energía para calentar e iluminar los lugares donde vivimos, nos divertimos y trabajamos”*⁷⁷⁰, porque sólo una correcta ponderación de esta perspectiva, hará posible determinar la relevancia jurídico penal del riesgo y del resultado lesivo, para no castigar insignificantes infracciones de la norma de emisión administrativa, cuando existe un gran espacio de riesgo permitido, porque grandes, medianas, y pequeñas empresas, e incluso nosotros mismos, estamos “autorizados” para emitir GEI a la atmósfera. Así, aunque una pequeña empresa superara por mucho los límites que le ha fijado la Administración en este ámbito, si aquel resultado es nimio en relación a los niveles de contaminación tolerada o permitida, creo que debíamos dejárselo al Derecho Administrativo sancionador.

Porque desde mi punto de vista, este tipo de contaminación expone con mayor claridad que el Derecho Penal no puede ser la única ni la principal herramienta para proteger

⁷⁷⁰ WARK, KENNETH/WARNER, CECIL F. *Contaminación del Aire. Origen y Control* (García Ferrer, trad.), Ed. Limusa Noriega, México, 1997, p.17. Esta aseveración puede reforzarse con los datos publicados por el parlamento Europeo, según el cual, al año 2015, las emisiones de GEI, por sector, se distribuía del modo siguiente: 78% Energía, 8,7% Procesos industriales y uso de productos, 3,2% Gestión de residuos, y 10,1% Agricultura, en <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20180301STO98928/emisiones-de-gases-de-efecto-invernadero-por-pais-y-sector-infografia>.

el bien jurídico medioambiental, porque mientras nuestros líderes políticos y nosotros mismos, no estemos dispuestos a redefinir aquello que a partir de nuestros modelos socioeconómicos⁷⁷¹ hemos llamado desarrollo, realizando cambios significativos en nuestro estilo de vida, sacando de la legalidad actividades productivas que -según los conocimientos científicos ya afianzados- generan altas cantidades de sustancias que afectan negativamente en la capa de ozono y generan GEI, poca o ninguna incidencia -más que puramente simbólica- tendrá el Derecho penal.

6.3 La Jurisprudencia

Recurriré nuevamente al análisis jurisprudencial para demostrar la relevancia de la constatación de la contaminación del agua, suelo, o aire, como base del juicio de peligro, a la vez que afirmar que ésta no puede constatarse de cualquier objeto, sino de aquel cuyos efectos puedan ser lesivos (actualmente o en el futuro) para el equilibrio de los sistemas naturales.

En efecto, para ponerlo de relieve, recurriré a la STS 247/2012⁷⁹⁸, en la que se recurrió a una interpretación de peligro abstracto puro, y que aquí servirá para evidenciar cómo la falta de verificación del resultado de contaminación del recurso suele coincidir con la sanción de conductas con un escasa o nula lesividad. Y es que ambas cuestiones van de la mano, porque si no se prueba la contaminación de un recurso natural, de cuyos efectos pueda predicarse la potencialidad lesiva para el equilibrio de un sistema natural, se termina por recurrir a cuestionables consideraciones de peligro estadístico para justificar la intervención penal.

En el fallo se ratificó la condena de un individuo como autor del delito previsto en el art. 325 CPE, a pesar de que sólo se tuvo por acreditada la infracción administrativa, y que los purines vertidos por la empresa en un terreno contiguo -por las características de éste-, podrían filtrarse y alcanzar unas aguas subterráneas. Se afirmó por el TS que, aunque *“no ha quedado acreditado que los vertidos reseñados hayan contribuido a la*

⁷⁷¹ En este sentido, ALMENAR-MUÑOZ, MERCEDES, “Contaminación Atmosférica...”, p. 5, “Uno de los mayores problemas ambientales a escala mundial es la contaminación atmosférica derivada de las aglomeraciones urbanas. Por ello, la Comisión Europea (CE) ha emitido un Dictamen con fecha de 15 de febrero de 2017 advirtiendo de manera concluyente a Alemania, Francia, España, Italia y Reino Unido por incumplir reiteradamente los límites de contaminación atmosférica correspondiente al dióxido de nitrógeno (NO₂), gas invernadero que incide en el calentamiento global del planeta, impuestos por el Parlamento Europeo y la Directiva 2008/50/CE del Consejo de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa (Directiva 2008/50/CE)”.

⁷⁹⁸ De 3 de abril, pnte. Diego Antonio Ramos Cancedo.

contaminación efectiva de las aguas subterráneas de la zona. No obstante, la disposición de purines en el terreno (...) en la forma que se ha descrito, era susceptible de provocar vertidos indirectos por filtrado, dadas las características del terreno que permiten fácilmente el filtrado al subsuelo, y la lluvia antes o después ha de facilitar asimismo ese filtrado, o incluso el arrastre directo hacia los barrancos próximos, lo que perjudicaría de forma intensa al medio receptor, dada la concentración habitual en esta sustancia de nitratos, amonio, y estreptococos fecales⁷⁹⁹”.

Como puede advertirse, en este caso, el objeto sobre el que recayó la acción fue el suelo, pero, quizás por las características de éste o de su entorno, no se valoró el ecosistema del que formaba parte como potencialmente lesionable ni se verificó la contaminación del terreno (entendida como efecto perjudicial para algún componente del ecosistema, y acreditada por el contraste entre el estado anterior y posterior del recurso), afirmándose sólo que los purines perjudicarían unas aguas subterráneas –otro objeto material- “*dada la concentración habitual en esta sustancia de nitratos, amonio y estreptococos fecales*”. De hecho, en la sentencia se expresa que el recurrente alegó la errónea valoración de la prueba, porque constaba un informe de la Agencia Catalana del Agua que demostraría que en los terrenos donde se produjeron los vertidos no era posible la filtración de los elementos contaminantes contenidos en los purines a las capas inferiores del subsuelo. A ello, el TS replicó que lo único que se expresaba en tal documento era que “*no se ha realizado una investigación específica en el entorno de la explotación ganadera Andana Sat, ni se han realizado ensayos específicos a fin de determinar las características de permeabilidad del terreno que indique si es posible la filtración de los vertidos en superficie*”⁸⁰⁰.

Con una interpretación tal, no puede afirmarse la peligrosidad concreta de la conducta para afectar el equilibrio de los sistemas naturales, porque sólo se realiza una conjetura -a partir de la no absoluta imposibilidad de contaminación-, y en el mejor de los casos, un pronóstico demasiado anticipado (en relación a los conocimientos que se poseen) en relación al peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, y por ende, menos seguro que el mínimo que debiese poder esperarse para la intervención penal⁸⁰¹.

⁷⁹⁹ En Antecedentes, como hechos probados nº 1 y 4.

⁸⁰⁰ FJ Tercero.

⁸⁰¹ Otra sentencia ya analizada, la STS 10.988-1993, sirve también de ejemplo de lo inseguro, por incierto, de un pronóstico de peligro que omita la constatación del resultado de contaminación del recurso natural. En ella se conoció de la realización de tres o cuatro vertidos, con infracción reglamentaria, de una sustancia que contenía Lindano sobre un terreno de unos 300 a 400 metros cuadrados, y se tuvo por probada su toxicidad para animales y personas, y la posibilidad de percolado por las características del suelo, con la consiguiente “posibilidad que surgiesen a modo de manantiales en determinados puntos” (HP). El objeto sobre el que recae la acción es el suelo, y nada se acreditó respecto a su contaminación (de hecho, en este caso, los acusados retiraron todo o parte del terreno afectado), ni por ende, de los efectos de la misma, estimándose colmado el

Otra interpretación de la jurisprudencia en este ámbito -y que es aún menos conciliable con la aquí propuesta-, es aquella según la cual cuando el recurso natural sobre el que incide la conducta se encuentra previamente contaminado o lo está siendo de forma simultánea por varias fuentes –hipótesis de no poca frecuencia-⁸⁰², no resultaría necesario verificar el resultado material de contaminación (ni menos si aquel es atribuible a una específica conducta). En estos casos el tipo muta al peligro abstracto cuasi-presunto, porque, al no utilizarse el efecto producido sobre el recurso natural (el incremento de la alteración de su composición) como base del pronóstico de peligro, se recurre a un “*pronóstico de causalidad*”⁸⁰³, para poder llegar a afirmar que los vertidos o emisiones han contribuido *de modo decisivo a una degradación progresiva del recurso natural*. A mi juicio, tal razonamiento no pasa de ser un artificio para, en primer lugar, justificar que lo único que se está ponderando es la toxicidad de la sustancia obviando por completo que su efecto sobre ecosistemas de distintas características puede ser muy diverso, vale decir, la ausencia de peligrosidad concreta y obviamente de lesividad; y en segundo, que si dicho efecto contaminante no es mensurado, puede atribuirse al riesgo generado por el agente un resultado que no le es imputable, con la consiguiente vulneración de los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

6.4 Toma de posición

Por las indeseadas consecuencias que, desde un prisma de un Derecho penal garantista, acarrea la falta de verificación de la contaminación del recurso natural y la interpretación del ilícito como de peligro abstracto o abstracto-concreto, a modo de síntesis, puedo señalar que, en mi opinión, el riesgo penalmente relevante del delito medioambiental debería quedar delimitado por la constatación de la idoneidad lesiva de la conducta concreta

tipo con la sola “realización material del vertido en el suelo o de la emisión a la atmósfera de productos peligrosos (...) sin necesidad de que se produzca un perjuicio concreto”.

⁸⁰² Así, por ejemplo, en la STS 1242/2004, de 8 de noviembre, Pnte. Enrique Bacigalupo Zapater, se consignó como hechos probados que una empresa había realizado vertidos de sus aguas residuales sin una adecuada depuración, en el tramo final de la Riera de San Martí; que en fechas distintas se tomaron dos muestras “en el punto del vertido, tras haber pasado las aguas por la depuradora y antes de meterse por la tubería que las lleva a la Rivera de Sant Martí”, estableciéndose que contenían diversos elementos tóxicos y contaminantes que se singularizan. El recurrente, fundamentó uno de los motivos del recurso en que “no se tomaron muestras aguas arriba y aguas abajo (...) sino sólo a la salida de la depuradora”, vale decir, como afirmó el tribunal, en “que no se puede evaluar en concreto el impacto ambiental de los vertidos, pues se ignora –como consecuencia de la forma en la que se tomaron las muestras– cuál es la aportación contaminante de otras industrias cercanas”. Pero finalmente, el tribunal concluyó que los vertidos habían “contribuido de modo decisivo a una degradación progresiva de la calidad de las aguas públicas, especialmente a nivel local, en la Riera de Sant Martí, provocando su turbiedad, putrefacción y eutrofización (proliferación excesiva de algas en aguas dulces), y la consecuente disminución de la biodiversidad de flora y fauna en la zona”.

⁸⁰³ Esta expresión da cuenta de lo que pone de manifiesto RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Medio ambiente, Territorio...*, p. 302, respecto a que los tribunales, haciendo esfuerzos interpretativos por flexibilizar la prueba de la causalidad -reprochablemente a entender del autor y desde la concepción aquí defendida-, han recurrido entre otros, a la fórmula que Hassemer denominó del “*Black box*”: a saber, determinarse la existencia de inputs en el curso fáctico que sean procedentes de una acción humana, y también la existencia de un output lesivo para el bien jurídico; entonces, déjese a un lado la cuestión de qué sucedió realmente entre ambos hechos y, si no se posee otra explicación más plausible, afirmese sin más la existencia de relación de causalidad entre *el input y output*”.

para afectar el equilibrio de los sistemas naturales, para cuyo juicio deberá tenerse en cuenta los niveles de riesgo permitido administrativo, la utilidad de la conducta, y la probabilidad de afectación del bien jurídico en el caso concreto, atendidas las características (cantidad, nocividad, concentración, etc.) de la sustancia contaminante, así como el recurso natural sobre el que habría de incidir. Su verificación, sin embargo, no será suficiente para afirmar el tipo, porque la variedad y especificidad de los sistemas naturales, y su interconexión, hacen que una misma acción pueda o no afectar al bien jurídico-penal.

Por ello, siempre será menester la constatación *ex post* del resultado material -constituido por la efectiva incidencia de la sustancia vertida, emitida, o depositada sobre el recurso natural-, como sustrato empírico mínimo sobre el cual realizar el juicio normativo que permita determinar si dicha contaminación es potencialmente peligrosa para el equilibrio de los ecosistemas –resultado jurídico-, también verificable *ex post*. Sólo la afirmación del resultado de contaminación permitirá excluir del ámbito penal -por falta de necesidad de pena- aquellas acciones generadoras de un riesgo relevante *ex ante*, pero que no implicaron siquiera la afectación de un recurso natural, y cuyo desvalor, por consiguiente, debiese quedar íntegramente comprendido en el de la sanción administrativa⁸⁰⁴.

Entonces, como elemento típico, la contaminación del recurso natural cumple una función de seguridad jurídica, en la medida en que constituye un efecto físico-natural ponderable que permite delimitar el ámbito administrativo del penal, y su verificación ayuda a establecer la frontera en donde termina la infracción administrativa –que sólo se refiere a la superación de ciertas tasas o el incumplimiento de determinados requisitos de la actividad- y empieza el injusto penal⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p.101.

⁸⁰⁵ Una definición de contaminación como la establecida en el art. 2 c) de la LGBMA chilena nada aporta en este sentido, pues según la misma, por contaminación debe entenderse, para todos los efectos legales, “la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”.

7. Relación de causalidad e imputación objetiva del resultado

7.1 Introducción

Probablemente los alcances y rendimiento que la teoría de la imputación objetiva puede brindar a la teoría del injusto haya constituido una de las cuestiones de mayor discusión en la dogmática jurídico-penal de las últimas décadas. Nace como correctivo de la causalidad natural como criterio de imputación, al verificar la doctrina que, aunque se estableciera una relación causal entre acción y resultado, se hacía necesario negar la relevancia penal en ciertos supuestos. Constatado aquello, la dogmática reconoce que “*la causación dolosa o imprudente de un resultado era un presupuesto necesario, pero no suficiente, de la tipicidad, porque para emitir un juicio definitivo sobre su presencia era preciso examinar el último, y nuevo, requisito -estrictamente normativo- de si al causante doloso o imprudente de un resultado típico éste le era o no imputable objetivamente, algo que sólo podía decidirse con criterios axiológicos como, por ejemplo, el del fin de protección de la norma*⁸⁰⁶”.

La relevancia y posición que se le ha asignado en la estructura del injusto ha sido muy diversa pues, en tanto atribución de significado penal a una conducta, para algunos puede abarcar todo el tipo, mientras otros se decantan por restringir su comprensión al juicio sobre el injusto típico y a la imputación del resultado⁸⁰⁷, porque entienden que lo que se pretende determinar mediante la imputación objetiva es la procedencia de la intervención penal frente a la afectación de bienes jurídico-penales. También hay quienes, adoptan una perspectiva más restrictiva, acotando su objeto sólo al nexo que ha de existir entre un comportamiento previamente calificado de típico y el resultado, para considerar realizado el tipo objetivo (como reemplazo del nexo causal)⁸⁰⁸.

En todo caso, para la doctrina dominante, “*...sólo es objetivamente imputable un resultado injusto causado mediante un comportamiento humano, cuando este comportamiento ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y este peligro se ha realizado también realmente en el concreto acontecimiento causante del resultado*”⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, “Comportamiento típico e imputación del resultado”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig* (Silva Sánchez/Queralt Jiménez/Corcoy Bidasolo/Castiñeira Palou, Coords.), Ed. B de F, Barcelona, 2017, p. 587.

⁸⁰⁷ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e indubio *pro reo*”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir* (Díez Ripolles/Romeo Casabona/Gracia Martín/Higuera Guimerá, Edits.), Ed. Tecnos, reimpresión, Madrid, 2002, p. 594.

⁸⁰⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, *La imputación objetiva del resultado*, Ed. Edersa, Madrid, 1992, pp. 41-45, explica ambas comprensiones. Discusión actual sobre el contenido de la imputación objetiva en ROBLES PLANAS, RICARDO, “Normatividad e imputación objetiva: respuesta a la recensión de Feijóo Sánchez a Frisch/Robles Planas, Desvalorar e imputar (2005)”, *InDret* 3/2006.

⁸⁰⁹ GIMBERNAT ORDEIG, “Comportamiento típico e imputación...”, p. 581. El autor lo define integrando en el concepto el comportamiento humano y la creación mediante él de un riesgo jurídicamente desaprobado,

Evidentemente, los contornos de este tema también exceden con creces los de esta investigación, por lo que intentando mantener la línea de trabajo propuesta inicialmente, sólo referiré mi análisis a las cuestiones problemáticas que pueda advertir en un tipo ambiental base como el que he estado intentando deslindar, de los que considero los estadios normativos de la imputación objetiva -el riesgo jurídico-penalmente relevante y la relación de riesgo entre el resultado (jurídico) y la conducta-, además de la relación de causalidad, como presupuesto previo de la misma. Para ello, previamente, habré de hacer una sucinta exposición de los términos en los que comprendo unos y otros.

En primer término, respecto al rol que puede y debe jugar la causalidad en la atribución de un resultado jurídico-penalmente relevante a una conducta, considero necesario adelantar que comparto la opinión de quienes sostienen que el menosprecio del método naturalístico se justifica sólo en la medida en que éste sea considerado el único método al que el Derecho penal puede acudir para asignar relevancia a las conductas, pues como hoy se asume, los hechos como tales no poseen en sí un significado de valor, debiendo buscarse éste a partir de los presupuestos propios del Derecho penal, en un juicio normativo. Así, en mi opinión, la relación causal entre una causa y su efecto debe seguir constituyendo la base mínima a partir de la cual construir una teoría de la atribución⁸¹⁰.

Su comprobación será, entonces, obligatoria en todos aquellos casos en los que se analice un delito descrito resultativamente -como aquí se considera el delito medioambiental-, porque la relación causal entre ese resultado material típico y la conducta constituirá el piso sobre el cual realizar luego un juicio definitivo de atribución de responsabilidad penal. La cuestión de si una conducta es causa de un resultado, sólo será útil para incluir esa determinada conducta dentro de los posibles riesgos generadores del resultado. El concepto de riesgo abandona la perspectiva puramente físico-natural para dar cuenta, ahora desde un prisma normativo, si la conducta realizada además de causalmente vinculable al resultado debe o no ser desvalorada por el Derecho penal. Este concepto posee autonomía del posible (o cierto) resultado, porque aunque el resultado desvalorado haya

porque en el artículo citado critica la posición de Frisch, para quien, la no creación de un riesgo desaprobado excluye ya el comportamiento típico.

⁸¹⁰ Porque como afirma CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación...”, pp. 593-594 “dentro de un sistema teleológico y funcional del Derecho penal una institución como la relación causal no puede fundamentar nada, pero sí puede y debe servir como límite previo, necesario para cumplir con los principios de seguridad jurídica y presunción de inocencia”. En similares términos, ROMEO CASABONA, CARLOS, “Conocimiento científico y causalidad en el Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico* (Romeo Casabona/Sánchez Lázaro, Edits.; Armaza Armaza, Coord.), Edit. Comares, 2010, pp. 119-120, asevera que “no es posible sustituir el proceso de determinación causal de un resultado, cualquiera que sea ésta, por meros criterios de imputación del mismo, pues aquél refleja una característica óptica o empírica de un hecho —por procedimientos científicos—, mientras que la segunda, la imputación, atribuye jurídico-penalmente un hecho y sus efectos a un sujeto —por procedimientos normativos—.

sido causado por un determinado riesgo, la relevancia de este último estará determinada por la constatación de que dicho concreto riesgo es desvalorado jurídicamente⁸¹³.

Identificada causalmente la conducta generadora del riesgo, habrá que determinar si aquella contraría la norma (penal), siendo entonces, la relevancia jurídico-penal del riesgo generado por la conducta, el primer filtro normativo, pues permitirá descartar todos aquellos riesgos de los que no pueda afirmarse tal condición. En cuanto criterio normativo, la relevancia penal del riesgo responderá a una valoración de intereses efectuada *ex ante* a partir de los conocimientos objetivos disponibles al momento de la ejecución de la acción, además de los conocimientos del autor disponibles en ese momento, pues tales datos permitirán definir, respectivamente, la probabilidad de lesión del bien jurídico y la previsibilidad del riesgo.

De lo señalado podría entenderse que serán penalmente relevantes todas aquellas conductas que previsiblemente, desde la perspectiva *ex ante*, generasen una probabilidad de lesión para el bien jurídico-penal. Sin embargo, en una sociedad altamente tecnificada como la actual, en la que las conductas e interrelaciones carentes de riesgos han pasado a ser minoritarias, el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho no podría pretender sancionar la creación de todo riesgo potencialmente lesivo, asumiéndose hoy que ciertos riesgos -aun siendo previsibles- pueden no tener relevancia penal, ya porque son considerados necesarios -o cuando menos útiles-, ya porque generan una insignificante probabilidad de lesión, resultando mayor el coste de su represión que el de su permisión.

Así, partiendo de un concepto amplio de riesgo permitido que abarcase todo el conjunto de conductas que, generando un peligro para un bien jurídico, no son desvaloradas penalmente, podríamos tanto incluir los criterios propios de utilidad de la conducta, las posibilidades técnicas para el control del riesgo, los costes de las mismas⁸¹⁴ y la insignificancia.

En todo caso, como indicaba, en mi opinión, la consideración de un riesgo como jurídico-penalmente relevante dirá siempre relación con una ponderación *ex ante* de los intereses en conflicto, con total autonomía de la posibilidad de imputar un resultado al mismo, porque, como señala ROBLES PLANAS, “*lo que sea jurídico o anti-jurídico no lo puede decidir la imputación de un resultado a una conducta, sino, precisamente la*

⁸¹³ A diferencia del CPE y del CPCH, el CP de Colombia, del año 2000, lo expresa en su art. 9, al establecer que “*La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado*”.

⁸¹⁴ CORCOY BIDASOLO, “*La distinción entre causalidad e imputación...*”, p. 609.

comparación de la propia conducta con las exigencias del Derecho expresadas en normas de conducta”⁸¹⁵. Ello es así porque, si como aquí se sostiene, el Derecho penal busca evitar la afectación de bienes jurídico-penales mediante la pena, sus normas han de ser de motivación (orientadas al bien jurídico-penal que las trasciende), y en dicho sentido, sólo serán jurídico-penalmente relevantes los específicos riesgos a cuya no realización pretende motivar la norma.

En esta escalonada construcción, en un tercer nivel, o si se prefiere segundo nivel normativo, ahora sí habrá de verificarse la realización del específico riesgo jurídico-penalmente relevante en el resultado desaprobado, la relación de riesgo o imputación objetiva en sentido estricto. Se trata de establecer a cuál de todos los posibles riesgos relevantes debe imputarse el resultado, tal y como se produjo. Así entonces, esta relación de riesgo implicará establecer, también mediante un juicio normativo -pero ahora objetivo y *ex post*-, la existencia de un nexo entre el riesgo penalmente relevante y el resultado desaprobado, de modo de determinar que ese riesgo y no otro fue el que se realizó en aquel. Se trata de excluir -aun ante un riesgo penalmente relevante- aquellos resultados que provengan de otros riesgos concurrentes, y siguiendo a CORCOY BIDASOLO, se ha de fundamentar en los criterios del incremento del riesgo *ex post* y finalidad de protección de la norma⁸¹⁶.

Por último, afirmada la relación de riesgo, debe operar aún un último filtro para poder estimar que la conducta es merecedora de sanción penal, a saber, la definición desde la perspectiva *ex post*, de si el resultado desaprobado relacionado con el concreto riesgo no

⁸¹⁵ ROBLES PLANAS, “Normatividad e imputación objetiva...”, p. 4.

⁸¹⁶ Entre los autores hay muchos matices en los criterios a aplicar para determinar la relación de imputación objetiva entre un riesgo relevante y un resultado desvalorado. Así, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIX, ENRIQUE, “Comportamiento típico e imputación...”, p. 591, señala que “(...) no podemos emitir un juicio definitivo sobre la tipicidad si no tenemos en cuenta cómo se ha producido la causación del resultado; esto es lo que sucede en tres grupos de casos: en los cursos causales irregulares; en los supuestos de comportamiento alternativo conforme a Derecho, siendo preciso en estos últimos tener en cuenta -para decidir sobre la tipicidad o atipicidad del comportamiento- qué habría sucedido si el autor hubiera observado la diligencia debida; y, finalmente, en aquellos otros en los que entra en juego el fin de protección de la norma, que es el que nos permite determinar si esa causación concreta es la que quería evitar la ley cuando estableció una determinada prohibición”; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, “Imputación objetiva y ley penal”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T. II, (García Valdés/Cuerda Riezu/Martínez Escamilla/Valle Mariscal del Gante, Coords.), Ed. Edifoser, Madrid, 2008, p. 1721, resume las valoraciones a efectuar para establecer la relación de riesgo, del siguiente modo: “Los eventos que deben ser examinados en esta sede son los de falta de realización del peligro, de falta de realización del riesgo no permitido, de resultados no cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado y de realización de una conducta alternativa conforme a Derecho”.

permitido era evitable, porque de no haberlo sido, desaparecerá el desvalor del resultado, y con ello el tipo (consumado) o la punibilidad⁸¹⁷.

A partir de estas definiciones básicas se analizará el delito medioambiental, y para acometer con éxito la empresa de imputar objetivamente el resultado a un riesgo, habrá que reiterar que una de las características fundamentales del delito en estudio es que el objeto de la acción (los recursos naturales) y el sustrato del bien jurídico (los ecosistemas) son distintos, por lo que la conducta generará un doble resultado: uno material de lesión del recurso natural y otro jurídico de peligro (idoneidad lesiva) para el equilibrio de los sistemas naturales, ambos constatables desde la perspectiva *ex post*.

7.2 La relación causal

Respecto a la relación causal puede indicarse que ya sea que se decante por una fórmula como la del art. 325 CPE, que castiga la provocación o realización de vertidos, emisiones, etc., o por una como la que describe el art. 485 del ACPOCH 2018, que sanciona al que vertiere o liberare sustancias, en todo caso, el primer nexo causal a verificar tendría que ser el que pudiera existir entre el vertido o emisión y una específica conducta, de modo de establecer “*si una actividad determinada reviste la naturaleza de “condición necesaria” del resultado de vertido, emisión, etc., o, mejor, de componente necesario de una explicación suficiente del vertido*”⁸¹⁸. Se trata de determinar la fuente físico-natural de éste.

Tras ello, deberá ligarse -en idénticos términos- un determinado vertido de sustancias contaminantes con el resultado de contaminación del recurso natural, que en esta investigación corresponde a la lesión del objeto del delito, el resultado material, o *la incidencia en el recurso natural*. Porque, como se ha referido, aunque el resultado (jurídico) que aquí se estima punible es el de idoneidad lesiva *ex post*, respecto al resultado material y su relación causal con la conducta, en este punto encontramos puntos de convergencia,

⁸¹⁷ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. “Eficacia de la imputación “objetiva”. Su aplicación a la solución de casos tradicionales y actuales”, *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 68, 2015, en <https://dialnet-unirioja.es/sire.ub.edu/servlet/catart?codigo=5727619>, p. 22, da cuenta de este tercer criterio que operaría aun establecida la relación de riesgo entre el resultado desvalorado y el riesgo generado por la conducta, cual es el de la evitabilidad, porque si el primero no era evitable, no existe merecimiento de pena, debiendo quedar impune la conducta. En iguales términos, WOLTER, JURGEN, “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*”, en *El Sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales* (Shünemann, Coord.), Ed. B de F, Buenos Aires, 2012, p. 130.

⁸¹⁸ SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 63, propone estos dos contenidos. DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, pp. 78 y ss., pone énfasis en que el juicio causal también puede basarse en la probabilidad, como herramienta también válida para las ciencias naturales.

incluso, con autores que sostienen que la estructura típica del delito medioambiental (previo a la entrada en vigencia de la LO 1/2015, y actual art. 325.2) es la del peligro hipotético. En efecto, algunos de estos autores ha admitido que para atribuir a la conducta la capacidad de perjudicar gravemente ese bien jurídico-penal –su idoneidad lesiva concreta-, es menester un detallado (e inexistente) conocimiento de las leyes naturales y *de las concretas circunstancias del caso*, lo que demandará en un buen número de supuestos la constatación de resultados físico-naturales temporal, y en su caso espacialmente separados de la conducta.⁸¹⁹.

Las diferencias entre la posición que aquí se estima adecuada y la del peligro hipotético se situaría en el rol que desempeña el resultado de contaminación, y, por consiguiente, en primer término, en la relación de causalidad entre éste y la conducta. Porque desde una perspectiva de idoneidad lesiva (*ex post*) como la que aquí se defiende, el resultado de contaminación constituye la base sobre la cual realizar el juicio normativo de peligro. Si no se logra acreditar tal cimiento fáctico, no será nunca posible afirmar la concurrencia del peligro típico. Para quienes consideran el delito medioambiental -siempre del art. 325.2- como de peligro hipotético, el resultado de peligro es potencial y, en esa medida, aunque conveniente, es prescindible. Aquí, en cambio, la verificación de la existencia de un resultado de contaminación causalmente ligado a la conducta es perentoria, porque constituye un extremo de la tipicidad, y, porque como se dijo, es condición *sine qua non* del posterior juicio de idoneidad lesiva de la conducta. Si no hay contaminación causalmente atribuible a la conducta, allí se agota la posibilidad del Derecho penal de intervenir.

Esta diferencia se hace más perceptible cuando nos planteamos un supuesto en el que la contaminación afecte en cadena a varios recursos naturales y ecosistemas, porque como se dijo antes, para afirmar la idoneidad lesiva *ex post* de la conducta -y su magnitud- para afectar el equilibrio de los ecosistemas, tiene que acreditarse la relación causal entre la contaminación del recurso natural que sustenta el ecosistema más complejo afectado y la conducta. La opción del peligro hipotético, en cambio, exigiría sólo acreditar causalmente

⁸¹⁹ Así por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 107, afirman que “incluso la comprobación de la peligrosidad abstracta efectiva no tiene que eludir el abordaje de cuestiones causales”. Podría entenderse que se pronuncia de manera similar al sentido propuesto MATELLANES RODRÍGUEZ, *Derecho Penal del medio ambiente*, p. 61, cuando afirma que “Por eso, el desvalor de resultado tiene un doble contenido, cual es la realización de una lesión al ambiente a través de un acto de contaminación, del cual posteriormente debe predicarse el potencial perjuicio para el equilibrio de los ecosistemas”.

la conexión entre la conducta y el vertido, porque a partir de él afirman la potencialidad lesiva desde la perspectiva *ex ante*.

Piénsese, de nuevo, en un vertido de petróleo que afecta a un riachuelo que resulta contaminado, transportándose la sustancia hasta un río de mayores dimensiones, y finalmente a una laguna cuyo equilibrio es puesto en peligro. En este nada de inusual supuesto, desde el peligro que aquí se considera típico, habrá que acreditar la relación causal entre la actividad de la empresa emisora y el resultado de contaminación del agua de la laguna, o lo que es lo mismo, entre dicha actividad y el vertido de petróleo en el riachuelo, entre éste y la contaminación del riachuelo, entre ésta y la contaminación del río, y finalmente entre esta última y la contaminación de la laguna, por constituir ésta el sustrato material del bien jurídico efectivamente lesionado. No Pretendo afirmar que tales circunstancias deben ser necesariamente acreditadas por una prueba directa (como la constatación previa y posterior de cada uno de los recursos afectados), pero sí, a lo menos mediante inferencias basadas en prueba indiciaria que permitan sustentarlas más allá de toda duda razonable. Así, en el delito medioambiental, como delito de idoneidad lesiva *ex post*, no se produce sólo una relación causa-efecto que debe ser acreditada imperativamente, sino, a lo menos dos.

En España, las insoslayables dificultades de prueba del nexo causal han sido decisivas para la posición dogmática y jurisprudencial hoy día mayoritaria, según la cual se habría producido un cambio en el grado de peligro exigido por el tipo medioambiental -del peligro concreto del art. 347 al peligro hipotético del art. 325-. Sin embargo, en mi opinión, aunque es obvio que mientras más extremos deban acreditarse para colmar el injusto más problemas de eficacia se generan, resulta también indesmentible el aún insuficiente conocimiento causal de la mayor parte de las leyes naturales, por lo que, las razones de garantía que antes se expresaron, hacen indispensable la verificación del resultado material y su atribución causal a la actividad de una determinada fuente en los términos antes indicados.

Creo que además de la falta de decisión política para la asignación de suficientes recursos a la persecución penal en este ámbito -o mejor, a causa de ello- una de las principales dificultades que presenta la prueba de la causalidad en materia medioambiental, es que ésta suele estar precedida por una deficiente o derechamente inapropiada práctica de los análisis técnicos necesarios para establecerla, porque no existe aún suficiente claridad -o voluntad- de los encargados de establecer los hechos que fundarán el juicio normativo, respecto de cuáles son éstos, por lo que la decisión sobre los análisis que se practican, es muchas veces errónea.

7.3 El riesgo relevante

En relación, ahora, al riesgo relevante exigible de un tipo medioambiental base, puedo indicar, en primer lugar, que a mi entender, este elemento se colma de igual manera si se estructura el tipo como un delito de peligro hipotético -como se ha entendido preferentemente en España el art. 325 CPE-; de peligro concreto -como mayoritariamente se entendía en relación al art. 347 bis LO 8/1983; o si se asume la exigencia de idoneidad lesiva *ex post* como aquí se propone, porque en esta categoría, lo que debe establecerse es si la conducta concreta –desde la perspectiva *ex ante*- genera un riesgo desaprobado para el equilibrio de los sistemas naturales, analizando las circunstancias que rodean el hecho al momento de su ejecución, valorando las circunstancias objetivas y subjetivas (conocimiento del autor), el ámbito en el que se desarrolla la conducta, la probabilidad de afectación del bien jurídico, el espacio de riesgo permitido propio del ámbito específico, etc.

Uno de los puntos conflictivos respecto a este extremo se ubica en la relación existente entre el riesgo permitido y la norma extrapenal protectora del medio ambiente, y desde la óptica adoptada, esta última constituirá un indicio de la superación del riesgo tolerado penalmente.

Aunque se ha adelantado que la propuesta penal ambiental del ACPCH 2018 merece variadas críticas, el análisis de las disposiciones administrativas y de dos tipos penales ambientales, permite concluir que el legislador penal optaría por marcar diferencias a nivel de riesgo permitido, entre unas y otras. En efecto, el art. 2.d) LGBMA, define como contaminante: *“todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”*. En otros términos, la norma administrativa definió sustancia contaminante, a partir de baremos estándar.

Por su parte, si se analiza la redacción de la norma propuesta en el art. 485 del ACPCH 2018, sanciona a los que con infracción de normas y/o actos administrativos emitieran, depositaran o vertiesen sustancias contaminantes al aire, suelo o agua. Esto podría ser una mera remisión a los límites administrativamente impuestos, pero si se analiza el tenor del artículo siguiente, que castiga -con una pena privilegiada- a quienes emitan, liberen o viertan sustancias contaminantes en el aire, agua o suelo, pero *“1º, la cantidad vertida, liberada o extraída en exceso no superare en forma considerable el límite permitido [administrativo], atendidas las características de la sustancia y la condición del medio ambiente que pudieren verse afectados por el exceso; 2º, la infracción se hubiere prolongado solo por un breve lapso, atendidas las características de la sustancia y la condición del medio ambiente que pudieren verse afectados por el exceso...”*

Si se comparan ambas normas, pareciera poder concluirse que, en sede de riesgo, sí se pondera la menor probabilidad de afectación del bien jurídico penal al contemplar criterios que dicen relación con el caso concreto, como son *las características de la sustancia y la condición del medio ambiente que pudieren verse afectados, o el lapso* que hubiese durado la contaminación también en relación al medio ambiente que pudiera verse afectado. En otros términos, pareciera que el legislador chileno pretendió dejar asentado que riesgo permitido administrativo y penal son disímiles, incidiendo en este último criterios propios de un análisis *ex ante* del caso concreto.

7.3.1 Riesgo relevante y principio de precaución

Como ya se adelantó⁸²¹, del principio de precaución puede decirse para empezar, que parte de dos presupuestos: la incertidumbre científica y la eventualidad de daños catastróficos⁸²². Si confluyen estos criterios, vale decir, se sospecha -como estadio previo al conocimiento y a la previsibilidad- que de determinada acción podrían derivar consecuencias graves para el medio ambiente o para el hombre, deberá proscribirse (temporalmente) la misma⁸²³.

Algunos de los autores, como GÓMEZ TOMILLO, consideran que el principio de precaución no sólo debe constituir un criterio administrativo, sino que en materias especialmente sensibles, debiera trascender al Derecho penal, especialmente, en ámbitos de especial relevancia como la conservación del medio ambiente en situación de ser habitado por generaciones futuras. Para el autor, el principio tendría expresión legítima en los que denomina “*delito de riesgo normativo*” o “*nuevos delitos de peligro hipotético*”, que precisamente serían viables en base a la sospecha científica de que una conducta puede generar un riesgo catastrófico o irreversible. A su entender, cada una de las categorías de peligro se encontraría en una relación de subsidiariedad, basada en la necesidad de cada bien jurídico-penal. Así, cuando fuere suficiente, debiera recurrirse al peligro abstracto y no al riesgo normativo, o cuando fuese suficiente la descripción como peligro hipotético, debiese preferirse éste al peligro abstracto. Se trataría de círculos concéntricos de diferentes tamaños, diferenciándose el peligro abstracto puro del de riesgo normativo, en que en estos

⁸²¹ Véase *Supra* Cap. V.2.5, pp. 155 ss.

⁸²² ESTEVE PARDO, *Derecho del Medio Ambiente...*, p. 72. En iguales términos, SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 18; PÉREZ ALONSO, “Expansión, riesgo y principio...”, p. 6; GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, “El principio de precaución...”, p.1; MIRANDA ABANZÚA, HERNÁN, *Delitos contra el medio ambiente. El principio de precaución como criterio para la imputación objetiva. Una aproximación*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2017, p. 42, afirma que para el medio ambiente sus presupuestos serían “la suposición fundada, la sospecha científicamente sustentada de que puede conllevar a un daño grave e irreversible al medio ambiente (incluida la salud humana).”

⁸²³ PÉREZ ALONSO, “Expansión, riesgo y principio...”, p. 6.

últimos no es posible calcular matemáticamente la probabilidad de acaecimiento del riesgo.⁸²⁵ Su utilización demandaría la utilización de la técnica de las LPB, para la incorporación y modificación del grado de riesgo, y su límite inferior estaría dado por la absoluta incertidumbre científica o la certeza científica de la inocuidad de la conducta, espacio en el que no tendría cabida⁸²⁶. Siempre para el autor, “*el rechazo a la utilización del principio de precaución en Derecho penal y, consecuentemente, de los delitos de riesgo, lleva aparejado a su vez, la posibilidad de que una dogmática del Derecho penal detrás de la realidad, desbordada por aquélla, en vez de ir por delante, alumbrando el paso al legislador.*”⁸²⁸”

A mi entender, en cambio, el principio de precaución debe seguir teniendo un ámbito de aplicación exclusivo en el contexto del Derecho administrativo, porque parece razonable que la Administración, como reguladora de una actividad determinada, pueda imponer mayores restricciones a aquella, cuando nuevos conocimientos científicos alertasen de graves riesgos⁸²⁹, pero este principio no puede tener cabida en el Derecho penal, ni por la vía del riesgo permitido, y menos aún por la creación de delitos de riesgo normativo.

En cuanto a esto último, esto es la creación de delitos de *riesgo normativo*, me remito a lo señalado en capítulos previos, respecto al rechazo de la interpretación de los delitos de peligro abstracto como aquellos en los que la realización de la conducta prohibida colma *per se* el injusto, porque como se ha indicado, el Derecho penal debiera encontrar su límite en la sanción de conductas que *ex post* resultasen idóneas para afectar el bien jurídico-penal, pues otra cosa, y con mayor razón si cabe, un *delito de riesgo* violenta los principios del Derecho penal, autorizando la intervención de éste en situaciones de (casi) total incertidumbre científica, que si acaso alcanzan para la presunción de un riesgo.

Por otro lado, la posibilidad de igualar el riesgo permitido con la norma o autorización administrativa, para así dar entrada al citado principio de precaución, tampoco

⁸²⁵ GÓMEZ TOMILLO, “El principio de precaución...” p. 4.

⁸²⁶ GÓMEZ TOMILLO, “El principio de precaución...”, pp. 7-8. Así, en la medida en que dichos límites se formularan mediante normas administrativas, el Derecho penal debiera remitir a ellas el riesgo permitido, porque para el autor, resulta contrario a la propia lógica del *Ius puniendi* del Estado que el Derecho penal se privara de sancionar las conductas de mayor gravedad que, justamente por la magnitud del posible daño que generan, pueden ser únicamente realizadas en el contexto de personas jurídicas. A su entender, ello implicaría que *de facto*, el estigma del Derecho penal perseguiría a los de siempre, en tanto que el Derecho administrativo se encargaría de los infractores de cuello blanco.

⁸²⁸ GÓMEZ TOMILLO, “El principio de precaución...”, pp. 4-5

⁸²⁹ ESTEVE PARDO, *Derecho del Medio Ambiente...*, p. 74, habla de “imponer una suerte de estado de excepción —el régimen vigente queda en suspenso— justificado en valoraciones e informes de carácter científico que alertan sobre la existencia de riesgos aun cuando las actividades que presuntamente los generan cumplen con la normativa vigente”.

resulta apropiada, porque por esta vía, se estaría llegando a los mismos extremos, sólo que de manera indirecta: El desvalor de acción, y con ello el injusto será igual a la falta de certeza científica respecto a la inocuidad *ex ante* de una determinada conducta para con el medio ambiente. En otros términos, *se produciría la perversión de un razonamiento que transitase desde un juicio fáctico sobre la probabilidad de peligro que ex ante genera una conducta, a un juicio de valor que se sustentaría únicamente en la antinormatividad de normas extrapenales*⁸³⁰ sustentadas en la ausencia de certeza respecto a la improbabilidad de la generación de un riesgo.

7.3.2 Riesgo relevante y delitos cumulativos

La otra cuestión relevante suscitada a nivel de riesgo permitido es la de los delitos por acumulación, porque, a diferencia de los efectos meramente aditivos o sinérgicos, cuya sanción dependerá de la previsibilidad de la probable lesión que generen, en esta categoría la sanción se funda, justamente, en que las conductas individualmente consideradas no generan siquiera un riesgo *ex ante* para el bien jurídico que pueda ser catalogado como penalmente relevante. No se trata ya de incertidumbre sobre la potencialidad lesiva de la conducta, sino por el contrario, de la certeza de que esa determinada conducta es *ex ante* -y *ex post*- inidónea por sí sola para poner en peligro y afectar el bien jurídico.

La explicación dogmática de los delitos cumulativos, fue introducida originalmente por Kuhlen, quien a partir del art. 324 del CP alemán⁸³² -que establece el delito de contaminación de las aguas-, afirmara que el Derecho penal debía hacerse cargo de que es un hecho constatable empíricamente, que el progresivo deterioro del medio ambiente se produce no tanto -o cuando menos, no sólo- a causa de grandes riesgos individualmente generados, sino por la ejecución por muchos de conductas que aisladas parecen inocuas, lo que haría necesario reforzar por medio de la amenaza penal la no realización de las mismas⁸³⁴.

⁸³⁰ ALONSO ÁLAMO, MERCEDES, “¿Riesgos no permitidos? Observaciones sobre la incidencia del principio de precaución en el Derecho penal”, en *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, en www.tirantonline.com, TOL 4.549.683, pp. 8-14

⁸³² Art. 324. I. “Quien contamine el agua sin autorización, o altere de otro modo sus cualidades de forma perjudicial, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa”.

⁸³⁴ MENDOZA BUERGO, “El delito ecológico: Configuración típica...”, pp. 141-142, pone como ejemplo de delitos por acumulación los contemplados en el art. 332 del CPE, que se definirían como tal porque “la conducta típica ni siquiera representa un peligro abstracto para el bien jurídico protegido, aun siendo éste configurado en sentido ecocéntrico, sino que más bien parece estar pensado en términos de contribución acumulativa que aisladamente es intrascendente y que sólo realizada en masa puede resultar lesiva”. Según

Tres son, principalmente, los problemas de esta categoría delictiva que han sido evidenciados por la doctrina. El primero, que mediante ellos se vulnera el principio de culpabilidad, por fundamentar la responsabilidad penal *ex iniuria tertii*, porque se atribuye al individuo responsabilidad por conductas de terceros que no le son personalmente reprochables. El segundo, que colisionan con el principio de lesividad porque la acción individual no genera ni siquiera *ex ante* un peligro para el bien jurídico; y el tercero, que implican una violación del principio de proporcionalidad porque imputa un resultado sistémico a una acción individual⁸³⁷.

El contraargumento de Kuhlen -cuando menos en relación a los principios de culpabilidad y de proporcionalidad- es que en los delitos cumulativos el autor sólo responde por el contenido de su propio injusto “*porque el legislador incrimina precisamente cada acción singular (por ejemplo, la contaminación de aguas) y, por tanto, que todo aquél que contamina las aguas de una manera no totalmente insignificante se comporta de forma punible y se le pueden pedir cuentas de su acción*”⁸³⁸.

Por mi parte, considero necesario señalar, en primer término, que aunque la categoría de los delitos cumulativos nació con ocasión de la tutela de bienes jurídicos supraindividuales, la consideración de la acumulación como fundamento de incriminación de conductas no es exclusivo de estos últimos, porque si se observa con atención, puede advertirse que existen tipos penales cuya peligrosidad *ex ante* para bienes jurídicos individuales es muy dudosa. Por ello, la legitimidad o no de la misma debiese realizarse a partir de un análisis e interpretación crítico de todas las decisiones político-criminales del legislador (incluidas las referidas a bienes jurídicos nucleares).

En este sentido, considero incorrecto aseverar, como hace FEIJOO SÁNCHEZ, que “*la cuestión dogmática general de las estructuras típicas por acumulación se encuentra indisolublemente unida al debate moderno sobre la legitimidad y determinación dogmática de la lesividad social propia de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos*”⁸⁴⁰.

FEIJOO SÁNCHEZ, “Funcionalismo y teoría...”, p. 206, “se trata de un método de imputación estadístico para problemas macrosociales o sistémicos que intenta evitar la creación de riesgos difusos que no tienen una única fuente”.

⁸³⁷ En este sentido, entre otros, ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación...*, p. 92; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal...*, pp. 145-146.

⁸³⁸ Alusión a Kuhlen en MÜLLER-TUCKFELD, “Ensayo para la abolición...”, p. 513. Admitiéndolos como categoría válida, PORTILLA CONTRERAS, “La supuesta crisis...”, p. 921, afirma que “es posible que se ocasione la pérdida de la posibilidad de dominio sobre el potencial riesgo pero sigue siendo legítima la intervención penal puesto que ese riesgo puede perjudicar a un bien jurídico concreto.” A su turno, GÓMEZ TOMILLO, que como recién indicaba considera legítima la utilización de los *delitos de riesgo*, “El principio de precaución...” p. 4, considera también “admisible la utilización de los delitos de acumulación en el Derecho penal [únicamente] si se tiene la constancia científica de que la reiteración de determinadas conductas puede afectar al bien jurídico, sin que sea suficiente en este caso la mera sospecha”.

⁸⁴⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, “Funcionalismo y teoría...”, p. 206.

Porque, quienes estiman ilegítima la protección de bienes jurídicos supraindividuales, han sustentado su posición -al menos parcialmente-, en que una acción individual nunca podría derivar en la lesión del bien jurídico supraindividual (y en esa medida, el problema sería precisamente de naturaleza cumulativa). Pero a ello habría que responder, como hace CORCOY BIDASOLO, que a esta conclusión se llega sólo si se iguala resultado de lesión con destrucción porque, como dice la autora, nunca -salvo en el homicidio-, una acción individual será suficientemente lesiva como para destruir el bien jurídico -individual o colectivo-.

Se adopta esta errada perspectiva, porque como señala VARGAS PINTO, no se termina de dissociar suficientemente los conceptos de resultado material y resultado jurídico. El primero dice relación con el resultado de la acción que recae sobre el objeto material, en tanto que el segundo, no se fundamenta en la incidencia de la acción sobre un objeto material, sino en su relación ideal con un bien jurídico. *En otros términos, el «resultado jurídico» se conecta con la afectación del bien jurídico-penal y no se limita a una cuestión meramente externa, que puede no existir*⁸⁴¹.

Es decir, si igualamos lesión con destrucción, muchas de las descripciones típicas aparecerán como conductas que ni siquiera desde el punto de vista abstracto, generan un riesgo idóneo *ex ante* para lesionar el bien jurídico-penal. Por el contrario, cuando por lesión entendemos afectación, cualquier menoscabo al bien jurídico (que colme los demás extremos del injusto) implicará su lesión⁸⁴², por lo que no podremos hablar de ausencia de riesgo típico, sino de la legítima frontera del riesgo permitido. El problema, entonces, no es que en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales el injusto se base en una acción que no posee siquiera *ex ante* la aptitud para afectar el bien jurídico, sino, otra vez, que no

⁸⁴¹ VARGAS PINTO, TATIANA, *Delitos de peligro abstracto y de resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2007. p.164, agrega que “Así, esta noción se separa del «resultado material» (físico), en cuanto abarca también efectos inmateriales. Pero se distingue, especialmente, porque implica la concurrencia de juicios eminentemente valorativos, que no se quedan únicamente en análisis empírico-naturalista”. Connotados autores -por la posición personalista que sostienen- parecieran soslayar esta diferencia. Así, por ejemplo, HASSEMER, *El Derecho penal del estado*, p. 182, sostiene que “a diferencia de los delitos de resultado, los delitos de peligro abstracto renuncian a una parte de los presupuestos del tipo penal; no describen ningún resultado típico y no exigen, en consecuencia, ninguna relación de causalidad entre el hecho y el resultado lesivo”.

⁸⁴² CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección...*, pp 21-22, pone énfasis en esta cuestión. Para la autora, la terminología mayoritaria que distingue entre delitos de lesión y de peligro no es aceptable desde el punto de vista del bien jurídico protegido, porque en unos y otros se produce su afectación (lesión o peligro), y lo que puede (o no) destruirse físicamente es el objeto material del delito. FEIJOO SÁNCHEZ, “Funcionalismo y teoría...”, p. 199, reconoce este fenómeno al indicar que “las conductas delictivas nunca lesionan o erosionan significativamente los bienes jurídicos, sino sólo los objetos materiales que son su concreción como elementos del hecho típico”.

la tiene para afectar un bien jurídico individual, ni tampoco para destruir el bien jurídico supraindividual.

Como sea, frente a la casi incuestionada existencia de tipos penales generadores de riesgos mínimos para bienes jurídicos individuales, cabe preguntarse si no se ha terminado por convertir la explicación en el problema, porque el fenómeno no es nuevo, siendo reconocible desde siempre en relación a los delitos contra la propiedad, sin que ello haya significado el cuestionamiento de su legitimidad. *Se trata, más bien, de un caso totalmente normal de delincuencia de bagatela, para cuya solución cabe remitirse, en consecuencia, a los conceptos generales*”⁸⁴³.

Si convenimos que un hurto o una lesión leve no genera un riesgo relevante abstracto para el bien jurídico individual ¿cuál es el fundamento de su incriminación penal? Pareciera ser que la represión del primero respondería a una lógica similar al de los daños cumulativos, porque ellos pueden afectar masivamente a un mismo patrimonio, o a un mismo sistema económico socavando sus bases, poniendo en riesgo el bien jurídico. La incriminación de las lesiones leves, en tanto podría legitimarse desde la perspectiva de la especial relevancia del bien jurídico.

Ahora bien, al bien jurídico medioambiental podemos atribuirle ambas condiciones, porque concurre tanto el factor de la masividad -casi todos podemos realizar conductas nimias contra el medio ambiente-, y el de la jerarquía, porque son pocos los que hoy niegan valor a la protección del medio ambiente, pero a pesar de ello la tipificación de conductas de relativamente escasa peligrosidad es cuestionada. Parece entonces que el problema dice más relación con la legitimidad que se le asigna al equilibrio de los sistemas naturales (o al medio ambiente) como bien jurídico-penal, que con el mínimo riesgo relevante en Derecho penal⁸⁴⁴.

Con lo señalado no pretendo defender la legitimidad de la incriminación y sanción penal de delitos cumulativos, porque como he insistido, considero que conductas que no

⁸⁴³ SCHÜNEMANN, BERND, “El principio de protección...”, p. 225.

⁸⁴⁴ Por ejemplo, ALCACER GUIRAO, RAFAEL, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en *ADPCP*, vol. LIV, 2001, pp. 173-174, sostiene que “el medio ambiente sólo podrá ser legítimamente protegido con la pena cuando se configure como un medio de protección de las condiciones de libertad de las generaciones presentes, para lo que la norma deberá prohibir solo conductas que, lesionando el medio ambiente, ponga en peligro intereses esenciales del ciudadano, por cuanto una agresión al medio ambiente sin ese riesgo añadido no puede reconducirse a un detrimento de la libertad individual”. Desde tales contornos del bien jurídico-penal ecológico, concluye que éste “debe concebirse y estructurarse como un bien jurídico intermedio de referente individual, exigiendo, como criterio de lesividad y de merecimiento de pena, un riesgo para los intereses personales, exigencia que el paradigma del daño cumulativo no satisface”.

generan desvalor de resultado –porque no llegan a producir la lesión ni la puesta en peligro del bien jurídico-, ni tampoco desvalor de acción –porque no representan ni tan siquiera un riesgo objetivo abstracto para éste, debiesen permanecer al margen del Derecho penal, cediendo su paso al Derecho administrativo⁸⁴⁶. No concibo legitimar una explicación cumulativa porque considero que la protección de bienes jurídico-penales constituye el pilar fundamental y límite de legitimación del Derecho penal. Si no hay riesgo para éste, no puede haber reproche penal, que sí sería válido desde un prisma de la estabilización normativa o en un ámbito diverso como el administrativo.

Finamente, en la selección de los bienes jurídico-penales debiera tenerse en cuenta consideraciones de merecimiento de pena -asociadas a la relevancia social que el interés posee-, y en su delimitación típica aquellas relacionadas con el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal, que obligan a incriminar sólo aquellos ataques más graves contra el bien jurídico en cuestión, cuando no exista otro medio suficiente para ello – necesidad de protección penal-, y en la medida en que la misma sea útil.

Lamentablemente, el art. 325.1 CPE después de la entrada en vigencia de la LO 1/2015, puede leerse en clave cumulativa cuando sanciona las conductas que realizan algunas de las hipótesis comisivas sobre los recursos naturales, cuando éstas **por sí mismas o conjuntamente con otras**, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas (...).

Y es que aún no se había asentado ninguna de las redacciones del tipo base medioambiental, ni zanjado dogmática y jurisprudencialmente todas las cuestiones problemáticas, cuando el legislador optó por una descripción típica que en algunas combinaciones permitiría omitir la discusión de si puede o no sancionarse mediante él una conducta que no genere en abstracto un riesgo relevante para el equilibrio de los sistemas naturales, lo que debiera conducir a plantearnos si existe alguna conducta contaminante que supere una norma administrativa y que pueda no estar comprendida en el tipo, ya que no sólo se pareciera homologar el resultado físico con el jurídico, sino que se minimiza a tal extremo el desvalor de acción que podría sancionarse al que provoca vertidos en el suelo, que *conjuntamente con otros* pueden causar daños sustanciales a la calidad de unas aguas subterráneas ubicadas en el lugar.

Con una interpretación que considere que la expresión *por sí mismos o conjuntamente con otros* responde a la lógica de la acumulación, el espacio entre la infracción administrativa y la penal es nimio, o mejor dicho inexistente, porque siempre una conducta contaminante conjuntamente con otras puede causar daños sustanciales a un

⁸⁴⁶ En este sentido, y a propósito del escaso control de la jurisdicción constitucional sobre las normas creadas por el legislador penal, STERNBERG-LIEBEN, DETLEV, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal” (Ortiz de Urbina Gimeno, trad.), en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* (Ortiz de Urbina Gimeno/Ragués i Vallés/Greco, Dirs.; Alcácer Guirao/Martín Lorenzo/Ortiz de Urbina, Edits. en español), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 112.

recurso natural⁸⁴⁸. Porque como se ha dicho, sólo se considera legítima la incriminación penal de conductas que describan un peligro objetivo-abstracto para el bien jurídico-penal que linde en la certeza, de modo de que el riesgo típico corresponda a un peligro objetivo-concreto para dicho bien jurídico-penal.

A mi entender, así las cosas, la única lectura posible de la expresión *conjuntamente o por sí mismos*, es aquella según la cual ésta la citada expresión está referida a que será sancionable tanto la conducta de quien realiza una o varias emisiones o vertidos, si concurriendo los restantes extremos genera el resultado jurídico (por sí mismo), como quien realiza uno o más vertidos, que sólo conjuntamente -por efectos aditivos o sinérgicos- lo genera. Ello, naturalmente, si el autor conoció de la probabilidad de lesión que su conducta generaba a causa de otras conductas que se sumaban a ella, o que realizadas conjuntamente producían un resultado sinérgico. Cualquier otra interpretación, a mi entender, violenta los principios de causalidad proporcionalidad, *ultima ratio* y culpabilidad⁸⁴⁹.

Sería el caso, por ejemplo, de la empresa A que vierte sus desechos -entre los que se encuentra la sustancia C1- en un río, en el que la empresa B (ubicada aguas abajo) vierte los desechos C2. Si el resultado de la suma de ambas es C3, y éste generará una probable afectación del equilibrio del ecosistema que sustenta el río, que era conocida o cognoscible por la empresa B, aquel resultado podría serle causal y objetivamente imputable al riesgo generado por ésta. Lo mismo si la mezcla de C1 y C2, por sinergia produce C10. El conocimiento sobre la probabilidad de ocurrencia del efecto aditivo o sinérgico que con su conducta generará determinará su eventual reproche penal.

Excurso: Delitos cumulativos y contaminación atmosférica en la jurisprudencia. Estimo necesario hacer referencia en esta parte a la primera sentencia dictada en España sancionando la emisión a la atmósfera de GEI -la STS 521/2015⁸⁵⁰- porque aunque ella puede merecer distintos cuestionamientos, a mi juicio, el del riesgo relevante es uno de los más importantes.

En los hechos probados, sucintamente reseñados, se estableció que tres individuos encargados de dos empresas -Trifer y Recuperaciones Nieto- “*actuaban en el tráfico mercantil a través de las entidades, dedicándose a la actividad de almacenamiento y*

⁸⁴⁸ En este sentido, SOLARI MERLO, MARIANA, “Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio -medioambiental- de precaución en Derecho penal”, en *LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, (De la Cuesta Aguado/Ruiz Rodríguez/Acale Sánchez/Hava García/Rodríguez Mesa/González Agudelo/Meini Méndez/Ríos Corbacho, Coords), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, en www.tirantonline.com, TOL6.932.378, p. 16.

“La presencia de conductas de daño cumulativo, propias de la administración, tiene dudoso encaje en el Derecho penal por suponer una vulneración del principio de culpabilidad y del de ofensividad. El castigo de estos comportamientos, inocuos por sí mismos, obedece a la premisa de «¿y si todos lo presente en el ámbito sancionador de la Administración.

⁸⁴⁹ En igual sentido, ÁLAMO ALONSO, MERCEDES, “¿Riesgos no permitidos?”, p. 4.

⁸⁵⁰ De 13 de octubre, pnte. Antonio Del Moral García.

trituration de metales férreos y no férreos, contando exclusivamente con autorización administrativa para intervenir en el tratamiento y gestión de residuos no peligrosos”.

Los condenados recibían entre otras cosas frigoríficos, que fragmentaban y trituraban, *con conocimiento de que se liberaban a la atmósfera los gases contenidos en sus circuitos y espumas aislantes, y que tal circunstancia significaba un gran riesgo para el medio ambiente y la salud de las personas.* Entre ambas empresas entre el año 2007 y 2010 *“se fragmentaron un número aproximado de 2.236 aparatos, y como su consecuencia se liberaron a la atmósfera 3.378 toneladas de CO2 equivalente, lo que supuso un peligro muy notable para el equilibrio de los sistemas naturales y para la salud.*

Basilio era gestor de la empresa Vertresa, que estaba encargada de retirar la totalidad de los frigoríficos y otros residuos urbanos, que procedían de los Puntos Limpios *con obligación de separación de los componentes que contengan residuos peligrosos, y en particular los electrodomésticos de línea blanca que contengan clorofluorocarbonos;* los que debía enviar a un gestor autorizado. A pesar de ello, *“los empleados de Vertresa procedían a la extracción irregular del gas refrigerante CFC de los circuitos de los frigoríficos, incumpliendo además la normativa relativa a la descontaminación del circuito, y (...) por otra parte, Vertresa entregó una cantidad no inferior a 1.920 frigoríficos a la empresa Reciclajes Felma SA con conocimiento de que su destino no iba ser una planta de tratamiento autorizada.*

A su turno, Severiano, dirigía "Reciclajes Felma SA", y se dedicaba al reciclaje de metales, contando con una autorización para transportar los residuos peligrosos (que en este caso le entregaba Vertresa) y siendo *conocedor de que su autorización no incluía el tratamiento de los residuos peligrosos, y que para dicha actividad sólo podría dirigirse a las plantas de tratamiento autorizadas. Pese a ello, y con pleno conocimiento del riesgo que suponía para el medio ambiente y la salud de las personas, fue proveedor habitual durante el período contemplado de las empresas Trifer y Recuperaciones Nieto, a las que trasladó un número no inferior a 1.920 frigoríficos que recogió de la entidad Vertresa, a sabiendas de que se introducían en la fragmentadora de Trifer pese a que no se habían realizado las operaciones legalmente establecidas para la extracción de los gases que contenían los circuitos y las espumas de aislamiento de los aparatos.*

En lo que aquí interesa, el TS afirma que se trata de conductas que se encuadran en un espacio de riesgo no permitido, pero no señala -salvo la infracción reglamentaria- el por qué de ello. Se indica que es el legislador, y en si caso, la Administración quienes deben ponderar los intereses y determinar cuáles conductas serán admisibles y cuáles no, o en otros términos, que frente a una idéntica afectación del bien jurídico, podría haber casos que formen parte del riesgo permitido, por decisión de legislador, y otros que no, y en esos, sí sería lícito al Derecho penal intervenir. En la sentencia se agrega que *“fuera de esos espacios marcados normativamente, se entra en la ilicitud, en su caso penal. Es una cuestión de*

*riesgos permitidos*⁸⁵¹”. Se afirma, en definitiva, que contravención de norma (o acto) extrapenal y riesgo permitido se igualan, lo que, como se dijo, aquí no se estima correcto.

Y es que a la sentencia le falta pronunciarse con seriedad⁸⁵², precisamente respecto al principal cuestionamiento que puede hacerse a la sanción penal de la contaminación atmosférica, cual es, por qué se puede afirmar que la conducta genera un riesgo penalmente relevante para el equilibrio de los sistemas naturales, si existen infinitas emisiones de la misma naturaleza y de mayor intensidad (potencialidad lesiva), que se encuentran dentro de un amplísimo espacio de lo administrativamente tolerado. Creo que en la sentencia se echa en falta el razonamiento en torno a la utilidad de la conducta, así como también respecto a la comparativa relevancia penal que puede asignársele a una determinada emisión en relación a otras actividades, a los márgenes de emisiones tolerados administrativamente, en fin, algún criterio que permita distinguir la infracción de la norma administrativa de la sanción penal, pues de otro modo, se está nuevamente abriendo la puerta a la sanción de acciones cumulativas, insignificantes en abstracto para el bien jurídico, deslegitimándose aún más, el ya cuestionado Derecho penal del medio ambiente, porque un Estado no puede criminalizar efectos contaminantes de una significancia global nimia -sin fundamento plausible-, cuando al mismo tiempo se emiten alrededor de 6 toneladas anuales de CO₂ *per cápita*⁸⁵³.

Creo que el Derecho penal puede legítimamente intervenir en la contaminación planetaria, pero sólo si su aplicación se realiza con especial celo de los principios de *ultima ratio*, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, y dignidad humana, pues de otra manera, esta arista se convertirá en una más de las expresiones de desigualdad y discriminación ejercidas mediante esta herramienta.

⁸⁵¹ En el FJ 3 b. Luego, en el FJ 6°, se sigue con una reflexión que tampoco se puede compartir. “*El argumento basado en el ilícito por efectos acumulativos no es de recibo. Por esa vía el delito contra el medio ambiente perdería casi totalmente su operatividad: cuantos más infractores surgiesen paradójicamente menos responsabilidades serían exigibles*”. ¿Se está diciendo, *contrario sensu*, que si muchos infringen la norma administrativa de manera insignificante, emitiendo gases que afecten la atmósfera, que sólo sumados entre ellos pueden poner en peligro el medio ambiente, cada uno de éstos podría ser sancionado penalmente?

⁸⁵² Como suficiente argumento se asevera que “El agujero de ozono y sus efectos de calentamiento global ciertamente solo se explican partiendo de una pluralidad indeterminada de emisiones. Muchas se mueven en espacios de riesgo permitido. Pero donde la norma protectora del medio ambiente levanta barreras cesa la permisión y se abren las puertas a la intervención sancionadora, también penal eventualmente. El poder legítimo tolera algunas actividades de peligro (uso de vehículos particulares, industria que no sobrepasa ciertos niveles contaminantes) pero prohíbe otros riesgos. Aquéllos no justifican éstos. Las decisiones sobre prohibiciones y permisión de riesgos legítimamente adoptadas no enturbian la aplicación del derecho penal. En esa contaminación por acumulación la tolerancia reglada de algunas actividades no legitima las prohibidas”.

⁸⁵³ En <https://www.greenpeace.org/chile/issues/climayenergia/985/2018-ano-record-en-emisiones-de-co2/>.

7.4 La relación de riesgo

Determinada la relevancia jurídico-penal del riesgo generado por la conducta, corresponderá establecer que dicho riesgo es el que finalmente se realizó en el resultado de peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, vale decir, si es posible establecer una relación de riesgo entre ambos⁸⁵⁴.

En este nivel cobran importancia, nuevamente, las definiciones previas que respecto a la estructura del tipo y del peligro desvalorado se hayan asumido, porque aun cuando lo que se pretende establecer para todos es una misma cosa -la realización en el resultado del riesgo específico generado por la conducta-, si se entiende que el peligro descrito en la norma (resultado jurídico) es un peligro potencial, valorable desde la perspectiva *ex ante* –peligro hipotético- el tipo se completa con la verificación de la peligrosidad concreta de la conducta, pudiendo evadirse la constatación de un nexo causal y de riesgo entre los resultados (jurídico y material) y la conducta. El resultado jurídico que aquí se estima típico, en cambio, es el de idoneidad lesiva *ex post* que, como se ha dicho, se diferencia del peligro hipotético en la imperativa constatación de la relación causal y normativa (de imputación objetiva) entre la conducta y su efecto contaminante.

En una estructura típica como la que aquí se defiende, la relación de riesgo entre el resultado de peligro para el bien jurídico-penal y el riesgo relevante generado por la conducta pasa por la verificación de la relación de riesgo entre el resultado material y dicho riesgo. El resultado de peligro para el bien jurídico-penal será imputable objetivamente a la conducta, sólo si previamente se comprueba que el efecto contaminante (base ontológica de la relevancia penal del resultado de peligro) es atribuible al riesgo generado por ésta.

La hipótesis más sencilla para explicar esta necesaria relación de riesgo estaría constituida por un supuesto en el que una empresa vierte sustancias al agua de la laguna, riesgo R1, y en el agua se produce un efecto perjudicial (de contaminación del agua), que corresponde a C. Si normativamente puede afirmarse que dicho efecto C constituye un resultado de peligro para el equilibrio de ese sistema natural, habrá que comprobar que este último resultado es imputable al riesgo R1 creado por el vertido de aquella empresa (V1), porque bien puede suceder que el resultado de contaminación (en el que se funda el resultado

⁸⁵⁴ A mi juicio, PUPPE, INGEBORG, *La imputación Objetiva, presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales* (García Cavero, Trad.), Ed. Comares, Granada, 2001, p. 85, delimita este elemento con mucho acierto, porque destaca la importancia de lo fáctico en el contexto de la imputación objetiva, al señalar que en virtud de la relación de riesgo, o como la autora prefiere llamarle, del “requisito de continuidad”, “el comportamiento del autor, con sus características prohibidas, debe estar vinculado con la aparición del resultado mediante una cadena causal tal que cada eslabón de esta cadena contenga un elemento prohibido”.

jurídico) se explique por la acumulación en la laguna de los vertidos V1, V2, V3,...V7, de diferentes fuentes, en cuyo caso no será posible imputar el resultado jurídico a la conducta.

La relación del riesgo en el delito medioambiental es esencial porque, a diferencia de lo que ocurre en otros bien jurídico-penales, el objeto del delito -los recursos naturales- suele estar previamente contaminado, o estarlo siendo coetáneamente por varias fuentes, por lo que será necesario determinar de entre la contaminación total del recurso natural cuánta de ella corresponde al riesgo generado por la conducta. Además, como es muy frecuente que se produzca la contaminación en cadena de varios recursos naturales –que deberán ligarse causalmente-, para aprehender todo el desvalor del resultado, habrá que establecer si el resultado jurídico de peligro del ecosistema más complejo es atribuible a la contaminación que pudo imputarse a la conducta del agente⁸⁵⁶.

En este nivel, entonces, cobran relevancia las cuestiones relativas a los efectos de adición -contaminación preexistente o coetánea que sumada a la ligada causalmente al agente produce el efecto perjudicial para el recurso natural o para otro componente del ecosistema-, y de sinergia –efecto contaminante producido por la reacción causada por la entrada en contacto de la sustancia emitida o vertida con otra ya presente en el recurso natural, pues deberá establecerse la vinculación entre el concreto riesgo generado y el resultado de peligro para el bien jurídico-penal, y para ello, será necesario despejarlo de todo otro nexo causal concurrente, esto es, tanto de otras fuentes emisoras simultáneas, como de otros efectos contaminantes ya existentes en el ecosistema puesto en peligro, y de posibles efectos contaminantes que se produzcan por la reacción de un elemento presente en el ecosistema con el efecto producido por la contaminación del agente⁸⁵⁷.

En todos los casos, se parte del supuesto de que para el agente era desconocido y no cognoscible el efecto aditivo o sinérgico de su conducta, porque de lo contrario, cabría la

⁸⁵⁶ Como antes se dijera, a mi juicio, estas comprobaciones no serían necesarias en un delito de contaminación atmosférica global, porque a su respecto, el estado de la ciencia permite afirmar, por ejemplo, que la producción de una emisión de una determinada cantidad de CO₂, producirá siempre el mismo efecto químico, que destruirá una también determinada cantidad de O₃. Constatada la intensidad de la emisión, se conoce la intensidad de la lesión del recurso natural -y con ello no es necesario establecer más relación causal y de riesgo que entre el efluente y la emisión-, restando sólo establecer si la afectación negativa de la atmósfera puede ser incardinada normativamente en el resultado jurídico.

⁸⁵⁷ CARO CORIA, *El derecho penal del ambiente...*, p. 533, señala que “la imposibilidad de contar en determinados casos con leyes fenoménicas deterministas o de necesidad aplicables a los fenómenos ambientales, sobre todo en los supuestos de contaminación donde operan procesos de acumulación o sinergia causal, sólo puede justificar la necesidad de recurrir al uso de leyes probabilísticas en la órbita penal, sin renunciar por ello a la garantía del resultado típico que adecúa la intervención penal a los principios de lesividad y culpabilidad. En términos de PUPPE, *La imputación Objetiva...*, pp. 85-86, “si, gráficamente hablando, el curso causal se convierte, después de haber sido impulsado de manera prohibida, en un curso causal permitido antes de que, posiblemente por un nuevo comportamiento prohibido, llegue al resultado, este requisito de continuidad no se habrá cumplido, y por ello, no podrá imputarse el resultado al autor”.

posibilidad de imputar el resultado al riesgo generado por él a título doloso o imprudente, según antes se dijo (ahora avalado por la expresión por *sí mismos o conjuntamente*, que incluyó la LO 1/2015). Porque, en definitiva, aunque se haya generado un riesgo relevante, si éste no produce un resultado de contaminación, o produciéndolo, el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, se explica sólo por la concurrencia de riesgos emanados de otras conductas prohibidas, o por la contaminación previa del recurso natural afectado, o incluso, por una reacción sinérgica (natural) -siempre desconocida e imprevisible-, el resultado jurídico no podrá ser imputado al autor, debiendo descartarse, cuando menos, el injusto consumado⁸⁵⁸.

La STS 1148/2004⁸⁶⁰ sigue una interpretación similar a la que aquí se propone. Como hechos probados se estableció que una empresa vertía con cierta frecuencia los residuos de su proceso industrial al cauce del río Tordera a través de un colector. En días diferentes se tomaron muestras “*de la sustancia líquida que en aquel momento era vertida a través del colector citado*”, que analizadas arrojaron resultados por sobre los límites administrativamente permitidos.

El tribunal de instancia absolvió a los acusados, y el fallo fue recurrido por el Ministerio Fiscal, siendo unos de los motivos fundantes la inaplicación del art. 325 CP. En la sentencia se estimó que no concurría el tipo porque no se encontraba acreditado el peligro

⁸⁵⁸ Sirva de explicación para lo que se afirma, la ya aludida STS /2004, de 8 de noviembre, pnte. Enrique Bacigalupo Zapater, porque uno de los motivos del recurso se fundó en que aun cuando se tuvo por acreditado que los vertidos de una empresa en una riera contenían elementos tóxicos y contaminantes, no podía establecerse su responsabilidad por el estado de ésta, que según se consignó en el FJ 2º, 1, era de “turbiedad, putrefacción y eutrofización (proliferación excesiva de algas en aguas dulces), y la consecuente disminución de la biodiversidad de flora y fauna en la zona”, porque sólo se tomaron muestras de las aguas que salían de la depuradora, omitiéndose la constatación del estado de las aguas antes y después de la aportación de la empresa, por lo que “no se puede evaluar en concreto el impacto ambiental de los vertidos, pues se ignora – como consecuencia de la forma en la que se tomaron las muestras– cuál es la aportación contaminante de otras industrias cercanas”. El TS desestimó el motivo porque incluso si el delito exigiera el daño y la comprobación de la relación causal, ello estaba acreditado porque cuando un nexo causal se suma a otro en curso, “...*todas las causas que son expresión de un riesgo no permitido serán objetivamente imputables, pues, en principio, en el presente caso no será posible considerar que el bien protegido estuviera definitivamente perdido por la contaminación existente*”.

En la sentencia se tuvo por acreditada la contaminación de las aguas de la Riera por “*su turbiedad, putrefacción y eutrofización (proliferación excesiva de algas en aguas dulces)*”, pero no se explica por qué, si no se hizo ni siquiera una medición de tales aguas, se atribuyó causalmente dicho resultado al recurrente. A pesar de ello podría sostenerse que se tuvo por acreditada la causalidad porque el vertido era una condición necesaria de la contaminación de la riera, atendidas sus características y las del vertido. Sin embargo, lo que de ningún modo puede entenderse acreditado es la existencia de una relación de riesgo entre la conducta y el resultado de contaminación, o lo que es lo mismo, que fuese precisamente el riesgo generado por el agente el que se realizó en ese resultado, pues ninguna prueba se realizó para determinar la calidad de las aguas antes y después del vertido.

Desde la perspectiva que aquí se sustenta, para un completo juicio de imputación objetiva, era necesario no sólo la calificación de la conducta como generadora de un riesgo penalmente relevante, sino la acreditación del nexo causal entre todos los tramos existentes entre la conducta y el resultado de contaminación, y la de la relación de riesgo entre ésta y el resultado jurídico. En el supuesto contenido en el fallo, debió acreditarse qué resultado de contaminación de las aguas de la riera –cuánta contaminación- era atribuible al riesgo generado por la empresa cuestionada, y a partir de ese dato establecer si el peligro para el equilibrio de ese ecosistema era imputable o no a tal contaminación.

⁸⁶⁰ De 25 de mayo, pnte. Gregorio García Ancos.

para el equilibrio de los sistemas naturales, pues *“la constatación de este requisito obliga a las partes acusadoras a probar que la conducta del imputado ha resultado peligrosa para el equilibrio ecológico “del espacio en el que se materializan los efectos de ese comportamiento”, por lo que en el caso como el presente de vertidos en acuíferos terrestres, la concurrencia de este tercer requisito exige determinar de la forma más precisa posible “las características del vertido” (composición, caudal y duración), “características del medio receptor” (composición antes y después del vertido y el caudal) y “condiciones de vida animal o vegetal en el medio receptor que puedan haberse visto afectadas por el vertido”*⁸⁶¹. En el mismo fundamento jurídico, se agrega que *“sólo se acreditó la composición de “dos” vertidos, y además de forma muy imprecisa, sin que conste demostrado dato alguno que permita inferir en que medida afectaron tales vertidos al medio receptor y cómo influyó en las condiciones de vida allí existente”*.

Aunque no se señala expresamente, a mi juicio, puede inferirse perfectamente de los razonamientos citados, que el tribunal echó en falta la acreditación de un resultado de contaminación *–“la prueba de la composición del medio receptor antes y después del vertido”–*; la existencia de un peligro *ex post* *–“condiciones de vida animal o vegetal en el medio receptor que puedan haberse visto afectadas por el vertido”–*; y por último, la acreditación de la relación de riesgo entre la conducta y el resultado de contaminación *–“sin que conste demostrado dato alguno que permita inferir en que medida afectaron tales vertidos al medio receptor”–*, y entre ésta y el resultado de peligro para el equilibrio de los sistemas naturales *–“y cómo influyó en las condiciones de vida allí existente”*.

8. El resultado jurídico

Acreditados los extremos hasta aquí revisados, aún no podremos afirmar la relevancia penal de una determinada conducta –cuando menos como tipo consumado–, porque necesariamente, desde la posición que aquí se asume, habrá que verificar la concurrencia del resultado de peligro para el equilibrio de los sistemas naturales exigido por la norma.

Como se ha señalado, aquí se propone el resultado jurídico de idoneidad lesiva *ex post*⁸⁶³, porque a mi juicio, permite al Derecho penal -sin renunciar a sus garantías ni a la seguridad jurídica- hacerse cargo hoy de posibles resultados físico-naturales tardíos en los sistemas naturales. Es que la necesaria verificación de la contaminación actual del recurso natural cuyos efectos han de producir la eventual lesión de un ecosistema determinado permitirá reducir los márgenes casi especulativos de una prognosis puramente *ex ante*, a la

⁸⁶¹ FJ único.

⁸⁶³ En los mismos términos CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 638.

vez que, mediante un juicio normativo fundado en una prognosis de bases científico-técnicas, sancionar la generación de una situación de peligro (actual) para el equilibrio de los sistemas naturales, sin tener que esperar que los potenciales efectos lesivos se materialicen. No se afecta la lesividad porque aunque la lesión del equilibrio de los sistemas naturales puede ser coetánea, futura e incluso sólo potencial (si se adoptan las medidas adecuadas), la situación de peligro (afectación del bien jurídico-penal) será actual y encontrarse acreditada a partir del juicio sobre los efectos de la contaminación.

La consecuencia lesiva para el equilibrio de los ecosistemas puede producirse separada física y/o temporalmente de la lesión del recurso natural, pero si se poseen los conocimientos técnicos⁸⁶⁴ para realizar una prognosis que roce en la certidumbre, una vez constatada la contaminación del objeto pero antes de la afectación físico-natural del equilibrio del ecosistema, podrá afirmarse la idoneidad lesiva de la conducta, su aptitud actual para perjudicar, sin esperar a que el sustrato del bien jurídico - un sistema natural determinado- entre en el radio de la acción, a modo de peligro concreto⁸⁶⁵.

Porque como antes afirmara, son muchas las hipótesis en las que puede evidenciarse la posible disociación entre el recurso natural objeto de la acción y el ecosistema concreto al que puede afectar. Si ello es así, y lo que se pretende evitar es la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales -que respecto de la conducta concreta se traducirá en la evitación de la puesta en peligro de un determinado ecosistema-, no resulta necesario esperar la “entrada de la sustancia contaminante”, o más bien de su efecto, en el radio de un ecosistema, pues, en ese momento ya se habrá producido una afectación, por mínima que sea del equilibrio del sistema natural que, si es anticipable (porque se cuenta con conocimientos científicos suficientes para realizar un juicio natural y normativo sobre el peligro), no hay razón alguna para diferir la intervención penal⁸⁶⁷.

⁸⁶⁴ No se pretende soslayar que el principio de incertidumbre al que se ha aludido opera, cada vez más frecuentemente en este ámbito de la ciencia, y que como señala Esteve Pardo, *Derecho del Medio Ambiente...*, p. 58, las referencias y valoraciones son inciertas o están sujetas a controversia. Por el contrario, asumiendo aquello, cuando aquí se utiliza la expresión “certeza” o “certidumbre científica”, se está haciendo aludiendo únicamente a posiciones científicas relativamente consolidadas –refrendadas en mayores o mejores informes periciales-, y no a conclusiones unánimes o irrefutables, que en esta área -confluyendo además intereses económicos interesados- resultan casi imposibles.

⁸⁶⁵ Por el contrario, MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 135, proponía de *lege ferenda* la exigencia de peligro concreto que “que al menos obligue a constatar, entre otros extremos, la efectiva llegada del agente contaminante o perjudicial al medio natural receptor y la alteración de sus propiedades.

⁸⁶⁷ En el ejemplo del vertido realizado en suelo infértil que se filtra hasta el acuífero, una interpretación de peligro concreto obligaría a esperar la llegada de la sustancia al ecosistema, lo que, de poseerse los conocimientos científicos necesarios para establecer la potencialidad del vertido para afectar el equilibrio del sistema natural, no parece razonable.

No se quiere decir que habiéndose producido la entrada en contacto de la sustancia con el ecosistema más complejo al que alcanzará, la misma pueda ser obviada, porque en tales hipótesis, será justamente la contaminación del recurso natural que sustenta dicho ecosistema la que debe ser mensurada para formular el juicio normativo, sino que, teniendo en cuenta que una sustancia contaminante puede desplazarse por varios ecosistemas interconectados, de no haberse producido el contacto entre ésta y el ecosistema de mayor envergadura que -según se conoce- afectará, si de la contaminación del recurso puede predecirse la puesta en peligro del equilibrio de este último, ello resultará suficiente para justificar la aptitud lesiva actual, aunque la efectiva lesión (físico-química) de un ecosistema haya de producirse en el futuro y en un espacio diverso.

Para explicar los alcances de la interpretación que se propone recurriré, otra vez, a un ejemplo de la jurisprudencia. La STS de 26 de septiembre de 1994⁸⁶⁹, que revisa la sentencia dictada por la sección novena de la AP de Barcelona que condenó al acusado como autor del delito previsto en el art. 347 bis CPE, requiriendo los extremos que aquí se estiman necesarios para sancionar penalmente⁸⁷⁰.

En lo que aquí interesa, en la sentencia se acreditó la realización de un vertido de sustancias contaminantes no biodegradables (*cantidades no determinadas de gasolina, gas-oil o fueloil y aceites usados de coche*) en la acequia "Corredera" -recurso natural receptor- y su traslado, a través de ella (*fueron detectadas a lo largo de la referida acequia hasta la zona de la laguna denominada "brazo del embarcadero"*) hasta la laguna de "La Ricarda". La contaminación de ambos recursos naturales, el receptor -la acequia- y el final -las aguas de la laguna- se constató *ex post*, pues quedó consignado que "*su presencia en el agua produce tantos efectos físicos, al crearse una capa superficial y al sedimentarse, como efectos químicos de envenenamiento de las aguas*"⁸⁷¹. Se verificó asimismo que la laguna "La Ricarda" constituía un ecosistema cuyo equilibrio fue puesto en peligro, pues quedó

⁸⁶⁹ STS 13.622/1994, pnte. Roberto Hernández Hernández.

⁸⁷⁰ Los hechos que la AP tuvo por acreditado fueron los siguientes. "En fecha no determinada pero comprendida entre finales de febrero y los primeros días de marzo de 1992, a través de los referidos tubos de PVC, se derramaron a la acequia «Corredera» mencionada y, a través de ella, llegaron a la laguna de "La Ricarda" cantidades no determinadas de gasolina, gas-oil o fueloil y aceites usados de coche, procedentes de los mencionados depósitos y de la actividad de prensado de vehículos realizada en la mencionada zona del depósito de "El Palmeral". Dichas sustancias, no bio-degradables, fueron detectadas a lo largo de la referida acequia hasta la zona de la laguna denominada "brazo del embarcadero", desde el preciso lugar en que se encuentra el Depósito Municipal de "El Palmeral", y no en el tramo anterior de acequia previa a aquél. Su presencia en el agua produce tantos efectos físicos, al crearse una capa superficial y al sedimentarse, como efectos químicos de envenenamiento de las aguas; ambos susceptibles de producir la degradación del ecosistema afectando a los organismos fotosintéticos que constituyen la base de la cadena trófica, hasta producir la muerte de peces y aves, de las que en la época referida existían en la laguna varias especies protegidas; sin que conste que la muerte de peces detectada en la laguna de "La Ricarda", en las referidas fechas se debiera directamente a la presencia de dichas sustancias.»

⁸⁷¹ A pesar del tiempo verbal empleado, según se lee en el FJ de la sentencia analizada, el tribunal de instancia valoró los vertidos y determinó que "el peligro grave quedó descrito a través de la prueba pericial practicada en el acto del juicio oral, así como de la documental (folios 194 a 205) que se ratificó y se dio por reproducido en el mismo, acreditándose asimismo la relación de causalidad entre el vertido de autos y dicho peligro grave, no interrumpida ni coadyuvada, dicha relación, por efecto de ningún otro agente contaminante de posible influencia en la zona".

acreditado que los efectos del vertido eran *susceptibles de producir la degradación del ecosistema afectando a los organismos fotosintéticos que constituyen la base de la cadena trófica, hasta producir la muerte de peces y aves*”.

No se señala en la sentencia que los referidos efectos lesivos hayan comenzado a ocurrir, de hecho, se afirma que no consta que *“la muerte de peces detectada en la laguna de “La Ricarda”, en las referidas fechas se debiera directamente a la presencia de dichas sustancias.»*”. Y es que lo que se acredita es la idoneidad o aptitud lesiva *ex post* de la conducta. Porque, desde dicha perspectiva, y a partir de la contaminación verificada en el agua, se realiza una prognosis que permite determinar, de acuerdo a los conocimientos científico-técnicos disponibles, los efectos que con mucha probabilidad (certeza científica) han de presentarse, que en el caso particular constituyen una situación o estado de peligro grave para el ecosistema, ya que el efecto esperado producirá primero la muerte de los organismos fotosintéticos y posteriormente la de los superiores.

A mi modo de ver, aunque es efectivo que en parte de los supuestos, la lesión material del objeto y la del sustrato del bien jurídico se producirán coetáneamente, o en todo caso, antes del enjuiciamiento de la conducta, como existen hipótesis en las que uno y otro pueden separarse, resulta relevante hacer la distinción, y entender el resultado desvalorado en su dimensión de futuro. Porque puede no haber una lesión (físico-natural) de un ecosistema, pero si se acredita que ella habrá de tener lugar (o la tendrá si no se realizan acciones reparatorias), entonces el efecto de la conducta adquiere relevancia penal, porque de él puede predicarse la aptitud para poner en peligro grave el equilibrio de dicho sistema natural⁸⁷².

8.1 El resultado jurídico en el art. 325 CPE

Hasta la entrada en vigencia de la LO 1/2015 podía afirmarse sin temor a errar, que el resultado desvalorado por la norma era la posibilidad de causar un resultado de perjuicio grave al equilibrio de los sistemas naturales, porque el art. 325 así lo señalaba. A pesar de ello, la interpretación de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia española apostaba por la

⁸⁷² Creo que a ello podrían aludir SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 113. cuando afirman que un juicio de peligro abstracto para el bien jurídico puede requerir la constatación de resultados de peligro concreto o de lesión. Serán de lesión cuando el objeto sobre el que ha incidido la conducta (contaminado) pertenezca al ecosistema cuyo equilibrio puede haberse alterado. Será de peligro concreto cuando se advierta la posible llegada del efecto contaminante a un ecosistema en concreto (no como entrada en contacto, sino como proximidad de lesión).

estructura del delito de peligro hipotético, requiriendo únicamente la posibilidad del perjuicio como requisito de la conducta a valorar *ex ante*.

En efecto, el art. 325 del CPE, en su redacción previa a la citada LO, exigía como conducta base que los vertidos, emisiones, etc. “*puedan perjudicar gravemente*” el equilibrio de los sistemas naturales. Esta expresión, aunque muy criticada por la doctrina pues no permitía decantarse claramente por un delito de peligro concreto o de peligro abstracto *lato sensu*⁸⁷³, es, según entiendo, una de las virtudes de la norma, porque permitía (y permite) añadir exigencias materiales al peligro abstracto e hipotético, y no era necesariamente exigible la constatación de un peligro concreto.

A mi modo de ver, la reforma de la LO 1/2015 debiera afectar de manera decisiva a aquella perspectiva mayoritaria, porque actualmente el art 325.1 castiga al que con infracción de norma extra penal, realice una emisión, vertido, etc., que incida sobre alguno de los referidos contextos, que “*cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas*”, y el art. 325.2 agrava la pena si las referidas conductas “*podieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*”.

Así las cosas, resultará difícil de sostener que la aptitud para “*perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*” (325.2), vale decir la afectación del bien jurídico, sólo requiere una constatación *ex ante* de la idoneidad del peligro para éste, que no precisa constatar siquiera la afectación actual de algún recurso natural, y que en cambio, el art. 325.1, sancionado con una pena menor, sí demandaría la lesión de alguno de los contextos de incidencia.

Aquí se considera, que de *lege lata*, la única manera posible, y ajustada a los principios del Derecho Penal en que puede interpretarse actualmente el tipo del art. 325 CPE⁸⁷⁴, es entendiendo que tanto el art. 325.1 como el art. 325.2 CPE exigen la constatación *ex post* de la potencialidad lesiva de la conducta perjudicar el equilibrio de los sistemas

⁸⁷³ Entre otros, SERRANO GÓMEZ, ALFONSO/ SERRANO MAÍLLO, ALFONSO, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Derecho penal. Parte especial*, 12ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 640.

⁸⁷⁴ Porque es indudable que la técnica legislativa empleada en la actual redacción del art. 325 es absolutamente deficiente, porque podría entenderse como la igualación de la pena para quien produce un peligro concreto para un recurso natural con quien lo lesiona efectivamente. En términos de DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Contaminación ambiental...”, p. 5, “La equiparación típica de conductas tan distantes merece ser muy criticada desde el prisma de la lesividad y genera un alto riesgo de distorsiones a la hora de la interpretación del precepto y, sobre todo, de la delimitación del alcance de un delito que debería haberse construido simplemente sobre el poder causar, remitiendo a cualificación el hecho de la causación de daños sustanciales”.

naturales, porque es éste y no otro el bien jurídico tutelado por la norma, y la diferencia entre una y otra estará dada porque la gravedad de la afectación del equilibrio de los sistemas naturales es mayor en el art. 325.2 que utiliza la expresión “*que puedan perjudicar gravemente*”. Sería entonces, éste el referente interpretativo del tipo que describiría un continuo de conductas que producen la contaminación de uno o más recursos naturales, de las que se puede predicar que generan el resultado jurídico de una puesta en peligro -más o menos grave- del equilibrio de los sistemas naturales.

Así, podríamos afirmar que la infracción penal se diferencia de la penal cualitativamente, mientras que en la nota de gravedad -el aspecto cuantitativo-, podríamos encontrar la diferencia entre el ar. 325.1 y 325.2, que requieren en todo caso la efectiva contaminación del recurso y el resultado de peligro de idoneidad lesiva apreciado *ex post*, consagrado en la expresión “*que puedan perjudicar gravemente*”.

8.1.1 La gravedad del peligro

Incluso antes de la LO 1/2015 constituía un lugar común entre la doctrina afirmar que el criterio de gravedad constituía un elemento valorativo ambiguo, que había determinado que la aplicación del delito medioambiental por los tribunales no hubiese abandonado el ámbito de lo inseguro⁸⁷⁸. Y no deja de ser efectiva la falta de seguridad jurídica que puede predicarse en esta parcela jurídico-penal, pero, a mi modo de ver, no es la nota de gravedad –o cuando menos, no exclusivamente- la que ha determinado que las aguas en las que se mueve el tipo medioambiental sean aún inestables e inciertas, sino, principalmente, la falta de una delimitación certera del bien jurídico tutelado, la inexigencia de un resultado material; y la imprecisión, confusión y dispersión en relación al peligro típico exigido.

Cabe consignar que el TS razonando sobre la gravedad típica, afirmó en relación al principio de *ultima ratio*, que “*en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal*”⁸⁷⁹. A mi juicio,

⁸⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 107. Reiterando lo afirmado por los autores, la citada STS 1118/2007, en su FJ 2º señala que se trata de un “elemento de tipo valorativo y excesivamente ambiguo que, como ha destacado la doctrina, ha determinado que la aplicación forense de este elemento no haya abandonado el ámbito de lo inseguro, lo que hace preciso que desde la jurisprudencia, en su función como didáctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma a través de las sentencias”.

⁸⁷⁹ FJ quinto, STS 208/2002, de 19 de enero, pnte. José Jiménez Villarejo.

resulta paradójico que justamente en una norma que expresamente instala la gravedad del posible perjuicio para el bien jurídico como elemento para distinguir entre los tipos y penas a aplicar, se invoque el principio de legalidad para justificar la inaplicación del principio de *ultima ratio*. Resulta inaceptable que la importancia del medio ambiente, se utilice como argumento para afirmar que “*Una cosa es que la realización del delito contra el medio ambiente presuponga que sea grave el peligro (...) y otra, completamente distinta y no acorde con la relevancia del bien jurídico protegido, es que la interpretación del art. 347 bis CPE 1973 - y de los preceptos que lo han sustituido y ampliado en el capítulo III del título XVI CPE 1995- haya de hacerse sistemáticamente bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima*”⁸⁸⁰.

Ahora bien, resulte o no apropiado, la nota de gravedad sigue estando en el terreno de definición judicial, por lo que es imprescindible fijar ¿Qué criterios debieran ser ponderados?, ¿Cuándo podrá afirmarse que una conducta puede perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, y cuándo que el perjuicio puede no tener tal entidad?

Para responder a ello, primero debe zanjarse que no se exige un peligro grave para el bien jurídico, sino la probabilidad (o peligro) de un perjuicio grave para éste. Un peligro será más grave en la medida en que más probable sea que se concrete en una lesión, y en cambio el perjuicio probable será de gravedad en la medida en que del juicio de pronóstico pueda establecerse que los efectos para el sustrato del bien jurídico serán más o menos relevantes. La probabilidad de acaecimiento de la lesión pertenece al propio concepto de peligro, que debió haber sido exigible entre los criterios para establecer que nos encontrábamos frente a un riesgo no permitido, en tanto que la gravedad del perjuicio es un juicio referido a la lesión potencial⁸⁸², y que desde la LO 1/2015, determinará la concurrencia del art. 325.1 o 325.2.

Si buscamos en la jurisprudencia, encontramos, que por ejemplo en la STS 81/2008⁸⁸⁷, se sostiene preliminarmente que “*para encontrar el tipo medio de la gravedad a que se refiere el art. 325 del Código penal habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir la salud de las personas, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y*

⁸⁸⁰ STS 289/2010, de 19 de abril, pnte. Diego Antonio Ramos Gancedo, FJ 7º, citando la STS 1705/2001, de 29 de septiembre de 2001, pnte. José Jiménez Villarejo.

⁸⁸² Si se analiza la jurisprudencia del TS se observa frecuentemente esta confusión. Así, por ejemplo, en el FJ 4º de la STS 247/2012, de 3 de abril, pnte. Diego Antonio Ramos Gancedo, se afirma que “como la idea de peligro se basa en dos notas fundamentales, probabilidad y carácter negativo del eventual resultado, la gravedad se habrá de deducir de ambos elementos conjuntamente, lo que significa negar la tipicidad en los casos de resultados solo posibles o remotamente probables, así como de aquellos que, de llegar a producirse, afectasen de manera insignificante al bien jurídico”. Aunque *el carácter negativo del eventual resultado* pertenece a la gravedad típica, y es correcto afirmar que debe excluirse la tipicidad en los extremos indicados en el fallo, ellos nada tienen que ver aún con la gravedad del posible perjuicio, porque corresponden a criterios generales restrictivos del riesgo relevante. Esta comprensión implicaría entender que en art. 325.1 (que como se dijo sólo exigiría que los resultados de contaminación “puedan perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales”), tendrían cabida supuestos en los que la probabilidad de lesión fuese remota o insignificante.

⁸⁸⁷ De 13 de febrero de 2008, pnte. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, FJ 19º.

*la flora puestas en peligro*⁸⁸⁸. Luego encontramos ciertos criterios que pueden resultar útiles para ir acotando el baremo de gravedad típico. Así, en su FJ 19º, se alude a “*la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo*”.

Desde la posición aquí asumida habría que descartar, de entrada, *la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo*, porque como se indicó éste es un criterio sobre el peligro y no sobre su gravedad, y *la proximidad de las personas o de elementos de consumo*, porque en el tipo básico no se incluye la consideración de la salud de las personas que constituiría un tipo agravado. Quedan, entonces como criterios: a) *la intensidad del acto contaminante*, b) *la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla*, c) *la prolongación en el tiempo*, d) *la afectación directa o indirecta*, e) *la reiteración de la conducta de los vertidos, emisiones, etc.*, y f) *la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas*”.

La falta de uniformidad en la comprensión del peligro típico exigido por la norma, conduce a que se entremezclen y confundan momentos y estadios de valoración, porque si bien la intensidad del acto contaminante –al igual que *la reiteración de la conducta de los vertidos, emisiones, etc.*– se refiere a una característica de la conducta; *la magnitud de la lesión en relación al espacio en que se desarrolla* apunta al resultado de contaminación; y *la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas* al efecto de dicha contaminación.

A mi modo de ver, entre otros motivos, esta amalgama de criterios conduce a perder de vista que la determinación del peligro típico y de su gravedad, en cuanto juicio normativo, requieren la necesaria comprobación *ex post* de la lesión del recurso natural, su cuantificación, y del análisis del ecosistema potencialmente afectado, como única garantía real de la fiabilidad de dicho juicio⁸⁹⁰. Resultan, entonces, trasladables a este punto todas

⁸⁸⁸ Como pone de manifiesto MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 122, idéntica reflexión se hacía ya respecto al art. 347 bis, en la STS 2045/1992, de 11 de marzo, pnte. Fernando Díaz Palos.

⁸⁹⁰ En la línea de la sentencia comentada, SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 109 afirman que para acreditar la gravedad del peligro, resultará necesario, al menos pragmáticamente, “proceder en muchos casos a examinar una segunda relación de causalidad: la existente entre el resultado de la acción y la afectación de elementos medioambientales concretos. De esta afectación de elementos medioambientales concretos se derivaría eventualmente el juicio de peligro global para el equilibrio de los ecosistemas”.

las reflexiones que, respecto a la necesaria verificación *ex post* de un resultado físico y material, ya se realizaron⁸⁹³.

Desde el prisma del bien jurídico equilibrio de los sistemas naturales, sólo las conductas generadoras de un resultado de contaminación del que pueda preverse una perturbación significativa para el equilibrio de un ecosistema -que no será otro que el produzca una merma en su capacidad de recuperación- pasarán el filtro de la gravedad mínima exigida por el art. 325⁸⁹⁵. Luego, para decidir entre el art. 325.1 y el art. 325.2, habrá de tenerse en cuenta, por ejemplo, la extensión de la probable lesión del o los ecosistemas, si ya se han producido efectos lesivos para algún ecosistema, en este último caso, su intensidad, etc.

8.1.2 La puesta en peligro de la salud de las personas

Aquí se adopta una interpretación material del precepto en su conjunto, derivada de una básica perspectiva sistemática y teleológica⁸⁹⁷, en virtud de la cual el art. 325 es el tipo medioambiental base que en el n°1 sanciona las conductas que poseen aptitud lesiva –*ex post*- para perjudicar relevantemente el equilibrio de los sistemas naturales, en el art. 325.2, a las que puedan perjudicarlo gravemente, y el inciso segundo de este último, a las que pudiendo perjudicarlo gravemente, además crean un riesgo grave para la salud de las personas.

En la posición contraria – antes de la LO 1/2015- se estimó que la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales y de la salud de las personas correspondía a una “*progresión en una misma línea de afectación*”⁸⁹⁸, “*de modo que la puesta en peligro grave del equilibrio de los ecosistemas requiere algún tipo de afectación de intereses personales y cuando esa afectación de los intereses personales se plasma en una auténtica puesta en peligro grave de la salud de las personas, entonces se produce el incremento parcial de pena que establece el artículo 325 en su último inciso*”⁸⁹⁹.

⁸⁹³ Véase Cap. IV, 3), 4, c), p. 151 y ss.

⁸⁹⁵ En este sentido PRAT GARCÍA/ SOLER MATUTES, *El delito ecológico*, p. 40.

⁸⁹⁷ CORCOY BIDASOLO, “Contaminación acústica...”, p. 870

⁸⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 114.

⁸⁹⁹ MARTOS NÚÑEZ, *El delito de contaminación...*, p. 69, en una posición similar a la de SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, pp. 84-85. Para sustentar esta posición, Silva Sánchez utilizaba el último inciso del art. 325 como pauta interpretativa para todo el precepto, porque desde su perspectiva, la exigencia de una afectación de la salud de las personas era demandable en diversos grados en ambos subtipos.

A mi juicio, una progresión puede darse en la afectación de un mismo bien jurídico, o cuando el sustrato del bien jurídico es equivalente, como la salud y la vida, pero cuando los bienes jurídicos en cuestión no comparten la misma naturaleza, como en el presente caso, no puede hablarse de progresión -salvo del bien jurídico medioambiental como objeto de tutela de la norma-, ni menos justificarla en la necesaria afectación de un bien jurídico individual, porque como ya se ha dicho la propia definición de los bienes jurídicos como intereses valorados en los que han de cimentarse las posibilidades de participación de todo individuo⁹⁰⁰, lo harían innecesario.

Así, creo que no puede sostenerse la autonomía del bien jurídico medioambiental y al mismo tiempo integrar en él una necesaria afectación -aunque sea mediata- de la salud de las personas, como tampoco una protección autónoma, como proponen los citados autores, porque ello deviene en una desnaturalización del tipo y del bien jurídico, y como se verá, en la legitimación de la intervención penal frente a supuestos fácticos que difícilmente alcanzaban la mínima relevancia penal.

Entonces, el principal fundamento para estimar que la parte final del art. 325.2 es un tipo cualificado, será, que de este modo, se evita la instrumentalización del bien jurídico ambiental para dar protección a uno ya vastamente tutelado, como la salud de las personas⁹⁰¹.

Cabe preguntarse ¿Por qué, si en el delito de lesiones no se describen medios específicos, no se ha recurrido exclusivamente a él para sancionar la producción de lesiones a la salud de las personas mediante hipótesis del art. 325 como el ruido? CORCOY BIDASOLO

Dicha interpretación, que es mantenida en SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 114, se fundamenta en que el legislador previó sólo un incremento de la pena de prisión para las hipótesis de riesgo para la salud de las personas, en tanto que, en el art. 66.1, regla 3ª del CPE, para la aplicación de la pena se indica que si hay una agravante, la pena se aplicará “*en la mitad superior de la que fije la ley para el delito*”, no alcanzando, en consecuencia a tratarse de un concurso de delitos.

⁹⁰⁰ En términos similares, ALONSO ÁLAMO, MERCEDES, “Trama de la vida y protección penal del ambiente”, en *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo* (Serrano-Piedecabras Fernández/Demetrio Crespo, Dirs), Ed. Colex, Madrid, 2010, p. 162, afirma que “comprendida su especificidad a partir de la trama de la vida. el medio ambiente emerge como un bien jurídico colectivo, supraindividual. que, en sí mismo considerado, no deja de tener en cuenta al individuo, destinatario último de la protección penal. Una referencia al individuo, siquiera esta pueda ser remota está siempre presente en la protección penal del ambiente. No es preciso reclamar la vinculación del ambiente a bienes jurídicos individuales en el marco del correspondiente tipo penal (aunque nada impide que pueda hacerse): los intereses individuales o de la persona se hallan grabados en su esencia y forman parte interna del concepto”.

⁹⁰¹ Como señala CORCOY BIDASOLO, “Contaminación acústica...”, p. 862, la pretendida tutela directa del riesgo para la salud de las personas mediante el tipo medioambiental base, vulneraría el principio de lesividad, por la no afectación del bien jurídico tutelado, así como el “principio de utilidad, puesto que no es necesario forzar el delito medioambiental para castigar estas conductas”, que ya encuentran suficiente cobertura en los delitos contra las personas.

afirma que la razón para preferir el delito medioambiental al delito de lesiones para su sanción se encontraría, en primer término, en la reticencia a considerar las lesiones psíquicas como subsumibles en el delito de lesiones, y en segundo lugar, en la interpretación mayoritaria de dicho delito como cualificado por el resultado, de la que se deriva que si éste no es alcanzado, la conducta sólo quedaría sancionada como falta⁹⁰².

Con lo dicho hasta aquí, no se pretende evadir la cuestión de la empíricamente constatable existencia de conductas que, sin afectar el equilibrio de los sistemas naturales, lesionan la salud de las personas o resultan idóneas para ponerla en riesgo, sino cuestionar que las mismas sean castigadas recurriendo al tipo medioambiental, porque cuando para ello se apela a éste, se está encubriendo la afectación de bienes jurídicos diversos -la salud individual o pública-, o derechamente la nula lesividad de la conducta⁹⁰³.

El Tribunal Supremo sí ha acogido la tesis concursal entre el delito medioambiental y el de lesiones, cuando el ruido ha generado importantes daños psíquicos constatados durante el proceso. El problema, claro está, es que la pena que se aplica en estos casos es una sanción propia de la afectación de dos bienes jurídicos -el equilibrio de los sistemas naturales y la salud-, en circunstancias en las que no se ha acreditado, porque no se produjo, siquiera la puesta en peligro del primero de ellos. Lo lesionado, fue el medio ambiente en el sentido en que se ha definido por el Tribunal Europeo y el Tribunal Constitucional, -y no el medio ambiente penal-, argumentándose que la conducta ha afectado derechos fundamentales como la calidad de vida, la inviolabilidad del hogar, o el derecho a no ser perturbado en el espacio domiciliario.

Por ello, a mi juicio, los eventuales resultados lesivos que, una conducta que incide en un recurso natural, pudiera tener en la salud de una o más personas, pero que no es apta para generar un peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, constituye una muestra de una necesaria rearticulación normativa en el ámbito de los riesgos, la tecnología y el medio ambiente, mas no debiese conducir, a una apresurada conclusión respecto a la legítima y adecuada sanción de este tipo de conductas mediante el tipo base medioambiental

8.2 El resultado jurídico en el ACPCH 2018

Sobre la propuesta del ACPCH 2018, poco que decir a este respecto, pues a mi juicio, no es respetuosa de los límites al *Ius Puniendi* a los que se ha estado aludiendo en varios aspectos, pero en relación al resultado jurídico, la propuesta me parece deplorable, porque entre las disposiciones previstas en el título de los delitos contra el medio ambiente,

⁹⁰² CORCOY BIDASOLO, “Contaminación acústica...”, pp. 874- 876.

⁹⁰³ Así se dijo, por ejemplo, en la STS 244/2015, De 22 de abril, Ponente Joaquín Jiménez García.

encontramos que el art. 485 -“*Contaminación ambiental*”-, que incluye supuestos que se satisfarían con verter “sustancias contaminantes” en las aguas o los suelos, por lo que, recurriendo a la LGBMA, habría que entender que se estaría sancionando al que realizara la acción de vertido, de cualquier sustancia “*cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental*”, en otros términos, bastará con la mera realización del vertido de una sustancia que en determinadas condiciones pudiera ser idónea para producir aquellos resultados.

No se expresa ningún plus de disvalor que permita diferenciar la conducta infractora de la norma o acto administrativo de la conducta que debiera ser reputada penalmente. Además, como ya se dijo, la norma propuesta contiene hipótesis comisivas que en ningún caso pueden dar lugar a una hipótesis de contaminación ambiental, como sugiere el nombre de la misma.

Luego, el art. 486, empeora el panorama, porque bajo el título “Casos menos graves”, propone una pena privilegiada -por estimar concurrente una atenuante calificada o muy calificada-, cuando (1) la cantidad vertida, liberada o extraída en exceso *no superare en forma considerable el límite permitido* (de lo ordenado administrativamente) o (2) *la infracción se hubiere prolongado solo por un breve lapso....* En otros términos, la emisión, vertido o depósito que no supera en forma considerable el límite administrativo o que se extiende por un breve período, tendría igualmente relevancia penal, porque no se exige expresamente ningún resultado jurídico.

Finalmente, el art. 487 -“Daño ambiental”, ya exige directamente la producción de un resultado de lesión sobre los recursos naturales, con la fórmula “*El que afectare gravemente ...*”

A mi juicio, las dos primeras disposiciones propuestas no expresan suficientemente la exigencia de algún resultado jurídico, ni diferencia sustancial con la contravención administrativa, fijando un límite muy bajo a la intervención penal, en tanto que la tercera -a pesar de tampoco indicarlo-, con la exigencia de una afectación grave de las aguas, o bien la salud animal, o el abastecimiento del agua potable, pareciera requerir de una lesión efectiva y muy significativa de los recursos naturales, porque su afectación se iguala a los

resultados de afectación grave de la salud animal o la afectación grave del abastecimiento del agua potable, hipótesis de un indudable gran desvalor.

VI. LA AUTORÍA

Introducción

Para arribar al puerto final de lograr establecer quién o quiénes serán autores (y partícipes) del delito medioambiental, y no resultando posible en el marco de esta investigación realizar un estudio de las teorías que fundamentan la relación de autoría, se tomará una arbitraria posición inicial -la teoría del dominio del hecho-, para lograr luego ir delineando una perspectiva respecto a los límites de la autoría individual en las organizaciones empresariales.

La teoría del dominio del hecho redefinió el concepto de acción típica sobre la base de la dirección final del suceso, y sus antecedentes pueden encontrarse ya en Hegler (1932)⁹¹¹, porque pareciera constituir hoy una teoría que -matices más o menos- es mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia tanto española como chilena. Ésta fue desarrollada originalmente por Welzel⁹¹² y reconfigurada por ROXIN⁹¹³, quien a partir de un procedimiento descriptivo y de la inclusión de principios regulativos u orientativos, indagó en un grupo de casos, concluyendo que *“autor es la figura central del acontecer típico, quien (materialmente) realiza el correspondiente tipo de delito, lo que, para la mayoría de los delitos, se concreta mediante el criterio del dominio del hecho: autor es quien, con su*

⁹¹¹ Según ROXIN, CLAUS, *Autoría y Dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 81, utilizó por primera vez la expresión *dominio del hecho*, pero atribuyéndole un sentido diverso al que actualmente se le otorga, pues lo asimilaba a autor imputable (culpable).

⁹¹² Según el propio ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, p. 35, en 1939 aparece el concepto de dominio del hecho en Welzel que enlaza por vez primera la idea de dominio del hecho con la doctrina de la acción, derivando de ésta una "autoría final". El autor afirma que para Welzel, "El autor final es señor de su decisión y de la ejecución de ésta y así señor de "su" hecho, que configura, consciente del fin, en su existencia y forma de ser concreta. Bien es verdad que el inductor y el partícipe tienen también cierto dominio del "hecho", pero sólo sobre su participación".

⁹¹³ Para ROXIN, *Autoría del hecho...*, p. 337, "Es autor, a) Si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción). b) Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad). c) Si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del hecho funcional).

*actuación, domina el hecho, esto es, decide el si y el cómo del acontecer típico*⁹¹⁴”, lo que sucedería de maneras diversas en cada forma de autoría.

Esta teoría, presentó dificultades para explicar los delitos imprudentes, los de omisión, y los delitos especiales, siendo complementada por la categoría de los delitos de infracción de deber por el propio Roxin. En esta categoría, el elemento que determina la autoría es la infracción de una norma extrapenal que genera un deber específico para una clase de individuos. La diferencia con la teoría del dominio del hecho radica, entonces, en que *“mientras en los delitos de dominio es autor el que domina el hecho, es decir, el que conduce la causalidad al resultado, en los delitos de infracción de deber el autor es el que infringe un deber que le incumbe, aunque no sea el que dirige la causalidad al resultado.*⁹¹⁷”.

A pesar de esta adición, como señala MIR PUIG, la teoría del dominio del hecho como fundamento de la autoría *“sigue anclada en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de imputación que caracteriza a la calificación de autor. El control material del hecho es sólo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor”*⁹¹⁸. Por ello, desde mi punto de vista, la idea de pertenencia –que desarrolla este último autor- nos sitúa en el plano de significación penal-, que constituye el necesario prisma desde el cual comprender el concepto de autor en general, y especialmente, en el ámbito empresarial, en el que la ejecución del hecho formalmente típico puede ser completamente irrelevante. Por tal motivo, será precisamente este último concepto el que se preferirá en este trabajo, ya que, a mi modo de ver, le aporta contenido a la idea de autor. Sin embargo, y naturalmente sin pretensiones de ofrecer una definición propia de autor -por innecesario y presuntuoso-, sí diré que ésta se matizará con presupuestos propios de la teoría del dominio del riesgo, según los cuales debe considerarse autor a aquel a quien éste le pertenece porque su posición dentro de la esfera social o empresarial le demandan aquella responsabilidad. Porque a mi modo de ver, el concepto de pertenencia excluye las perspectivas objetivo-formales, omite consideraciones ontológicas, y se centra en aquello que el Derecho Penal puede legítimamente desvalorar, la creación (incremento o no control) de riesgos relevantes para bienes jurídico-penales.

⁹¹⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría”, en *RCPC*, 2ª época, n° 123, III, diciembre 2017, p. 8.

⁹¹⁷ BACIGALUPO, “La instrumentalización técnico legislativa...” p. 57.

⁹¹⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 373.

1. El autor del delito del art. 325 CPE

2.1 “El que”

Muchas de las dificultades para imputar el injusto a un individuo en el ámbito medioambiental, son comunes a las que se presentan en la mayor parte de la delincuencia empresarial porque, como es obvio, la actividad contaminante se desarrollará justamente en dicho contexto y estará afectada por la división del trabajo horizontalmente, la existencia de una cadena de mando, la delegación de funciones, o su externalización, la existencia de empresas transnacionales, etc. De allí que no resulte difícil de comprender que el legislador español haya optado, ya desde la LO 8/1983, por describirlo como un delito común, encabezado por un “*El que*”.

A pesar de ello, como la jurisprudencia y parte de la doctrina entendió que la conducta típica de realización de los vertidos o emisiones con idoneidad lesiva para el medio ambiente podía sea desplegada (casi) exclusivamente por personas jurídicas⁹¹⁹, y en dicha medida, la limitación del círculo de autores idóneos no se llevaba a cabo a la hora de limitar al sujeto activo, porque nada se decía en el quién, pero esa limitación sí que se producía en la descripción de la conducta típica⁹²⁰. Por ello, GALLEGO SOLER sostuvo que aunque se tratase de un delito común, la aplicación judicial del actual art. 31 CPE⁹²¹ (art. 15 bis de la LO 8/1983, y 31.1 tras la LO 15/2003) no resultaba del todo errónea, porque el art. 325 se encontraría dentro de aquellos delitos que se caracteriza como “*de dominio con deberes de actuación para ciertos sujetos vinculados a la conducta típica*”⁹²², que “*encuentran su fundamento en el especial deber dirigido a quienes realizan conductas inicialmente permitidas*”⁹²³.

⁹¹⁹ CORCOY BIDASOLO, “Protección penal del medio ambiente...”, p. 645.

⁹²⁰ GALLEGO SOLER, JOSÉ IGNACIO. “Criterios de determinación de la responsabilidad individual en las estructuras empresariales”, en *Empresa y Derecho Penal*. Ed. UCAB, Caracas, 2004, p. 207. Ya lo había apuntado GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, *Los delitos especiales*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, cuando aludiendo a la propuesta de Gracia Martín, señalaba que “en los delitos especiales, o, al menos en la mayor parte de ellos, no sólo se producirá una limitación del círculo de posibles autores, sino también una restricción del injusto a determinadas esferas o estructuras sociales”.

⁹²¹ Art. 31 CPE “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

⁹²² GALLEGO SOLER, “Criterios de determinación de la responsabilidad...”, p. 207.

⁹²³ GALLEGO SOLER, “Criterios de determinación de la responsabilidad...”, p. 209, agrega que ello explica además por qué el art. 31 CPE se aplica a infracciones penales cuya realización requiere la previa infracción extrapenal.

El problema, es que muchas veces se realiza una interpretación objetivo-formal de la norma, en la que el concepto de autor es despojado de su esencia -“*la interrelación material existente entre el injusto del delito y la autoría como juicio de imputación de dicho injusto*”⁹²⁴-, vale decir, en vez de hacer de la norma la necesaria herramienta para salvar lagunas de punibilidad en los delitos especiales cuando la cualificación de la autoría recae en una persona jurídica, se termina afirmando una responsabilidad objetiva por el cargo.

En la jurisprudencia del TS, especialmente durante los primeros años de aplicación del delito medioambiental, eran frecuentes pronunciamientos como el del comentado caso de la Central Termoeléctrica Cercs⁹²⁵.

En los hechos probados de esta sentencia se afirmó que el acusado -director de la central-, era el “*máximo y único responsable de su funcionamiento*” y, en virtud de ello, se consideraba “*incuestionable que el procesado asumió las funciones directivas en cuanto al funcionamiento de la Central, haciéndose responsable de las condiciones técnicas en que se producía el quemado del combustible y la emisión de humos correspondiéndole no sólo vigilar los límites marcados en cuanto al contenido de partículas o residuos contaminantes sino la adopción de medidas correctoras necesarias para evitar la degradación ecológica de la zona*”⁹²⁶. Como el acusado omitió la adopción de dichas medidas y tenía conocimiento de la legislación administrativa vigente, según decía el tribunal, era posible concluir que “*con su conducta atrae hacia sí las condiciones, cualidades o relaciones que vendrían atribuidas al sujeto activo del hecho punible, de tal manera que se homologa con el autor directo y material de la ejecución del hecho que se describe en el n.º 1.º del artículo 14 del Código Penal (CPE) al haber aportado una decisiva contribución a la realización del hecho*”⁹²⁷.

En los razonamientos transcritos de la sentencia algo se desliza en torno a una presunta responsabilidad omisiva del acusado, pero los mismos son insuficientes para obviar que en el fallo se hace una aplicación formal del art. 15 bis, atribuyendo responsabilidad al acusado por el mero hecho de su cargo. Nada se dice en concreto de sus reales competencias, a pesar de que es difícil imaginar que no hubiese un departamento, o cuando menos una persona directamente encargada de *las condiciones técnicas en que se producía el quemado del combustible*. Tampoco se analiza el fundamento de la posición de garante atribuida al acusado, limitándose el fallo a aseverar que por su calidad de director asumió determinadas

⁹²⁴ GÓMEZ MARTIN, *Los delitos especiales*, p. 332. En los mismos términos, GALLEGO SOLER, JOSÉ IGNACIO, “Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales”, en *Derecho Penal Económico*, Estudios de Derecho Judicial, n° 72, 2006, p. 124, sostiene que “en no pocas ocasiones en las que se aplica el (actual) art. 31.1 CP(E), se confunde lo que no es más que un criterio de extensión de la autoría en delitos especiales propios con las reglas de imputación objetiva y subjetiva”.

⁹²⁵ STS 9269/1990, de 30 de noviembre, pnte. José Antonio Martín Pallín.

⁹²⁶ FJ 13º.

⁹²⁷ FJ 13º

funciones, y con ellas atrajo hacia sí las cualidades del sujeto activo, vale decir, a vincular su calidad de director de la central con la atribución de responsabilidad en calidad de autor de los hechos⁹²⁸.

En mi opinión, no resultaba entonces nada descabellado considerar el delito del art. 325 CPE como un delito especial en sentido amplio, esto es, como aquellos en los que los autores no vienen restringidos en la delimitación de los sujetos activos sino en la conducta típica (que sólo puede ser realizada por un círculo reducido de individuos), porque permite poner de relieve, que “*en el delito medioambiental autor es "el que contamina" y "el que contamina", en la mayoría de casos, es la empresa no los directivos ni los trabajadores, aunque realicen conductas relacionadas con la contaminación*”⁹³⁰. Esta interpretación apunta hacia premisas ineludibles desde una concepción de la autoría como *pertenencia* del riesgo -aquí adoptada-, porque exige la determinación precisa del riesgo concreto producido en el resultado, y de la consideración de autor, sólo a aquel que por poseer una determinada esfera de competencia o rol, tenía el deber (y poder) de controlarlo⁹³¹. Finalmente, entender el delito medioambiental base como un delito especial permitiría excluir como posibles autores a personas naturales, que mayoritariamente son incapaces de generar un riesgo que pueda superar el límite inferior de gravedad desvalorado penalmente⁹³².

Sin embargo, la doctrina mayoritaria se decantó por considerarlo un delito común, pero la jurisprudencia, ya sin recurrir necesariamente al art. 31 CPE, ha seguido emitiendo

⁹²⁸ En la STS 1828/2002, de 25 de octubre, ponente Julián Sánchez Melgar, se efectúa una interpretación de corte más material -aunque igualmente utilizada en un sentido diferente del pretendido por la norma-, según la cual (FJ 3º), “cuando el art. 31 del Código Penal se refiere a representante o administrador, se está refiriendo a los órganos de la dirección o personas físicas que posean expresamente y directamente facultades de gestión en el ámbito concreto en que se haya desarrollado la actividad delictiva (posición de dominio) o que hayan impulsado ese comportamiento, determinando como base para llevar a cabo la atribución de responsabilidad penal si sus actos (u omisiones equivalentes) son casos de autoría, inducción o cooperación al delito concreto cometido (STS 24 de marzo de 1997 [RJ 1997, 1963]). Así, pues, los términos representante o administrador que utiliza el art. 31 son conceptos valorativos, expresando control y dirección de las actividades de una empresa, que en modo alguno se constriñen a la significación literal de los términos en cuestión. En el fallo se hace referencia a los pronunciamientos previos del TC en dicha línea, contenidos en las SSTC 150/1989 y 253/1993.”

⁹³⁰ CORCOY BIDASOLO, “Protección penal y medio ambiente...”, p. 645.

⁹³¹ En términos de GÓMEZ MARTÍN, *Los Delitos especiales*, p. 775, “el fundamento del dominio del riesgo típico residiría en el ejercicio de una función social que colocaría al autor del delito especial en una posición especial de dominio respecto del bien jurídico, de modo que éste se presentaría, frente a aquél, como especialmente vulnerable.

⁹³² De opinión contraria, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, “Protección penal del medio ambiente y personas jurídicas”, en *Estudios de Derecho Ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut* (Quinteros Olivares /Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 578.

pronunciamentos según los cuales es autor doloso el encargado general, porque “*es obvio que es partícipe de las emisiones: seguramente como coautor, y sin necesidad de desplazarnos a la cooperación necesaria asimilada penalmente a aquélla (aunque a la hora de optar por una u otra figura habremos de decantarnos previamente por la catalogación del delito del art. 325 como delito especial o no)*”.⁹³³.

1.2. “Provocar o realizar” y “Directa o indirectamente”

Antes de intentar establecer a qué persona puede atribuirse responsabilidad desde una perspectiva dogmática parece conveniente dilucidar si, la propia descripción típica del art. 325 CPE, entrega herramientas para el esclarecimiento de los posibles responsables, y en dicha medida, resulta necesario analizar la manera en la que el tipo base medioambiental configura las conductas típicas, despejando el alcance que es legítimo asignar a las expresiones legales “*provocare o realizare, directa o indirectamente*”, para intentar descartar interpretaciones que, solapadamente, pretendan introducir “*formas de responsabilidad objetiva, con el fin de respetar escrupulosamente las exigencias garantísticas de Derecho Penal*”⁹³⁴.

Aunque parece incuestionable que la pretensión legislativa -mediante la utilización en el art. 325 de aquellas voces fue omnicompreensiva, tendiente a evitar cualquier laguna de punibilidad en la relación de autoría -lo que se refuerza a partir de la LO 1/2015-, resultará necesario, en primer término, desde la óptica del principio de responsabilidad, y superadas las teorías formales-objetivas, fundamentar la autoría en algo más que la mera posibilidad de subsunción de la conducta en alguna de las voces típicas (autónomamente o interrelacionadas), pues ello conduciría a la sanción de los meros ejecutores de las mismas, atentando cuando menos contra la necesidad de dirigir la norma y el castigo a quien pueda controlar normativamente el riesgo

El art. 325 del CPE, incluso después de la LO 1/2015, mantuvo las formas verbales “*provocare*” o “*realizare*”, que venían ya en el derogado art. 347 bis, y con ello las críticas

⁹³³ STS 521/2016, FJ 11°

⁹³⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ., “Protección penal del medio ambiente...”, p. 580.

de la doctrina⁹³⁵ y la jurisprudencia, porque las mismas dificultan el establecimiento de los contornos de la autoría y participación en estos delitos.

El alcance que debe atribuirse a ambos verbos ha sido muy discutido, porque aunque existe bastante unanimidad en la comprensión “realizar” como una alusión del legislador al autor dogmático –o que ejecuta materialmente la conducta descrita en el tipo-, por una parte, los autores ejecutores no suelen ser sancionados, y por otra, su comprensión no se agota allí, porque la mixtura de este verbo con los adverbios “directa o indirectamente”, permite ya variadas interpretaciones. Luego, si a ello agregamos el verbo *provocar*, las posibilidades de extensión son múltiples. Precisamente por ello, es posición doctrinal bastante unánime, que aquella forma verbal, no incluye el acto preparatorio previsto en el art. 18 del CPE, ni desde un punto de vista teleológico, ni gramatical, por lo que, cuando menos, debiese descartarse tal extremo⁹³⁶.

A partir de allí, las soluciones propuestas han sido diversas. Así, por ejemplo, las opciones interpretativas de la doctrina respecto de “*provocar*”, van desde las que lo equiparan con “facilitar” o “ayudar⁹³⁷”, con “incitar” o “inducir”, hasta aquellas que lo relacionan con el tipo de actividad o sus efectos, como MATELLANES RODRÍGUEZ, para quien provocar “significa intervenir en la ejecución pero de un modo mediato o diferido. Por ejemplo, realizando un vertido, depósito(...)de un producto que en sí no es nocivo, pero que al ponerse en contacto con otra sustancia o agente externo se torna dañosa”^{938 939}.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ/ OLMEDO CARDENETE, en cambio, en una posición radicalmente pragmática, estiman que las disquisiciones sobre el alcance de los conceptos “realizar” o “provocar” son innecesarias porque “la subsunción ha de realizarse en el tipo en su conjunto y la dualidad de verbos rectores parece buscar un fin totalizador con el que designar –algo enfáticamente- toda conducta humana generadora de un acto

⁹³⁵ Por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal...*, p. 261, en relación al art. 347 bis, afirmaba que se equiparan actos preparatorios (provocar) y de realización, por lo que “la técnica legislativa no parece adecuada y le resta eficacia a la disposición, que resulta demasiado amplia y vaga”

⁹³⁶ MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 57, fundamenta además dicha conclusión en el conflicto penológico que ello implicaría (infracción del principio de culpabilidad y de proporcionalidad).

⁹³⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Medio ambiente, Territorio...*, pp. 320 y 321. Afirma que “provoca quien ayuda a realizar y realiza quien efectúa materialmente el hecho”

⁹³⁸ MATELLANES RODRÍGUEZ, *Derecho Penal del medio ambiente...*, p. 62, En la línea objetivo material, también CARMONA SALGADO, “Delitos contra los recursos naturales...”, p. 701, considera como la opción más adecuada la que entiende el concepto “provocar” como “equivalente a la realización de toda una serie de actos que, aunque aisladamente considerados no ocasionen la contaminación, tienen efectos secundarios nocivos, o lo son a causa de una transformación posterior por no haberse actuado correctamente”.

⁹³⁹ En una posición distinta, atribuyéndole a “provocar” la significación específica de una forma mediata de ejecución, MORALES PRATS, FERMÍN, “El delito de contaminación ambiental...”, p. 1037.

*contaminante*⁹⁴⁰”. Esta perspectiva, como ponen de manifiesto los autores es justamente la posición que había adoptado el TS, y puede recogerse del FJ tercero de la STS 92/2002⁹⁴¹, en el que se afirma que “*Los dos verbos nucleares no son iguales –semánticamente tampoco– (...) provocar podría entenderse como mantener las emisiones o vertidos. En cualquier caso la dicción utilizada (provocar o realizar) pretende abarcar (...) toda acción humana que produzca un vertido o emisión contaminante de modo directo o indirecto*”.

A mi juicio, es efectivo que el verbo provocar puede entenderse referido a una conducta derivada de efectos sumativos o sinérgicos, ya por su separación temporal o espacial con el resultado lesivo, ya por la influencia de cursos causales concurrentes que determinen la realización del resultado, en el sentido que propone MENDO ESTRELLA, para quien provoca el que “*lleva a cabo una actividad en sí y por sí sola atípica conforme al 325.1, de la que puede derivar situaciones potencialmente contaminantes, todos tras la interposición, entre la actividad y la situación peligrosa, de un intervalo temporal o una reacción espontánea o natural*”⁹⁴². Sin embargo, en el capítulo anterior, me manifesté a favor de considerar exigible el resultado material de contaminación al menos de un recurso natural, que, en todo caso, deberá ser imputable a la conducta del agente. En dicha medida, aunque provocar, por ejemplo, un vertido, podría servir para aludir a resultados aditivos en cadena a otros recursos naturales, o incluso a resultados sinérgicos, dicha comprensión resultaría innecesaria, porque el resultado de contaminación, si era cognoscible por el agente, podría serle atribuido al menos imprudentemente al riesgo generado por éste, y podría seguir comprendido en la acción de “realizar” un vertido que *ex ante* resulta idóneo para producir el resultado desvalorado.

Por lo expuesto, es que considero más acorde con la estructura del delito, la naturaleza del bien jurídico -sus posibles sustratos y objetos concretos-, los resultados de contaminación posibles, y, particularmente, por la constatación de que en la mayor parte de las ocasiones las conductas desaprobadas tienen lugar en el seno de personas jurídicas, una interpretación de la expresión “*provocar*” en los términos que proponen SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, esto es, como un alejamiento temporal entre la ejecución material del vertido o emisión, de modo que “*la provocación (sobre todo si se contrapone a la realización) parece definir una intervención en el hecho distante del momento*

⁹⁴⁰ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ / OLMEDO CARDENETE, “De los delitos contra los recursos naturales...”, p. 225.

⁹⁴¹ De 30 de enero, pnte. José Aparicio Calvo-Rubio.

⁹⁴² MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 61.

*ejecutivo, producida en fase preparatoria. “Provoca” el que sin realizarlos efectivamente, da lugar a que se realicen las emisiones, vertidos, etc.”*⁹⁴³.

Una comprensión como la indicada es relevante porque, por una parte permite comprender entre los posibles autores no sólo a los ejecutores⁹⁴⁴ -que en el delito medioambiental poco o nada podrá atribuírseles-, sino porque también evidencia que las hipótesis de provocación de vertidos, emisiones, radiaciones, etc., son difícilmente atribuibles a individuos aislados, y por regla general requerirán de *“una actividad industrial, agrícola, ganadera o urbana para contaminar, de forma cualitativa y cuantitativamente relevante, el suelo, el aire o el agua”*⁹⁴⁵.

Respecto a los adverbios **“directa o indirectamente”** no se planteó discusión equivalente, siendo principalmente dos los significados que se les ha atribuido. La primera de las interpretaciones que ofrece la doctrina es la que refiere la citada expresión ya no a los recursos naturales, sino a los verbos típicos, y en dicha medida, con la expresión “directa” se aludiría a los autores que tengan tal carácter y con “indirectamente” se aludiría expresamente al autor mediat⁹⁴⁷. La segunda, dice relación con la inmediatez del recurso natural, siendo directo el vertido, emisión, etc., que entra en contacto con éste sin que medie espacio o tiempo entre la conducta y el recurso⁹⁴⁸, e indirectos los restantes.

2.3 El autor individual en el ámbito empresarial

Interpretar y aplicar las perspectivas generales sobre autoría no es una misión sencilla, y menos, cuando nos centramos en el ámbito empresarial. Por ello, necesariamente,

⁹⁴³ SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 49. En igual sentido se manifiesta MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, (Vives Antón/Orts Berenguer/Carbonell Mateu/González Cussac/Martínez-Buján Pérez, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 744.

⁹⁴⁴ Porque como asevera MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Protección penal del medio ambiente...”, p. 579, en la mayor parte de las ocasiones podremos advertir un “fenómeno de escisión que tiene lugar en las estructuras jerarquizadas entre los sujetos que ejecutan materialmente la conducta delictiva y los sujetos realmente responsables de la decisión criminal”.

⁹⁴⁵ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, “Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa. Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficial de cumplimiento”, texto inédito, p.17.

⁹⁴⁷ De esta posición SILVA SÁNCHEZ/ MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente...*, p. 51. Para los autores, en consecuencia, la expresión indirectamente sólo podría referirse a quien realizara, pues, no es trasladable la autoría mediata a los cooperadores necesarios o inductores.

⁹⁴⁸ En este sentido, por ejemplo, MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico...*, p. 64, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ/ OLMEDO CARDENETE, “De los delitos contra los recursos naturales...”, p. 225; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Medio ambiente, Territorio...*, p. 321.

en este tema -como en los anteriores- habré de partir de ciertas premisas y centrar el análisis en los puntos más conflictivos de la imputación personal en el delito al interior de una empresa, a partir del art. 325 CPE.

Como se afirmó al inicio de este capítulo, aunque el art. 325 no sea un delito especial en sentido estricto, una primera restricción para acotar el objeto de estudio viene dada por el hecho incontestable de que la inmensa mayoría de los delitos medioambientales son cometidos en el marco del ejercicio (originariamente) lícito de una actividad de empresa. El delito medioambiental, forma parte, entonces, de la denominada delincuencia empresarial, que, según muchos autores, responde a características propias que no permiten la aplicación sin más de las tradicionales teorías dogmáticas desarrolladas por y para la delincuencia individual. En palabras de FEIJÓO SÁNCHEZ, la organización empresarial constituye una realidad distinta a la suma de los sujetos que la integran, que “*obliga al replanteamiento de unas estructuras de imputación construidas para sujetos que actúan individual y aisladamente y que resultan insuficientes para determinar la eventual responsabilidad de aquéllos que actúan dentro de un determinado entramado organizativo o empresarial*”⁹⁵¹.

Aunque no comparto las consecuencias que extrae el autor del diagnóstico previo, creo que no puede asumirse la tarea de intentar fundamentar la responsabilidad individual en el seno de organizaciones empresariales, si no se parte de la existencia –buscada legítimamente, o no- de una estructura que tiende a la distribución de las competencias en unidades más o menos autónomas, en las que normalmente no coinciden los ejecutores de las acciones con las personas que deciden sobre las mismas.

Esta forma de ser empresarial ha movido a muchos autores a intentar explicar los fundamentos para atribuir responsabilidad penal de los individuos que operan -deciden, no controlan, o silencian los riesgos- al interior de la empresa. Porque evidentemente debe buscarse la responsabilidad en aquellos a quienes les pertenece el riesgo -personas generalmente distintas de aquellas que ejecutan personalmente la conducta descrita en el tipo-. En efecto, si en sede de injusto el hecho ontológicamente descrito sólo tiene valor

⁹⁵¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, “Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas”, en *Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas redondas: Derecho y economía*, (Bajo Fernández, Dir.; Bacigalupo/ Gómez-Jara Díez, Coords.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 192, sostiene que “...en la gran empresa no concurren en las mismas personas información y conocimientos técnicos, capacidad para tomar decisiones y ejecución de dichas decisiones”, por lo que concluye que “a partir de cierto grado de complejidad ya no es posible encontrar una persona en la que coincidan creación del riesgo o participación en el mismo con representaciones sobre dicho riesgo ni nadie que disponga de una información global sobre la actividad empresarial”.

como presupuesto mínimo (fundante de la causalidad) a partir del cual cimentar su real significación normativa como riesgo (o resultado jurídico-penal), en sede de autoría no puede ser de otro modo. Así, no parece suficiente determinar qué persona ejecutó materialmente el hecho, sino que, con independencia de ello, debe establecerse a qué persona o grupo puede adscribirse la pertenencia del riesgo como propio, y consiguientemente, exigirse su conocimiento y deber de control.

Desde mi perspectiva, fueron las indeseables distorsiones político-criminales, y el temor a la “irresponsabilidad organizada” en este ámbito, lo que movió a parte de la doctrina⁹⁵⁵ a buscar *estructuras de imputación para responsabilizar también a las personas que están situadas en los niveles superiores (medios o altos) a los que ejecutan el delito*⁹⁵⁶, orientando la autoría en el ámbito empresarial hacia la cúspide, o en otros términos, a optar por un modelo *top of the top* que toma “*como punto de partida la responsabilidad preferente de los administradores o directivos de la empresa y luego la amplía, en su caso, dentro de ciertos límites y en distintos grados, a los mandos intermedios, los encargados y los demás trabajadores de la misma*”⁹⁵⁷. Sin embargo, tampoco una teoría que atribuya responsabilidad a los directivos o administradores, por el sólo hecho de ostentar dichos cargos, resulta satisfactoria.

2.3.1. Principales teorías explicativas

Aunque, como afirmaba, las aportaciones dogmáticas en este sentido son inabarcables, considero conveniente desarrollar brevemente algunas de ellas, para evidenciar los fundamentos en los que confluyen y en los que se diverge con la perspectiva aquí asumida. Analizaré en esta parte sucintamente las grandes corrientes en materia de responsabilidad individual en el contexto empresarial que se han propuesto, a saber, la

⁹⁵⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Protección penal del medio ambiente...”, p. 580, fundamenta la multiplicidad de aproximaciones dogmáticas al tema de la responsabilidad atribuible al órgano directivo por el comportamiento de los subordinados, en que, a su juicio, ésta es (en oposición a la responsabilidad de los ejecutores, que se resuelve de acuerdo a las reglas clásicas de imputación) “la cuestión realmente compleja y, por ello mismo, la cuestión verdaderamente controvertida en la doctrina actual”.

⁹⁵⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL/MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA, “Responsabilidad criminal individual y empresarial en los delitos contra el medio ambiente”, en *Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut* (Quinteros Olivares/ Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 797.

⁹⁵⁷ PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE, “Autoría y participación en la empresa”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, (Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo, Dirs.), Ed. Colex, Madrid, 2008, p. 164.

autoría mediata, la coautoría vertical, y la comisión por omisión basada en la posición de garante que ocuparía el empresario o directivo de la empresa.

Considero necesario consignar desde ya que, salvo expresa mención en contrario, en este apartado utilizaré indistintamente los conceptos de empresario, directivo y administrador, para significar -con cualquiera de ellos- a aquella/s persona/s que se encuentra en la cúspide de la organización empresarial y tiene a su cargo la toma de decisiones de gestión de la empresa. No se desconoce ni soslaya el hecho de que cada vez con mayor frecuencia en las organizaciones empresariales el dominio y la dirección se encuentran escindidos⁹⁵⁹, pero ésta constituye una arista propia del sistema empresarial adoptado por cada sociedad, sus particularidades y problemas –derivados de la necesaria relación entre ambos y de las competencias específicas de cada órgano o cargo-, que exceden el marco de la presente investigación.

Por ello, aquí se trabajará sobre la premisa de que si existe un sujeto o grupo que adopta las decisiones de gestión de la empresa (Directivos o Administradores), al propietario de ésta -salvo intervención expresa-, ninguna responsabilidad penal podría corresponderle. Cuando aluda al empresario, por consiguiente, me estaré refiriendo únicamente a aquel sujeto –propio de las estructuras empresariales menos complejas- en quien confluye la propiedad y la dirección.

Por su parte, cuando me refiera al directivo de la empresa no estaré aludiendo (necesariamente) al último de la pirámide empresarial, porque parto también de la premisa de que al directorio general de la empresa Coca-Cola, no debería en principio corresponderle competencia alguna sobre la producción y comercialización de la bebida en España. Por ello, cuando haga referencia al directivo de la empresa, me estaré refiriendo a aquel sujeto con poder de decisión en la gestión empresarial que posee, cuando menos, una relación mediata con el riesgo concreto que produjo el resultado. Aunque esta línea divisoria es difusa, no se pretende con ella acotar precisamente el conjunto de posibles autores, sino únicamente, especificar a qué me refiero cuando aludo al directivo de la empresa.

a) La Autoría Mediata

Esta fue una de las primeras teorías que intentó ser adecuada a la actividad empresarial, a efectos de responsabilizar del riesgo al directivo o empresario, deslindando de cualquier responsabilidad al ejecutor. En cuanto tal, se caracteriza porque el autor se sirve de un instrumento para la creación del riesgo y generación del resultado. El instrumento no responderá como ejecutor, porque simplemente desconoce la propia ejecución del riesgo, o porque, atendidas sus características, no le es exigible aquel conocimiento⁹⁶⁰.

⁹⁵⁹ Destaca esta característica, CESANO, JOSÉ DANIEL, “La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: Bases para su análisis”, en *Derecho Penal económico*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 185-186.

⁹⁶⁰ BOLEA BARDÓN, CAROLINA, “Tendencias sobre autoría y participación en el ámbito de la criminalidad empresarial (especial referencia al concepto de autor en los delitos relativos al mercado y los consumidores)”, en *Derecho penal del Estado Social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig* (Luzón

La teoría, sin embargo, es hoy mayoritariamente rechazada para fundar la responsabilidad individual en el ámbito empresarial, porque lo que caracteriza al autor mediato, es precisamente que es sólo de él de quien puede predicarse que le pertenece la conducta generadora del riesgo, pudiendo en consecuencia considerarse como único autor. La irrelevancia penal de la conducta del ejecutor se basa en que es sólo un instrumento no cualificado que desconoce el riesgo que su conducta genera, y en las organizaciones empresariales, podrá predicarse aquella característica de pocos individuos. Como explica BOLEA BARDÓN, si la ejecución de la orden supera la imputación objetiva, el mejor conocimiento de los superiores jerárquicos respecto del ejecutor, no fundamenta por sí mismo la atribución de responsabilidad al superior, pues la autoría mediata requiere de la instrumentalización del ejecutor -que éste último sea manipulado para que ejecute la conducta-, por lo que no es adecuada para atribuir responsabilidad al directivo. Por otra parte, si el ejecutor no se encuentra en ninguna situación de error, habría que renunciar derechamente a la autoría de algún tercero, lo que tampoco resulta satisfactorio.

b) El autor detrás del autor

Otras de las tesis que en su momento fue explorada para fundamentar la responsabilidad del sujeto ubicado en la cúpula a partir de la comisión activa, fue la de los aparatos organizados de poder desarrollada por ROXIN, que sustentaba el dominio del hecho en el dominio de la voluntad mediante la utilización de estructuras organizadas de poder y que fue desarrollada originalmente por el autor –en 1963, en relación al caso Eichmann- para hacer responder como autores a los altos mandos de organizaciones que utilizaban el aparato estatal para la comisión sistemática de delitos contra las personas.

La misma pretendió justificar la existencia de un autor detrás del autor –negado por el principio de responsabilidad que rige la autoría mediata-, y en tal medida atribuir responsabilidad como autores tanto al ejecutor material como al dirigente de la organización, cuando –simplificando en exceso- la persona que ocupaba dicho lugar poseía el dominio de la misma, los ejecutores eran fungibles –intercambiables y sin posibilidad de evitar el delito encomendado-, y siempre que los fines de la organización se encontrasen al margen del Derecho.

Peña, Dir.), Ed. La Ley, España, 2010, p. 761 lo circunscribe al error de tipo o de prohibición. El ACPCCH incluye expresamente al autor mediato: “Art. 35. Es autor quien perpetra el hecho por sí mismo o a través de otro.”

La posibilidad de que tanto el ejecutor material como quien dirigía la organización fueran sancionados como autores se basaba en que el primero asume “*una doble función: por un lado, es penalmente responsable de su hecho; por otro, a través de él actúa, al mismo tiempo, la propia organización*». Los dos vienen a ser responsables como autores, pero desde distintas perspectivas: «*el hombre de detrás por el injusto de la organización, el hombre de delante por el injusto individual*⁹⁶¹”.

Buena parte de la doctrina –a diferencia de la jurisprudencia en Alemania- negó la posibilidad de trasladar esta forma de atribución al ámbito empresarial -incluso si no se consideraba esencial que la organización funcionase al margen del ordenamiento jurídico⁹⁶²-, por diversas razones. Entre las más recurrentes se consignó la inexistencia en la empresa de una rígida cadena de mando que obsta el ejercicio de un real “dominio de la organización” equiparable al que ostenta el individuo que ocupa la cúspide de la organización criminal, cuando menos en las grandes organizaciones empresariales en las que la tendencia es a disgregar horizontal y verticalmente los espacios de decisión; la cuestionable fungibilidad de los empleados intermedios de una empresa que desempeñan tareas cada vez de mayor especialización, y las férreas reglas de conducta características de los aparatos organizados de poder inexistentes en el ámbito empresarial en el que “*el máximo riesgo que asume el disidente es el del despido*⁹⁶³”.

En mi opinión, esta perspectiva dogmática tiene como uno de sus logros, el haber puesto de relieve una similitud fundamental entre las organizaciones criminales y las empresariales. En ambas puede constatarse que en los niveles inferiores de la pirámide, las parcelas de conocimiento y, especialmente, de capacidad de decidir, son mínimas. En las

⁹⁶¹ BOLEA BARDON, CAROLINA. *Autoría mediata en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 354.

⁹⁶² Según PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE, “Autoría y participación ...”, p. 171. Por su parte, FARALDO CABANA, PATRICIA, “Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, (Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo, Dirs.), Ed. Colex, Madrid, 2008, p. 112, considera inaceptable tal opción, porque a su juicio, “la oposición al orden jurídico es una característica constitutiva de los aparatos organizados de poder y sirve como presupuesto del dominio de la organización, al permitir fundamentar ese automatismo de funcionamiento que justifica la atribución al hombre de atrás de un dominio del hecho independiente del dominio de la acción que corresponde al ejecutor material”. De allí que la autora considere que dependiendo de si la actividad delictiva es o no permanente, las empresas pueden clasificarse en grupos. Entre las primeras ubica a aquellas cuya finalidad es la perpetración de delitos bajo el disfraz de una actividad lícita, para las que considera aplicable las normas relativas a las asociaciones ilícitas, y extensible la autoría en estructuras organizadas de poder. En el segundo grupo, incluye a aquellas empresas que desarrollan actividades lícitas, pero que ocasionalmente cometen delitos, y para éstas considera inaplicable la figura del dominio de la organización.

⁹⁶³ GALLEGU SOLER, “Criterios de imputación de la autoría...”, p. 64.

organizaciones criminales, se persigue la dispersión del conocimiento como mecanismo para distribuir la mínima cuota posible de control sobre el aparato, en tanto que en las empresas, dicha distribución puede tanto deberse a una necesaria y adecuada gestión, como al afán de eludir eventuales responsabilidades penales individuales.

Creo que el problema fundamental para trasladar la tesis de ROXIN al ámbito empresarial se produce porque en la cúspide (y en las zonas altas e intermedias) los fenómenos no son equivalentes en una y otra estructura, porque mientras en las empresas existe una tendencia hacia la descentralización y parcelación de las decisiones y los procesos -en definitiva, del conocimiento relevante-, en virtud del cual los directivos “*toman decisiones partiendo de la información que les transmiten los órganos intermedios, información previamente seleccionada y fraccionada*”⁹⁶⁵, en las organizaciones criminales no puede ocurrir lo mismo, porque forma parte de su esencia y su modo de ser, que el individuo que se encuentra en la cúpula posea todo el conocimiento necesario – preferentemente ilimitado- para adoptar las decisiones y determinar las formas de operar de la estructura que dirige⁹⁶⁶.

Así, en mi opinión, el fundamento último de la posibilidad de imputar los delitos cometidos por diversos ejecutores a éstos y al jefe de la estructura criminal se sustenta, justamente, en que en él -y eventualmente en otros altos mandos- se concentra todo el conocimiento en el que se basarán las decisiones que luego serán llevadas a cabo por los últimos eslabones de la cadena, característica esencial que no es replicable en el ámbito empresarial⁹⁶⁷, donde si un subordinado cualificado -de quien se puede predicar competencias para “administrar” el riesgo- despliega la conducta típica, siguiendo la instrucción que le impartió su superior jerárquico, conociendo del riesgo que con ella genera, estaremos en presencia de una coautoría vertical o derechamente coautoría⁹⁶⁸.

c) La comisión por omisión

La tercera propuesta de solución que se analizará -y que por cierto concita hoy un mayoritario apoyo doctrinal- es la que atribuye responsabilidad como autores a los

⁹⁶⁵ BOLEA BARDON, “Tendencias sobre autoría y participación...”, p.757.

⁹⁶⁶ La tristemente célebre frase del exdictador chileno Augusto Pinochet: “*En Chile no se mueve una hoja sin que yo lo sepa*”, da cuenta de este fenómeno.

⁹⁶⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, “Autoría y participación...”, p. 196; BOLEA BARDON, “Tendencias sobre autoría y participación...”, p. 762, dan cuenta de que incluso el propio Roxin habría desechado esta opción.

⁹⁶⁸ CORCOY BIDASOLO, “Mecanismos de atribución...”, p.10.

órganos de dirección empresarial en comisión por omisión, en virtud de la posición de garante que éstos ostentarían. En sus cimientos se encuentra también la necesidad de enjuiciar a los “verdaderos responsables”, porque se desarrolla, justamente, “*con el fin de atribuir una responsabilidad penal por omisión impropia a aquellos órganos directivos, superiores jerárquicos en la organización empresarial, que no hubiesen evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados*”⁹⁶⁹. Sus adherentes estiman que la misma “*se presenta así como un medio propicio para la deseada normativización de las reglas relativas a las formas de intervención delictiva en las empresas*”⁹⁷⁰.

Como punto de partida para el análisis de estas perspectivas, se parte de que para la comisión por omisión no bastará con los requisitos de la omisión pura, sino que es preciso que junto a la no realización de la acción, se produzca el resultado desvalorado por la norma, que el sujeto estaba obligado a evitar -en virtud de la posición de garante que ocupaba-, pero que no evita a pesar de tener la capacidad para ello⁹⁷¹.

Para la doctrina mayoritaria española, garante es aquel a quien le corresponde “*una específica función de protección del bien jurídico o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones*”⁹⁷². A partir de esta básica premisa, y desechadas las tesis según las cuales la posición de garante podría fundarse sólo en *obligaciones*

⁹⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Protección penal del medio ambiente...”, p. 585. En los mismos términos, FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER, “Sobre la imputación de omisiones lesivas del medio ambiente en el ámbito de estructuras empresariales: aproximación a la realidad y criterios jurisprudenciales”, en *Estudios de Derecho Ambiental, Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, (Quinteros Olivares/ Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 528, describe el rol que la comisión por omisión estaría llamada a cumplir en el ámbito empresarial, afirmando que “en el ámbito descrito y ante las dificultades expuestas [distribución horizontal y vertical de competencias], la responsabilidad por omisión impropia debe adquirir un rol relevante como fórmula de responsabilidad directa o subsidiaria para imponer sanciones penales a los órganos directivos en razón de la lesión de bienes causada desde la empresa”.

⁹⁷⁰ PEÑARANDA RAMOS, “Autoría y participación...”, p. 178.

⁹⁷¹ MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General...*, pp. 324-327; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales...*, p. 38-39, lo explica señalando que no bastará con los requisitos de la omisión pura, sino que es preciso que el sujeto se encuentre en posición de garante con respecto a la indemnidad del bien jurídico que le obliga a realizar una determinada conducta, que “junto a la no realización de la acción debe producirse un resultado que el sujeto esté obligado a evitar, dada la mencionada posición de garante que ocupa, y que el sujeto, sin embargo, no evitaría. Por último, no bastará con que el sujeto tenga capacidad para realizar una determinada acción, sino que, además, deberá tener capacidad para evitar el resultado a cuya evitación estaría obligado”. En similares términos, GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, “Art. 11”, en *Comentarios al Código Penal* (Cobo del Rosal, Dir.), T. 1, Ed. Edersa, Madrid, 1999, pp. 457-458, y 464, sostiene que la posición de garantía se define a partir del único elemento que considera esencial de la omisión impropia -la equivalencia-. El autor afirma que “sólo concurren sus presupuestos [de la equivalencia] cuando se ha asumido de un modo efectivo el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados”.

⁹⁷² MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General...*, p. 324, a partir de la teoría de las funciones de Kauffmann.

jurídicas extra-penales, se ha ido imponiendo la idea de que la posición de garante no puede derivar sin más de la infracción de dicha normativa, sino que hace falta un «injusto de comportamiento»⁹⁷³ que, siguiendo a KAUFMANN, estaría basado en las funciones propias del deber de protección de un bien jurídico, que encuentran su contenido material en la obligación de supervisión y control de una fuente de peligro⁹⁷⁴.

Y es precisamente esta cuestión -la definición del posible contenido de ese injusto-, o si se prefiere, la de la posible fuente de una posición de garante del empresario que permita la equiparación de su no hacer con la realización de la conducta típica, la que ha ocupado a muchos importantes autores, y por ende, admite también soluciones diversas. De entre ellas, únicamente, se delinearán aquellas perspectivas que buscan aquel fundamento en un argumento funcional-material, porque muchos de sus puntos de partida confluyen con los que se adoptan en este trabajo.

La propuesta de SCHÜNEMANN, fue una de las primeras en trasladar exitosamente los presupuestos de la omisión impropia al ámbito empresarial, encontrando un fundamento material que le permitía justificar la posición de garante del directivo de empresa, a partir de la doctrina general elaborada en torno a la comisión por omisión⁹⁷⁵. Para el autor, la plena equiparación entre la omisión y la acción sólo se produce cuando el omitente posee el “dominio sobre la causa del resultado”, y por tanto, “*el órgano directivo asume un específico compromiso individual de control o de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos que puedan provenir de los objetos o de las personas sujetos a su supervisión, y con relación estrictamente a las actividades propias de la empresa y a hechos que él esté en condiciones de evitar de acuerdo con su propio ámbito de competencia en el organigrama empresarial*⁹⁷⁶”.

Un importante sector de la doctrina puso de relieve, sin embargo, que la sola idea del dominio resultaba insuficiente para establecer los contornos de la posible

⁹⁷³ DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en *Cuestiones actuales de derecho penal económico* (Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo, Dirs.), Ed. Colex, Madrid, 2008, p. 75. Por el contrario, LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, (E-Book), Valencia, 2016, p. 607, afirma que las teorías materiales tienen el problema de que al no delimitar formalmente los deberes propios del garante, tiende a una interpretación excesiva.

⁹⁷⁴ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal...*, p. 600.

⁹⁷⁵ En este sentido se pronuncian MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Protección penal del medio ambiente...”, p. 586; GALLEGO SOLER, “Criterios de imputación de la autoría...”, p. 70.

⁹⁷⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Protección penal del medio ambiente...”, pp. 588-589.

responsabilidad del empresario⁹⁷⁷, añadiendo como segunda idea rectora, la del “*ejercicio de las facultades individuales de autoorganización*”. Ambas ideas -las del dominio personal del riesgo y la autoorganización- otorgan “*el necesario énfasis en el dato de que los deberes de garantía tienen que fundamentarse en última instancia en el ejercicio de la libertad o de la autonomía personal, lo cual permite ofrecer sólidas pautas democráticas de legitimación para la justificación de los deberes de garantía, desde el momento en que éstos se asientan en el valor de la autonomía personal y en el del valor igual de la autonomía de todas las personas*”⁹⁷⁸.

En la base de esta comprensión, se encuentra, entonces, la premisa esencial de que en un Estado democrático “*la asignación de deberes de garantía sólo puede entenderse como coste del disfrute previo de un ámbito de autonomía, como condición que garantiza para sí y para otras personas*”⁹⁷⁹. Así, todo individuo que participa en un determinado ámbito de actividad debe asumir y controlar ciertos riesgos no tolerados penalmente. Siendo de tal modo, si un sujeto desea participar en el ámbito empresarial-productivo y pone en marcha esa decisión dando forma al mecanismo necesario para ello, como contrapartida al ejercicio de tal libertad, debe asumir el control de los riesgos que la empresa “creada” por él generan⁹⁸⁰. Se afirma, entonces, un deber de garantía inicial u originario del empresario⁹⁸¹.

⁹⁷⁷ Como objeción, sostiene LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación”, en *Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 6, 2017 (julio), p. 231, que si Schünemann sostiene que el directivo de una empresa tiene el dominio personal sobre subordinados que cometen delitos, es porque en su concepción, “basta un dominio inicial sobre el origen o fundamento del resultado y no exige luego dominio del hecho durante la producción del delito; sin embargo, tal dominio del hecho sólo lo ejercen los sujetos que cometen activamente el delito (de apropiación indebida, fraude, fiscal, medioambiental etc.), a no ser que el directivo o el supervisor tenga también dominio del hecho como autor mediato por órdenes, presión, superioridad etc., pero no siendo así será sólo cooperador de los delitos realizados activamente por otras personas de la empresa.”

⁹⁷⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Protección penal del medio ambiente...”, p. 590.

⁹⁷⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 149.

⁹⁸⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “La responsabilidad Penal individual en los delitos de empresa”, en *Derecho Penal y económico de la Empresa*, (De la Mata Barranco/Dopico Gómez-Aller/ Lascuraín Vázquez/ Nieto Martín, Dirs.) Ed. Dykinson, Madrid 2018, p. 94, “existe una posición de garantía del titular de la empresa precisamente por su calidad de emprendedor: porque comienza una actividad productiva. Como esa actividad productiva supone riesgos para terceros, quien la inicia será garante de su control, sea por injerencia, sea por mantenimiento de fuentes de riesgo en su ámbito de dominio, en su círculo de organización”.

⁹⁸¹ GALLEGOS SOLER, “Criterios de imputación de la autoría...”, p. 74 considera que el “ejercicio de libertad que hace que alguien organice un conjunto de procedimientos peligrosos lo que permite afirmar la posición de garantía originaria del empresario.”

El fundamento de la posición de garante del empresario, debería buscarse en estas ideas básicas, pero los límites y la propia fuente de dicho deber, siguen siendo muy difusos, pudiendo sólo referirse entre sus extremos, “*los procesos de riesgo generados directamente por la propia actuación del directivo de la empresa*” [y] “*los procesos de riesgo que se derivan de objetos, procedimientos o personas que carecen de un margen de autonomía relevante en el seno de la empresa, y que pertenecen a la esfera de organización del órgano directivo*”⁹⁸³.

No es posible ir más allá en este punto por lo que, por ahora, sólo se agregará que el exacto contenido del deber de vigilancia que debe soportar el directivo no es una cuestión pacífica, pero, en general se acepta que, como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, debe situarse en un término medio, “*con el fin de evitar que, por exceso, la delegación se convierta en un mero dominio mediato (que anule la ventaja intrínseca de multiplicación de este método y que obstaculice la necesaria expansión de la actividad empresarial) o, por defecto, quede prácticamente eliminada la posición de garantía del delegante*”⁹⁸⁵. En este sentido, el deber de garantía quedará delimitado en razón del tipo de estructura empresarial y el ámbito en el que se desarrolla la misma, aceptándose que “*la entidad del riesgo concreto, las características personales y profesionales del vigilado -especialmente en el caso de los deberes residuales-, las condiciones de seguridad en las que se desarrolla la actividad y el «principio de confianza», son algunos de los elementos que pueden incidir en la concreción de los deberes de control y vigilancia*”⁹⁸⁶.

Las principales críticas que se hace a esta posición, provienen de aquellos autores que niegan –en mayor o menor medida- la posibilidad de sostener una equivalencia normativa entre acción y omisión impropia y que, en consecuencia, advierten en la misma un desapego a los principios de legalidad y de proporcionalidad. Respecto al primero, dice KAUFMANN que “*el delito de omisión impropia no realiza el tipo del delito comisivo, sino que, en cuanto tipo, injusto y culpabilidad, discurre por vías propias, no tipificadas legalmente*”⁹⁸⁷.

⁹⁸³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Protección penal del medio ambiente...”, p. 591.

⁹⁸⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN, “Protección penal del medio ambiente...”, p. 594.

⁹⁸⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, “*Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medio ambiental*. Ed. Atelier, Barcelona, 2008...”, p. 170.

⁹⁸⁷ KAUFMANN, ARMIN, *Dogmática de los delitos de omisión impropia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 287. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, “Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la Doctrina dominante)” en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001..., p. 439, afirma que “si las omisiones no están comprendidas en el tenor literal de los tipos de la Parte Especial, y si, por añadidura, el tipo de lo injusto realizado por una omisión es uno que no sólo no está escrito sino que es también estructural y materialmente diferente al tipo (escrito) de la acción, parece evidente concluir que toda pretensión de penar la comisión por omisión por los preceptos de la Parte Especial supone una grosera burla del principio de legalidad”. Por su parte, ETCHEBERRY, ALFREDO, “¿Hacia el fin de los delitos de comisión por omisión?”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, (García Valdés/Cuerda Riezu/Martínez Escamilla/Alcácer Guirao/Valle Mariscal de Gante, Coords.), T. II,

d) Toma de posición

Me parece oportuno desarrollar brevemente y de manera muy general, el fundamento de la autoría, porque se irá dando cuerpo a esta perspectiva general, en la medida que se avance en este apartado, y principalmente, cuando se desarrolle cuáles serían -a mi entender- los posibles autores individuales de un delito medioambiental en el ámbito de la empresa⁹⁸⁸.

En mi opinión, la línea dogmática que explica la posibilidad de atribuir responsabilidad a los directivos por la posición de garante –originaria o residual- que ocuparían en la empresa, pone algunos necesarios énfasis en las características y dinámica propia de estas complejas organizaciones. Considero un insoslayable mérito de estas perspectivas, el de cohesionar adecuadamente la libertad de autoorganización con el deber de controlar los riesgos de la organización generadora de los mismos, y, a su vez, con la necesidad de distribuir competencias.

Ésta, que considero su principal virtud, ha tendido a verse como su punto más débil, porque según sus detractores, aunque estas tesis logran fundar adecuadamente la existencia de una posición de garante o deber de vigilancia del directivo, no han sido capaces de superar el obstáculo esencial de las teorías de la omisión, cual es el de la difícil equiparación valorativa de la conducta de quien no controla que un determinado riesgo que se encuentra en su ámbito de competencias (por ejemplo, el director del departamento de gestión de residuos de la empresa) salga del límite de lo tolerado penalmente, con la de quienes conocían o debían conocer –por su deber de vigilancia- el descontrol de dicho riesgo.

Como he venido señalando, suscribo la perspectiva de quienes consideran que el concepto de autoría -para los delitos contra bienes jurídicos individuales y supraindividuales- encuentra su fundamento en la pertenencia del riesgo jurídico-penalmente relevante que se realiza en el resultado lesivo para el bien jurídico. En esta comprensión coincido con el punto de partida de FEIJÓO SÁNCHEZ –que se decanta por una teoría de la competencia (preferente)-, pues para el autor lo determinante no es el dominio

Ed. Edifoser, Madrid, 2008, p. 899 -en contra de la posición mayoritaria en Chile, que admite la comisión por omisión en ciertos casos-, afirma que “En ausencia de una tipicidad expresa [porque como señalaba, no existe en el ordenamiento jurídico-penal chileno una cláusula general similar a la del art. 11 CPE], la única posibilidad de sancionar una omisión es “asimilando su conducta a otra conducta comisiva ya tipificada y sancionada”, vale decir, “para admitir la creación artificial de estos delitos: es preciso recurrir a la analogía y violar el principio de legalidad”.

⁹⁸⁸ Véase *Infra*, Cap. V.2.3.4, pp. 287 ss.

de los procesos causales, sino lo que él denomina “*la incumbencia/ no incumbencia*” -para mí la pertenencia de un riesgo- de acuerdo con reglas normativas de imputación⁹⁸⁹.

Me decanto por esta posición, en primer término, porque en ella se gira en torno al concepto de “riesgo”, que a mi parecer, constituye el fundamento mismo del reproche penal, y que posee un particular sentido en el ámbito medioambiental, pues la actividad productivo-empresarial genera determinados riesgos objetivos que deben ser mantenidos en la frontera de lo permitido, siendo la superación de estos límites lo que legitimará la actuación del Derecho penal. Existe en ellos un importante margen de conductas riesgosas que el legislador tolera “*en la medida en que no excedan de un determinado índice de peligrosidad*”⁹⁹¹. Así las cosas, sólo será posible atribuir responsabilidad penal a un sujeto si éste, desde la perspectiva *ex ante*, tenía alguna relación con el concreto riesgo que se realizó en el resultado, y mediante la expresión “pertenencia” se especifica cuál es esa especial relación, porque, siempre siguiendo a MIR PUIG, sólo podrá afirmarse que a un sujeto debe imputársele un determinado riesgo como autor, si es posible atribuirle el mismo como suyo.

El concepto de “pertenencia” sirve de fundamento a la idea de competencia, pues puede estimarse que se encontraba dentro de las competencias de un individuo el control o la evitación de un determinado riesgo, sólo si puede sostenerse –analizada la estructura empresarial y las posibles delegaciones de funciones- que el mismo pertenecía a su ámbito de organización. Por último, con la puntualización de que es el concreto riesgo que se realiza en el resultado jurídico aquel respecto del cual deberán predicarse las condiciones anteriores, se apunta, otra vez, hacia la necesaria vinculación de la concreta lesividad de la conducta –la afectación del bien jurídico-penal tutelado- con el riesgo como fundamento último de la reprobación penal, a la vez que se elude cualquier similitud con perspectivas objetivistas, porque sólo podrá responder como autor quien haya tenido la competencia sobre el específico riesgo que afectó al bien jurídico en el caso concreto.

2.3.2 El tipo de empresa como presupuesto

Como afirma GALLEGO SOLER, para abordar de forma correcta la cuestión de la autoría, enfrentados a un delito concreto, “*es preciso conocer las peculiaridades que se*

⁹⁸⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Ed. B de F, Montevideo, 2009, pp. 37-38.

⁹⁹¹ GIMBERNAT ORDEIG, “Art. 11”, p. 428.

*derivan de la estructura típica y de la configuración organizativa de la empresa*⁹⁹². Ello es así porque, una vez establecida la relevancia penal de un riesgo -si éste se produjo con ocasión del funcionamiento de una organización empresarial-, para establecer en qué persona o personas recaía el dominio del mismo (y por ende, el deber de su control) será necesario conocer el diseño organizacional de la empresa, porque de ello dependerá, en principio, la específica distribución de competencias, que permitirá ir avanzando hasta determinar las -aún sólo eventuales- responsabilidades individuales.

En una nueva drástica simplificación puede afirmarse que -además de una estructura estrictamente jerárquica caracterizada por un empresario gestor que imparte directamente las instrucciones a todos sus subordinados-, en que “*con dicha competencia «omnipotente», el empresario atrae hacia sí la responsabilidad por los perjuicios que se deriven de las decisiones tomadas*⁹⁹³, son tres las estructuras básicas de empresa⁹⁹⁴: Las funcionales, las divisionales y las matriciales.

El modelo funcional potencia la especialización repartiendo el trabajo -las competencias- en unidades o departamentos (siendo básicos los de suministro, producción, ventas, y finanzas) que se ocupan del control de su específica función, manteniendo cada uno de ellos una relación directa con la dirección de la empresa, en quien se radica, por su parte, el deber de supervisión de los departamentos.

En el *modelo divisional*, en cambio, las actividades de la empresa se ordenan por grupos de productos, ámbitos de negocio, o incluso, áreas geográficas, y se diferencia de la estructura funcional, en que existen centros de poder con facultades para adoptar decisiones operativas sobre sus respectivos ámbitos -las divisiones-, sin perjuicio que las decisiones estratégicas se mantengan en la dirección de la empresa.

Por último, *el modelo matricial*, se caracteriza por asignar especialistas de diferentes departamentos funcionales para que trabajen en uno o más proyectos dirigidos por un gerente de proyecto. Esta estructura crea una doble cadena de mando, la del jefe de proyecto y la de la propia división⁹⁹⁵.

⁹⁹² GALLEGO SOLER, “Criterios de imputación de la autoría...”, p. 76.

⁹⁹³ MONTANER FERNÁNDEZ, “Gestión empresarial y atribución...”, p. 44.

⁹⁹⁴ Se recoge en este punto el esquema propuesto por GALLEGO SOLER, “Criterios de imputación de la autoría...”, pp. 76-80, describe también los principales órganos de gobierno de un modelo de administración como el español (pp.85-98).

⁹⁹⁵ Sobre el particular MONTANER FERNÁNDEZ, “Gestión empresarial y atribución...”, pp. 44-49, agrega que, una vez definida la estructura de la empresa, está en condiciones de plantear el funcionamiento interno de las

2.3.3 La delegación de funciones

Establecida la persona a la que materialmente correspondía la competencia sobre el control del riesgo concreto, si dicho individuo no ha delegado sus funciones, habremos establecido la esfera competencial en la que se generó (o incrementó) el riesgo, a quien, si es responsable subjetivamente, cuando menos podremos atribuir, provisoriamente, la calidad de autor del delito. La provisionalidad del título de autor viene dada porque, como se verá, en la propia asunción de la competencia sobre el riesgo en cuestión, deben haberse conjugado todos los presupuestos que hacen del mecanismo de la delegación de funciones una herramienta transformadora de ámbitos de competencia.

Por lo dicho, para determinar definitivamente las eventuales responsabilidades, habrá que revisar la procedencia y validez de todas las posibles *delegaciones de funciones* que se haya realizado, hasta encontrar al responsable originario (delegante) y a la persona que recibió el mandato (delegado), para establecer su preciso contenido, y determinar sus posibles efectos. Resulta necesario, entonces, revisar los presupuestos de validez y las consecuencias jurídico-penales que cabe atribuir a esta institución.

Como también este alambicado asunto justifica una investigación distinta, cuando menos, se intentará exponer lo necesario para seguir adelante con la misma. Lo primero que cabe señalar, es que la delegación de funciones constituye hoy un mecanismo que “*no sólo resulta perfectamente legítimo, sino que además posee una considerable importancia práctica para el debido funcionamiento de la empresa*”⁹⁹⁷. En virtud de ella, quien tiene asignada una determinada competencia –o, a quien pertenece un determinado riesgo- (delegante), la transfiere -a lo menos parcialmente- a otro sujeto para su acometimiento (delegado). Su principal efecto será, entonces, la modificación de las esferas competenciales de delegante y delegado, “*la generación en el delegado de una posición de garantía de la que emana un deber de garantía*”⁹⁹⁸, y en la consiguiente “*transformación del originario deber del delegante*”. De entrada, importará una modificación de las responsabilidades individuales de uno y otro, en cuanto mediante ella se transfieren (parcialmente) ámbitos de competencia (y de responsabilidad) penal⁹⁹⁹.

distintas unidades, esto es, su estructura operativa, dentro de las cuales se distinguiría la estructura mecanicista o burocrática, la orgánica y el modelo de contingencia.

⁹⁹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Protección penal del medio ambiente...”, p. 592.

⁹⁹⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión...*, p. 116.

⁹⁹⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, “Gestión empresarial y atribución...”, pp. 98-105, consigna las diferentes consecuencias de una delegación de funciones o competencias -en el sentido que aquí se utiliza-, y una

Este mecanismo, tiene su fundamento en el principio empresarial de la división del trabajo, pues la supervivencia de una organización empresarial se encuentra supeditada al adecuado reparto (horizontal y vertical) de las tareas –y de las consiguientes obligaciones de control- en varios sujetos o grupos que sólo operando conjuntamente pueden realizar las funciones y responsabilidades que el quehacer empresarial requiere. Así, la delegación constituye una *“necesidad práctica de un sistema organizado que requiere conocimientos y capacidades especiales que no pueden concurrir en una única persona física”*¹⁰⁰⁰, de manera que puede fundamentarse en la diligente gestión de un individuo, que reconociendo su falta de conocimientos en determinados ámbitos transfiere las competencias asociadas a él, a un especialista capacitado¹⁰⁰¹.

Los autores coinciden al indicar los presupuestos de validez de una delegación de funciones. El primero de ellos –la necesidad-, dice relación con la complejidad de la empresa pues, en principio, una organización pequeña (en la que las funciones pueden ser realizadas convenientemente por quienes las dirigen) no precisaría recurrir a esta institución, por lo que de hacerlo, debiese justificarlo en la especialización. El segundo de estos criterios –la adecuación-, se asienta en que *“si una persona autónoma opta por protegerse o por cumplir con un deber de garantía del que es titular a través de la delegación en otra persona autónoma de la correspondiente competencia o del deber en cuestión, habrá de proceder, como primera exigencia de operatividad de la misma, a una adecuada selección del delegado”*¹⁰⁰², debiendo éste, en todo caso, ser una persona idónea o cualificada para el cumplimiento de la función¹⁰⁰³. El tercer presupuesto de una delegación válida será la dotación de los medios necesarios para el correcto desempeño de la función que se delega. LASCURAÍN SÁNCHEZ, precisa el contenido de este último requisito afirmando que *“Dominio [poder de influencia material y de dirección personal] significa también información: el delegado debe recibir la formación e información necesarias para observar la función que*

delegación de la ejecución de una función, (que prefiere denominar encargo de la ejecución de una función), puesto que sólo la primera -si se cumplen ciertos parámetros- implicará la cesión de un determinado ámbito de competencia.

¹⁰⁰⁰ GALLEGO SOLER, “Criterios de imputación de la autoría...”, p. 102.

¹⁰⁰¹ Para MONTANER FERNÁNDEZ, “Gestión empresarial y atribución...”, p. 87, la atribución originaria de funciones no constituye una delegación de funciones, sino una asignación de ámbitos de competencia, que no permitirá, en definitiva, fundamentar algún deber de control del empresario sobre sus subordinados, porque dicha asignación forma parte del ámbito de competencia propio de gestión general de la empresa que le compete al empresario.

¹⁰⁰² LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de omisión...*, p. 121.

¹⁰⁰³ GALLEGO SOLER, “Criterios de imputación de la autoría...”, pp. 102-104.

de él se pretende y que se referirán a los procesos de riesgo que puedan surgir en el ámbito delegado y a los medios para su control”¹⁰⁰⁴.

Sólo el cumplimiento de estos presupuestos concederá a este mecanismo la verdadera cualidad de delegar competencia, porque cualquiera de ellos que se omita (o se cumpla imperfectamente) por el delegante o delegado, incidirá en las competencias que se pretenden transferir¹⁰⁰⁵. Ahora bien, como ya indicara, aun en un supuesto de delegación válida (dinámica), *“el delegante mantiene un reducto indelegable de deberes, [en tanto que] el sujeto que asume la delegación se convierte en el garante principal sobre el ámbito de competencia delegado*”¹⁰⁰⁶.

2.3.4 Algunos posibles autores y partícipes del delito medioambiental

Me parece conveniente empezar este apartado indicando que no se ha hecho referencia a la responsabilidad que podría atribuirse a los empleados subordinados de la empresa que ejecutan materialmente el hecho, porque en la concepción que aquí se adopta, la figura del último ejecutor objetivo-causal no cualificado (el que abre la compuerta que permite la salida de los vertidos de aguas residuales al cauce del río) es irrelevante. En efecto, aunque dicho sujeto actuara sin ser compelido o forzado de modo alguno, el riesgo penalmente desvalorado que generan los vertidos que él realiza- no se encuentra en el ámbito de su competencia. Aunque contribuye inequívocamente desde el prisma causal, el riesgo *discurre fuera de su propia esfera normativa (no física) de control*¹⁰⁰⁷. No es él la persona que está llamada a controlar ni tan siquiera a vigilar la evitación de ese riesgo, por lo que si en su actuar se limita a dar cumplimiento de las órdenes de su superior jerárquico -

¹⁰⁰⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión...*, p. 123.

¹⁰⁰⁵ MANTOVANI, FERRANDO, “La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal” (Peris Riera, trad.), en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 492, afirma, en el sentido seguido en el texto, que “la obligación surge en el momento del efectivo traslado de los poderes-deberes impeditivos, jurídicos y fácticos, que no coincide necesariamente ni con el momento de la perfección del contrato (por ejemplo, consensual), ni con la simple toma de contacto fáctica con el bien, como querrían respectivamente la concepción formal y la concepción sustancial-funcional”.

¹⁰⁰⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, RAQUEL, *Gestión empresarial y atribución...*, pp. 94-95. Siguiendo a Schünemann, la autora afirma que “el sujeto que se halla más cercano a la cosa tiene el dominio directo sobre ella y es, por tanto el garante primario. En cambio, los superiores, si bien son “cotitulares de la custodia, están obligados a la coordinación y al control” y esto constituye una posición de garantía de segundo nivel o secundaria”

¹⁰⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, en *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 22.

probablemente otro eslabón con escasa cualificación-, resulta muy difícil sostener que a ese sujeto pueda atribuírsele alguna responsabilidad penal¹⁰⁰⁸.

En mi opinión, ello es así, en parte, porque el principio de jerarquía y el de confianza -que operan en el ámbito empresarial- se presentan con mayor intensidad en los estamentos más bajos de la empresa, en donde individuos con escasa cualificación deben realizar (únicamente) las tareas que se les indica, sin poseer los conocimientos, el poder, las competencias para cuestionar la instrucción recibida. Su exención de responsabilidad puede explicarse, entonces, tanto desde su consideración como meros instrumentos del autor, o como aquí se hace, porque no puede atribuírsele el riesgo como suyo.

Creo, *contrario sensu*, que una relación de menos verticalidad como la que se presenta en empresas pequeñas podría justificar que se atribuyese al ejecutor subordinado alguna responsabilidad, pero no como autor, sino como partícipe (cómplice), en la medida en que conociera y consintiera el riesgo y tuviese la posibilidad de representar -con opciones de éxito- su oposición al jefe. A mi entender, en este caso, no existiría ya una mera ejecución de funciones, sino un ámbito de competencias del ejecutor más restringido, pero existente, derivado de la flexibilización del principio de jerarquía, que justifica la atribución de responsabilidad.

Establecido entonces el tipo de organización de que se trata -situada ya en el delito medioambiental base-, podrá determinarse (formalmente) a qué persona o grupo se encontraba atribuida la competencia de controlar el riesgo para el equilibrio de los sistemas naturales, que se produjo, por ejemplo, a causa de la realización de sucesivos vertidos de aguas residuales de la empresa en el cauce de un río. Naturalmente, la complejidad de esta operación será directamente proporcional a la complejidad de la organización misma, número de unidades o personas con competencias solapadas vertical y horizontalmente, el que a su vez estará determinado por la existencia y número de delegaciones de funciones internas y externas practicadas a partir del diseño originario.

Sin embargo, en mi opinión, con mayores o menores dificultades, siempre será posible definir a dicha persona dentro del organigrama de la empresa y, tras ello, deberá verificarse que a ésta corresponde una competencia material-funcional correlativa a la formalmente asignada, pues como afirma HERNÁNDEZ BASUALTO, “*para la determinación*

¹⁰⁰⁸ Aunque fundada en la autoría mediata de los administradores de la empresa, en la ya referida STS 327/2007 se valora de un modo similar las conductas de los operarios de máquinas de una empresa que producían ruidos. En el FJ primero se afirma que “Lo decisivo de la imputación típica no es el movimiento corporal del operador de los aparatos, sino la infracción de los deberes legales y reglamentarios que incumben al titular de una organización respecto de los bienes ajenos que puedan ser lesionados”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Protección penal del medio ambiente...”, p. 594, afirma que “se entiende que las conductas «ordinarias» enmarcadas en una relación laboral (que responden a un rol socialmente adecuado, sin excederse de los términos de ese rol), ajustada a la actividad empresarial, no pueden ser penalmente relevantes”. Aquí no se sostiene aquello, porque eso implicaría restar *a priori* relevancia penal a la conducta de individuos que pueden tener el riesgo típico en su esfera competencial. Sólo se afirma que ese último eslabón, sí será la mayor parte de las veces un mero instrumento.

de las esferas de competencia al interior de la empresa, la organización formal de la misma –su organigrama y descripción de cargos- constituye sin duda el punto obligado, pero no prejuzga definitivamente”¹⁰⁰⁹.

Responderá, entonces como autor, aquel (o aquellos) a quien le pertenece el riesgo, aunque delegue competencias, porque parte del deber de control le seguirá perteneciendo, al estar obligado a evitar que el delegado actúe ilícitamente y a supervisar su actuar. Se analizará la hipótesis más sencilla, de un encargado del control de riesgos ambientales, su jefe -que media entre él y los directivos-, y estos últimos. Se partirá de la premisa de que los directivos no han instruido al jefe del Departamento de Control de Riesgos Ambientales para que realice determinada operación, conociendo que ello probablemente implicaría el descontrol del riesgo ambiental, pues en tal caso, si el subordinado también conoce de aquel, en principio estaríamos en el ámbito de la co-autoría.

a) Responsabilidad del jefe del Departamento de Control de Riesgos Ambientales

Asentados los presupuestos de una delegación de funciones válida, podemos retomar el proceso de intentar determinar la responsabilidad que puede corresponderle al jefe de la unidad de medio ambiente de la empresa. Para ello, como indicaba, la primera cuestión será la de establecer si dentro de sus competencias materiales se encontraba la del control del riesgo concreto. Si ello es así, y como este individuo recibió esta específica competencia de su superior jerárquico (por ejemplo, el jefe de la unidad de producción), vale decir, es delegado de esta función, deberá escudriñarse en las características de la delegación de funciones entre ambos. Si la delegación se realizó válidamente, podremos afirmar que al jefe de la unidad de medio ambiente pertenecía (tenía la competencia) sobre el riesgo creado por el vertido continuo de aguas residuales de la empresa en el cauce del río. La unidad que él dirige estaba encargada de mantener el vertido de residuos dentro del límite del riesgo permitido, y si por razones que no son atribuibles a falta de medios ni de idoneidad técnica decidió autónomamente -porque, por ejemplo, aquello le significaría el pago de un bono especial- que la empresa operase superando los límites de vertido de aguas residuales, generando un riesgo no permitido que produjo un

¹⁰⁰⁹ HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, “Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa”, en *Derecho Penal económico*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012, p. 245.

resultado de contaminación que puso en peligro el equilibrio de los sistemas naturales, de él puede decirse que realizó los vertidos, o, lo que es igual, que es autor en comisión activa del delito medioambiental base¹⁰¹⁰.

Ahora bien, únicamente el análisis del concreto riesgo y de la estructura y funcionamiento de la empresa permitirá dilucidar si sólo él es responsable penalmente o si concurren otras responsabilidades.

Porque, si, modificando el ejemplo, el resultado lesivo se produjo a causa de un vertido de residuos sostenido durante más de un año, o, por un gran único vertido que tuvo su origen en un fallo acaecido mucho tiempo atrás, que no fue reparado oportunamente, cabría esperar que un correcto flujo de la información hubiese mantenido al corriente del (eventual) descontrol del riesgo a su superior jerárquico y a los propios directivos de la empresa, y por tanto, éstos podrían haber incumplido su deber de adoptar las medidas necesarias para su control. Si no estaban en conocimiento de la desestabilización del foco de peligro, cabría indagar si incumplieron su deber de supervisar al encargado de su control, o si, por ejemplo, el defecto de conocimiento se produjo por algún fallo de la propia organización de la empresa o por el silencio de algún eslabón de la cadena.

En definitiva, se tratará de determinar si algún otro sujeto incumplió competencias propias para el control del riesgo, deberes de supervisión y control del encargado directo de ello -el jefe de la unidad de medio ambiente-, o deberes de vigilancia sobre la gestión medioambiental de la empresa¹⁰¹¹. De allí que, a mi entender, sean tres las cuestiones que todavía resta zanjar: Si además de ese sujeto responsable, o más bien, si conjuntamente con él, puede atribuirse responsabilidad al superior jerárquico que tenía el deber de supervisarle; si es posible atribuir responsabilidad al directivo de la empresa por el riesgo no controlado

¹⁰¹⁰ En estos términos, como ya se afirmaba en el FJ 1º nº 3 de la citada STS 1828/2002, “normalmente será mucho más importante [que la conducta de los operarios] el papel de los que están situados jerárquicamente por encima (especialmente si se trata de quienes detentan el control efectivo de la empresa o, como en este caso, la jefatura en el proceso de producción). Se trata de que en este ámbito de relaciones jerarquizadas la conducta relevante será la de aquel que «es responsable del ámbito de organización por ser el legitimado para configurarlo con exclusión de otras personas»”.

¹⁰¹¹ Precisamente por eso, es que el tenor de la propuesta del inciso 2 del art. 11 del ACPC 2018, que define la omisión, me resulta inadecuado, porque al referirse a que omite quien tiene el deber de evitar el resultado, siempre que se encuentre obligado a ello, en razón “*de su deber de controlar una situación peligrosa*”, parece no estar dirigido a todo aquel que en virtud de su posición -y ámbito competencial- se encuentre en la obligación (y posibilidad) de evitarlo, sino exclusivamente, a quien tenía entre sus competencias el control del concreto evento generador del riesgo. De allí pudiera aducirse que necesariamente, en respeto del principio de legalidad, hasta él (jefe del departamento de control de riesgos o del departamento de medio ambiente) alcanza la responsabilidad penal, excluyendo siquiera el análisis de las eventuales responsabilidades que pudiere caberle a algún delegante.

por su encargado directo ni por su superior jerárquico; y, si se atribuye responsabilidad a alguno de los superiores jerárquicos, cuál habría de ser el título de la misma.

b) Responsabilidad del superior jerárquico (jefe de producción)

Como antes se dijo, para responder a la pregunta de si conjuntamente con el jefe de la unidad de medio ambiente puede atribuirse responsabilidad a su superior jerárquico –que aquí llamamos jefe de producción–, y en su caso con qué fundamento, debe recurrirse nuevamente a la referida figura de la delegación de funciones¹⁰¹². De nuevo, si en la delegación se cumplieron cabalmente los presupuestos en que se funda su validez “*delegación libre, asunción libre, selección adecuada y dotación de dominio*”¹⁰¹³, el delegante retendrá a lo sumo competencias secundarias de supervisión. De lo contrario, podrá atribuírsele responsabilidad directa por la falta de control del riesgo.

La razón de ello es que la delegación de funciones tiene como uno de sus límites el principio de confianza, pues aunque se considere que en tanto el deber originario pertenecía al delegante, y éste al menos debe supervisar el cumplimiento del deber delegado, debe admitirse, también, un cierto grado de autonomía (y de responsabilidad) que permita realmente al delegante eximirse del control directo sobre el riesgo en cuestión. Este último debe poder confiar en que tras la selección de un delegado idóneo, la aceptación libre por parte de éste de las competencias transferidas, y la permanente dotación de los medios necesarios para el cumplimiento de la función delegada, el delegado cumplirá cabalmente la misión encomendada.

En mi opinión, este principio constituye también el fundamento del principal deber –además de la específica función encargada y de la dotación de medios– que afecta a delegante y delegado, el deber de hacer fluir de uno a otro toda la información referida al encargo. En efecto, así como una asunción libre de la competencia delegada pasa por la entrega al delegado de todos los conocimientos que sean necesarios respecto al riesgo que

¹⁰¹² Esta herramienta será decisiva también para determinar si al subordinado del jefe del departamento ambiental -a quien, por ejemplo, se le había asignado específicamente el manejo de los vertidos de aguas residuales de la empresa-, debe atribuirse responsabilidad, por lo que, aunque aluda sólo a la relación jefe de producción-jefe de medio ambiente, en la delegación de funciones entre este último y el encargado de residuos (y en todas las delegaciones de funciones que hayan podido existir) serán aplicables los mismos presupuestos y consecuencias.

¹⁰¹³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión...*, pp. 120-121, enfatiza que “*la génesis de este deber de garantía requiere esencialmente el ejercicio coordinado de dos esferas de autonomía: un delegante libre y un asumente libre que por la razón que fuere, tienen a bien el organizar así sus vidas*”.

en concreto se pretende transferir, de modo que este último -que posee los conocimientos y medios necesarios para controlarlo- pueda adoptar las decisiones técnicas apropiadas para ello, el adecuado control de un riesgo válidamente delegado impone, a su turno al delegado la obligación de trasladar al delegante toda la información relacionada con la competencia asumida, esto es, tanto aquella directamente relacionada con el estricto cumplimiento del concreto deber, como la información técnica relevante que pueda entenderse relacionada con el mismo (por ejemplo, la obsolescencia de un procedimiento o técnica, la variación de condiciones externas, el descubrimiento de una alternativa científica-técnica, la variación de la normativa aplicable). Sólo de este modo, el superior jerárquico puede adoptar las decisiones que a él le competan, y a su vez, comunicar las mismas a su propio superior jerárquico. La información -en tanto fuente del conocimiento del riesgo y de eventual responsabilidad omisiva- debe fluir de uno a otro para que las esferas competenciales retengan su contenido original, pues, a mi juicio, quien no comunica información relevante para el control del riesgo, atrae hacia sí la responsabilidad.

En este sentido, si el jefe de riesgos medioambientales obró por intereses personales, toda la responsabilidad es atraída hacia él. Si por el contrario, éste sólo siguió órdenes o procedimientos dispuestos por sus superiores, la responsabilidad originaria debiera buscarse más arriba en la cadena de mando.

Aunque concuerdo con FEIJÓO SÁNCHEZ en que *“debido a la descentralización de las grandes empresas y a la creciente diferenciación funcional en función de su complejidad ni siquiera es posible hablar en muchos casos de una concentración de la información en algún nivel de la empresa”*¹⁰¹⁴, aquí no se trata de la acumulación de toda la información en un nivel, sino de su adecuado flujo respecto al específico riesgo cuyo control se ha transferido. Si la información es retenida por el delegante, no se transfiere competencia alguna al delegado, y, por contra, si este último no informa oportuna e íntegramente al delegante de las dificultades o derechamente fallos que se produzcan en el cumplimiento del deber asumido, ninguna responsabilidad (salvo, eventualmente, una imprudente falta de supervisión) será atribuible al delegante.

Por lo expuesto, a mi entender, la respuesta a la pregunta inicial de si es posible atribuir al jefe de producción (delegante) responsabilidad en calidad de autor en comisión por omisión por un específico riesgo jurídico-penalmente relevante cuyo control estaba

¹⁰¹⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión...*, p. 193.

radicado en el jefe de la unidad de medio ambiente, debiera responderse entonces, que si la delegación de funciones había sido realizada de manera adecuada, vale decir, entregando al delegado los recursos para el cumplimiento del mandato y la información relevante para ello, la respuesta debiese ser que no, salvo que el jefe de producción omitiese una adecuada supervisión del delegado.

El fundamento de este deber de vigilancia se genera en la denominada posición de garante secundaria o residual, que está constituida por el conjunto de responsabilidades que, a pesar de la delegación, el delegante retiene -en todo caso- para sí, y que, además de los deberes intransferibles por ley, estará conformado por el “*deber de control y supervisión que se concreta y se limita mediante la "rendición de cuentas": Si el delegado engaña sobre la información que suministra, la responsabilidad del delegante se acaba*¹⁰¹⁵”. En mi opinión, la medida o intensidad de ese deber de vigilancia, tendrá que ser proporcional a la peligrosidad objetiva *ex ante* del riesgo cuyo control se transfiere, sin que pueda llegar a igualarse al control directo del riesgo, vaciando de contenido la delegación.

c) Responsabilidad de la cúpula empresarial

En este ámbito, la primera cuestión a dilucidar será la de si es posible atribuir responsabilidad al empresario o directivo de la empresa¹⁰¹⁶, por riesgos no controlados por el jefe de la unidad de medio ambiente ni por el jefe de la unidad de producción y, en caso afirmativo, bajo qué supuestos.

Este tema merece un trato diferenciado del precedente, porque quienes afirman la existencia de una posición de garantía del empresario o de los órganos de dirección empresarial por los *outputs* lesivos de la empresa, no la fundamentan en la existencia de delegaciones de funciones en cadena, sino, en la posición de garante basada en el deber de vigilancia sobre una fuente de peligro que correspondería al empresario en su calidad de tal. El fundamento de este deber ha sido explicado por dos grandes vías: “*Una de ellas remite al comportamiento anterior, bien por razón del actuar precedente*¹⁰¹⁷, *del comportamiento*

¹⁰¹⁵ GALLEGO SOLER, “Criterios de imputación de la autoría...”, p. 109.

¹⁰¹⁶ Como antes se advirtió, en este apartado, se utilizan los conceptos de directivo y empresario para aludir a aquel que tiene a su cargo la toma de decisiones estratégicas dentro de la empresa.

¹⁰¹⁷ Como pone de manifiesto DEMETRIO CRESPO, “Sobre la posición de garante...”, p. 71, la discusión relevante respecto al actuar precedente como fundamento de la posición de garante es si un actuar precedente no antijurídico (permitido) puede fundar la misma. El autor se decanta por estimar que “*la conformidad o disconformidad a derecho del actuar precedente peligroso no es determinante para la atribución de una posición de garantía en el sentido de que la primera variante no excluye dicha posibilidad*”.

previo permitido que incrementa el riesgo¹⁰¹⁸, o de la desestabilización de un foco de peligro preexistente¹⁰¹⁹. Otras teorías buscan el apoyo teórico directamente en la responsabilidad sobre fuentes de peligro propias de la empresa, en la competencia organizativa¹⁰²⁰ o en el dominio sobre la fuente de peligro¹⁰²¹.

Aunque con matices, estas teorías descansan sobre la premisa de que la posición de garante del empresario surgiría “*como contrapartida de la libertad fundamental de que goza para organizarla del modo en que mejor se ajuste a su propio interés*”¹⁰²² y, por ello, con independencia de cuántas y qué personas lo distancien del riesgo realizado -o, en otros términos, de las sucesivas delegaciones realizadas-, mantendrá competencias sobre el riesgo que le son propias e indelegables (totalmente), y que se expresan en dos obligaciones: El deber de control y el de vigilancia.

a. El deber originario de control

Creo que es correcto asignar al empresario el deber originario de controlar los riesgos que para el equilibrio de los sistemas naturales puedan emanar del funcionamiento de la

¹⁰¹⁸ En esta línea, ARROYO ZAPATERO, LUIS, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, Madrid, 1981, p. 157, -en relación a la seguridad en el trabajo- afirma que “hay pues en la ingerencia de riesgo permitido una exigencia de antijuricidad, de infracción del deber, pero referida a la conducta posterior y no a la acción precedente”. Para el autor la posición de garante del empresario respecto a dicho bien jurídico surge aun si se adoptaron las medidas de seguridad al momento de apertura de la empresa, pues “lo que está prohibido y es contrario al deber es elevar el riesgo o autorizar su elevación a través de una conducta contraria al deber objetivo de cuidado”.

¹⁰¹⁹ Es GIMBERNAT ORDEIG, “Art. 11”, p. 439, quien desarrolla esta perspectiva. Para el autor existirá equivalencia (des)valorativa entre acción y omisión, sólo “cuando la inactividad del encargado de una fuente de peligro causante del resultado típica tenga como consecuencia (normativa) la transformación de esa fuente de permitida en ilícita, o la no reconducción a los niveles jurídicamente tolerados cuando dicho foco (por la acción de un tercero o por una causa material) los hubiera desbordado”.

¹⁰²⁰ Asume esta línea, a partir de la tesis de Jakobs, FARALDO CABANA, PATRICIA, “Problemas de atribución de responsabilidad penal derivados de la estructura jerárquica de la empresa”, en *Estudios de Derecho Ambiental, Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut* (Quinteros Olivares/ Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 510, pues considera que no hay inconveniente para aceptar los deberes en virtud de competencia por organización y los deberes en virtud de competencia institucional. En una línea similar, FEIJÓO SÁNCHEZ, “Autoría y participación...”, p. 206, considera que las características de las organizaciones empresariales actuales requieren de una dogmática centrada en las competencias individuales, para el autor, “Cuanto más compleja es la empresa, más importantes son los deberes organizativos generales, pero también es cierto que ello debe tener como consecuencia que los niveles superiores de la empresa sólo responden si no han cumplido con dichos deberes generales de organización. La idea de dominio sobre todo lo que pase en la empresa debe verse sustituida por la idea de competencia: cada nivel de la empresa detenta competencias diferentes que generan fundamentos distintos de la responsabilidad penal”.

¹⁰²¹ DEMETRIO CRESPO, “Sobre la posición de garante...”, p. 76.

¹⁰²² PEÑARANDA RAMOS, “Autoría y participación...”, p. 182. Ello porque -como explica el autor, este deber “no se extingue el núcleo esencial del deber primario y originario que consiste en garantizar la observancia del cuidado necesario para evitar en la medida de lo posible y exigible que del círculo de organización de la empresa se deriven daños para terceros.... El contenido más elemental de ese deber consiste en la prohibición de hacer algo que resulte injustificadamente perjudicial para los demás (*neminem laedere*). Pero igualmente elemental es el deber que consiste en el mandato de hacer lo que sea necesario y adecuado para evitar las consecuencias nocivas que amenacen a terceras personas desde nuestro propio ámbito de organización”.

empresa, pues si los mismos generan resultados lesivos, éstos son estadísticamente previsibles y evitables (pues de otro modo no se permitiría esa concreta actividad empresarial)¹⁰²³ y, por ello, debe exigírsele la adopción de todas las medidas de cuidado necesarias para el adecuado control de los riesgos para el medio ambiente que provengan del proceso productivo de la empresa.

Ésta es la única forma en que puede conciliarse la libertad de empresa con la protección (o mejor, no destrucción) del medio ambiente, porque, a mi juicio, la existencia y extensión de este deber del empresario no sólo se funda en el principio de *nemine laedere*, sino en que el riesgo medioambiental posee como elemento diferenciador de otros riesgos jurídico-penales generados en el ámbito empresarial, que es inherente al desarrollo productivo de ciertas empresas, y tolerado por el Derecho penal en la medida en que sea mantenido en los ámbitos de lo permitido. El riesgo medioambiental nace con la puesta en marcha del proceso productivo de la empresa.

En efecto, en este ámbito puede asociarse objetivamente *ex ante* la actividad de una empresa (o cuando menos, un tipo de empresas) con un foco de peligro para el bien jurídico, y sin embargo, se autoriza a ciertas personas para que activen dicho foco. Siendo así, creo que -como contrapartida-, existe un deber primario del empresario o directivo de adoptar todas las medidas necesarias para evitar la desestabilización del foco de peligro, pues sólo bajo ese supuesto, el ordenamiento jurídico autorizó su puesta marcha¹⁰²⁴. Este deber le obliga, en primer término, a identificar la existencia, características y extensión de este conocido riesgo medioambiental, en segundo, a la adopción de todas las medidas necesarias para gestionar adecuadamente su control. Estas obligaciones forman parte de la gestión operativa medioambiental, y pueden ser delegadas mediante una correcta asignación de funciones.

En el ámbito de la seguridad de los trabajadores esta cuestión resulta particularmente prístina¹⁰²⁵. HORTAL IBARRA, por ejemplo, afirma que “*en contrapartida a la atribución al empresario de la facultad de combinar los diferentes factores productivos (capital y*

¹⁰²³ GALLEGO SOLER, “Criterios de imputación de la autoría...”, p. 74.

¹⁰²⁴ Evidentemente, ello en el supuesto de una Administración que realice prolijamente su trabajo, esto es, inspirada siempre en el desarrollo sostenible -o mejor aún- en el equilibrio sustentable de los sistemas naturales. Si ello no fuera de ese modo, tendríamos que necesariamente volver, sobre la aptitud legitimadora de una autorización administrativa ilícita.

¹⁰²⁵ El art. 316 CPE establece “*Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*”.

*trabajo) con el objeto de obtener el máximo beneficio, los poderes públicos le imponen una serie de deberes dirigidos a proteger determinados intereses especialmente valorados por el conjunto de la sociedad*¹⁰²⁶. En similares términos, ARROYO ZAPATERO, sostiene que *“la permisión del riesgo se condiciona a la aplicación de ese especial cuidado dirigido a mantener el riesgo en su nivel mínimo inevitable para la obtención del bien socialmente necesario, de tal forma que la acción peligrosa es permitida solamente cuando es una acción emprendida realizada cuidadosamente*¹⁰²⁷.

En suma, a mi juicio, los directivos, administradores o empresarios de una empresa que en el propio quehacer de su objeto social puedan generar riesgos para el equilibrio medioambiental, tendrán indudablemente dentro del ámbito de su competencia, la obligación genérica originaria de procurar la instalación y correcta gestión de los mecanismos que permitan controlar los riesgos que para el equilibrio de los sistemas naturales que emanen del funcionamiento de la empresa, pues si los mismos generan riesgos, es deber de la cúpula empresarial mantener aquellos riesgos bajo control.

b. El deber de supervisión

Junto con el citado deber de control de un riesgo derivado del ámbito de su competencia propiamente individual en la gestión operativa de la empresa, los directivos de la empresa están gravados también con un deber de cuidado general -de gestión estratégica-, que les impone el deber de adoptar todas las medidas necesarias para supervisar que el engranaje empresarial no presente fisuras que permitan generar en alguno de los eslabones la creación o descontrol de riesgo. Para ello, principalmente, deberá verificar la existencia de un correcto flujo de información, que permita que desde los trabajadores ubicados en la base de la pirámide, hasta la cúpula, éstos ejecuten sus deberes propios, a fin de no generar -o descontrolar- los riesgos asociados al funcionamiento de la empresa.

En esta parte, coincido también con FEIJÓO SÁNCHEZ en que *“en las organizaciones más complejas los sujetos que ocupan posiciones superiores tienen que preocuparse básicamente de paliar los defectos de comunicación y coordinación que lleva aparejada toda división de funciones dentro de una organización*¹⁰²⁹.

El contenido de este deber se circunscribiría entonces al deber de pedir cuenta a quienes se encuentren encargados de su gestión -con cierta periodicidad- de toda la información necesaria para precaver y solucionar los detonantes de las fuentes

¹⁰²⁶ HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad...*, p. 159.

¹⁰²⁷ ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad...*, p. 40.

¹⁰²⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, “Autoría y participación...”, p. 206.

desestabilizadoras de riesgos ecológicos no permitidos¹⁰³⁰, porque “*para eximirse de responsabilidad no es posible alegar sin más “ignorancia” de lo que ocurría en la empresa, sino sólo una ignorancia no reprochable, esto es, aquella que se produce a pesar del estricto cumplimiento de los deberes propios de garante*”¹⁰³¹. Por ello, aunque se hubiera confiado el dominio de los riesgos para el medio ambiente que pueda generar la empresa a una persona, unidad o incluso a un tercero, dotándolo de los conocimientos y de los medios para cumplir tal función, la dirección de la empresa no puede desentenderse absolutamente de los mismos, porque en cuanto núcleo último de decisión, le es exigible mantenerse informado de la gestión concreta del riesgo (supervisando a quien la tenga entre sus competencias), para de ser necesario, estabilizar el foco de peligro. Los programas de cumplimiento, y la práctica de ecoauditorías¹⁰³², serán indicio del cumplimiento de este deber.

d) Los partícipes

Si ya resulta suficientemente complejo definir las eventuales responsabilidades de cada contribuyente en el riesgo, mayor dificultad tendrá el determinar el título de imputación que pueda asignarse a cada uno. Las soluciones dependerán de las posiciones dogmáticas adoptadas en la materia, y son variadas, por lo que aquí sólo se dirá, continuando con la línea de análisis seguido hasta ahora, que para quienes sigan la perspectiva que distingue entre garantes de protección y de control, por regla general, a los primeros les corresponderá responsabilidad como autores, en tanto que a los segundos como partícipes. Por otro lado, desde una perspectiva propia del tipo de comisión, será autor aquel

¹⁰³⁰ Un convincente fundamento de este deber de vigilancia es aportado por FRISCH, WOLFGANG, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad del a empresa y de la división del trabajo” (Paredes Castañón, trad.), en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (Mir Puig/Luzón Peña, Coords.), Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 113. El autor señala: “Quien de este modo, ejerce con pretensiones de duración el poder de organización [por ejemplo, mediante la construcción de unas instalaciones estables, la designación estable de personas, o la distribución estable de funciones dentro de una organización], puede hacerlo únicamente bajo la condición de que con ello se hace especialmente responsable de que del ejercicio de estas relaciones no se deriven peligros para los bienes jurídicos de terceros”.

¹⁰³¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, “Apuntes sobre la responsabilidad...”, p. 248.

¹⁰³² Para conocer sobre la eventual responsabilidad de los ecoauditores que asesoran de manera incorrecta al empresario, véase MONTANER FERNÁNDEZ, RAQUEL, “La posible responsabilidad penal del auditor ambiental”, *InDret*. En *Revista para el análisis del derecho*, 2/2012, concluye, en la p. 23, que, en la gran mayoría de casos, la responsabilidad del ecoauditor (en el diagnóstico generalmente previo de los posibles fallos o carencias que podrían devenir en situaciones de riesgo ambiental, no tiene la envergadura de la del auditado -a quien pertenece el riesgo-, por lo que la imputación más apropiada para el primero sería la de partícipe, pues el efecto de la información que transmite el auditor no puede compararse al efecto de liberación de una autorización.

que cree o incremente el riesgo, y participe el que favorezca la creación o incremento de un riesgo ajeno¹⁰³³.

Personalmente me decanto por una perspectiva material, en virtud de la cual será autor únicamente aquel del que se pueda predicar que el riesgo le pertenece, y participe aquellos otros que, ostentando una particular relación con dicho riesgo, (encontrándose al menos parte de éste dentro de su competencia), omiten algún deber de control o vigilancia sobre él.

La casuística en la materia es vastísima, por lo que no podrá ser abordada en este marco¹⁰³⁴. Sobre el particular sólo señalaré para concluir, que como indicara, los directivos poseen la competencia originaria sobre el riesgo medioambiental, de la que no pueden desprenderse totalmente ni siquiera mediante una delegación válida, porque permanecerá en su esfera competencial un deber de vigilancia sobre aquellos riesgos que genera la empresa que dirigen. Esta carga -voluntariamente asumida- no puede ser delegada, aunque sí puede serlo el control del riesgo medioambiental, en cuyo caso -si se ha transferido a un delegado competente-, si éste no ejecuta fielmente el encargo, y se desencadena un riesgo no permitido, los directivos podrían tener responsabilidad sólo en la medida en que hubieran omitido el deber de supervisión, porque ello sería equiparable a la facilitación del resultado, y en tal medida, permitiría fundar su participación omisiva¹⁰³⁷. Si a pesar de desempeñar cabalmente su deber de vigilancia, el delegado oculta la creación o incremento del riesgo, nada podría reprochárseles penalmente.

¹⁰³³ RODRÍGUEZ MESA, MARÍA JOSÉ, *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 182-183.

¹⁰³⁴ GALLEGU SOLER, “Criterios de imputación de la autoría...”, pp. 112-116, realiza un acertado resumen sobre las posibles combinaciones. Resulta particularmente discutido la responsabilidad atribuible al delegado (idóneo y con los medios para cumplir su mandato) que informa al delegante sobre la generación de un riesgo mediante el quehacer empresarial en la forma en la que se está realizando, y el delegante no la modifica. Sobre el particular, MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución*, p. 180, afirma que “sobre la base de la relevancia del ámbito de competencia que mantiene el delegante tras la delegación, su contribución al hecho delictivo a través de la infracción del deber de control [su falta de colaboración ante el requerimiento de medios] es de menor intensidad que la del delegado”.

¹⁰³⁷ En estos términos FARALDO CABANA, “Problemas de atribución...”, p. 520. En la misma línea, siguiendo la tesis de Gimbernat Ordeig, PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, “Complicidad omisiva de garantes en delitos comisivos”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat T. II* (García Valdés/Cuerda Riezu/Martínez Escamilla/Alcácer Guirao/Valle Mariscal de Gante, Coords), , Ed. Edifoser, Madrid, 2008, p. 1540, afirma que “la admisión de la participación omisiva en delitos de comisión pasa por la necesidad de que el tipo penal admita la construcción omisiva, el omitente infrinja un deber especial y exista una estricta equiparación entre el comportamiento activo de participe y el pasivo respecto al resultado consistente en no controlar o restablecer el foco de peligro que genera el resultado. Para admitir la participación por omisión del garante se exige la demostración de que el foco de peligro no controlado es la causa del resultado y que la omisión sólo facilitó lo que de todas formas se hubiera producido”.

2.3.5. La Jurisprudencia

Resulta incuestionable que -incluso si no se encubre intencionadamente el conocimiento- las características de las organizaciones empresariales harán difícil acreditar este conocimiento, pero ello debe servir, a mi juicio, como fundamento para orientar la investigación hacia los flujos de información y no para justificar la atribución de responsabilidad por una mera presunción de conocimiento en razón del cargo. Sin embargo, la escasa fundamentación de las sentencias sobre el punto parece dar cuenta de una marcada propensión en esta última dirección¹⁰³⁸.

Así, por ejemplo, en la referida STS 1828/2002, se sancionó como autores de un delito del art. 325 CPE en comisión por omisión, tanto al jefe de producción como a tres directivos del Consejo de Administración (dos presidentes y un secretario, a quienes se les había confiado sucesivamente las facultades correspondientes al Consejo).

Para ello, se aseveró (FJ 4º), por toda fundamentación, que “*el carácter contaminante de la actividad desarrollada por la empresa Puzol era, tal y como declara la sentencia de instancia, forzosamente conocido para quienes con carácter profesional y desde el 3 de junio de 1993 formaban parte del Consejo de Administración de la empresa. Así, el señor S. G. declaró en el acto del juicio oral que «en ese proceso me consta que se utilizan productos»; el señor N. A. manifestó que «no conocía el volumen de residuos tóxicos que generaba la empresa en los años en que fui presidente»; y el señor D. S. manifestó que «los gastos que supone la gestión del residuo entra dentro del capítulo de gastos, Puzol Industrial es una empresa que en gastos de mantenimiento se mueve a un nivel de 75,80 millones de pesetas (...) que no sabe qué cantidad de dinero se dedicaba a la gestión de residuos»*”.

Como se aprecia, no se hace más que presumir el conocimiento de los directivos, que aunque era presumible -entre otros extremos probados, porque la empresa se dedicaba a la fabricación de calentadores de gas y en su proceso productivo empleaba un compuesto tóxico, la actividad contaminante se desarrolló por ocho años, y ante un requerimiento la empresa comunicó al ayuntamiento la inexistente adquisición de una depuradora-, por lo que debiese haberse fundamentado su participación como autores de modo adecuado, o haberse establecido por qué ninguna responsabilidad le correspondió a la Administración.

Para finalizar este apartado analizaré La STS 600/2009¹⁰³⁹, porque trata un supuesto cuyo análisis me permite sintetizar las posiciones hasta aquí adoptadas.

¹⁰³⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, “Sobre la imputación de omisiones...”, pp. 531-532, afirma, en este sentido, que el problema probatorio “ha determinado una peligrosa solución jurisprudencial condenatoria basada, por mucho que se quiera matizar, en una presunción: “como el sujeto ocupa una posición de control tuvo que haber conocido el acto o situación ilícita», lo que nos sitúa en una incómoda posición frente al principio de presunción de inocencia”.

¹⁰³⁹ De 5 de junio, pnte. Joaquín Delgado García.

Los hechos probados en el fallo -en lo que aquí interesa-, pueden resumirse del modo que sigue. En 1997 la Agencia Catalana del Agua (ACA) inició la construcción de una estación depuradora de aguas residuales (EDAR) para el poblado de Vacarisses, que estaría destinada al tratamiento biológico de las aguas residuales urbanas del pueblo (3.300 habitantes) antes de ser vertidas al torrente de Sant Jaume. Construida la depuradora, la ACA, conservaba *la titularidad y las facultades de gestión, inspección y control de aquella* (HP 2°)

La ACA contrató para su explotación (iniciada en febrero de 1998) a la empresa ABENSUR, ejerciendo la misma tal función hasta diciembre de 1999, cuando fue contratada en su reemplazo la empresa UTECOPCISA, cuyo gerente era el acusado ALVARO, quien contrató a ANDREA como jefa de Planta y responsable máxima de la gestión concreta y explotación de la depuradora. El contrato entre esta última empresa y la ACA fue firmado el 29 de diciembre de 1999, y la EDAR operó bajo su gestión entre 01 de enero de 2000 y el 25 de junio de 2001.

Desde el inicio de la explotación por parte de la empresa UTE-COPCISA el caudal recibido en la EDAR era manifiestamente superior al previsto en el proyecto de construcción” (HP 3°), porque existía una conexión de aguas residuales industriales del Polígono Can Torrella que recogía las aguas de alrededor de 50 empresas. Esta conexión fue autorizada por el alcalde de Vacarisses –EUSEBIO- en el año 1995 (cuando había instaladas sólo cuatro empresas en el citado polígono). A la fecha del conocimiento de los hechos (2000) la conexión elevaba el caudal diario de entrada en la EDAR hasta unos 1.200 metros cúbicos diarios (un 80% eran aguas residuales industriales procedentes del Polígono y que no podían depurar), “lo que determinaba que las aguas que se recibían se vertieran sin depuración alguna al cauce del torrente de Sant Jaume, acrecentando el volumen del vertido la existencia de un aliviadero que abocaba al torrente el exceso de agua residual, de componente mayoritariamente industrial, sin ni siquiera darle entrada en la planta depuradora”.

Una vez puesta en funcionamiento la EDAR, EUSEBIO, consciente de la problemática derivada de la conexión, no efectuó desde la Alcaldía actuación alguna tendente a poner fin a la situación. Tampoco los acusados ALVARO y ANDREA, responsables de la concreta gestión y explotación de la Estación Depuradora y que poseían pleno conocimiento desde el inicio de la explotación de la recepción en la planta de un caudal de agua que por su volumen y composición no se podía tratar adecuadamente no adoptaron medida concreta alguna tendente a evitarlo, limitándose la acusada, en su calidad de jefe de Planta, a efectuar comunicaciones puntuales a la Agencia Catalana de l'Aigua concretament los días 12/1/2000, 7/2/2000, 14/2/2000, 25/5/2000, dos del 15/6/2000 y 19/6/2000. Tales comunicaciones llegaron a conocimiento personal del acusado DIONISIO, mayor de edad y sin antecedentes penales, por entonces jefe del Departamento de Recursos y Explotación de la Agencia, departamento encargado del control y supervisión técnica de los contratos administrativos de explotación”. Los vertidos incontrolados produjeron la contaminación constatada del torrente Sant Jaume, y la puesta en peligro del equilibrio del sistema natural.

Para empezar el análisis es preciso dejar enunciado que, en mi opinión, en el fallo no se acierta cuando se define la conducta generadora del riesgo, porque aunque es verdad que existía una planta depuradora de aguas residuales de la cual emanaban las aguas que

contenían las sustancias que terminaron por contaminar el torrente San Jaume y perjudicar el equilibrio de su sistema natural, lo cierto, es que se tuvo por acreditado que este ineficiente funcionamiento no se debió a un fallo en la explotación de la planta depuradora sino a que, aun cuando la planta fue construida “*con un sistema de tratamiento depurativo biológico (consistente en tamización y decantación de sólidos, aireación y filtrado biológico) exclusivamente proyectado para aguas residuales urbanas*”, de aguas que recibía, sólo un 20 % correspondía a este tipo de aguas, pues el restante 80% eran provenientes de una conexión al sistema de alcantarillado de las aguas residuales de un polígono industrial ubicado en la localidad.

La conducta generadora del riesgo estuvo entonces constituida, principalmente, por la autorización de dicha conexión, o por la omisión de su retirada cuando el número de empresas que vertían sus residuos aumentó (se dice que pasó de 4 a 50). La persona que tenía –cuando menos originariamente- en su dominio dicho riesgo era EUSEBIO, el alcalde de la localidad, que como se decía en la acusación “*ordenó de forma absolutamente ilegal e improcedente la conexión de las aguas residuales industriales del polígono a la EDAR Vacarisses*”, y que luego, según se dijo en la SAP de Barcelona, “*una vez puesto en funcionamiento la EDAR y consciente de la problemática derivada de la conexión, no efectuó desde la alcaldía actuación alguna tendente a poner fin a la situación*”. Paradójicamente, fue la falta de congruencia entre la acusación y la sentencia la que determinó su absolución.

Por otro lado, a mi juicio, la conducta de ANDREA -la jefa de planta-, ÁLVARO -gerente de la empresa encargada de la explotación de la depuradora, y EDUARDO -Jefe del departamento de recursos y explotación de la ACA, que también fueron finalmente absueltos, aunque no puede ser calificada de autoría, estuvo lejos de ser penalmente irrelevante, porque, con todo, conociendo del riesgo concreto generado por la conducta omisiva o comisiva del Alcalde, coadyuvaron –como se verá, activa y omisivamente- en la lesión del equilibrio del ecosistema.

En efecto, la empresa que tenía a su cargo la explotación de la planta depuradora, y consiguientemente la correcta depuración de las aguas que pasaban por ella era UCOPICSA, y según se consigna en la sentencia, tanto Paula como Arturo, eran “*responsables de la concreta gestión y explotación de la Estación Depuradora*”. Esta era la función que la ACA les delegó contractualmente, y según se afirma en el fallo, ambos conocían desde el primer momento que por la excesiva cantidad de aguas residuales no urbanas que recibía la planta

(un 300% por sobre su límite), éstas no podrían ser depuradas satisfactoriamente. Nos encontramos entonces con unos delegados que asumieron materialmente las funciones que les fueron delegadas conociendo de la inidoneidad de recursos (la incapacidad estructural de la planta) que se les entregaba para ello.

En mi opinión, aunque la delegación de funciones entre la ACA y UCOPISA no genera un traslado del núcleo de la competencia sobre el riesgo (que se mantendría en ACA por no haber dotado a los delegados de los recursos necesarios para el cumplimiento de la función), estos últimos son facilitadores de su realización, porque asumieron libremente la función delegada sabiendo que con esta imperfecta delegación se agravaría el riesgo que finalmente se realizó en el resultado. Esta aceptación (motivada presumiblemente por el importe que cobrarían por la explotación de la planta) del control de un riesgo que sabían no podrían controlar, merece reproche penal, aunque con la acción adecuada no hubieran podido evitar el resultado, pues lo que se desvalora es haberse puesto en posición de control a sabiendas que ello no era posible, vale decir, cooperando (a mi juicio, no necesariamente) con la producción del resultado lesivo.

Es cierto que en los hechos probados se consigna que transcurridos 20 días desde el inicio de la explotación, Andrea informó al delegante de las dificultades para el cumplimiento de las funciones asumidas, pero esta comunicación no genera, en mi opinión, la consecuencia de eximirle de responsabilidad, sino que, a lo sumo, confirma que el control directo del funcionamiento correcto de la planta le correspondía a la ACA.

El TS, por el contrario, determinó que a Álvaro y Andrea, lo único que les era exigible *“como gerente y jefe de planta respectivamente: [era] poner en conocimiento de la entidad titular de la estación depuradora (ACA) en repetidas ocasiones las deficiencias de esta, en cuanto que, por la cantidad de agua residual que entraba (muy superior a la prevista en el contrato) y por la clase de impurezas que esta contenía (procedencia industrial en un 80%), no era posible con las instalaciones y materiales con que contaba esa EDAR realizar una depuración adecuada”* Se omite indicar en este razonamiento que se tuvo por acreditado en el fallo de instancia que ambos conocían cabalmente estas circunstancias desde el inicio mismo de su gestión, esto es, podían anticiparse a su imposibilidad de cumplimiento.

Por otra parte, a pesar que se tuvo por acreditado que la ACA era la entidad encargada de la depuración de las aguas del poblado de Vacarisses, que dentro del Plan de

Saneamiento de Aguas Residuales de Cataluña aprobado por el Gobierno de la Generalitat dicha agencia dispuso la construcción de la EDAR para ese poblado, y que la misma contrató sucesivamente a dos empresas para la explotación de la planta, “*conservando la titularidad y las facultades de gestión, inspección y control de aquella*”, no se sanciona por la SAP a persona alguna de esta Agencia.

En mi opinión, en cambio, se encontraba suficientemente acreditado que el dominio originario de este riesgo le correspondía a la ACA, pues dentro de sus competencias se encontraba la correcta gestión de las aguas residuales de la localidad, y como se dijo, la delegación intentada en UTECOPCISA no surtió efecto respecto a su esfera competencial, pues nunca fueron entregados los medios necesarios para el cabal cumplimiento de la función (la estructura cuya explotación se encomendaba era incapaz de asumir la cantidad de aguas residuales que hasta ella llegaban). Se encontraba acreditado, además, que Eduardo, en su calidad de Jefe de Recursos y Explotación de la empresa era el “*encargado del control y supervisión técnica de los contratos administrativos de explotación*”, que estuvo en conocimiento del riesgo porque “*le informaban de los vertidos los técnicos del departamento*”, y además porque en la acusación se indicaba que cuando se realizó la conexión de las aguas residuales del polígono al alcantarillado por el Alcalde, ello se realizó “*con perfecto conocimiento y consentimiento tácito del entonces máximo responsable del Departamento de recursos y Explotación de la ACA*”.

Por último, el propio acusado declaró durante el plenario que “*informaba de la existencia de estos vertidos a (...) la gerencia de la empresa que le dijo que había que desconectarlo*”, de lo que puede inferirse que era él la persona competente para adoptar las medidas del caso, pues de otro modo no hubiese sido instruido en dicho sentido por la cúpula de la empresa. Él era, entonces, no sólo quien debía supervisar la gestión de otros, sino directamente, la persona competente para controlar el riesgo que de ella pudiera derivarse, conocía cabalmente el riesgo, extremos que en mi opinión, también resultaban suficientes para fundar su responsabilidad, cuando menos como partícipe (cooperador necesario) del delito.

2.4. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Para finalizar este apartado, haré una obligada, pero breve referencia al tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica, instaurada, con la entrada en vigencia de la LO

5/2010¹⁰⁴¹, que introdujo al CPE el art. 31 bis, y que luego fue modificado mediante la LO 1/2015¹⁰⁴². Se hará especial referencia al modelo español porque el ACPCH 2018 no contempla los delitos contra el medio ambiente entre los que pueden ser cometidos por personas jurídicas.

Es necesario partir de velando, que en mi opinión, y aunque parece un hecho que la responsabilidad penal de las personas jurídicas llegó para quedarse¹⁰⁴³, como sostiene parte

¹⁰⁴¹ «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

¹⁰⁴² Que modificó el art. 31 bis, y dedicó desde el nuevo 31 bis al art. 31 quinquies a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por su parte, el texto actual del art. 328 establece que “a los delitos medioambientales cometidos por personas jurídicas (cap. III), se le impondrá como penas:

“a) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad. b) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

¹⁰⁴³ En Chile mediante la ley 20.393, de 2 de diciembre de 2009 sobre La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica se impuso la responsabilidad penal de las personas jurídicas para ciertos delitos: lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho; y luego, en sucesivas modificaciones, se incorporaron al catálogo infracciones de la Ley General de Pesca y Acuicultura, la receptación, la apropiación

de la dogmática, sea cual fuere la denominación que se les asigne -y a pesar de que sus sanciones estén consagradas en el CP-, las personas jurídicas no son sujetos jurídico-penalmente responsables -ciudadanos-, pues como afirma GÓMEZ MARTIN, “*No obstante, que el legislador haya decidido que las sociedades puedan ser castigadas con pena no significa, sin embargo, que las personas jurídicas puedan cometer delitos, o que el sentido en que la ley emplea el término «pena» para las personas jurídicas coincida con el sentido que la pena tiene como consecuencia jurídica del comportamiento de una persona física*”¹⁰⁴⁴.

1045

A mi entender, “*la capacidad de organización de la persona jurídica; la tipicidad objetiva por el «defecto de organización*”¹⁰⁵³; *la tipicidad subjetiva por el conocimiento organizativo del riesgo empresarial; y, por fin, la culpabilidad por una determinada cultura empresarial de infidelidad al derecho*”¹⁰⁵⁴ no son más que intentos loables (en el sentido del

indebida de especies, entre las más importantes. Por su parte, el ACPCH 2018 en el art. 186 establece por cuáles delitos podrán ser responsables las personas jurídicas, entre los que no se incluye a los delitos contra el medio ambiente.

¹⁰⁴⁴ GÓMEZ MARTIN, VICTOR, “Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?”, en *Prisión y alternativas en el nuevo código penal tras la reforma 2015* (Lando Gorostiza, Dir.; Ortubay Fuentes/Garo Carrera, Coords.), Ed. Dykinson, 2017, p. 248.

¹⁰⁴⁵ Personalmente creo que aquella posibilidad aparece negada desde el comienzo porque una pena, sólo puede fundamentarse en términos de MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General...*, p. 529, en la infracción personal de una norma de determinación por un sujeto penalmente responsable. Según GRACIA MARTIN, LUIS, “Sobre las inconcebibles naturalezas y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas”, en *LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^o Terradillos Basoco*, (De la Cuesta Aguado/Ruiz Rodríguez/Acale Sánchez/ Hava García/Rodríguez Mesa/ González Agudelo/ Meini Méndez/Ríos Corbacho, Coords), Ed. Tirant lo Blanch, 2018, en www.tirantonline.com, TOL 6.932.366, p. 13, “un hecho subsumible en el concepto categorial de injusto personal, es decir, uno constituido por la realización personal u omisión de una acción contrarias a una norma de determinación (de conducta) dirigida al sujeto a quien deberá aplicarse la pena o sanción.

¹⁰⁵³ Considero inadecuado sostener que el defecto de organización de la empresa (aunque fuera considerado como una obra propia de una entidad autónoma) equivaler a la generación de un riesgo jurídico penalmente relevante para el Derecho Penal, como presupuesto del tipo objetivo -como hacen algunos autores ubicados en la otra vereda-, porque ello supone afirmar que dicha falla organizativa en sí misma puede considerarse desde la perspectiva *ex ante* como una conducta apta para producir una afectación del bien jurídico, o sea -por ejemplo, en el caso del delito medioambiental-, no sería ya anticipar un juicio a partir de la probabilidad estadística de producción concreta del resultado desvalorado, sino derechamente, pretender predecir el futuro yendo aun más atrás, para aseverar que ese defecto de organización hará que este ser autónomo -empresa- probablemente incurra en una conducta que pueda ser idónea para poner en peligro el bien jurídico. En cuanto a la faz subjetiva, sólo puede agregarse que como antes se dijo, en esta investigación se entiende el dolo como el conocimiento sobre la probabilidad de lesión para el bien jurídico (del concreto riesgo), y la imprudencia como la previsibilidad del conocimiento de este último. Ambos conceptos presuponen primero la existencia del riesgo concreto, el que aquí ha sido descartado.

¹⁰⁵⁴ GÓMEZ MARTIN, “Penas para personas jurídicas...”, p. 255. En efecto, la culpabilidad, entendida como la infracción personal de una norma de determinación, que se sustenta necesariamente sobre los presupuestos de la existencia de un sujeto capaz de decidir si ejecuta o no el hecho típico (capacidad personal de evitarlo), y esencialmente, con capacidad de motivarse por la norma, es decir, de reconocer en su eventual comportamiento un contenido antijurídico, la primera como presupuesto de la imputabilidad, y la segunda de la exigibilidad; naturalmente, se excluye a la persona jurídica, que carece de estas capacidades, porque en la corporación, las decisiones las toman realmente determinados individuos, directivos o representantes, pues la

debate dogmático) por encontrar alguna fórmula que permita conciliar lo que no es conciliable, la responsabilidad penal de las personas Jurídicas con las categorías y los principios del Derecho Penal¹⁰⁵⁵.

Creo que desde la perspectiva político criminal, tampoco había razón para dar cabida a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque es esperable que ella desincentive la investigación para hallar a las personas responsables de determinado hecho, si siempre es posible castigar a la persona jurídica. En consecuencia, las investigaciones, que hasta ahora ya eran deficientes, lo serán aún más porque estarán derechamente destinadas a probar el defecto de organización y no a identificar al (o a los) eventuales responsables.

Por otro lado, siempre será difícil acreditar la responsabilidad de los Directivos, de las grandes sociedades, porque precisamente a efectos de eximir a la empresa de responsabilidad o de constituir una atenuante en su favor, dichos directivos o

persona jurídica no tiene libertad de decidir, posibilidad de evitar o de ejecutar, porque carece del atributo necesario para ello, cual es, la posibilidad de determinación por la norma.

¹⁰⁵⁵ En una apretada síntesis, diremos que en España hay quienes sostienen una perspectiva similar a la que aquí se prefiere. Entre ellos, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal...*, pp. 145 y 206, considera que no hace falta recurrir al concepto de culpabilidad, ni de personalidad, porque ya en sede de acción, es imposible equiparar al ser humano con una persona jurídica, porque para que exista un delito éste debe tener como base fáctica una acción, entendida como “manifestación externa activa o pasiva -o sea movimiento o inmovilidad- de una voluntad derivada de la situación de consciencia del aparato espiritual de un individuo concreto y estas características no se dan en las operaciones acuerdos o resoluciones de personas jurídicas Y es que no puede darse, porque estas últimas no son acciones en sentido penal, al Derecho Penal no le puede interesar la decisión adoptada por una persona jurídica, que evidentemente, nunca podrá dejar de ser más que la reunión de voluntades de personas físicas. No hay acción de la persona jurídica, porque, como muy claramente indica GÓMEZ MARTIN, VICTOR, “Falsa alarma: *societas delinquere non potest*, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, (Ontiveros Alonso, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, en www.tirantonline.com, TOL 4.059.987, p. 7, “la exigencia de que la acción constituya un comportamiento humano voluntario y externo ya debe derivarse necesariamente de la función del derecho penal, el cual sólo puede y al cual sólo le es lícito prohibir dicha clase de conductas. Esto es, los comportamientos humanos voluntarios y externos. Negada la existencia de capacidad de acción jurídico-penalmente relevante a la persona jurídica, decaen el resto de elementos de la definición de delito (...)”. De modo afín, GRACIA MARTIN, “Sobre las inconcebibles naturalezas...”, p.10, a propósito de la condición de pena que se pretende asignar a las consecuencias previstas para conductas cometidas por personas en el seno de personas jurídicas señala que el “supuesto de hecho de una sanción sólo puede ser uno constituido por la realización u omisión de una acción de modo antijurídico y culpable personalmente por un individuo determinado que, por eso, en su caso, deberá responder soportando la sanción él mismo, y ya por esta razón debe negarse de plano el carácter de sanción a toda consecuencia cuyo fundamento y medida sea un supuesto de hecho del que estén ausentes una acción y una culpabilidad personales del sujeto a quien se aplica y tiene que soportarla”.

En sentido opuesto, MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General...*, p. 648, sostiene que la acción de la persona jurídica y la de la persona física son diferenciables, porque la responsabilidad de la persona jurídica “se mantiene incluso aunque las personas físicas no resulten condenadas (art. 31 ter,2 CP); asimismo, la actuación de la persona jurídica se valora -como veremos- en el caso de la falta de control”. Los autores fundan la responsabilidad de la persona jurídica en el supuesto del art. 31.1, en la *responsabilidad por representación*, y en el del art. 31.2 en el *defecto por organización*.

administradores habrán adoptado “*modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*”, como refiere al art 31 bis 2.1ª; (2ª) *habrán confiado la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; o sus abogados (4.ª) acreditarán que no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de Dirección.*

A ello debemos sumar que las penas que los jueces preceptivamente deben imponer a las personas jurídicas son las de multa, y las que se impongan en virtud del art. 325.1, serán las de la letra b) del art. 328, esto es, *multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada; y para las conductas del art. 325.2, las de la letra a), a saber, y de multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada.*

Luego, al tenor de lo previsto en el inciso final del art. 328, “Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”. Sin embargo, las “penas” recogidas aquellas disposiciones, muy probablemente no serán impuestas con regularidad, ni menos a grandes empresas, porque como señala en el art. 66 bis b), al momento de imponer la pena el juez debe tener en cuenta “*sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores*”, circunstancias que necesariamente serán proporcionales al tamaño de la empresa.

Por ello, probablemente, las “penas” de disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, la prohibición de continuar realizando el giro social, e intervención judicial serán muy poco empleadas -especialmente respecto de grandes empresas-, por lo que la investigación se dirigirá hacia la responsabilidad empresarial menor, y logrará probarse usualmente en ese tipo de empresas, porque en las de mayor capital habrán implementado programas de cumplimiento, y en todo caso adoptarán las medidas para evitar que el delito pueda producirse en el futuro y, en caso de establecerse, las penas serán de multas, que finalmente, serán cargadas a los costes de producción y pagadas por los consumidores. En suma, no habrá ninguna especial motivación para los directivos ni empresarios (salvo los que asuman directamente la gestión de la empresa) en controlar los

riesgos medioambientales, porque ni serán tratados como “delincuentes”, ni sus bolsillos se verán afectados por la imposición de la pena de multa.

Esta tan interesante materia desborda con creces los objetivos de este trabajo, máxime, si hasta la fecha, como se ha expuesto, no existe en España unanimidad doctrinal¹⁰⁵⁶ ni jurisprudencial¹⁰⁵⁷ sobre la naturaleza jurídica que debe atribuirse a la “responsabilidad de las personas jurídicas”, por lo que sólo realizaré un breve mínimo acercamiento a las más importantes teorías que intentan -fallidamente, a mi entender- explicarla.

Sólo se dirá que las principales vertientes teóricas para fundar la responsabilidad penal de la persona jurídica han sido dos. Por una parte, aquellas según las cuales se trata de un supuesto de heterorresponsabilidad o responsabilidad vicarial, porque el injusto debe seguir atribuyéndose a la persona física, como única capaz de cometer el delito, y por otra, las que respaldan que la persona jurídica es capaz de ser responder penalmente.

La tesis de la responsabilidad vicarial es abiertamente minoritaria en España, pero algún autor, como ZUGALDÍA ESPINAR, explica que la persona física realiza la vertiente objetiva del tipo penal, en tanto que la persona jurídica puede ser responsabilizada recurriendo a criterios normativos de imputación del hecho de referencia¹⁰⁶³.

¹⁰⁵⁶ GÓMEZ MARTIN, “Penas para personas jurídicas...”, p. 248, entrega una interpretación plausible cuando afirma que el principio *societas delinquere nec puniri potest*, puede dividirse en los sub-principios *societas delinquere non potest* y *societas puniri non potest*, y a su juicio, la LO 5/2010 derogó, en cierto modo, el segundo, pero mantuvo en pie, en cambio, el primero.

¹⁰⁵⁷ Así, por ejemplo, en la STS 154/2016, de 29 de febrero, pnte. José Manuel Maza Martín, citando la STS 514/2015, se señala que “ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.” (FJ 8º.4,a). Ahora bien, aunque en la STS 668/2017, de 11 de octubre, pnte. Manuel Marchena Gómez, reproduce la frase, agrega que “La responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado se han perfilado como presupuestos *sine qua non* para proclamar la autoría penal de una persona jurídica. Así lo afirmábamos en la STS 154/2016, 29 de febrero: «... La responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado se han perfilado como presupuestos *sine qua non* para proclamar la autoría penal de una persona jurídica. (...) El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización». Añadíamos que la responsabilidad de los entes colectivos aparece, por tanto, ligada a lo que la sentencia denomina “... la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura *organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos*”. No obstante aquello, a renglón seguido agregan: “La Sala es consciente de que la opción jurisprudencial por un sistema de autorresponsabilidad no es ajena a las críticas dogmáticas de quienes entienden que la idea de empresa como una organización *autopoiética que se administra y organiza a sí misma, conduce a una irreparable invasión del espacio que ha de reservarse a la psique del individuo como presupuesto de cualquier idea de culpabilidad*”. Se dice primero que el TS no está dispuesto a renunciar a los principios del Derecho Penal, pero luego se incorporan ciertos supuestos elementos fácticos y normativos, que apuntan hacia la consideración de la persona jurídica como un ente penalmente responsable, con características diferenciables a las de las personas físicas, pero al que cabe aplicar las categorías propias del Derecho Penal.

¹⁰⁶³ ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 143-145. GÓMEZ MARTIN, “Penas para personas jurídicas...”, p. 248, aporta una interpretación plausible cuando afirma que el principio *societas delinquere nec puniri potest*, puede dividirse en los sub-principios *societas delinquere non potest* y *societas puniri non potest*, y a su juicio, la LO 5/2010 derogó, en cierto modo, el segundo, pero mantuvo en pie, en cambio, el primero.

En el otro lado de la vereda, encontramos autores que prescinden totalmente del “hecho de referencia” de la persona física. Así por ejemplo, HEINE afirma que sólo podrá entenderse concurrente la responsabilidad penal (propia) de la empresa cuando exista “*un defectuoso management de riesgos (...) además de una realización del peligro típicamente empresarial*”¹⁰⁶⁹. En España GÓMEZ-JARA DÍEZ, a partir de la concepción del Derecho, el ser humano y la empresa como sistemas autopoyéticos¹⁰⁷⁰, va conformando las diversas categorías de la teoría jurídica del delito de la persona jurídica en base a equivalentes funcionales entre la teoría jurídica del delito de las personas físicas y la teoría jurídica del delito de las personas jurídicas, en virtud de los cuales, la capacidad de organización de la persona jurídica es equivalente funcional de la capacidad de acción de la persona física, el defecto de organización de la persona jurídica de la tipicidad objetiva en la persona física, y el de una determinada cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad el equivalente de la culpabilidad de la persona física¹⁰⁷¹.

Considero lamentable –aunque paradigmático– que, a partir de una desprolija labor legislativa deba necesariamente forzarse la norma (en un sentido u otro) para arribar a alguna interpretación que no violente todos los principios del Derecho penal. De momento, pareciera que puede y debe cerrarse camino a una responsabilidad penal objetiva de la empresa mientras se intenta construir una dogmática que permita conciliar eficacia con garantías. En todo caso, no considero posible para ello, utilizar meros sucedáneos de cada una de las categorías del delito, y así afirmar la autorresponsabilidad de la empresa, porque ello, con los nombres que quiera otorgársele, infringe los principios básicos del Derecho penal¹⁰⁷².

A mi juicio, la responsabilidad administrativa sigue calzando mucho mejor con la responsabilidad de las personas jurídicas, máxime, si como he señalado a lo largo de este trabajo, las normas administrativas no pueden estar vacías de contenido material, por lo que el “injusto” propio de la persona jurídica sería la contradicción con aquel contenido. La

¹⁰⁶⁹ HEINE, GÜNTER, “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originarias de la empresa”, (Gómez-Jara Díez, Trad.), en *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas*, (Gómez-Jara Díez, Ed.), Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 50. Y es que para el autor, “en el marco de una responsabilidad empresarial originaria se renuncia a constatar que se ha producido un comportamiento defectuoso de un empleado en concreto de la empresa”.

¹⁰⁷⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, (Jorge Barreiro, Coord.), Ed. Civitas, Madrid, 2005, p. 429, que eso sí, presentan diferentes modos de reproducción autopoyética.

¹⁰⁷¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 38-43.

¹⁰⁷² El TS no ha optado derechamente por una posición, como se lee en la STS 154/2016, de 29 de febrero, pnte: José Manuel Maza Martín, en referencia a la STS 514/2015, de 2 de septiembre de 2015, donde se indica que, “Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.”

responsabilidad empresarial administrativa debiera conducir a la asignación de más deberes corporativos, propios de la reprochabilidad de esa rama del derecho, cuya infracción habilitase al legislador administrativo -aquí sí estatal o cuando menos autonómico-, a imponer sanciones que aunque hoy se encuentren contempladas en el CP, no pueden estimarse penas, porque el sujeto empresarial y la conducta corporativa pueden ser disvaliosas para el ámbito administrativo, pero no para el penal.

VII. LA SITUACIÓN AMBIENTAL EN CHILE. LA URGENCIA DE UNA RESPUESTA PENAL Y LAS SUCESIVAS PROPUESTAS PRELEGISLATIVAS

En Chile, en la actualidad, y más precisamente desde 2010, existe una institucionalidad ambiental, en cuyo contexto corresponde a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), fiscalizar y sancionar el incumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental, lo que indudablemente constituye un avance sustancial respecto de la situación previa a su puesta en marcha.

En efecto, como antes se dijese, en Chile, mediante la ley 20.147 del año 2010, se complementó la Ley General de Bases del Medio ambiente (LGBMA), generándose una institucionalidad -añadiéndose una serie de conceptos, procedimientos, e instituciones-, e instaurándose un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), al que deben someterse la mayor parte de las actividades que potencialmente pueden afectar al medio ambiente¹⁰⁷⁶ (definido desde una concepción tutelar de la calidad de vida). En virtud de éste, las actividades que puedan traer consigo mayores externalidades negativas para el medio ambiente, deben someterse a un Estudio de Impacto Ambiental¹⁰⁷⁷, mientras que las de menor incidencia, deben entregar una Declaración de Impacto Ambiental¹⁰⁷⁸, que serán evaluados por una Comisión (integrada por representantes del ejecutivo en la región donde se pretenda emplazar el proyecto -Intendente-, y por representantes regionales de los ministerios de Medio Ambiente, Salud, Economía Fomento y Reconstrucción, Energía, Obras Públicas,

¹⁰⁷⁶ Que la LBMA, en su art. 2.II), define como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.

¹⁰⁷⁷ Definido en el art. 2.i) de la LBMA como “Documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos”.

¹⁰⁷⁸ Definido en el art. 2.f) de la LBMA como “El documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes”

Agricultura, Vivienda y Urbanismo, Transportes y Telecomunicaciones, Minería, y de Planificación, además de Director Regional del SEIA), que tras recibir informes de las autoridades locales, informes técnicos, opiniones de la comunidad, dictarán la pertinente Resolución de Calificación Ambiental, que de ser favorable, “certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, incluyendo los eventuales trabajos de mitigación y restauración, no pudiendo ningún organismo del Estado negar las autorizaciones ambientales pertinentes¹⁰⁷⁹.” En dicho documento “se establecerá, cuando corresponda, las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad y aquéllas bajo las cuales se otorgarán los permisos que de acuerdo con la legislación deben emitir los organismos del Estado¹⁰⁸⁰”.

Además, se estableció que sería la SMA -según lo establecido en el art. 2 de la ley 20.147-, la encargada de “ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”

Aunque efectivamente ha existido un avance respecto del modesto e insuficiente modelo de protección administrativa ambiental existente con anterioridad, lo cierto es que, a mi juicio, la nueva institucionalidad se encuentra muy lejos de ser una herramienta completa y eficaz para proteger nuestros maltratados recursos naturales, por lo que resultaría importante mejorarla, y complementariamente, implementar una adecuada normativa penal que permitiese disuadir, especialmente a los responsables de grandes empresas, de realizar comportamientos atentatorios contra el medio ambiente.

Las insuficiencias de nuestra institucionalidad ambiental quedaron de manifiesto en un inédito y reciente fallo de la Corte Suprema¹⁰⁸¹, que acogió recursos de protección de garantías fundamentales¹⁰⁸² dirigidos entre otros en contra de varias empresas ubicadas en la zona de Quintero y Puchuncaví, y contra de órganos de la administración del Estado como el Ministerio del Medio Ambiente, la SMA, el Ministerio de Salud, la Secretaría Regional

¹⁰⁷⁹ Art. 24 LBMA

¹⁰⁸⁰ Art. 25 LBMA

¹⁰⁸¹ SCS 5888-2019, de 28 de mayo de 2019, redactor (Ponente): Jorge Dahm.

¹⁰⁸² Establecido en el artículo 20 de la CCH, que dispone “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

Ministerial de Salud de Valparaíso, la Oficina Nacional de Emergencia del Ministerio del Interior (ONEMI)¹⁰⁸³.

Tras despejar cuestiones procesales, la Corte falló en favor de los recurrentes aseverando que todos los órganos estatales recurridos habían omitido ilegalmente *sus deberes, (...) a la vez que han vulnerado los derechos invocados por los actores y que se encuentran garantizados en los números 1 [El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona], 8 [El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación], y 9 [El derecho a la protección de la salud] de la Constitución Política de la República*” (FJ 32°)¹⁰⁸⁷. Decidido aquello, el Tribunal ordenó a las autoridades administrativas realizar estudios que permitiesen identificar cabalmente las sustancias contaminantes, y tras ello, adoptar todas las medidas tendientes a impedir o disminuir su liberación¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸³ En los recursos se denunciaba (FJ 1) que “el día 21 de agosto [de 2018] numerosos habitantes de las comunas de Quintero y Puchuncaví se vieron afectados por náuseas, vómitos, mareos e, incluso, desvanecimientos después de inhalar gases que producían un olor nauseabundo. Los recurrentes añaden que, como consecuencia de la exposición a tales contaminantes, un número importante de vecinos de esas localidades debió ser atendido en los centros de salud locales, a lo que agregaron que la Autoridad Sanitaria detectó la presencia en el ambiente de la bahía de compuestos tales como dióxido de azufre, metilcloroformo, nitrobenzeno y tolueno, que califican de altamente dañinos para la salud. Indican que los hechos descritos se repitieron el día 23 de agosto. Se reprocha a las empresas ubicadas en el sector “la generación de los gases y compuestos químicos que habrían provocado la emergencia” y a los organismos de la administración, en general, “el incumplimiento de sus deberes en esta materia, sea por no adoptar medidas de prevención, sea por no ejercer sus deberes de control, de sistematización de la información pertinente, de fiscalización y de represión de conductas ilícitas conferidas por el ordenamiento jurídico.

¹⁰⁸⁷ En la sentencia se dieron por establecidos los siguientes hechos: “A.- El día 21 de agosto numerosos habitantes de las comunas de Quintero y Puchuncaví se vieron afectados por náuseas, vómitos, mareos e, incluso, desvanecimientos, después de inhalar gases que producían un olor nauseabundo, un número importante de los cuales debió ser atendido en los centros de salud locales

B.- Los hechos referidos se repitieron en los mismos términos el día 23 de agosto.

C.- El indicado día 23 de agosto la Intendencia Regional decretó “Alerta Amarilla” en las comunas mencionadas, como consecuencia de un “incidente por material peligroso”.

D.- En la comuna de Quintero se registraron, una vez acaecidos tales hechos, 301 atenciones médicas debidas a “intoxicaciones” de diversa complejidad, mientras que en la de Puchuncaví 31 personas fueron atendidas por estas mismas circunstancias en los centros de salud de la comuna entre los días 23 y 24 de agosto.

E.- El 4 de septiembre del mismo año 59 alumnos de diversos establecimientos educacionales de la comuna de Quintero presentaron diversas molestias de salud, a la vez que durante el día se registró un aumento del 46% en las atenciones de urgencia dispensadas en el Hospital de Quintero, respecto de personas que presentaban síntomas tales como náuseas, mareos, cefaleas, parestesias y debilidad muscular, padecimientos asociados a la intoxicación por una sustancia desconocida, en un patrón similar al verificado en los sucesos de los días 21 y 23 de agosto.

F.- Ese mismo día 4 de septiembre la Intendencia Regional decretó “Alerta Amarilla” en las comunas de Quintero y Puchuncaví, como consecuencia de un “incidente por material peligroso”.

G.- La Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso informó que entre los días 21 de agosto y 9 de octubre, ambos de 2018, fueron atendidas en relación a estos hechos un total de 1.329 personas, que requirieron 1.711 consultas sanitarias, de las cuales 16 se tradujeron en hospitalizaciones.

H.- Con ocasión del primer episodio descrito las autoridades habrían detectado la presencia en el ambiente de la bahía de compuestos tales como dióxido de azufre, metilcloroformo, nitrobenzeno y tolueno, calificados de dañinos para la salud, pese a lo cual no existe certeza en torno a la exacta naturaleza, carácter y cantidad de los gases, compuestos o elementos que causaron ese primer evento ni los dos posteriores”. (FJ 40°).

¹⁰⁸⁸ En la sentencia se dice: que las autoridades “deberán adoptar las medidas dispuestas en esta sentencia, consistentes en que:

a) La autoridad sectorial deberá efectuar, a la brevedad, los estudios pertinentes para establecer, de manera cierta y debidamente fundada, cuál es el método más idóneo y adecuado para identificar, como para determinar la naturaleza y características precisas de los gases, elementos o compuestos producidos por todas y cada una de las fuentes presentes en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví.

-
- b) Una vez evacuado el estudio aludido, la autoridad administrativa deberá disponer en breve plazo lo pertinente para implementar las acciones que se desprendan de dicho informe, en el que se habrá debido evaluar la procedencia de instalar filtros o dispositivos que permitan identificar y medir esos compuestos o elementos directamente en la fuente, como puede ser en las chimeneas utilizadas en los procesos industriales.
- c) El Ejecutivo dispondrá lo adecuado para que las medidas que surjan del informe aludido estén cabalmente implementadas y, además, en disposición de comenzar a operar, en el término máximo de un año, contado desde el día en que esta sentencia se encuentre firme.
- d) Una vez ejecutadas las acciones sugeridas en ese estudio, esto es, recopilada la información idónea y pertinente, las autoridades sectoriales deberán realizar las actuaciones apropiadas para determinar, a la brevedad y con precisión, la identidad de todos y cada uno de los elementos o compuestos dañinos para la salud y para el medio ambiente generados por las distintas fuentes existentes en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, y para establecer con detalles cuáles son sus características, fuentes y efectos en la salud de la población y en los distintos elementos que componen el medio ambiente, sea que se trate del aire, del agua o del suelo.
- e) Establecido lo anterior, las instalaciones y fuentes que generen tales elementos deberán reducir las emisiones de los mismos a las cifras que para cada uno de ellos establecerán las autoridades administrativas competentes, quienes a la brevedad fijarán los parámetros pertinentes, mismos que deberán comenzar a regir, a su turno, en un plazo acotado y preciso que se establecerá por la autoridad administrativa.
- f) Se dará inicio a la brevedad a los procedimientos pertinentes para ponderar la pertinencia y utilidad de reformar, incrementando, incluso, si fuere necesario, los niveles de exigencia aplicables a los distintos elementos, gases o compuestos producidos en las diferentes fuentes presentes en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, las normas de emisión, de calidad ambiental y demás que resulten aplicables a la situación de contaminación de la mentada Bahía.
- g) Una vez identificados y cuantificados los elementos nocivos para la salud y para el medio ambiente, la Autoridad de Salud deberá adoptar las medidas pertinentes, útiles y necesarias para resguardar la salud de la población afectada por la contaminación existente en las comunas de Quintero y Puchuncaví, incluyendo entre ellas la elaboración de un diagnóstico de base de las enfermedades detectadas a la población de esas comunas que permita determinar qué patologías han sido producidas por la contaminación del aire, del suelo y del agua; asimismo, deberá implementar un sistema de seguimiento de los casos detectados para verificar la prevalencia y supervivencia de esas patologías; también habrá de adoptar medidas de vigilancia epidemiológica en la zona de emergencia; asimismo, una vez completado el diagnóstico apuntado, deberá elaborar y poner en ejecución programas sanitarios específicos para satisfacer las necesidades de la población de las comunas referidas, en relación a las patologías derivadas de la situación de contaminación detectada. Asimismo, habrá de diseñar e implementar una política destinada a enfrentar situaciones de contingencia como las que generaron la presente causa, a fin de dar satisfacción al importante aumento en la demanda de atenciones de salud. Del mismo modo, la autoridad deberá disponer lo que fuere preciso para acometer la derivación de aquellos pacientes que, en episodios como los de la especie, requieran de tal medida de cuidado y atención de su salud.
- h) Que la Oficina Nacional de Emergencia proceda, a la brevedad, a elaborar un Plan de Emergencia que permita enfrentar situaciones de contaminación como las ocurridas los días 21 y 23 agosto y 4 de septiembre de 2018 en las comunas de Quintero y Puchuncaví, instrumento en el que deberá incorporar, además, todas las medidas de coordinación, de disposición de recursos y las demás que se estimen atinentes y útiles para “solucionar los problemas derivados” de esos eventos.
- i) Que cada vez que se constate la existencia de niveles de contaminación que afecten particularmente a niños, niñas y adolescentes, conforme a lo precisado por la autoridad administrativa o por los efectos que produzcan en tal población y que se expresen en una sintomatología de su estado de salud, condición que igualmente precisará la autoridad administrativa de salud y educación, las magistraturas competentes dispondrán lo pertinente para trasladar desde la zona afectada por esa situación a todas las personas que integran el señalado conjunto hacia lugares seguros, medida que se deberá mantener hasta que cese el indicado evento de crisis.
- j) El resto de la población vulnerable de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, cada vez que se produzca un evento crítico de contaminación, será trasladada desde la zona afectada hacia lugares seguros y mientras perdure el señalado episodio.
- k) Que se reevalúe la calificación de zona de latencia y de zona saturada de las comunas de que se trata, análisis a partir del cual la autoridad competente deberá adoptar las medidas que corresponda.
- l) Que se cree y mantenga un sitio web en el que se incorporarán todos los datos, antecedentes, pesquisas, resultados, informes, etc., que den cuenta de las distintas actuaciones llevadas a cabo con el objeto de dar cumplimiento a las medidas dispuestas en la presente sentencia, utilizando, en la medida de lo posible, un lenguaje claro que simplifique la comprensión de los asuntos abordados.
- m) Que, si con ocasión de la ejecución de las tareas previstas en el presente fallo, las autoridades recurridas detectan la concurrencia de situaciones que justifiquen la aplicación de sus atribuciones, como podría ser

La citada sentencia de la Corte Suprema de Chile, permite hacer un diagnóstico claro del estado de la institucionalidad ambiental del país, porque fue necesario la intervención de la justicia ordinaria que, en el contexto de un recurso por infracción de garantías constitucionales, intervino en un conflicto medioambiental de más de tres décadas de antigüedad, que la institucionalidad ambiental no estuvo cerca de solucionar. En la sentencia se consigna con meridiana claridad las omisiones ilegales en que desde aquella época ha incurrido la Administración y ordena a ésta realizar una serie de actuaciones propias de su competencia, las que, sin embargo, no fueron realizadas oportunamente, ni conforme establece la legislación vigente.

Por lo demás, el SEIA es aplicable únicamente a los proyectos presentados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, por lo que grandes nudos de deterioro ecológico se siguen produciendo en todo el país, existiendo, según datos del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) 62 conflictos socioambientales activos, y 30 latentes¹⁰⁸⁹.

alguno de los supuestos previstos en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, den inicio a los cursos de acción pertinentes para hacer efectivas tales potestades, evaluación en la que habrán de tener en especial consideración los efectos sinérgicos que las distintas fuentes contaminantes puedan provocar en el medio ambiente de Quintero, Ventanas y Puchuncaví.

n) La Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Quinta Región deberá abordar la modificación del Plan Regulador de Valparaíso, en relación a la zona afectada por los hechos de autos, a la brevedad, considerando dicha labor como una prioridad en sus políticas sectoriales.

ñ) Cualquier otra diligencia o actuación que resultare necesaria para el acabado cumplimiento de lo ordenado en este fallo”.

¹⁰⁸⁹ Sólo por dar cuenta de los núcleos de polución más problemáticos -las llamadas zonas de sacrificio-, además del ya comentado sector de Ventanas-Puchuncaví, según datos recopilados del Instituto Nacional de Derechos Humanos, en <https://mapaconFLICTOS.indh.cl/#/conflicto/12440>, existen en Chile otras 11 zonas saturadas de contaminación, siendo la ciudad de Tocopilla -ciudad de alrededor de 25.00 habitantes ubicada en la región de Antofagasta, en el Norte del país- uno de los más complejos, porque “ahí, sus habitantes llevan más de 30 años conviviendo con la polución generada por las empresas, que involucra arsénico, hierro, *petcoke* y hollín. Tocopilla es una comuna pequeña, conocida como la capital de las termoeléctricas, en cuyo radio urbano se emplazan las unidades de las dos empresas termoeléctricas que operan en la ciudad: Norgener y Engie (Ex Electroandina, ex E-CL). En la misma región se emplaza Mejillones, donde se ubican cuatro centrales termoeléctricas -Una de ellas, Hornitos, que comenzó a operar en 2011, se encuentra a metros de la zona urbana de la ciudad y su energía no abastece a la población, sino a la Minera Esperanza, perteneciente a Antofagasta Minerals, según <https://mapaconFLICTOS.indh.cl/#/conflicto/12438>, y otras empresas mineras, habiéndose detectado que los sedimentos marinos del sector industrial registran niveles de metales pesados (níquel, cobre, zinc, cadmio, vanadio y plomo) que superan con creces la norma internacional. Además, se encontró contaminación con metales pesados en varias especies de crustáceos y moluscos (Según un estudio de la Universidad de Antofagasta de 2012. Fuente <https://chile.oceana.org/zonas-de-sacrificio-el-caso-de-mejillones>). Huasco, ciudad-puerto de alrededor de 9 mil habitantes, ubicada un poco más al Sur, en la Región de Atacama, presenta una alta contaminación por la presencia de materia particulado (PM10) -que en el año 2010 sobrepasaba el 80% de la norma- como consecuencia del funcionamiento del Complejo Termoeléctrico Guacolda -con cinco unidades a carbón en funcionamiento- y la planta de pellets de hierro de la Compañía Minera del Pacífico (CAP), que deposita sus relaves en el mar desde 1978, antes de la entrada en vigencia la ley 19.300, sin que hasta el año pasado -cuando asumió un compromiso con la SMA de terminar con la práctica en un plazo de 24 meses-, hubiese puesto término a aquella. En la zona Sur, en la ciudad-puerto de Coronel, operan dos termoeléctricas a carbón, siendo Bocamina II, de propiedad de ENDESA, la principal productora de contaminación por MP10 en aquella ciudad y en el gran Concepción (de más de dos millones de habitantes).

Resulta evidente que la institucionalidad medioambiental chilena no ha sido ni es suficiente para disuadir a los directivos de grandes empresas de capitales nacionales y extranjeros, de realizar sus faenas sin causar daños ecológicos irreparables a importantes ecosistemas, poniendo en peligro, además, la vida y la salud de innumerables personas, casi siempre, pertenecientes a los grupos económicos más vulnerables.

Es innegable que la Administración del Estado de Chile no ha hecho correctamente su trabajo, y a mi modo de ver, ello legitima la mayor urgencia de incorporar al Derecho Penal¹⁰⁹⁴ como otro mecanismo de defensa del medio ambiente, porque la capacidad de disuasión propia de la sanción penal debiera ser mayor para quien ocupa un alto lugar en el constructo social.

Por ello, a pesar de las críticas que se expondrán sobre el actual anteproyecto de Código Penal, valoro que en estos últimos años se haya propuesto incorporar el medio ambiente a las materias que el Derecho Penal debiese proteger. En efecto, como se ha venido señalando, en los últimos seis años, han existido tres anteproyectos de CP, siendo el último, el ACPCH de 2018, que incluye las aludidas disposiciones en favor del medio ambiente.

¹⁰⁹⁴ Lo que hoy encontramos en la legislación penal chilena es en el CPCH bajo el epígrafe “Delitos relativos a la salud animal y vegetal”, el art. 289 que sanciona al “que de propósito y sin permiso de la autoridad competente propagare una enfermedad animal o una plaga vegetal, será penado con presidio menor en su grado medio a máximo. Si la propagación se produjere por negligencia inexcusable del tenedor o encargado de las especies animales o vegetales afectadas por la enfermedad o plaga o del funcionario a cargo del respectivo control sanitario, la pena será de presidio menor en su grado mínimo a medio. Esta disposición entró en vigencia el 11 de junio de 1969. Son dos las disposiciones que más ha invocado el Ministerio Público para incardinar la contaminación de las aguas: El art. 291, que sanciona a los que “propagaren indebidamente organismos, productos, elementos o agentes químicos, virales, bacteriológicos, radiactivos, o de cualquier otro orden que por su naturaleza sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población”, y el art. 315, que bajo el epígrafe de los delitos contra la salud pública, sanciona en su inciso primero, a “los que propagaren indebidamente organismos, productos, elementos o agentes químicos, virales, bacteriológicos, radiactivos, o de cualquier otro orden que por su naturaleza sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población. A su turno, la Ley General de Pesca contiene en el Título X, el art. 135 que, en lo medular, sanciona al que capturare o extrajere recursos hidrobiológicos utilizando elementos explosivos, tóxicos u otros cuya naturaleza provoque daño a esos recursos o a su medio; el art. 135 bis castiga al que dé muerte o realice actividades de caza o captura de un ejemplar de cualquier especie de cetáceos; el art. 136, establece que “El que introdujere o mandare introducir en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño a los recursos hidrobiológicos, sin que previamente hayan sido neutralizados para evitar tales daños; el art. 136 bis castiga al que introduce, investiga, cultiva o comercializa organismos genéticamente modificados sin autorización. El art. 137 sanciona al que interna especies hidrobiológicas sin haber obtenido autorización previa, con una pena agravada si la internación se refiere a organismos genéticamente modificados, y la pena aumentada en un grado si causa daño a otras especies o al medio ambiente. Finalmente, el art. 137 bis, sanciona al que liberare especies hidrobiológicas exóticas desde centros de cultivo al ambiente sin obtener autorización previa.

Aunque se ha ido adelantando juicios parciales, conviene ahora realizar un análisis completo de los cuatro tipos penales contenidos en dicha propuesta normativa¹⁰⁹⁵ que para esta investigación resultan pertinentes -excluyendo, por ende, las disposiciones referidas a las áreas protegidas, al tratamiento de sustancias peligrosas, así como el párrafo relativo a la pesca y caza ilegales, y a los atentados a la salud animal y vegetal-, que se encuentran en el Párrafo 1° del Título XIII, titulado *Atentado contra el medio ambiente*, los referidos artículos 485, 486, 487, y 488¹⁰⁹⁶.

La primera crítica que puede realizarse al art. 485 del citado anteproyecto, en un aspecto que aunque formal da cuenta de una errada técnica legislativa, es que, como advirtieron dos profesoras del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile, en el contexto de observaciones requeridas por el ejecutivo al ACPCH de 2018, “*como*

¹⁰⁹⁵ Que hoy se encuentra en revisión en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y disponible en su página web, <http://www.minjusticia.gob.cl/anteproyecto-para-nuevo-codigo-penal/>, en el que se pueden encontrar también los proyectos del año 2013, y 2015.

¹⁰⁹⁶ “**Art. 485. Contaminación ambiental.** *Será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años el que contraviniendo una norma de emisión o de calidad ambiental incumpliendo las medidas establecidas en un plan de prevención, de descontaminación o de manejo ambiental, incumpliendo una resolución de calificación ambiental, las condiciones asociadas al otorgamiento de alguna autorización de carácter ambiental o sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental o sin haber obtenido una autorización de carácter ambiental estando obligado a ello: 1° vertiere sustancias contaminantes en aguas marítimas o continentales; 2° extrajere aguas continentales, sean superficiales o subterráneas; 3° vertiere o depositare sustancias contaminantes en el suelo o subsuelo, continental o marítimo; 4° extrajere tierras del suelo o subsuelo; 5° liberare sustancias contaminantes al aire. Lo dispuesto en el número 5° no será aplicable respecto de las emisiones provenientes de vehículos sujetos a inscripción en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados y de sistemas de calefacción o refrigeración domésticos. Si el hecho previsto en el inciso primero fuere perpetrado imprudentemente la pena será multa.*

Art. 486. Caso menos grave. *Tratándose de los hechos previstos en el artículo anterior se podrá tener por concurrente una atenuante calificada o muy calificada cuando el hechor contare con autorización para verter, liberar o extraer la sustancia correspondiente y además: 1° la cantidad vertida, liberada o extraída en exceso no superare en forma considerable el límite permitido, atendidas las características de la sustancia y la condición del medio ambiente que pudieren verse afectados por el exceso; 2° la infracción se hubiere prolongado solo por un breve lapso, atendidas las características de la sustancia y la condición del medio ambiente que pudieren verse afectados por el exceso; y, 3° el infractor hubiere obrado con diligencia para restablecer las emisiones o extracciones al valor permitido y para evitar las consecuencias dañinas del exceso.*

Art. 487. Daño ambiental. *El que afectare gravemente las aguas marítimas o continentales, superficiales o subterráneas, el suelo o el subsuelo, fuere continental o marítimo, o el aire, o bien la salud animal o vegetal o el abastecimiento de agua potable será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años. Si el hecho previsto en el inciso precedente fuere perpetrado imprudentemente la pena será libertad restringida. Si la imprudencia fuere temeraria la pena será reclusión. Cuando la afectación prevista en el inciso primero resultare de la perpetración de un hecho comprendido en el artículo 485 la pena será prisión de 2 a 5 años. Si el hecho previsto en el inciso precedente fuere perpetrado imprudentemente la pena será reclusión o prisión de 1 a 3 años. Si la imprudencia fuere temeraria la pena será prisión de 1 a 3 años.*

Art. 489. Afectación grave. *Para los efectos de este párrafo se entenderá por afectación grave de uno o más componentes ambientales el cambio adverso y mensurable producido en alguno de ellos siempre que ese cambio adverso consistiere en alguna de las siguientes circunstancias: 1° tener una extensión espacial de relevancia, según las características ecológicas o geográficas de la zona afectada; 2° tener efectos prolongados en el tiempo; 3° ser irreparable o difícilmente reparable; 4° alcanzar a un conjunto significativo de especies según las características de la zona afectada; 108 5° incidir en especies categorizadas como extintas, extintas en grado silvestre, en peligro crítico o en peligro o vulnerable; 6° poner en peligro la salud de una o más personas.”*

comentario general, es posible afirmar que el título [De los Delitos contra el Medio Ambiente] no comprende la lógica que hay detrás de los instrumentos de gestión ambiental establecidos en nuestro ordenamiento¹⁰⁹⁸”.

Ello es así, porque en el art. 485 -tipo base en la tutela ambiental- primero se indica cuáles son las contravenciones extrapenales que aunadas a ciertas conductas darán lugar al tipo objetivo. La modalidad de interacción con el Derecho Administrativo que se sugiere, pareciera ser de accesoriad mixta, ya que incluye contravención de normas y de decisiones de la Administración¹⁰⁹⁹, pero su redacción es contradictoria con la normativa ambiental, pues, al tenor de las definiciones de esta última, la conductas típicas sólo podrían configurarse en alguna de las hipótesis que pareciera pretender abarcar la norma.

Así por ejemplo, entre las normas extrapenales cuya infracción son parte del tipo, se incluye las normas de emisión¹¹⁰⁰, y las de calidad ambiental¹¹⁰¹, pero la infracción de estas normas, nunca podrá asociarse con las hipótesis comisivas de la extracción de agua o las excavaciones, porque estas acciones -establecidas en los numerales 2° y 4°-, no dicen ninguna relación con normas de emisión o de calidad ambiental, ni tampoco con la definición de “contaminación¹¹⁰³” o de “contaminante¹¹⁰⁴” a las que se hace referencia.

¹⁰⁹⁸ En un documento suscrito por Valentina Durán Medina y Ximena Insunza Corvalán, “VI. Observaciones del centro de derecho ambiental al anteproyecto de código penal 2018.”, como parte del Informe de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, remitido a requerimiento del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p.119, sito en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/12/UChile_Informe_AnteproyectoCodigoPenal2018.pdf

¹⁰⁹⁹ En efecto la disposición incluye tanto la contravención de normas administrativas (1) una norma de emisión o (2) de calidad ambiental, como de actos administrativos: (i) las medidas establecidas en un plan de prevención, (ii) de descontaminación o (iii) de manejo ambiental, (iv) incumpliendo una resolución de calificación ambiental, las condiciones asociadas al otorgamiento de alguna autorización de carácter ambiental o (v) sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental o (vi) sin haber obtenido una autorización de carácter ambiental estando obligado a ello.

¹¹⁰⁰ Definidas en el Art. 2.o) LGBMA como aquellas que “establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora”.

¹¹⁰¹ Que conforme al art. 2.n) LGBMA, fijan “los valores de las concentraciones y períodos -máximos o mínimos- permisibles de sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población” (normas de calidad primarias), o fijan “los valores de las concentraciones y períodos -máximos o mínimos- permisibles de sustancias las concentraciones y períodos -máximos o mínimos- permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza (normas de calidad secundarias, según definición del art. 2.ñ) LGBMA.

¹¹⁰³ Definida en el art. 2.c) LGBMA como “la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”

¹¹⁰⁴ Definida en el art. 2.d) LGBMA como “todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”.

Por otro lado, la mayor parte de las resoluciones administrativas a que alude la norma¹¹⁰⁵, no se asocian ni necesaria ni exclusivamente con conductas contaminantes. Así, por ejemplo, un plan de manejo ambiental -una de las hipótesis cuya infracción se sanciona- está destinado a regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada¹¹⁰⁶. Por ello, en principio, sólo las hipótesis de extracción de suelos o de aguas -2° y 4° del art. 485- podría asociarse a su contravención. Luego, los planes de descontaminación o prevención pretenden reducir los niveles de contaminación de una determinada fuente en un plazo determinado, mediante los diversos mecanismos de gestión ambiental, entre los que puede hallarse la fijación de normas de emisión, y por ende, su contravención ya se hallaría incluida. A su turno, una resolución de calificación ambiental, puede haberse requerido por diversos motivos, como podría ser que produjese como efecto, según el art. 11.e) LGBMA “la alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona”; o según el art. 11.f), “la alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, y su contravención, unido al vertido de sustancias contaminantes en las aguas, configuraría el tipo penal”, hipótesis que no guardan relación alguna con procesos de contaminación en la forma legalmente definida.

En relación ahora a un aspecto más de fondo, y analizando el resultado jurídico de cada una de las normas, éstas pueden dividirse en dos grupos, pues de las dos primeras (arts. 485 y 486) podría afirmarse incluso que no persiguen la protección de bien jurídico-penal alguno, porque están formuladas como delitos de peligro abstracto puro, y la pretensión de que ellas exigen la puesta en peligro -al menos mediata- de algún bien jurídico implicaría forzar en extremo su tenor literal,¹¹⁰⁷; mientras que los arts. 487 y 489 -normas complementarias de un solo tipo penal-, contiene diversas hipótesis que están descritas ya como delitos de lesión respecto del bien jurídico equilibrio de los sistemas naturales.

Podría señalarse que es posible una interpretación más restrictiva que permita al menos diferenciar cuantitativamente la norma penal de la administrativa, a tenor de lo dispuesto en el art. 486, que con el título “*Caso menos graves*”, permitiría al juez entender

¹¹⁰⁵ (i) medidas establecidas en un plan de prevención, (ii) medidas de descontaminación o de manejo ambiental, (iii) resolución de calificación ambiental, (iv) Condiciones asociadas al otorgamiento de alguna autorización de carácter ambiental, y (v) la realización de la actividad sin haberse sometido a una evaluación de impacto ambiental o sin haber obtenido una autorización de carácter ambiental estando obligado a ello.

¹¹⁰⁶ Y conforme establece el art. 42 LGBMA debe contener, a lo menos las consideraciones ambientales relativas a “a) Mantenimiento de caudales de aguas y conservación de suelos; b) Mantenimiento del valor paisajístico, y c) Protección de especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37”.

¹¹⁰⁷ En efecto, el art. 485 del ACPCH, denominado *Contaminación ambiental*, propone sancionar al que con infracción de norma o resolución ambiental, realiza un vertido de sustancias contaminantes o extracción en el agua o el suelo, o libera contaminantes en el aire. En otros términos, como se indicaba, el tenor literal de este tipo penal ni siquiera permitiría catalogarlo como de peligro abstracto -en el sentido de peligro estadísticamente relevante-, sino derechamente como un delito meramente formal, o de peligro abstracto puro, porque para la relevancia típica de la conducta, únicamente se requiere de la infracción de la norma o resolución administrativa, por lo que a mi entender, su promulgación en dichos términos, implicaría una vulneración de los principios limitadores del *Ius Puniendi* de *ultima ratio*, fragmentariedad, proporcionalidad, lesividad, y naturalmente de la proscripción del *bis in idem*.

concurrente una atenuante calificada o muy calificada cuando el autor contara con la autorización administrativa correspondiente para verter, liberar, o extraer, pero *la cantidad vertida, liberada o extraída en exceso no superare en forma considerable el límite permitido, o, la infracción se hubiere prolongado solo por un breve lapso*. Así, estos dos criterios podrían servir a efectos de interpretar la norma anterior, quedando acotada la conducta del art. 485, *contrario sensu*, sólo a aquellas que superasen “*en forma considerable*” el límite permitido administrativamente, o se hubieren prolongado más allá de “*un breve lapso*”.

El problema que se observa es que la gran ambigüedad de tales conceptos relativiza de manera importante la real disminución de conductas punibles por la vía del artículo anterior, y que además, en el art. 486 se agrega una deficiencia adicional, porque en esta disposición se indica que esos “criterios” están en relación a la sustancia contaminante y *la condición del medio ambiente que puedan verse afectados*, vale decir, se favorecerá (con la posible consideración de una atenuante) la contaminación de aquellos ecosistemas que se encuentren ya deteriorados -en la mayoría de los casos, precisamente, por la permanente acción contaminante del propio agente-. Lo que es peor, de la interpretación sistemática de ambas normas se infiere necesariamente, que aun cuando no concurren estos dos criterios, y se realice la conducta descrita en la primera de las disposiciones, esto es, se infrinja la disposición o resolución administrativa, ello importará igualmente la comisión de un ilícito penal con idéntico contenido que el administrativo.

A mi juicio, entonces, ninguna de estas dos normas da cuenta de la protección de bien jurídico alguno, sino que constituyen meros refuerzos de la actividad sancionadora de la administración, debiendo dar la razón a quienes consideran inidóneo el sistema penal para la protección del medio ambiente, porque precisamente, se observan en tales disposiciones todos los fundamentos e indeseables consecuencias que éstos describen.

En efecto, como se indicaba, el análisis sistemático de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente, permite inferir que los criterios contemplados en el art. 486 -que definiría los casos menos graves-, dará lugar al castigo privilegiado de conductas autorizadas, que hayan excedido escasamente el límite permitido (administrativamente), la infracción se hubiere prolongado solo por un breve lapso o espacio físico, o el agente hubiere obrado con diligencia para restablecer las emisiones o extracciones al valor permitido y para evitar las consecuencias dañinas del exceso. En otros términos, un individuo que permanentemente desecha sus residuos arrojándolos por sobre la cerca que separa su propiedad de un sitio eriazo, afectando con ello la porción de suelo sobre la que éstos se acumulan -obviamente sin tener autorización para ello- podría resultar sancionado con una pena mayor (art. 485), que la industria que posee una autorización para emitir ciertos límites máximos de contaminantes, que tiene a su alrededor un terreno contaminado por su propia actividad, que de manera intermitente, pero sostenida en el tiempo, contamina los suelos que los rodean, porque el tipo privilegiado (art. 486) permite tener en cuenta como criterio la condición del medio ambiente que pudieren verse afectado por el exceso.

La tercera disposición relacionada con el medio ambiente, que impone una sanción de libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años, está contemplada en el artículo 487

del ACPCH, y lleva por nombre *Daño ambiental*, requiere para su configuración de un resultado lesivo grave para los recursos naturales, la salud animal o vegetal, o el abastecimiento del agua potable¹¹⁰⁸.

En este sentido, lo primero que resulta cuestionable, es el motivo por el que se incluyó dentro del título *Delitos contra el medio ambiente*, párrafo 1° *Atentado contra el medio ambiente*, una hipótesis comisiva que consiste en la realización de una conducta cuyo resultado es la merma mensurable del abastecimiento de agua potable, elemento que no se encuadra dentro de lo que el legislador chileno pareciera entender como medio ambiente, sino como salud pública.

Luego, si se descarta este último resultado material, y se relacionan los restantes resultados con la entidad requerida por el tipo para entender que existe afectación grave, tendremos, que todas las posibles situaciones resultativas dan cuenta de una lesión severa respecto al equilibrio de los sistemas naturales, pues van desde el menoscabo mensurable del agua, suelo, o aire, de una gran extensión espacial o temporal (hipótesis 1° y 2°), a la producción de un efecto irreparable o difícilmente reparable, la afectación de un conjunto significativo de especies, o de especies especialmente vulnerables (hipótesis 3, 4, y 5).

En otros términos, así formulada la tutela penal medioambiental consistiría en tipos que sólo castigarían la infracción de normas administrativas, el castigo privilegiado a sujetos formalmente constituidos (empresas) que hubieren obtenidos autorizaciones para emitir sustancias contaminantes y que de manera sostenida pero escasamente superaran los márgenes permitidos administrativamente -en relación a las condiciones del medio ambiente circundante, que perfectamente puede encontrarse previamente contaminado por la acción de la propia empresa-, y otro tipo penal que sanciona cuando ya se ha producido graves lesiones al equilibrio de los sistemas naturales.

En el anteproyecto de 2013¹¹⁰⁹ no se sancionaba la mera desobediencia a la norma o acto administrativo, sino que se tipificaba la afectación grave del agua, aire y suelo en disposiciones separadas¹¹¹⁰, no existían una disposición como la del art. 487 ACPCH 2018

¹¹⁰⁸ La norma propuesta sanciona al que “*afectare gravemente*” tales objetos. Este tipo penal completa su descripción en el art. 489, que establece lo que debe entenderse por afectación grave (de las aguas, los suelos, el aire, la salud animal o vegetal y del abastecimiento del agua potable), señalando que habrá tal cuando en ellos se advierta un cambio adverso y mensurable que debe reunir alguna de las siguientes características o efectos: 1° tener una extensión espacial de relevancia, según las características ecológicas o geográficas de la zona afectada; 2° tener efectos prolongados en el tiempo; 3° ser irreparable o difícilmente reparable; 4° alcanzar a un conjunto significativo de especies según las características de la zona afectada; 5° incidir en especies categorizadas como extintas, extintas en grado silvestre, en peligro crítico o en peligro o vulnerable; 6° poner en peligro la salud de una o más personas”.

¹¹⁰⁹ Texto redactado por Pablo Ortiz Chamorro, en <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Ortiz-Chamorro-Pablo-Delitos-contra-el-Medio-Ambiente.pdf>

¹¹¹⁰ El texto contenía un primer art. que en relación al agua establecía que se castigaba al que “con infracción de sus obligaciones jurídicas, vierta, por cualquier medio, en aguas marítimas o continentales, superficiales o subterráneas, contaminantes que les afecten gravemente, o que afecten gravemente la salud animal o vegetal, el suelo o subsuelo, continental o marítimo.” Luego de describir de manera similar la afectación grave del aire y suelo, definía las obligaciones jurídicas señalando que se entendía que había infracción de ellas “cuando: 1.- Se incumpla una norma de emisión. 2.- Se incumpla una norma de calidad ambiental. 3.- Se incumpla las

que no describiese conducta alguna; se sancionaba expresamente la omisión, y la afectación grave de los glaciares. Luego, en el proyecto de 2015¹¹¹¹, y después en el de 2018¹¹¹² -que esencialmente modificó cuestiones formales del anterior-, ya se optó por la descripción de conductas típicas que, en un extremo no pasan de ser acciones contaminantes de los recursos naturales de menor entidad sumadas a la infracción administrativa, y en el otro, sancionan la afectación severa de los ecosistemas.

A mi entender, particularmente en el proyecto de 2013, que sancionaba únicamente la infracción reglamentaria que afectaba gravemente a los recursos naturales, describiendo, además, lo que debía entenderse por afectación grave, podía inferirse que lo tutelado en último término, era el equilibrio de los ecosistemas, y que la puesta en peligro de las personas debía derivar de la contaminación del recurso natural, porque en uno de sus artículos se establecía que *“se entenderá que la afectación de alguno de los componentes del medio ambiente protegidos será grave cuando, existiendo un cambio adverso mensurable en uno de ellos, se presente, a lo menos, alguna de las siguientes características: 1.- Posea una extensión espacial de relevancia, teniendo en cuenta las particularidades ecológicas y/o geográficas de la zona afectada. 2.- Posea una duración prolongada de sus efectos en el tiempo. 3.- Sea irreparable. 4.- Alcance a un número significativo de especies, según las características de la zona en que se genere la afectación. 5.- Se afecte especies categorizadas como extinta, extinta en grado silvestre, en peligro crítico, en peligro o vulnerable. Del mismo modo, serán calificadas como hipótesis de grave afectación aquellas en las cuales el cambio adverso de alguno de los componentes del medio ambiente protegidos por las disposiciones precedentes, genere alguno de los siguientes efectos: 1.- Se ponga en serio riesgo la salud de una significativa cantidad de personas, ello en relación al lugar en que estas se encuentren. 2.- Se ponga en serio riesgo la salud de personas que posean una condición de salud vulnerable”*.

Lamentablemente, la descripción de los tipos fue mutando, hasta convertirse en los ya referidos, que, como se dijo, dudosamente tienen por finalidad la real y oportuna protección de algún bien jurídico-penal.

medidas establecidas en un plan de prevención, de descontaminación o de manejo ambiental. 4.- Se incumpla una resolución de calificación ambiental u otro permiso de carácter ambiental. 5.- No se haya sometido la actividad desarrollada que produce el vertimiento, la introducción, la emisión o la extracción, a las que hacen referencia los artículos precedentes, al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, debiendo haberlo hecho, o no se hayan obtenido los permisos de carácter ambiental que le son exigibles.

¹¹¹¹ Su redacción pertenece a Héctor Hernández, según se indica en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Hernandez-Delitos-contra-el-Medio-Ambiente->

¹¹¹² Su redacción pertenece a Jorge Bofill, según se indica en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Bofill-Jorge-Delitos-contra-el-medio-ambiente.pdf>

VII. LAS PROPUESTAS

1. Una interpretación de *lege lata* para el tipo base medioambiental español

Antes de la entrada en vigencia de la ley 1/2015, los autores y la jurisprudencia mayoritaria, se había inclinado por la comprensión del art. 325 CPE como un delito de peligro hipotético, esto es, exigiéndose sólo la prueba de la aptitud lesiva de la conducta, para colmar el injusto y la necesidad de pena.

Desde la posición aquí asumida, en cambio, ya aquel texto, imponía una interpretación con mayores exigencias materiales, que, para estimar completo el injusto -y punible la conducta- requería de la acreditación *ex post* de la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales. Es que como se ha reiterado, aquella constituye el mínimo desvalor de resultado que debiera permitirse un Derecho Penal que se pretenda respetuoso de sus propios límites. Y, si cabe, ello debiera ser particularmente demandado para un tipo penal base medioambiental, porque se trata de la protección de un bien jurídico-penal supraindividual que posee un sustrato físico -los ecosistemas-, que además de presentar una diversidad infinita, son distintos del objeto en el que recae la acción.

Por estas peculiaridades, desde mi perspectiva no resultaba legítima la intervención penal tras atribuir (*ex ante*) a la conducta la aptitud para poner en peligro el bien jurídico equilibrio de los sistemas naturales, porque ello en muchas ocasiones podía implicar la sanción de conductas absolutamente carentes de lesividad.

Así, ya antes de la entrada en vigencia de la ley 1/2015, desde mi punto de vista, el tipo sancionaba la conducta de quien a) contraviniendo leyes o normas generales protectoras del medio ambiente; b) provocara o realizara -directa o indirectamente- emisiones, vertidos, extracciones, excavaciones, o depósitos (porque los aterramientos, ruidos, vibraciones, e inyecciones quedan subsumidos en las hipótesis previas más generales); c) que incidiesen (contaminaran) la atmósfera, el suelo y subsuelo, las aguas terrestres o marítimas, subterráneas o superficiales; d) de manera tal que fuesen idóneos (*pudieran*) perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales.

El art. 325 vigente desde la ley 1/2015, pareciera dar más razón a la interpretación que aquí se sigue, porque manteniendo su antigua redacción, ahora en su número 1, castiga al que *cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas*; luego en el número 2, sanciona con una pena mayor a aquel cuya conducta pudiera *perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*; y,

finalmente, con la pena en su mitad superior hasta la superior en grado, si con la misma *hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas.*

Así las cosas, en primer término, la descripción actual reafirma que el bien jurídico tutelado es el equilibrio de los sistemas naturales, pues de no ser así, habría que aceptar lisa y llanamente que la hipótesis del art. 325.1, permite la sanción de conductas idénticas que aquellas sancionadas por la vía administrativa, al introducir la posibilidad de sancionar las acciones que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad de los recursos naturales. Porque indudablemente, en muchas ocasiones, la acción que contraviene una disposición administrativa protectora del medio ambiente, implicará, precisamente la efectiva causación de daños sustanciales a la calidad de los recursos naturales, por lo que si no se agrega contenido material al injusto penal, éste quedaría reducido a la sanción de la contravención administrativa.

Luego, y aunque de *lege ferenda* sería muy apropiado rediseñar el art. 325 CPE para que se ajustara a los principios del Derecho Penal a los que hemos aludido tantas veces, creo que su actual redacción permite entender que es exigencia del tipo la verificación de la lesión del recurso natural, porque el tenor literal del art. 325.1, alude al que *cause (...) daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas*". De ello, por una parte, necesariamente se infiere que el tipo se colma con la incidencia negativa en el recurso natural, que debe tener la entidad suficiente para contaminarlo, "causar su daño sustancial".

Es cierto que en la frase se incluye la expresión "*o pueda causar*" en lo que *prima facie* podría interpretarse como un delito del peligro -concreto o incluso hipotético- para el recurso natural, pero, a mi modo de ver ello no es correcto, porque implicaría terminar de igualar la infracción administrativa con el ilícito penal, pues la vulneración de la norma extrapenal siempre podrá generar un resultado de peligro potencial para el recurso natural.

Por ello, la única interpretación que considero apropiada para aquella expresión, es la de entenderla como el desafortunado intento del legislador por hacer referencia a la contaminación en cadena -la contaminación sucesiva de más de un recurso natural eventualmente diferidas en el tiempo-. Porque como el tipo ya exige un resultado de lesión del recurso natural -la incidencia sobre él-, el pronóstico respecto a que la conducta pueda *causar daños sustanciales* debiera necesariamente estar referido a un segundo o tercer recurso natural que puede resultar contaminado sustancialmente en un tiempo o lugar diverso.

Así, en el entendido que el bien jurídico tutelado en el art. 325.1 y 325.2 CPE es el equilibrio de los sistemas naturales, y que el resultado de peligro descrito en el tipo es el idoneidad lesiva apreciada *ex post*, podría ser el caso de la contaminación sustancial del aire con un elemento que al decantar daña el suelo, que por su gran toxicidad y entidad genera un resultado idóneo para afectar el equilibrio del ecosistema, y que además puede -en un momento posterior- causar daños sustanciales a las aguas subterráneas allí ubicadas. En otros términos, la constatación *ex post* de la efectiva lesión (contaminación) del recurso natural será siempre requisito típico, y el de peligro para otro u otros recursos naturales sería valorable como un peldaño adicional para determinar la gravedad de la contaminación y consiguientemente de su idoneidad lesiva para el equilibrio de los sistemas naturales.

El art. 325.1 y el 325.2 debieran entenderse parte de un continuo, porque tienen una estructura equivalente, y el número 2 se inicia con la expresión “*Si las anteriores conductas*”, de lo que puede colegirse que ambas normas exigen la verificación *ex post* de la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales en la forma que aquí se ha entendido, justificándose la mayor pena de la segunda hipótesis en la mayor gravedad de la afectación del bien jurídico. Finalmente, en una interpretación sistemática, no cabe sino entender que en el extremo más grave del continuo, el inciso segundo del art. 325.2 se sanciona la contaminación del recurso natural que posee la aptitud lesiva para afectar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y que además, ha *creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas*, es decir, por su intensidad, extensión, naturaleza -o la conjunción de todas ellas-, resulta además idónea para generar un grave perjuicio a la salud humana.

Creo que el art. 331 CPE da sustento a esta interpretación, porque establece la sanción para quien incurre en la conducta imprudente que genera el resultado previsto en el art. 325. Así las cosas, si se pretende evadir en el art. 325.1 la exigencia de la afectación del equilibrio de los sistemas naturales, debiera aceptarse incluso la sanción de quien contraviene alguna ley u otra disposición de carácter general protectora del medio ambiente, que de manera imprudente, provoca indirectamente, por ejemplo, emisiones, que por sí mismas o conjuntamente con otras, puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas. Vale decir, podría sancionarse penalmente la conducta que imprudentemente contraviene una norma administrativa que, unida a otras, generara un resultado de contaminación del aire.

2. Una propuesta para Chile

Para Chile propondría un tipo base similar a la interpretación sugerida para el art. 325 CPE, pero con las precisiones y modificaciones que se relevaron al analizar esta norma. Así, por ejemplo, en relación a la contravención de la normativa extrapenal, teniendo en cuenta en primer lugar, que conforme establece el art 3 CCH, el Estado de Chile es unitario, y en segundo término, que los intereses empresariales muchas veces permean las decisiones de la autoridad administrativa, sugeriría un tipo base cimentado sobre la contravención de normas legales nacionales y las contenidas en los tratados internacionales suscritos por Chile, relegando la eventual existencia de una autorización administrativa para ser analizada desde la perspectiva de la exigibilidad del conocimiento, pudiendo servir para eximir de responsabilidad al agente cuando el error era invencible.

Además, el tipo incorporaría sólo las hipótesis comisivas que producen contaminación en el sentido que aquí se ha entendido, estableciendo claramente la necesaria producción de ésta como elemento del tipo.

Luego, mantendría la opción del art. 325 CPE utilizando las voces “provocar o realizar”, porque ello permite con mayor facilidad que se considere autores no sólo a quienes tenían el riesgo en su esfera competencial y “realizaron el riesgo”, sino también a quienes “lo provocaron”, porque éste les pertenecía y adoptaron las decisiones sobre su gestión que gatillaron su creación o incremento, o que, debían controlar y vigilar dicho riesgo, y su omisión determinó que éste se convirtiera en penalmente relevante.

Finalmente, también de manera expresa, consignaría la exigencia de la verificación *ex post* de la idoneidad lesiva de aquel resultado para el equilibrio de los sistemas naturales como presupuesto para afirmar el injusto o su punibilidad

En este sentido, se sugeriría un tipo base de un tenor similar al siguiente:

El que, *contraviniendo normas legales protectoras del medio ambiente o disposiciones tutelares del medio ambiente contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile, realice o provoque vertidos, depósitos, extracciones, excavaciones o emisiones, que contaminen los suelos, el subsuelo, las aguas -terrestres y marítimas, superficiales o subterráneas-, o la atmósfera, cuando aquella contaminación sea idónea para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales*, será castigado con...

Junto a este tipo base, que intentaría dar protección directa al bien jurídico, habida cuenta de la institucionalidad ambiental chilena, propondría la sanción con igual pena de

quienes infringiendo una resolución de calificación ambiental, u otra norma de la autoridad administrativa dirigida a mitigar el impacto de una actividad en el ecosistema, que se describen en la LGBMA y en la ley de la SMA produjera el resultado antes indicado, como una forma de tutela indirecta del bien jurídico.

De manera agravada sancionaría a quienes causaran el resultado material y jurídico antes indicado, si hubieren conseguido la autorización de funcionamiento, mediante la utilización de cualquier subterfugio durante el proceso de obtención de la resolución de calificación ambiental, como por ejemplo, la entrega de antecedentes falsos, el ocultamiento de datos relevantes en relación a los posibles efectos perniciosos para el ecosistema. Con la misma pena sancionaría a quienes durante el desarrollo de la actividad, realizaran similares maniobras para eludir una determinada resolución de la autoridad administrativa.

Finalmente, impondría una pena superior en grado a la del delito cometido por el particular, al funcionario o autoridad pública que permitió (por ejemplo, mediante una autorización ilícita, o por la ausencia de fiscalización) el desarrollo de una actividad productora de las consecuencias antedichas, a sabiendas del incumplimiento de las disposiciones legales que desencadenó el resultado.

Así, procuraría una tutela directa del equilibrio de los sistemas naturales mediante el citado tipo base, y su tutela indirecta -siempre con la exigencia del resultado de contaminación y de idoneidad lesiva para el equilibrio de los sistemas naturales-, por medio de la sanción de los incumplimientos de las autorizaciones, y finalmente, la sanción de las autoridades que hubieren otorgado autorizaciones de funcionamiento, conociendo que el desarrollo de la actividad incumplía las normas legales, o que durante su funcionamiento dejaran de fiscalizar el cumplimiento de las condiciones -definitivas o provisionales- impuestas para ello.

IX. CONCLUSIONES

1. Para la consecución de los diversos objetivos de esta investigación, se partió del análisis del art. 325 CPE -revisando en ocasiones los textos previos a las últimas reformas-, además de la Jurisprudencia relacionada con tales preceptos, y algunas de las normas de los ACPCH (especialmente el de 2018), para desde allí discurrir hacia los diferentes aspectos problemáticos que en cada uno de los eslabones típicos ha presentado esta norma para la dogmática y la praxis judicial española. La posición que se adopta, se fundamenta entonces, en las conclusiones parciales a las que se arribó a partir de la revisión de aquellos aspectos, y sobre su base, se aventura una interpretación del texto vigente del art. 325 CPE, que sin violentar su letra, fuese respetuosa de los límites de lesividad, *ultima ratio*, fragmentariedad, subsidiariedad y proporcionalidad; así como también, se propone un tipo medioambiental base para Chile, poniendo de relieve los motivos de la urgencia de intervenir penalmente en este ámbito.

2. El análisis de los fundamentos y principios del Derecho penal conduce a afirmar que el medio ambiente -como referente del bien jurídico-penal-, posee un contenido muy diverso al de otras áreas del Derecho, y sólo en la medida que no se pierda de vista este referente -que no incluye notas antropocéntricas-, y que fue entendido como *Conjunto de elementos físicos, químicos y biológicos en los que se sustentan los sistemas naturales, y que interrelacionados entre sí han permitido el florecimiento y la subsistencia de la vida sobre la tierra*, podrá arribarse a soluciones satisfactorias en la aplicación de los tipos penales medioambientales. De otro modo, los delitos medioambientales terminan sirviendo para sancionar conductas de nula o mínima lesividad para el equilibrio de los sistemas naturales -bien jurídico medioambiental-, que únicamente lesivas de bienes jurídicos individuales, en particular, la salud (física o síquica) individual.

3. El contexto teórico y político-criminal desde el que se parte para analizar las distintas categorías, fue que la teoría del bien jurídico sirve, y seguirá sirviendo a fines dogmáticos y político-criminales, porque un Estado democrático de Derecho y una dogmática crítica, no puede admitir teorías funcionales extremas que, al modo de Jakobs, prescindan del concepto de bien jurídico, porque finalmente, con ello sólo se consigue la estabilización del sistema, por medio de una explicación interna y autopoyética de las

normas. El concepto de bien jurídico tampoco es reemplazable por el de derechos fundamentales, porque los primeros son valoraciones asentadas en una determinada sociedad, que pueden o no encontrar su correlato en la Constitución, pero que en todo caso nunca se igualarán, porque su contenido -el objeto de tutela- es esencialmente distinto.

4. En efecto, desde la propia definición del concepto de bien jurídico no se visualiza ninguna razón para fijar el límite de lo tutelable penalmente en las valoraciones que inciden de manera inmediata sobre bienes jurídicos individuales –en los términos de la *Escuela de Frankfurt-*, porque en el mundo de la globalización, el consumismo desenfrenado, la escasez energética, el calentamiento global, y el individualismo, existen demasiadas fuentes de riesgo -para muchos-, que pueden descontrolarse causando grandes estragos, y que se encuentran en manos de unos pocos. Por eso, a quienes tienen competencias sobre esos riesgos no se les puede adscribir sólo un deber ético de controlarlas, sino que el Estado -en protección de sus ciudadanos- debe garantizar la seguridad de todos mediante la dictación de normas administrativas que fijen límites estadísticamente aceptables, y además, por medio del castigo a la afectación grave de estos espacios o valores de muchos -los bienes jurídicos supraindividuales- por medio del Derecho Penal. Cualquier cuestionamiento a su necesaria protección penal entra en conflicto con la propia definición de un Estado Democrático de derecho, porque la creación o incremento de grandes riesgos y -sus inconmensurables costes- son generalmente asumidos por los menos favorecidos, mientras que problemas estructurales contra bienes jurídicos individuales como el hurto de poca monta, puedan llegar a ser sancionados con penas de cárcel en un flagrante atentado al derecho a la igualdad.

5. Quienes ven en el reconocimiento y tutela de bienes jurídicos supraindividuales la causa de la actual expansión del Derecho Penal, del incremento permanente de las penas y la minimización de las garantías, buscan en el lugar equivocado. Y es que el desborde del Derecho Penal encuentra sus orígenes en la interesada exacerbación mediática de la inseguridad, y en la permanente recurrencia de nuestros legisladores a un Derecho penal de emergencia que sólo busca acallar el clamor de justicia o de seguridad de la opinión pública, y que, efectivamente, no es más que Derecho Penal simbólico. Sin embargo, la constatación de esta realidad no puede erigirse en excusa para desconocer la legitimidad y

necesidad de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales -en especial del medio ambiente-, sino que debiese generar un renovado impulso en los afanes dogmáticos por encontrar nuevas y mejores interpretaciones para explicarlos de acuerdo a los principios fundamentales del Derecho penal.

6. Así las cosas, desde una perspectiva ecocéntrica, se define el bien jurídico-penal medioambiental -equilibrio de los sistemas naturales-, como un *estado dinámico entre materia orgánica e inorgánica en el que se encuentra un sistema natural, respecto al cual (recurriendo a los conocimientos científicos actuales) puede realizarse una prognosis certera de que se mantendrá en el tiempo*. Esta definición sintetiza lo que se quiere tutelar, pone límite a la sanción de bagatela, y es diferenciable de otros bienes jurídicos vinculados, como la biodiversidad o la salud pública. En su seno no hay cabida para notas propias de derechos fundamentales como la calidad de vida o el derecho a la intimidad, porque mediante ellas se termina legitimando el reproche penal de conductas que en nada afectan el equilibrio de los sistemas naturales. Tampoco hay espacio en el bien jurídico-penal, como tampoco en su sustrato -los sistemas naturales, para referencias a la protección de bienes jurídicos individuales -como la salud o vida de las personas- porque éstas terminan por desnaturalizar el objeto de protección. Por ello, su afectación sólo podría operar como agravante, o eventualmente, en concurso con la afectación del bien jurídico medioambiental.

7. La naturaleza jurídica del tipo penal que mejor se corresponde con el bien jurídico “equilibrio de los sistemas naturales”, es la del peligro abstracto, específicamente, la idoneidad lesiva para el bien jurídico constatada *ex post*. Ello, porque el mínimo desvalor de resultado en un Derecho penal garantista -que aquí se defiende- es el que exige la comprobación, desde la perspectiva *ex post*, de que el riesgo creado por el agente -o no controlado teniendo el deber jurídico de hacerlo- generó un resultado jurídico de afectación del bien jurídico penal. Sólo este resultado jurídico permite asegurar que los delitos de peligro abstracto constituyan una legítima y adecuada herramienta para la protección penal de nuevos ámbitos, en el que no caben las presunciones del riesgo ni de la peligrosidad, aunque se trate de acciones que apreciadas *ex ante* -estadísticamente o en concreto-

parezcan muy riesgosas, porque para la sanción de éstas, ya contamos con el Derecho administrativo.

8. Esta comprensión resulta particularmente adecuada para el bien jurídico medioambiental, y pasa por la distinción entre resultado material -que está constituido por la contaminación del recurso natural- y el resultado jurídico, que consistirá en un juicio normativo en el que se determinará si la contaminación atribuible a la conducta del agente posee la idoneidad para afectar gravemente (actualmente o en el futuro) el equilibrio de los sistemas naturales. Porque la conducta incidirá negativamente sobre un objeto material -los recursos naturales-, que no equivalen (e incluso pueden no pertenecer) al sustrato material del bien jurídico -los ecosistemas- que poseen una diversidad y complejidad tan variada que, en muy pocas ocasiones, la sola constatación *ex ante* de la creación de un riesgo relevante para el equilibrio de los sistemas naturales, permitirá realizar un juicio mínimamente cercano a la certeza respecto a si se ha producido o se producirá alguna lesión grave para el citado bien jurídico. Por contra, la ausencia de la verificación del resultado de idoneidad lesiva desde la perspectiva *ex post*, implicará en demasiadas ocasiones sancionar penalmente conductas cuyo desvalor puede entenderse íntegramente comprendido por la infracción administrativa.

9. Determinar quién o quiénes tenían dentro de su esfera competencial el control del riesgo para el bien jurídico-penal o su evitación, será en muchas ocasiones una cuestión problemática de probar, porque las conductas con consecuencias medioambientales, generalmente se desarrollarán en el ámbito de la empresa, y en este contexto, será común la división funcional -vertical y horizontal- del trabajo. Esta característica implicará que mientras más compleja sea la empresa, la responsabilidad sobre el riesgo se habrá delegado un mayor número de veces -dentro o fuera de la empresa-, y habrá que indagar sobre las características y naturaleza de la delegación, a efectos de averiguar a quién pertenecía directamente el riesgo medioambiental. Además -a partir del tipo de empresa de que se trate-, tendrá que determinarse si los directivos o gerentes dieron la instrucción de adoptar tal o cual procedimiento (que incrementó el riesgo), generalmente para abaratar costes, o si dejaron sin supervisión el correcto control de un riesgo conocido del que son originariamente responsables, por desarrollar una actividad productiva que sabidamente

genera riesgos medioambientales que deben ser controlados. La labor será compleja, pero usualmente abordable si se acomete desde las citadas premisas.

10. No son pocas las cuestiones problemáticas, pero a partir de las conclusiones anteriormente expresadas -y sin perjuicio de la esperable mejora en la redacción del art. 325 CPE-, se intenta una interpretación de *lege lata* de dicha norma, que no puede tildarse de expansiva o poco garantista, porque en su base está el respeto de los principios-límite del Derecho Penal, especialmente el de lesividad; y además, se propone un tipo medioambiental base para Chile.

En relación al art. 325 CPE, una interpretación mínimamente coherente, requiere entender que, tanto el art. 325.1 como el art. 325.2, persiguen la tutela del equilibrio de los sistemas naturales, diferenciándose ambos numerales sólo por la intensidad de la puesta en peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, sancionándose con una mayor pena (art. 325.2) las que pudieran generar un resultado lesivo idóneo para perjudicar de manera grave el citado bien jurídico-penal. Luego, la contravención de leyes administrativas, debe integrarse en el tipo por la infracción de “otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”, expresión que, como entiende la doctrina mayoritaria, hace referencia a diferentes normativas, disposiciones comunitarias, autonómicas e incluso locales, en razón de las disposiciones constitucionales y el modelo de estado español. A su turno, las expresiones “provocare o realizare”, unidas a la descripción típica como delito común y a los adverbios “directa o indirectamente”, están dirigidas a ampliar el espectro de autores, a efectos de no castigar al ejecutor material, sino a aquel o aquellos que provocaron el riesgo mediante sus decisiones o falta de vigilancia, pudiendo tratarse, entre otros, del gerente de la empresa, sus directivos, el jefe del área respectiva, el funcionario de la administración que no fiscalizó adecuadamente, o el oficial de cumplimiento que no ejerció correctamente su rol.

11. A continuación, respecto de las hipótesis comisivas previstas en el art. 325 CPE, debe ponerse de manifiesto que algunas de ellas se encuentran solapadas, como las emisiones con las radiaciones, vibraciones y ruidos, o las extracciones y las captaciones de agua; y otras, en especial los ruidos, generan interpretaciones equívocas que han dado cabida -en la jurisprudencia y en alguna doctrina-, a la comprensión de que el medio

ambiente tutelado podía comprender aspectos absolutamente desvinculados del equilibrio de los sistemas naturales, porque afectan exclusivamente a la salud de las personas, hipótesis que -al no probarse su idoneidad para afectar el equilibrio de los sistemas naturales- deben de calificarse como delitos de lesiones.

12. El elemento típico, introducido en la reforma del Código penal por LO 1/2015 “por sí mismos o conjuntamente con otros” no debe interpretarse de modo inclusivo de los delitos cumulativos, sino únicamente asociarse a la comprensión de la conducta realizada de forma sostenida por un mismo agente que genera un resultado de contaminación capaz de afectar el equilibrio de los sistemas naturales (por sí mismo); o la referencia a la posibilidad de imputar los resultados causados por adición o sinergia al o los autores que tenían conocimiento del riesgo relevante que se producía por la interacción de su conducta con la de otros, a causa de aquellos efectos.

13. La utilización de las expresiones “con incidencia en” y “que cause daños sustanciales” debería de interpretarse en el sentido de que el tipo requiere un resultado en sentido material: la contaminación de un recurso natural imputable a la conducta típica. Luego, la expresión “que pueda causar” -introducida por la LO 1/2015- únicamente puede referirse a que habiéndose ya producido “el resultado material base” de contaminación de uno o más recursos naturales, es posible aseverar -en un estándar rayano en la certeza- que existe otro recurso natural que en un momento futuro podría verse afectado por esa misma contaminación. Su inclusión permite apreciar de forma más evidente que la conducta punible puede ser una que no sólo afecte a un recurso natural, sino a varios recursos naturales en cadena, y respecto de la cual incluso -a efectos de aprehender todo el desvalor de resultado puede afirmarse que puede contaminar a un recurso natural que actualmente no ha sido afectado.

14. La naturaleza jurídica de delito de peligro abstracto, que se considera adecuado atribuir al delito medioambiental -a efectos de asegurar el respeto del principio de lesividad y la antijuridicidad material-, requiere de la realización de un juicio normativo que a partir de la prueba del resultado de contaminación de uno o varios recursos naturales imputable

a la conducta típica, permita aseverar su idoneidad para lesionar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

15. En la actualidad existen muy pocos argumentos para excluir al medio ambiente de la protección penal. Y es que la evidencia científica y empírica respecto al empeoramiento de las condiciones de nuestro sistema planetario es abrumadora. Los residuos, la contaminación atmosférica, el derrame de contaminantes a las aguas, son fenómenos que han ido afectando negativamente, tanto a nivel local como global. Se está lesionando gravemente un bien jurídico de vital importancia. ¿Por qué no intervenir penalmente? No parece de recibo el argumento de la poca eficiencia del Derecho Penal, o de que se trate de un problema sistémico, porque ambos argumentos -que en este caso van de la mano- pueden predicarse de muchos bienes jurídicos -algunos individuales-, cuya necesaria y legítima sanción penal no se discute.

16. En efecto, es evidente que la intervención del Derecho Penal no impedirá el adelgazamiento de la capa de ozono ni el cambio climático, que siendo problemas sistémicos globales requieren de una respuesta internacional organizada y, probablemente, del cambio de más de alguno de los paradigmas de nuestro estilo de vida. Sin embargo, ello no significa -como afirman algunos- que el Derecho penal no deba implicarse, porque no existen evidencias claras para aseverar que delitos cuya sanción penal nadie cuestionaría -como la violación o el homicidio-, ocurren en menor medida por ser castigados con sanciones penales. Es decir, es muy difícil constatar la eficacia del Derecho penal cuando no hay estudios criminológicos relevantes que afirmen que cuando éste no se aplica aumentan exponencialmente los delitos.

A pesar de ello, se asume que el Estado debe intervenir mediante el Derecho penal, cuando se trata de valores de tal importancia en nuestra sociedad que no podrían quedar desamparados, o simplemente ser considerados infracción administrativa o laboral.... Por lo demás, sí existen estudios que permiten afirmar que la sanción penal -y particularmente la privativa de libertad- genera poco efecto disuasivo respecto de delitos violentos y de la mayor parte de los denominados ilícitos “comunes”, los que se incluyen en el llamado Derecho penal nuclear, porque, a causa de distintos factores, el delincuente es difícilmente motivable. Sin perjuicio de tal constatación, los delitos existen y sus penas son privativas

de libertad, porque dan cuenta de valoraciones sociales de la mayor importancia. El cuestionamiento a la protección penal del medio ambiente, no puede basarse, entonces, en su falta de eficacia.

17. La sensibilidad en torno a la necesidad de proteger el medio ambiente -su valoración como un bien del que todos dependemos y que, por ende, debemos proteger- se ha instalado en nuestras culturas, y no existe motivo para seguir omitiendo -de facto o legalmente- su tutela penal, entre otras cosas, porque al contrario de lo que sucede con el homicidio, la violación, el robo..., los autores de los delitos medioambientales, como el gerente de una empresa o el consejo de administración, pueden comprender -hacer suya la norma de determinación-, y sentirse persuadidos de adoptar (o no) tal o cual decisión para abaratar los costes, si con ello genera un riesgo no permitido para el ecosistema, conociendo que aquello puede acarrearles responsabilidad penal.

18. Por otro lado está el argumento relativo a la ineficiencia del Derecho penal para abordar el problema de la contaminación ambiental global -particularmente la atmosférica-, porque ésta, más que tener su origen en conductas individuales, lo tiene en las pequeñas aportaciones -que generalmente de manera lícita- realizamos muchos. Se trataría entonces de un problema sistémico para el cual el Derecho penal no posee respuestas adecuadas. Es innegable que bastante de aquello se advierte en la progresiva degradación del medio ambiente, pero al igual que como se dijo respecto al argumento de la ineficacia, esta característica tampoco ha sido óbice para legitimar la sanción penal de bienes jurídicos individuales, especialmente la propiedad, cuyo origen también debiera buscarse al interior del sistema.

19. Es indudable que el Derecho Penal no solucionará, por sí solo, el problema medioambiental, no está llamado a eso, está llamado a sancionar las conductas más graves en contra del bien jurídico-penal equilibrio de los sistemas naturales. La principal línea de lucha en su protección a nivel estatal debiese estar en una Administración eficiente y comprometida, que ejerciera un control real, propugnando la efectiva sanción de quienes pretendiesen evadir sus barreras. Lamentablemente, no puede olvidarse que muchas de las grandes catástrofes ecológicas sufridas en España -como el derrame de residuos tóxicos en

Aznalcóllar, o el de decenas de miles de toneladas de crudo a causa del hundimiento del Prestige- y por cierto, las que día a día tienen lugar en Chile, pueden atribuirse precisamente a que la administración no ejerce su rol de fiscalización y control porque no existe la necesaria convicción política de las autoridades de turno, e incluso, en no pocas ocasiones, actúa en connivencia con los intereses de particulares, por lo que con mayor razón, si cabe, el Derecho Penal debe estar allí para cumplir un rol modesto pero imprescindible.

20. Aun en el mejor de los escenarios, esto es, el de una ciudadanía responsable con el medio ambiente y empoderada de su deber de controlar las decisiones de las autoridades; de una adecuada promoción social del medio ambiente por parte del Estado; y de la existencia de una Administración que posee los recursos y que está realmente orientada hacia la protección del bien jurídico medioambiental, habrá quienes prefieran asumir riesgos que muy probablemente generarán efectos adversos graves para el equilibrio de los sistemas naturales, que son conocidos y evitables -para aumentar ganancias o disminuir costes-, por lo que frente a los casos más graves de entre todos ellos, el Derecho penal debe intervenir, y no como un invitado de piedra, porque se trata de la protección de un ámbito cuyo menoscabo nos afecta a todos, y cuya valoración es cada día mayor -en cuanto espacio de necesaria convivencia de las actuales y futuras generaciones-.

21. Por ello, resulta simplemente imposible de comprender -salvo como respuesta a la presión de intereses particulares- que en un país como Chile, en el que se producen sucesivos y gravísimos atentados contra el equilibrio de los ecosistemas, en que normalmente se conoce con cierta claridad cuáles son las empresas en cuyo proceso productivo se han generado; que se sabe, además, en qué lugares se ha producido la contaminación, y cuál o cuáles son o serán los ecosistemas puestos en peligro o derechamente lesionados, como las llamadas “zonas de sacrificio” -lugares que mantienen altísimos y permanentes niveles de polución de la tierra, agua y/o aire, donde se ha producido la devastación de grandes ecosistemas; y, finalmente, habiendo quedado en evidencia que la institucionalidad ambiental ha sido insuficiente (debiendo muchas veces intervenir la justicia ordinaria), no se haya legislado ordenadamente para crear un articulado sobre la tutela penal medioambiental, sancionando las conductas más graves contra el equilibrio de los sistemas naturales, que hasta ahora resultan impunes -en respeto del

principio de legalidad-, o a lo sumo, son sancionadas administrativamente con multas, en una falta de proporcionalidad aberrante.

22. Considero irrefutable que resta mucho debate en torno a cómo proteger el medio ambiente por el Derecho Penal de una manera legítima (respetuosa de sus principios limitadores), que al mismo tiempo sea eficiente, y permita determinar adecuadamente a quién castigar. En ese entendido, la única posición que la dogmática penal no puede permitirse es aquella que se confina frente a los nuevos ámbitos de riesgos, resignando la posibilidad de incidir sólo a aquellos aspectos en los que sí posee las respuestas adecuadas. Ello implicaría asumir que el problema es el derrumbe del perfecto castillo de naipes construido por la dogmática respecto de los bienes jurídicos individuales, y no el cómo construir una dogmática del Derecho Penal que sirva a las nuevas necesidades de protección.

23. En efecto, como pareciera que las sociedades -y sus legisladores- seguirán discurriendo por los derroteros de la máxima seguridad y las mínimas garantías, considero un deber de la dogmática y la jurisprudencia penal, asumiendo el nuevo paradigma social, seguir poniendo en evidencia la colisión de -nuevos y viejos- tipos penales con los principios de un Derecho Penal de un Estado democrático de derecho, e intentando una interpretación conforme a aquellos. Un Derecho Penal que reconozca sus limitaciones y sus amenazas, pero que acoja en su seno los nuevos ámbitos que demandan su protección, frente a las nuevas formas de delincuencia y los nuevos delincuentes.

24. El desafío es entonces de cada uno de nosotros, y pasa por estar dispuestos a asumir que, probablemente, muchos de los naipes del castillo deben ser reacomodados, e incluso quizás sea indispensable deconstruir parte del mismo, como única forma de avanzar en el urgente diseño y construcción de una estructura más adecuada a los requerimientos de estos tiempos que, a su vez, mantenga incólumes los cimientos del castillo, a saber, cada uno de los principios que informan el Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- **ABEL SOUTO, MIGUEL.** *Teorías de la pena y límites al Ius Puniendi desde el Estado democrático.* Ed. Dilex, Madrid, 2006.
- **AGUADO CORREA, TERESA.** *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal,* Ed. Edersa, Madrid, 1999.
- **AGUIRRE, EDUARDO LUIS.** “**Baratta y el bien jurídico-penal**”. *SERTA: In memoriam Alexandri Baratta.* (Pérez Álvarez, Coord.), Eds. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN.** *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código Penal).* Ed. Comares, Granada, 2004.
- **ALBRECHT, PETER-ALEXIS.** “**El Derecho Penal en la intervención** de la política populista” (Robles Planas, trad.), en *La insostenible situación del Derecho penal,* Ed. Comares, Granada, 2000.
- **ALCACER GUIRAO, RAFAEL.** “**La protección del futuro** y los daños cumulativos”, en ADPCP, vol. LIV, 2001.
- **ALMENAR-MUÑOZ, MERCEDES.** “**Contaminación Atmosférica,** urbana y cambio climático”, en *Retos del desarrollo urbano sostenible e integrado,* (Alonso Ibáñez, Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, en www.tirantonline.com, TOL 6.870.600.
- **ALONSO ÁLAMO, MERCEDES.**
 - “**¿Riesgos no permitidos?** Observaciones sobre la incidencia del principio de precaución en el Derecho penal”, en *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, en www.tirantonline.com, TOL 4.549.683
 - “**¿Gestión del riesgo** o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico penal”, en *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado,* (Gómez Tomillo, coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, en www.tirantonline.com, TOL 4.549.679.
 - “**Bien jurídico material** y bien jurídico procedimental y discursivo”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas con motivo del setenta aniversario del profesor Vives Antón,* Tomo I. (Carbonell Mateu/González Cussac/Orts Berenguer Dirs.; Cuerda Arnau, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- **ALONSO GARCÍA, MARÍA CONSUELO.** “**La protección de la atmósfera**”, en *Tratado de Derecho Ambiental,* (Ortega Álvarez /Alonso García, Dirs.; De Vicente Martínez, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- **ARROYO ZAPATERO, LUIS**, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, DL 1981, Madrid.
- **BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE**.
 - o *Compliance y Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.
 - o “**La instrumentalización técnico-legislativa** de la protección penal del medio ambiente”, en *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Ed. Akal, Madrid, 1994
- **BECK, ULRICH**. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1986.
- **BERMÚDEZ SOTO, JORGE**, “**El derecho a vivir** en un medio ambiente libre de contaminación”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI*, Valparaíso, 2000.
- **BLANCO LOZANO, CARLOS**, *La protección del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*. Ed. Comares, Granada, 1997.
- **BOLEA BARDON, CAROLINA**.
 - o “**Tendencias sobre autoría y participación** en el ámbito de la criminalidad empresarial (especial referencia al concepto de autor en los delitos relativos al mercado y los consumidores)”, en *Derecho penal del Estado Social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, (Luzón Peña, Dir.), Ed. La Ley, España, 2010
 - o *Autoría Mediata en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- **BRANDARIZ GARCÍA, ÁNGEL**, “**Relaciones entre el Derecho Penal** y el Derecho Administrativo”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial*, (Faraldo Cabana, Dir.; Puente Aba, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, 2011.
- **BUSTOS RAMÍREZ, JUAN**
 - o *Manual de derecho penal: Parte especial*, 2ª ed., Ed. Ariel., Barcelona, 1991.
 - o *Control Social y Sistema Penal*, Colección el Sistema Penal, Ed. PPU, Barcelona, 1987.
 - o *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.
- **CANTARERO BANDRES, ROCÍO**. “**Análisis del actual tipo** penal y sus antecedentes”, en *El Delito Ecológico*, (Terradillos Basoco, Edit.), Ed. Trotta, Madrid, 1992.
- **CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS**. *Derecho Penal*:
 - o “**El principio general de libertad** y bienes jurídico-penales. Sobre la Prohibición de prohibir”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al*

- profesor Santiago Mir Puig*, (Silva Sánchez/Queralt Jiménez/Corcoy Bidasolo/Castiñeira Palou, Coords.), Ed. B de F, Buenos Aires, 2017.
- “**Sobre Tipicidad e Imputación**: Reflexiones Básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón* (De Toledo y Ubieto/ Gurdíel Sierra/ Cortés Bechiarelli, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
 - **Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales**, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- **CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN.**
- “**Incidencias de la reforma penal** de 2010 en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramo*, (Álvarez García/Cobos Gómez de Linares/Gómez Pavón/Manjón-Cabeza Olmeda, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, en www.tirantonline TOL 2.716.017.
 - “**Delitos contra los recursos naturales**, el medio ambiente, la flora, la fauna y los animales domésticos. disposiciones comunes”, en *Derecho Penal Español. Parte Especial*, (Cobo Del Rosal, Coord.), Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- **CARO CORIA, DINO CARLOS.** *El Derecho Penal Del Ambiente -Delitos y técnicas de tipificación -*. Ed. Gráfica Horizonte, 1ª Ed., Lima, 1999.
- **CARRASCO LUNA, ALEJANDRO,** “**Reconfiguración metabólica** y acumulación por desposesión: La industria minera del cobre y el caso de la minera los pelambres en la cuenca del río Choapa”, en *RE Diálogo Andino N°58*, Arica, marzo 2019, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rda/n58/0719-2681-rda-58-129.pdf>.
- **CASTALDO, ANDREA,** “**La concreción del riesgo** jurídicamente relevante”, en *Política criminal y nuevo derecho penal (Libro homenaje a Claus Roxin)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- **CASTELLÓ NICÁS, NURIA** “**Concepto, contenido y protección** del medio ambiente en el delito del artículo 325 del código penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma 5/2010 de 22 de junio)”, en *El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas*, (Castelló Nicás, Dir.), Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- **CEREZO MIR, JOSÉ.**
- *Curso de Derecho penal español. Parte General, Tomo I, Introducción.* 6ª Ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2005.
 - *Curso de Derecho penal español. Parte General, Tomo II, Teoría jurídica del delito,* 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004.
- **CESANO, JOSÉ DANIEL,** “**La imputación penal en el ámbito** de la empresa y las estructuras omisivas: Bases para su análisis”, en *Derecho Penal económico*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

- **CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO**, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- **CHOUKR, FAUZI HASSAN**. “Bases para comprensión e crítica do direito emergencial”, en *Derecho Penal y Estado de Derecho. Reflexiones entre la tensión entre riesgo y seguridad*. (Reyna Alfaro/Cuaresma Terán, Dirs.), Ed. B de F, Montevideo, 2008.
- **CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO**. “Introducción al Delito ecológico”, en *El Delito Ecológico*, (Terradillos Basoco, Edit.), Ed. Trotta, Madrid, 1992.
- **CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU**
 - “**Mecanismos de Atribución** de responsabilidad penal individual en la empresa. Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficial de cumplimiento”, texto inédito.
 - “**Prevención limitada versus Neo-retribucionismo**”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Ed. B D F, Buenos Aires, 2017.
 - “**Eficacia de la imputación “objetiva”**. Su aplicación a la solución de casos tradicionales y actuales”. *THEMIS: Revista de Derecho*, 68, 2015, <https://dialnet-unirioja-es.sire.ub.edu/servlet/catart?codigo=5727619>
 - “**Contaminación acústica**. ¿Delito de lesiones o contra el medio ambiente?, en *Estudios de Derecho Ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, (Quinteros Olivares/ Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
 - “**Protección de bienes jurídicos supraindividuales y Derecho Penal mínimo**”, en *Derecho penal del siglo XXI, Cuadernos de Derecho Penal VII-2007*. (Mir Puig, Dir.), Ed. Lerko Print, Madrid, 2008.
 - *El Delito Imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., Ed. B de F, Barcelona, 2005.
 - “**Límites objetivos y subjetivos** a la intervención penal en el control de riesgos”, en *La Política Criminal en Europa*, (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, Dirs.; Gómez Martín, Coord.), Ed. Atelier, Barcelona, 2004.
 - “**La distinción entre causalidad e imputación** objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e *indubio pro reo-*”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, 1ª ed., Madrid, 2002.
 - “**Protección penal del medio ambiente: Legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente**”, en *Derecho penal de la empresa*. (Corcoy Bidasolo, Dir.; Lara González, Coord.), Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.
 - “**Los Delitos contra la ordenación** de territorio y el Medio Ambiente”, en *Problemas Criminológicos en las Sociedades Complejas*, (Corcoy Bidasolo/ Ruidíaz García, Coords.), Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2000.

- *Delitos de peligro y Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- **CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU / GALLEGO SOLER, JOSÉ IGNACIO**, “*Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal*” (Comentario a la STC 177/199 de 11 de octubre). Actualidad Penal 8, 2000.
- **CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU/ VIVES REGO, JOSÉ**. “La evaluación del riesgo y el impacto (o daño) en el delito ecológico: Aspectos jurídicos y forenses”, en Revista del Poder Judicial 83, 2006.
- **CÓRDOBA RODA, JUAN**. “Consideraciones sobre el principio de legalidad”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, (Jorge Barreiro, Coord.), Ed. Civitas, Madrid, 2005.
- **CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN**, “Finalidad, imprudencia, e imputación”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I*, (García Valdés/Cuerda Riezu/Martínez Escamilla/Alcácer Guirao/Valle Mariscal De Gante, Coords.), Ed. Edisofer, Madrid, 2008.
- **CURY URZÚA, ENRIQUE**.
 - *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Ed. Universidad Católica de Chile, 2005.
 - *La ley penal en Blanco*, Ed. Temis, Bogotá, 1988.
- **DE LA CUESTA AGUADO, PAZ MARÍA**.
 - “la red para la protección ambiental en el Código Penal, tras la reforma de 2015: los resultados típicos”, en *LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Dr. Juan María Terradillos Basoco*, (De la Cuesta Aguado/Ruiz Rodríguez/Acale Sánchez/Hava García/Rodríguez Mesa/González Agudelo/Meini Méndez/Ríos Corvacho, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, 2018.
 - “Artículos 325-331”. en *Comentarios al CP*, (Arroyo Zapatero/ Berdugo Gómez de la Torre/ Ferré Olivé/ García Rivas/ Serrano Piedecabras/ Terradillos Basoco, Dirs.; Nieto Martín/ Pérez Cepeda, Coords.), Ed. Iustel, Madrid, 2007.
 - *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
 - “De los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes”, en *Derecho Penal del medio ambiente*, (Terradillos Basoco, Edit.), Ed. Trotta, Madrid, 1997.
- **DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS**, “Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015”, en *Rev. Penal*, nº 36 (Julio 2015), (De la Cuesta Arzamendi, Coord.), www.tirantonline.com TOL5.595.680.
- **DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J.** *Protección Penal de Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales*

para el ambiente amparados por una autorización administrativa ilícita, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996.

- **DE MIGUEL PERALES, CARLOS.** *Derecho español del medio ambiente*. 3ª ed., Ed. Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2009.
- **DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO,**
 - o *Tratado de Derecho Ambiental*, (Ortega Álvarez/ Alonso García, Dirs.; De Vicente Martínez, coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - o “**Derecho Penal del medio ambiente**”, en *Tratado de Derecho Ambiental* (Ortega Álvarez/ Alonso García, Dirs.; De Vicente Martínez, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- **DE VEGA RUIZ, José Augusto.** *El delito ecológico*. Ed. Colex, Madrid, 1991.
- **DEMETRIO CRESPO, EDUARDO,** “**Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados**”, en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, (Serrano-Piedecabras/ Demetrio Crespo, Dirs.), Ed. Colex, Madrid, 2008.
- **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL,** “**Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría**”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Segunda época, 123, III, diciembre 2017, ISSN: 0210-4059.
- **DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS.**
 - o *La política criminal en la encrucijada*. Colección estudios y debates en Derecho Penal nº3, (Silva Sánchez, Dir.) Ed. B de F, Montevideo- Bs. Aires, 2007.
 - o “**El abuso del sistema penal**”, *RECPC* 19-01(2017), <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-01.pdf>
- **DOVAL PAIS, ANTONIO,** *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- **DURÁN, ALICIA,** “**Un modelo científico para abordar la sostenibilidad socioecológica**”, en *Perdurar en un Planeta Habitable. Ciencia, Tecnología y Sostenibilidad*, (Riechmann, Coord.), Ed. Icaria, Barcelona, 2006.
- **DURÁN MEDINA, VALENTINA/ INSUNZA CORVALÁN, XIMENA,** “**VI. Observaciones del centro de derecho ambiental al anteproyecto de código penal 2018.**”, en Informe de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, remitido a requerimiento del Ministerio de Justicia y DDHH, http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/12/UChile_Informe_AnteproyectoCodigoPenal2018.pdf
- **ENRICO PALIERO, CARLO.** “**La doble función del bien jurídico en el ordenamiento jurídico italiano**”, (Carpio Briz/Fernández Bautista, Trads.), en

Constitución y principios del Derecho penal: Algunas bases constitucionales, (Mir Puig/ Queralt Jiménez Dirs.; Fernández Bautista Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- **ESTEVE PARDO, JOSÉ.**
 - *Derecho del Medio Ambiente*, 4ª Ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.
 - *Estado Garante. Idea y realidad*. Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2015.
 - “**Convivir con el riesgo**, la determinación del riesgo permitido”, en *Derecho, Globalización, riesgo y medio ambiente*, (Pérez Alonso, Coord.; Arana García/ Pérez Alonso/ Mercado Pacheco/ Serrano Moreno/ Fuentes Osorio, Edits.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, en www.tirantonline.com, TOL2.671.906.
- **ETCHEBERRY, ALFREDO**, “¿Hacia el fin de los delitos de comisión por omisión?”, en *estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, (García Valdés/Cuerda Riezu/Martínez Escamilla/Alcácer Guirao/Valle Mariscal de gante, Coords.), T.II, Ed. Edifoser, Madrid, 2008.
- **FARALDO CABANA, PATRICIA.**
 - “**Problemas de atribución** de responsabilidad penal derivados de la estructura jerárquica de la empresa”, en *Estudios de Derecho Ambiental, Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, (Quinteros Olivares/ Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
 - “**Posibilidades de aplicación de la autoría** mediata con aparatos organizados de poder en la empresa”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, (Serrano-Piedecabras/ Demetrio Crespo, Dirs.), Ed. Colex, Madrid, 2008
- **FELJOO SÁNCHEZ, BERNARDO.**
 - “**Funcionalismo y teoría** del bien jurídico”, en *Constitución y principios del Derecho penal: Algunas bases constitucionales*. (Mir Puig/Queralt Jiménez Dirs.; Fernández Bautista, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
 - **Cuestiones actuales de Derecho** penal económico, Ed. B de F, Montevideo, 2009.
 - “**Autoría y participación** en organizaciones empresariales complejas”, en *Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas redondas: Derecho y economía*, (Bajo Fernández, Dir.; Bacigalupo, S./ Gómez-Jara Díez, Coords.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008.
 - “**Seguridad colectiva** y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, (Jorge Barreiro, Coord.), Ed. Civitas, Madrid, 2005.

- **Resultado Lesivo e Imprudencia.** *Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- **FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER GUSTAVO**, “**Sobre la imputación de omisiones lesivas del medio ambiente en el ámbito de estructuras empresariales: aproximación a la realidad y criterios jurisprudenciales**”, en *Estudios de Derecho Ambiental, Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, (Quinteros Olivares/ Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- **FERRAJOLI, LUIGI**, “**Garantías y derecho penal**”, en *Garantismo y Derecho penal*, (Sotomayor Acosta, Coord.), Ed. Temis S.A., Bogotá, 2006.
- **FRISCH, WOLFGANG**
 - “**Problemas fundamentales** de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad del a empresa y de la división del trabajo”, (Paredes Castañón, trad.), en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, (Mir Puig/Luzón Peña, Coords.), Ed. Bosch, Barcelona, 1996.
 - **Comportamiento típico e imputación del resultado**, (Cuello Contreras/ Serrano González de Murillo, trads.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- **FRISCH, WOLFGANG/ ROBLES PLANAS, RICARDO**, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho pena*, 2ª ed., Ed. B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2006.
- **FUENTES OSORIO, JUAN**, “**Accesoriedad administrativa y Delito Ecológico**”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, (Pérez Alonso, Coord.; Arana García/ Mercado Pacheco/Serrano Moreno/Fuentes Osorio, Edits.), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, www.tirantonline.com, TOL 2.672.042.
- **GALLEGO SOLER, JOSÉ IGNACIO**.
 - “**Criterios de determinación de la responsabilidad individual** en las estructuras empresariales”, en *Empresa y Derecho Penal*. Ed. UCAB, Caracas, 2004.
 - “**Criterios de imputación de la autoría** en las organizaciones empresariales”, *Derecho Penal Económico*, Estudios de Derecho Judicial N°72, 2006.
- **GARCÍA ALBERO, RAMÓN**. “**De los delitos contra la salud pública**”, en *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*. (Quintero Olivares, Dir.; Morales Prat, Coord.), 7ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- **GARCÍA RIVAS, NICOLÁS**. *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*. Ed. Praxis, Barcelona, 1998.
- **GARCÍA RUIZ, ASCENCIÓN**. *GREEN CRIMINOLOGY. El ruido: un intruso en el Derecho penal medioambiental*, Ed. Edifoser/ B de F, 2017.
- **GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO**, *Introducción al derecho penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, 5ª ed., Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

- **GIBAND, DAVID/ VICENTE RUFÍ, JOAN**, “**Los espacios transfronterizos europeos**: ¿un objeto geográfico de difícil definición? Una aproximación desde la perspectiva de los *soft spaces*”, en *Revista electrónica Documents d’Anàlisi Geogràfica*, <https://doi.org/10.5565/rev/dag.520>
- **GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE**,
 - “**Comportamiento típico e imputación** del resultado”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, (Silva Sánchez/ Queralt Jiménez/ Corcoy Bidasolo/ Castiñeira Palou, Coords.; Julio Faira, Edit.) Ed. B de F, Barcelona, 2017.
 - “**Art. 11**”, en *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, (Cobo del Rosal, Dir.), Ed. Edersa, Madrid, 1999.
- **GÓMEZ INIESTA, DIEGO J.**, “**Contaminación acústica** y delito ecológico”, en *Estudios de Derecho Ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, (Quinteros Olivares/ Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- **GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS**,
 - “**Aspectos sustantivos** relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La ley, Madrid, 2011.
 - “**¿Imputabilidad de las personas jurídicas?**”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, (Jorge Barreiro, Coord.), Ed. Civitas, Madrid, 2005.
- **GÓMEZ MARTIN, VÍCTOR**.
 - “**Penas para personas jurídicas**: ¿ovejas con piel de lobo?”, en *Prisión y alternativas en el nuevo código penal tras la reforma 2015*, (Ortubay Fuentes/Garo Carrera, Coords.; Lando Gorostiza, Dir.), Ed. Dykinson, 2017.
 - “**Falsa alarma**: *societas delinquere non potest*, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, (Ontiveros Alonso, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, en www.tirantonline.com, TOL 4.059.987.
 - “**Cultura del control, sociedad** del riesgo y política criminal”, en *Política criminal y reforma penal*, (Gómez Martín, Coord.; Mir Puig/Corcoy Bidasolo, Dirs.), Ed. Edifoser, Madrid, 2007.
 - *Los delitos especiales*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- **GÓMEZ TOMILLO, MANUEL**, “**El principio de precaución** en el Derecho Penal. Contribución político criminal a los delitos de riesgo normativo”, en *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado*, (Gómez Tomillo, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, en www.tirantonline.com, TOL 4.549.682.
- **GONZÁLEZ BONDIA, ALFONSO/ QUINTEROS OLIVARES, GONZALO/ FALLADA GARCÍA-VALLE, JUAN**, “**La protección del bien jurídico** protegido a partir de la Constitución”, en *Derecho Penal Constitucional*, (Quinteros Olivares/

Jaria i Manzano, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, en www.tirantonline.com, TOL 5.418.221.

- **GÓRRIZ ROYO, ELENA.** *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- **GRACIA MARTIN, LUIS.**
 - “**Sobre las inconcebibles naturalezas** y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» “*un hecho subsumible en el concepto categorial de injusto personal, es decir, uno constituido por la realización personal u omisión de una acción contrarias a una norma de determinación (de conducta) precisamente y solo determinación por el sujeto a quien deberá aplicarse la pena o sanción* u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas”, *LIBER AMICORUM*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^o Terradillos Basoco*, (De la Cuesta Aguado/Ruiz Rodríguez/Acale Sánchez/Hava García/Rodríguez Mesa/González Agudelo/Meini Méndez/Ríos Corbacho, Coords), Ed. Tirant lo Blanch, 2018, en www.tirantonline.com, TOL 6.932.366.
 - “**Algunas reflexiones sobre** la pretendida contrariedad del Derecho Penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas con motivo del setenta aniversario del profesor Vives Antón*. Tomo I., (Carbonell Mateu/González Cussac/Orts Berenguer, Dirs.; Cuerda Arnau, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2009.
 - *Prolegómenos para la lucha por la modernización y la expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
 - “**Los delitos de comisión por omisión** (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001.
- **HASSEMER, WINFRIED.**
 - “**¿Puede haber delitos** que no afecten a un bien jurídico penal?”, (Spínola Tártalo, Trad.), en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, (Ortiz de Urbina Gimeno/Ragués i Vallés/Greco, Dirs.; Alcácer Guirao/Martín Lorenzo/Ortiz de Urbina, Edits. en español), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.
 - “**El derecho penal del estado** de derecho en los tiempos del terrorismo”, (Chirino Sánchez, Trad.), en *Derecho Penal y Estado de Derecho. Reflexiones entre la tensión entre riesgo y seguridad*, (Reyna Alfaro/Cuaresma Terán Dirs.), Ed. B de F, Montevideo, 2008.
 - *Críticas al derecho penal de hoy*, (Ziffer, trad.), Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

- **HASSEMER, WINFRIED / MUÑOZ CONDE, FRANCISCO.** *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- **HAVA GARCÍA, ESTHER.**
 - o “**La investigación en Derecho Penal**”, en *LIBER AMICORUM, Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. H.c. Juan María Terradillos Basoco*, (De la Cuesta Aguado/Ruíz Rodríguez/Acale Sánchez/Hava García/Rodríguez Mesa/González Agudelo/Meini Méndez/ Ríos Corvacho, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, 2018, en www.tirantonline.com, TOL 6.932.362.
 - o “**Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente**”, en *Derecho Penal Español Parte Especial (II)*, (Álvarez García, Dir.; Manjón-Cabeza Olmeda/ Ventura Püschel. Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
 - o *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- **HEFENDEHL, ROLAND.** “**El bien jurídico como eje material de la norma penal**”, (Martín Lorenzo Trad.), en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, (Ortiz de Urbina Gimeno/Ragués i Vallés/ Greco, Dirs.; Alcácer Guirao/Martín Lorenzo/Ortiz de Urbina, Edits en español), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.
- **HEINE, GÜNTER,** “**Modelos de responsabilidad jurídico-penal originarias de la empresa**”, (Gómez-Jara Díez, Trad.), en *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas*, (Gómez-Jara Díez, Ed.), Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- **HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR,** “**Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa**”, en *Derecho Penal económico*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012.
- **HERZOG, FÉLIX.** “**Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo -Perspectivas más allá del Derecho Penal-**”, (Demetrio Crespo, trad.), en *Crítica y justificación Del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, (Arroyo Zapatero/ Neumann/ Nieto Martín, Coords.), Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- **HORMAZABAL MALAARÉ, HERNÁN.** “**El delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal**”, en *El Delito Ecológico*, (Terradillos Basoco, Edit.), Ed. Trotta, Madrid, 1992.
- **HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS.**
 - o *Protección penal de la seguridad del trabajo. Una aproximación a la configuración del Derecho penal en la “sociedad del riesgo*”, Ed. Atelier, Barcelona, 2005.
 - o “**El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular**”, *ADPCP* Núm. LVII, enero 2004.

- **JAVATO MARTÍN, ANTONIO MARÍA**, “**Art. 328**”, en *Comentarios al Código Penal*, segunda época, Tomo X, vol. II. (Cobo del Rosal, Dir.), Madrid, 2006.
- **JAKOBS, GÜNTER**. “**Imputación Jurídico Penal**. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma”. (Sánchez-Vera Gómez-Tréllez, trad.), *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro homenaje a Hans Welzel*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998.
- **JORGE BARREIRO, AGUSTÍN**. “**El Bien Jurídico protegido** en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”, en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento español*, (Jorge Barreiro, Dir.; Cancio Meliá, Coord.), Ed. Comares, Granada, 2005.
- **JIMÉNEZ DE AZÚA, JOSÉ**, *Tratado de Derecho Penal. Tomo V. La Culpabilidad*, 3ª Ed., Ed. Losada, Buenos Aires, 1976.
- **KARGL, WALTER**, “**Protección de bienes jurídicos** mediante protección de derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, en *La Insostenible situación del Derecho Penal*, Ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Área del Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Ed. Española, Granada, 2000.
- **KAUFMANN, ARMIN**. *Dogmática de los delitos de omisión impropia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- **KINDHÄUSER, URS KONRAD**. “**Acerca de la legitimidad** de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico”. (Molina Fernández, Trad.), en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Estudios Jurídicos, Derecho Público*, 4. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- **LARRAURI PIJOAN, ELENA**, “**Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo**”, *Garantismo y Derecho penal*. (Sotomayor Acosta, Coord.), Ed. Temis, Bogotá, 2006.
- **LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO**,
 - “**La responsabilidad Penal individual** en los delitos de empresa”, en *Derecho Penal y económico de la Empresa*, (De la Mata Barranco/ Dopico Gómez-Aller/ Lascuraín Vásquez/ Nieto Martín, Dirs.) Ed. Dykinson, Madrid 2018.
 - “**Elogio del artículo 325** del Código penal”, en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, (Jorge Barreiro, Dir.; Cancio Meliá, Coord.), Ed. Comares, Granada, 2005.
 - *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
- **LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS**, *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo código penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

- **LAURENZO COPELLO, PATRICIA**, *Dolo y Conocimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- **LOPERENA ROTA, DEMETRIO**.
 - “**Desarrollo sostenible** y biodiversidad”, en *Actas del V Congreso Nacional de Derecho Ambiental: in memoriam Raúl Brañes*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
 - *El derecho al medio ambiente adecuado*, Ed. Civitas, 1ª reimpresión, Madrid, 1998.
- **LOZANO CUTANDA, BLANCA**. *Derecho Ambiental Administrativo*. 10ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- **LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL**.
 - “**Omisión impropia o comisión** por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación”, *Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 6, 2017 (julio), ISSN: 2254-6278.
 - *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, (E-Book), Valencia, 2016.
- **MANTOVANI, FERRANDO**, “**La obligación de garantía** reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal”, (Peris Riera, trad.), en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001.
- **MARGALEF I LÓPEZ, RAMÓN**. *Teoría de los sistemas ecológicos*, 2ª ed., Ed. Publicacions Universitat de Barcelona, Barcelona, 1993.
- **MARQUÈS I BANQUÉ, MARÍA**. “**Problemas de legitimación** del Derecho Penal del miedo”, en *Política Criminal*, vol. 12, nº 24, (diciembre, 2017), <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol12N24A2.pdf>
- **MARTÍN, ANTONIO/ SANTAMARÍA, JESÚS MIGUEL**. *Diccionario Terminológico de contaminación ambiental*. Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 2000.
- **MARTÍN MATEO, RAMÓN**. *Manual de Derecho Ambiental*. 3ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- **MARTÍNEZ ATAZ, ERNESTO / DÍAZ DE MERA MORALES, YOLANDA**, “**Contaminación Atmosférica**”, en *Contaminación Atmosférica*, (Martínez Ataz/ Díaz de Mera Morales, Coords.), Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004.
- **MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA**, *La imputación objetiva del resultado*, Ed. Edersa, Madrid, 1992.

- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ CARLOS.**
 - “**Un nuevo despropósito jurídico** en el caso Prestige: ahora el Tribunal Supremo (comentario a la STS n° 865/2015, Sala Segunda, de lo penal, de 14 de enero de 2016), en *Rev. Penal*, n° 39 (febrero, 2017), en www.tirantonline.com, TOL 5.953.006.
 - “**Los delitos de peligro** en el Derecho penal Económico y empresarial”, en *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, (Serrano Piedecasas/ Demetrio Crespo, Dirs.), Ed. Constitución y Leyes, Madrid, 2010.
 - “**Algunas reflexiones sobre** la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (Especial referencia al ámbito económico)”, en *Mutaciones de leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, (Portilla Contreras Coord.), Ed. Akal, Madrid, 2005.
 - “**Delitos relativos a la ordenación del territorio** y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, (Vives Antón/ Orts Berenguer/ Carbonell Mateu/ González Cussac/ Martínez-Buján Pérez, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
 - “**La ciencia del derecho** penal ante el nuevo siglo”, en *Libro homenaje al profesor José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.
 - “**Protección penal del medio ambiente** y personas jurídicas”, en *Estudios de Derecho Ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. (Quinteros Olivares/ Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- **MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO**, *El delito de contaminación acústica*, Ed. Iustel, Madrid, 2010.
- **MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA**. *Derecho penal del medio ambiente*. Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- **MEINI, IVÁN**, “**Sobre la interpretación** en Derecho Penal”, en *LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr.h.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, (De la Cuesta Aguado/ Ruiz Rodríguez/ Acale Sánchez/ Hava García/ Rodríguez Mesa/ González Agudelo/ Meini Méndez/ Ríos Corbacho, Coords), Ed. Tirant lo Blanch, 2018, en www.tirantonline.com, TOL6.932.362.
- **MENDO ESTRELLA, ÁLVARO**. *El delito ecológico del artículo 325.1 del Código penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- **MENDOZA BUERGO, BLANCA**
 - “**El delito ecológico: Configuración típica**, estructuras y modelos de configuración”, en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento español*, (Jorge Barreiro Dir.; Cancio Meliá, Coord.), Ed. Comares, Granada, 2005.
 - “**El delito ecológico y sus técnicas** de tipificación”, *Revista Actualidad Penal* 13, 25-31 de marzo, *La Ley* 2002, en <http://www.ecoiurislapagina.com/biblio/articulos/art125.htm>.
 - *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Ed. Civitas, Madrid, 2001.

- *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Ed. Comares, Granada, 2001.
- **MIR PUIG, SANTIAGO**
 - *Derecho Penal, Parte General*, 11ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2015.
 - “**Límites del normativismo** en derecho penal”, en *Derecho penal del siglo XXI. Cuadernos de Derecho Penal VII-2007*, (Mir Puig, Dir.), Ed. Lerko Print, Madrid, 2008.
 - “**Valoraciones, normas y antijuridicidad penal**”, *RECPC* 06-02(2004), en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>.
 - “**Comentarios** al capítulo primero del título primero del libro primero del nuevo Código Penal”. *RJCat*, 1997-2.
 - “**Bien jurídico y bien jurídico-penal** como límite del "Ius puniendi"”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIV (1991). Cursos e Congresos nº 64 Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-731-9.
- **MIRANDA ABANZÚA, HERNÁN, Delitos contra el medio ambiente. El principio de precaución como criterio para la imputación objetiva. Una aproximación**, Ed. Ibañez, Bogotá, 2017.
- **MONTANER FERNÁNDEZ, RAQUEL**
 - “**Los delitos contra el medio ambiente**”, en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, (Silva Sánchez, Dir.; Pastor Muñoz, Coord.), Ed. La ley, Madrid, 2012.
 - “**La posible responsabilidad penal del auditor ambiental**”, *InDret*. En *Revista para el análisis del Derecho*, 2/2012.
 - *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*. Ed. Atelier, Barcelona, 2008.
- **MORALES PRATS, FERMÍN, “El delito de contaminación ambiental: Análisis del artículo 325.1 CP. La relación entre Derecho Penal y Derecho administrativo ambiental**”, en *Estudios de Derecho Ambiental, Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, (Quinteros Olivares/Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- **MORILLAS CUEVA, LORENZO, “La doble posición del dolo y de la imprudencia en la perspectiva de una teoría unitaria del delito**”, en *Cuadernos de Política Criminal*, segunda época, 91, 2007, ISSN: 0210-4059.
- **MÜLLER-TUCKFELD, JENS CHRISTIAN. “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente**”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, (Iñigo Corroza/Pastor Muñoz/Ragués i Vallés, trads.), Ed. Comares, Granada, 2000.
- **MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Derecho Penal. Parte Especial**, 21ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- **MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/ GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.**
- **PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL**
 - o “**El Derecho Penal Español** del medioambiente: una evaluación crítica”, en *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, (Álvarez García/ Cobos Gómez de Linares/ Gómez Pavón/ Manjón-Cabeza Olmeda/ Martínez Guerra, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, en www.tirantonline.com TOL 2.716.019.
 - o “**La accesoriadad administrativa** de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales”, en *Estudios de Derecho Ambiental. Libro en Homenaje al Profesor Josep Miquel Prats Canut*, (Quintero Olivares/Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- **PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE, “Autoría y participación** en la empresa”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, (Serrano-Piedecabras/ Demetrio Crespo, Dirs.), Ed. Colex, Madrid, 2008.
- **PÉREZ ALONSO, ESTEBAN, “Expansión, riesgo y principio** de precaución en Derecho Penal”, *Derecho, Globalización, riesgo y medio ambiente*, (Pérez Alonso, Coord.; Arana García/Pérez Alonso/ Mercado Pacheco/Serrano Moreno/Fuentes Osorio, Edits.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, en www.tirantonline.com, TOL 2.671.901.
- **PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *La prohibición constitucional de incurrir en Bis in Idem***, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- **PÉREZ MARTOS, JOSÉ, *Ordenación jurídica del ruido***, Ed. Montecorvo, Madrid, 2003.
- **POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO/ MATUS ACUÑA, JEAN FIERRE/ RAMÍREZ G., MARÍA CECILIA, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.**
- **PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO**
 - o “**Complicidad omisiva de garantes** en delitos comisivos”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T.II, (García Valdés/ Cuerda Riezu/ Martínez Escamilla/ Alcácer Guirao/ Valle Mariscal de Gante, Coords), Ed. Edifoser, Madrid, 2008.
 - o “**Los excesos del formalismo** jurídico neofuncionalista en el normativismo del derecho penal”, en *Mutaciones de leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, (Portilla Contreras, Coord.), Ed. Akal, Madrid, 2005.
 - o “**La supuesta crisis** de la teoría del bien jurídico: la tensión entre *Iuspositivismo* y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la

inmanencia del derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, (De Toledo y Ubieto/ Gurdíel Sierra/ Cortés Bechiarelli Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- **PRATS CANUT, JOSEP/ MARQUÈS I BANQUÉ, MARÍA.** “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, (Quintero Olivares Dir., Morales Prats, Coord.), 7ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- **PRATS CANUT, JOSEP/ MARQUÈS I BANQUÉ, MARÍA/ MORÁN MORA, CAROLINA.** *Derecho Penal Ambiental y Derecho Comunitario. La Directiva IP*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- **PRAT GARCÍA, JOSEP/ SOLER MATUTES, PEDRO.** *El Delito ecológico: jurisprudencia actual comentada: incluye las SSTC 42/1999 y 177/1999*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2000.
- **PRITTWITZ, CORNELIUS,** “Sociedad de riesgo y derecho penal” (Nieto Martín/ Demetrio Crespo, trads.), en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. (Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, Coords.), Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- **PUENTE ABA, LUZ MARÍA,** “Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial*, (Faraldo Cabana, Dir.; Puente Aba, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, 2011.
- **PUPPE, INGEBORG,** *La imputación Objetiva, presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, (García Caveró, Trad.), Ed. Comares, Granada, 2001.
- **QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA,** *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- **QUERALT JIMÉNEZ, JOAN JOSEP.** *Derecho Penal Español. Parte Especial*, , 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, 1992.
- **QUINTERO OLIVARES, GONZALO,** “Los Objetos de la contaminación”, en *Derecho Penal Ambiental (Parte Especial)*, (Quintero Olivares/ Jaria i Manzano Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, 2013, en www.tirantonline.com, TOL 3.956.417.
- **RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN,** *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999.
- **RENART GARCÍA, FELIPE** “Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena (Análisis del art. 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, a la luz de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal)”, *RECPC* 17-14 (2015), en <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-14.pdf>

- **RICKLEFS, ROBERT E.** “Invitación a la Ecología”, en *La Economía de la Naturaleza*, Ed. Médica Panamericana, Buenos Aires, 2001.
- **RIECHMANN, JORGE**, “Necesitamos científicos y tecnólogos conscientes de su responsabilidad ecosocial, selección de textos”, en *Perdurar en un Planeta Habitable, Ciencia, Tecnología y Sostenibilidad*, (Riechmann, Coord.), Ed. Icaria, Barcelona, 2006.
- **ROBLES PLANAS, RICARDO**, “Normatividad e imputación objetiva: respuesta a la recensión de Feijóo Sánchez a Frisch/Robles Planas, Desvalorar e imputar (2005)”, Barcelona, *InDret* 3/2006.
- **RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR.** *Protección penal y medio ambiente*, Ed. PPU, Barcelona, 1994.
- **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO/ OLMEDO CARDENETE, MIGUEL**, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Comentarios al Código penal. Segunda época. Tomo X, vol. 2*, (Cobo del Rosal, Dir.), Ed. CESEJ, Madrid, 2006.
- **RODRÍGUEZ LÓPEZ, PEDRO.** *Medio Ambiente, Territorio, Urbanismo y Derecho Penal. La Administración Pública como garante*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.
- **RODRÍGUEZ MESA, MARÍA JOSÉ**, *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- **RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA**, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Ed. Gráficas Arias Montano, Madrid, 1994.
- **ROMÁN ORTEGA, FRANCISCO.** *Diccionario de Medio Ambiente y materias afines*. Ed. Fundación Confemetal, Madrid, 1999.
- **ROMEIO CASABONA, CARLOS.**
 - o “Conocimiento científico y causalidad en el Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, (Romeo Casabona/ Sánchez Lázaro, Edits.; Armaza Armaza. Coord.), Edit. Comares, 2010.
 - o “Sobre la estructura monista del dolo”. Diario *La Ley* nº 6219, 2005, D-74.
- **ROXIN, CLAUS**, *Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., (Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, trads.), Ed. Civitas, Madrid, 1997. (2015).
- **SANTANA VEGA, DULCE MARÍA.**
 - o *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
 - o *El concepto de ley penal en blanco*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

- **SANZ LARRUGA, FRANCISCO JAVIER**, *La protección jurídica ante las radiaciones y la contaminación electromagnética*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- **SANZ MULAS, NIEVES**, “**El Derecho penal del enemigo** y la obstinación de justificar lo injustificable”, en *Un derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove*, (Muñoz Conde/Lorenzo Salgado/Ferré Olivé/Cortés Bechiarelli/Núñez Paz, Dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, en www.tirantonline.com, TOL 2.295.017.
- **SCHÜNEMANN, BERND**
 - “**El principio de protección de bienes** jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, (Martín Lorenzo/Feldmann, trads.), en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, (Ortiz de Urbina Gimeno/Ragués i Vallés/ Greco, Dirs.; Alcácer Guirao/Martín Lorenzo/Ortiz de Urbina, Edits. en español), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.
 - *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.
 - *¿El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos? Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, (De la Torre Benítez, Trad.), Ed. Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
 - “**Sobre la dogmática** y la política criminal del derecho penal del medio ambiente”, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
 - *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, (Cancio Meliá, Trad.), Ed. Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- **SEHER, GERHARD**, “**la legitimación de normas** penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, (Alcácer Guirao, trad.), en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, (Ortiz de Urbina Gimeno/Ragués i Vallés/Greco, Dirs.; Hefendehl, Edit.; Alcácer Guirao/Martín Lorenzo/Ortiz de Urbina, Edits. en español), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.
- **SERRANO, JOSÉ LUIS**. *Principios de Derecho Ambiental y ecología jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, 2007.
- **SERRANO GÓMEZ, ALFONSO/ SERRANO MAÍLLO, ALFONSO**
 - *Derecho penal. Parte especial*. 14ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2009.

- **Delitos contra los recursos naturales** y el medio ambiente, en *Derecho penal. Parte especial*. 12ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2007
- **SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA**
 - *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2ª ed. Ampliada y actualizada, Ed. B de F, Buenos Aires, 2010.
 - **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 3º ed., Ed. B de F, Montevideo, 2006.
 - *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Ed. B de F, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2003.
 - *Delitos contra el Medio Ambiente*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
 - “**Art. 11**”, *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, (Cobo del Rosal, Dir.), Ed. Edersa, Madrid, 1999.
 - “**Criterios de asignación de responsabilidad** en estructuras jerárquicas”, en *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
 - “**¿Protección Penal del Medio Ambiente?**, Texto y contexto del artículo 325 del Código Penal”. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 1997-3.
- **SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA/ MONTANER FERNÁNDEZ, RAQUEL**. *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma Legal y aplicación judicial*. Ed. Atelier, Barcelona, 2012.
- **SOTO NAVARRO, SUSANA**. *La Protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003.
- **STAECHELIN, GREGOR**. “**¿Es compatible “la prohibición de infraprotección” con una concepción liberal del Derecho penal?**”, (Felip i Saborit, trad.), en *La insostenible situación del Derecho penal*, (Del Arco Torres. Dir.), Ed. Comares, Granada, 2000.
- **STRATENWERTH, GÜNTER**. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, (Cancio Meliá/Sancinetti, Trads.), Ed. Aranzadi, Navarra, 2005.
- **SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS**, “**La protección del medio ambiente en la constitución española**”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*. (Faraldo Cabana/ Puente Aba, Dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- **SZCZARANSKI, FEDERICO**. “**Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra**”, en *Política Criminal*, vol. 7, nº 14, (diciembre, 2012), <http://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol7N14A5.pdf>

- **TERRADILLOS BASOCO, JUAN**, “**Delitos relativos a la protección** del patrimonio histórico y del Medio ambiente”, en *Derecho Penal del Medio Ambiente*, Ed. Trotta, Madrid, 1997.
- **TIEDEMANN, KLAUS**, *Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad*, (Abanto Vásquez, Trad.), Ed. Moreno, Lima, 2000.
- **VARGAS PINTO, TATIANA**.
 - o *Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos*, 2ª ed., Ed. Legal Publishing Chile, 2011.
 - o *Delitos de peligro abstracto y de resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2007.
- **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO**, “**Imputación objetiva y ley penal**”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, (García Valdés/ Cuerda Riezu/ Martínez Escamilla/Valle Mariscal del Gante, Coords.), Ed. Edifoser, Madrid, 2008.
- **VERCHER NOGUERA, ANTONIO**.
 - o “**El ruido como elemento** integrante del medio ambiente y su protección penal”, en *Derechos, justicia y estado constitucional. Un tributo a Miguel C. Miravet*, (Añón, Mª José/Miravet Bergón, Pablo, Edits.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
 - o “**Responsabilidad Penal Ambiental**”, en *La Responsabilidad ambiental: penal, civil, y administrativa*, Vercher Noguera/ Castañón del Valle/ Díez-Picazo Giménez . Ed. Ecoiuris, Madrid, 2003.
- **VIVES-REGO, JOSÉ**. *Los dilemas medioambientales del siglo XXI ante la ecoética. Los grandes retos ecológicos de los políticos, las empresas y la ciudadanía*, Ed. Bubok Publishing, Madrid, 2010.
- **VIVES-REGO, JOSÉ/CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU/NIEVA FENOLL, JORDI**, “**Delito medioambiental y delito** contra la salud pública: Problemas terminológicos jurídicos y científicos de la legislación actual y propuestas de *lege ferenda*”, en *RE Medio ambiente & Derecho*, nº 16, 2007.
- **WARK, KENNETH/ WARNER, CECIL F.** *Contaminación del Aire. Origen y Control*. (García Ferrer, trad.), Ed. LIMUSA NORIEGA, México, 1997.
- **WOLTER, JURGEN**, “**Imputación objetiva y personal** a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*”, en *El Sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales*, (Shünemann, Coord.), Ed. B de F, Buenos Aires, 2012.
- **ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL**.
 - o *El enemigo en el Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

- **“Globalización y Crimen Organizado”**, en <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/8globalizacioncrimen.pdf>
- **ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL**, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- **ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL/ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA**, “Responsabilidad criminal individual y empresarial en los delitos contra el medio ambiente”, en *Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, (Quinteros Olivares/ Morales Prats, Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ÍNDICE LEGISLATIVO

- **Declaraciones, Convenios y Tratados Internacionales**

- Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, art. 86, art 87.
- Convención de Ginebra, de 13 de noviembre de 1979, Sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Larga Distancia, firmada en el marco de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, que entró en vigor tras la aprobación de la Decisión (81/462/CEE) de la Comunidad Económica Europea. Art 1 b.

- **Legislación Europea**

- Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, publicada en el DO el 06 de diciembre, relativa a la Protección del Medio Ambiente Mediante en el Derecho Penal. Art. 3, art.5, art 36.
- Directiva 2009/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones. Art. 5 Bis.1, art 5 bis 3.
- Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

- **Legislación Española**

- Constitución Política de España. (CE). Art. 1, art. 15, art. 18, art. 25, art. 25.1, art. 43, art. 45, art. 45.1, art. 45.2, art. 81.1, art. 82.1, art. 86, art. 148.1.9ª, art 149.1, art. 149.1.6ª, art. 149.1.23ª.
 - El Código Penal de España (CPE), vigente desde LO 10/1995, de 23 de noviembre, con las modificaciones introducidas la LO 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo. Art. 11, art. 12, art. 18, art. 31, art 31 bis, art. 33, art. 66.1, art. 66 bis, art. 173, art. 178, art. 208, art. 247, art. 301.1, art 301.3, art 316, art. 325, art. 326, art. 326 bis, art. 328, art. 329, art. 331, art.332, art. 337, art 337 bis, art. 339, art. 343.1, art 348, art 350, art. 362.
- LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, art. 325, art. 325.1, art. 325.2, art 328.1
- LO 5/2010, de 22 de junio (BOE 23 de junio), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, art 31 bis, art. 328.
 - LO 15/2003, de 25 de noviembre, reforma a la LO 10/1995, de 23 de noviembre, art. 31.1.

- LO 10/1995, art 325, art 326.
- LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, art. 23.
- LO 8/1983, de 25 de junio, reforma urgente del Código Penal, art. 15 Bis, art. 347 bis.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, art. 13.
- Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, art. 3, letra d).
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, art 133.
- RD 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados, art. 2. a).
- RD 849/1986, de 11 de abril, reglamentario de la ley de Aguas (29 de 1985), art. 245.
- Anexo 1 de la Orden Ministerial de 18 de octubre de 1976, dictada en desarrollo de la Ley 38/1972 de 22 de diciembre y subsiguiente Decreto 833/1975 de 6 de febrero.

- **Legislación chilena:**

- Constitución Política de Chile (CCH). Art. 1, art. 3, art. 19, art. 19 N° 3, art. 19 N° 8, art. 20.
- Código de Aguas. Art. 1, art. 2.
- Código de Justicia Militar. Art. 299 N° 3, art. 431, art 433
- Código Orgánico de Tribunales. Art. 157.
- Código Penal de Chile (CPCH). Art. 5, art. 6, art. 7, art 268 septies, art. 285, art 289, art 291, art. 315, art. 391, art. 440 n° 1, art. 449, art. 450, art. 456 Bis A, art. 490.
- LOC 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1994, art. 1, art. 2, art. 13, art 24, art. 25, art 25 quinquies art 42, art 1° transitorio
- Ley 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura publicada en el Diario Oficial con fecha 23 de diciembre de 1989. Art 135, art 135 bis, art 136, art 137
- Ley 18.290 publicada en el Diario Oficial con fecha 7 de febrero de 1984. Art 169 Ter.
- Ley 20.147 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de enero de 2010. Art. 2.

- Ley 20.393, publicada en el Diario Oficial con fecha 2 de diciembre de 2009.
- Ley 20.600 publicada en el Diario Oficial el 28 de junio de 2012
- Ley 20.770 publicada en el Diario Oficial con fecha 16 de septiembre de 2014.
- Ley 20.779 publicada en el Diario Oficial con fecha 17 de septiembre de 2014, que Modifica art. 391, n°2 del código penal, con el objeto de aumentar la penalidad al delito de homicidio simple.
- Ley 20.931 publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de julio de 2016, que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos.
- Ley 21.170 publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de julio de 2019.
- Ley 21.208 publicada el 30 de enero de 2020, que Modifica el código penal para tipificar acciones que atenten contra la libertad de circulación de las personas en la vía pública a través de medios violentos e intimidatorios, y fija las penas aplicables al saqueo.

Anteproyectos Legislativos Chilenos

- ACPCH de 2013.
- ACPCH de 2015. Art 1, art. 2, art 6.
- ACPCH. de 2018. Libro Segundo Título XIII “Delitos contra el Medio Ambiente”, Art. 5, art. 11, art. 12, art. 35, art. 184, art. 185, art 186, art. 485, art. 486, art. 487, art. 489.

Otros Cuerpos legales

- Constitución Política de Brasil, art. 18, art 225.
- Código Orgánico Integral Penal de Ecuador. Art.26, art 251, art. 252, art. 253.
- Código Penal de Alemania, art. 324.
- Código Penal de Colombia, art. 9, art 22, art. 332.
- Código Penal de Perú, art. 304.
- Código Penal de Venezuela, Art 61.
- Código Penal Italiano, art. 452 bis.
- Código Penal Portugués, art 278.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

- STEDH, de 9 de diciembre de 1994, López Ostra contra España.
- STEDH, de 19 de febrero de 1998 Guerra y otros contra Italia.

- **Española**

- **Tribunal Constitucional**

- STC 127/1999 de 5 de julio, de Pleno.
- STC 119/2001, de 24 de mayo, de Pleno.
- STC 2/2003, de 6 de enero, de Pleno.
- STC 2/1981, de 30 de enero, Sala Primera.
- STC 177/1999, de 11 de octubre, Sala Primera.
- STC 16/2004, de 16 de febrero, Sala Primera.
- STC 102/1995, de 26 de junio, pnte. Rafael De Mendizábal Allende.
- STC 42/1999, de 22 de marzo, pnte. Carles Viver Pi-Sunyer.

Tribunal Supremo

- STS 9269/1990, de 30 de noviembre de 1990, pnte. José Antonio Martín Pallín.
- STS 2045/1992, de 11 de marzo, pnte. Fernando Díaz Palos.
- STS 10.988/1993, de 5 de octubre, pnte. José Antonio Martín Pallín.
- STS 13.622/1994, de 26 de septiembre, pnte. Roberto Hernández Hernández.
- STS 1914/2000, de 12 de diciembre, pnte. Joaquín Delgado García.
- STs 1705/2001, de 29 de septiembre de 2001, pnte. José Jiménez Villarejo.
- STS 2187/2001, de 21 de diciembre, pnte. Joaquín Martín Canivell.
- STS 208/2002, de 19 de enero, pnte. José Jiménez Villarejo.
- STS 92/2002, de 30 de enero, pnte. José Aparicio Calvo-Rubio.
- STs 1828/2002, de 25 de octubre, pnte. Julian Artemio Sánchez Melgar.
- STS 52/2003, de 24 de febrero, pnte. Carlos Granados Pérez.
- STS 1148/2004, de 25 de mayo, pnte. Gregorio García Ancos.
- STS 1242/2004, de 8 de noviembre, pnte. Enrique Bacigalupo Zapater.
- STS 327/2007 de 27 de abril, pnte. Enrique Bacigalupo Zapater.

- STS 486/2007, de 30 de mayo, pnte. Manuel Marchena Gómez.
- STS 848/2007, de 7 de febrero, pnte. Joaquín Giménez García.
- STS 1118/2007, 20 de diciembre, pnte. Joaquín Giménez García.
- STS 81/2008, de 13 de febrero de 2008, pnte. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.
- STS 141/2008, de 8 de abril, pnte. Luciano Varela Castro.
- STS 600/2009, de 5 de junio, pnte. Joaquín Delgado García.
- STS 1112/2009, de 16 de noviembre, pnte. Perfecto Andres Ibañez.
- STS 1307/2009, de 5 de diciembre, pnte. Ciro García Pérez.
- STS 289/2010, de 19 de abril, pnte. Diego Ramos Gancedo.
- STS 152/2012, de 2 de marzo, pnte. Carlos Granados Pérez.
- STS 247/2012, de 3 de abril, pnte. Diego Antonio Ramos Cancedo.
- STS 54/2015 de 11 de febrero de 2015, pnte. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
- STS 244/2015, de 22 de abril, pnte: Joaquín Giménez García.
- STS 521/2015, de 13 de octubre, pnte: Antonio Del Moral García.
- STS 865/2015, de 14 de enero de 2016, pnte: Ana María Ferrer García.
- STS 154/2016, de 29 de febrero, pnte. José Manuel Maza Martín.
- STS 370/2016, de 28 de abril, pnte: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.
- STS 926/2016 de 14 de diciembre, pnte. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
- STS 668/2017, de 11 de octubre, pnte. Manuel Marchena Gómez.
- STS 431/2018, de 27 de septiembre, pnte. Andrés Martínez Arrieta.

Chilena

➤ **Tribunal Constitucional**

- STCCH, Rol 468-2006, de 7 de junio de 2007, de Pleno.
- STCCH, Rol 24, de 4 de diciembre de 1984, redactor: Enrique Ortuzar Escobar.

➤ **Corte Suprema**

- SCS 6222/2007 De 18 de noviembre de 2008, redactor (pnte.) Carlos Künsemüller.
- SCS 5898/2008, de 27 de enero de 2009, redactor (pnte.) Rubén Ballesteros Cárcamo.
- SCS 2882/2017, de 13 de marzo, redactor (pnte.) Haroldo Brito Cisternas.
- SCS 5888/2019, de 28 de mayo de 2019, redactor (pnte.) Jorge Dahm.

➤ **Juzgados de Garantías**

- SJG 8° de Santiago R.U.C. (rol único de causa) 1600207059-k, R.I.T. (Rol interno del tribunal) 1696-2016, del 1 de octubre de 2018.