

# «LA ESTABILIDAD DEL ECOSISTEMA COMO BIEN JURÍDICO-PENAL Y SU PROTECCIÓN MEDIANTE LA TÉCNICA DE LOS DELITOS DE PELIGRO»\*

Dino Carlos Caro Coria\*\* \*\*\*

*En el presente artículo, texto de defensa de su tesis doctoral, el autor realiza un exhaustivo análisis sobre un tema que cada día adquiere más importancia: la responsabilidad penal por atentados contra el medio ambiente.*

*El problema es polémico, y no existe solución infalible alguna; sin embargo, el autor rechaza muchas de las tesis mayoritariamente apoyadas, y ensaya una innovativa pero sólida propuesta para acabar con la problemática en cuestión.*

1. Con la venia. «El derecho ambiental es un arma sin municiones, un tigre de papel como dicen los chinos» (Wolf). El pasado 25 de abril de 1998 se inició la mayor catástrofe ambiental de España. Aunque horas antes el embalse de la explotación de Aznalcóllar, propiedad de la minera *Boliden Apirsa*, habría superado las inspecciones de seguridad, una brecha de 40 metros permitió el vertido de cinco millones de metros cúbicos de agua ácida y lodos contaminantes que confluyeron en el río Guadiamar, principal fuente hídrica del entorno Doñana. Los graves daños para la flora, la fauna, el agua, la agricultura, la ganadería y la pesca se vienen calculando en no menos de 18.000 millones de pesetas. Se estima que la recuperación de Doñana tardará entre 15 y 30 años. Pero de este hecho nadie asume la responsabilidad. Mientras la empresa atribuye la ruptura a un «corrimiento de tierras», lo que ha desmentido el Instituto de Geofísica de Andalucía, las autoridades ambientales se refugian en argu-

\* Texto de defensa de la Tesis Doctoral sustentada el 21 de mayo de 1998 en la Universidad de Salamanca (España), ante el Tribunal presidido por el Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde e integrado por los Profs. Dres. Juan M<sup>a</sup> Terradillos Basoco, Nicolás García Rivas, Josep Miquel Prats i Canut y Fernando Pérez Alvarez. El Tribunal otorgó a esta tesis la máxima calificación española de «*Apto Cum Laude*» por unanimidad y en diciembre de 1998 fue reconocida con el «Premio Extraordinario de Tesis Doctorales» que otorga la Comisión de Doctorado de la Universidad de Salamanca a las mejores monografías del año.

\*\* Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Academia de la Magistratura del Perú.

\*\*\* Articular estas ideas en forma de tesis sólo ha sido posible gracias a las personas e instituciones que me dispensaron su colaboración. A Kitty, tan presente y tan ausente, le agradezco su solidaridad en mi suerte de becario. A mis maestros, los Profesores Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Laura Zúñiga Rodríguez, les hago presente mi gratitud por tanto testimonio de amistad y el valor de su codirección científica en el desarrollo de esta tesis. A mis amigos del Seminario de Derecho Penal, les agradezco que compartieran conmigo tanta riqueza personal e intelectual. No menos intensa es mi gratitud hacia la Agencia Española de Cooperación Internacional, pues desde 1995 me beneficio de una beca del Programa Mutis. Pero hoy no podría estar aquí presente si mis amigos de la Firma Benites, Mercado & Ugaz Abogados y de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a quienes agradezco, no hubieran apoyado materialmente mi permanencia en Salamanca. Agradezco también a los Profesores que integran el Tribunal pues, descontando sus responsabilidades, me honran con su presencia para enjuiciar los fundamentos de esta investigación. Finalmente, a todos los presentes gracias por acompañarme en esta oportunidad de importantes expectativas para mí.

mentos de incompetencia funcional. Hechos de este tipo dan fe de lo que Beck califica como un «mundo de irresponsabilidad organizada».

2. Que «el Derecho Penal es la Magna Carta del delincuente» como sostuviera von Liszt o «la pena una amarga necesidad» según Schultz, son pluralizadas expresiones del repertorio penal contemporáneo, al que se viene añadiendo aquella que constata la instauración de un «Derecho Penal de las sociedades de riesgo». A puertas del tercer milenio la dinámica de la tecnósfera origina innumerables fuentes de peligro para los bienes individuales, de modo que la realidad se estructura cognitivamente como un constante conflicto entre seguridad y riesgo, lo que se observa en el uso de la energía nuclear o el ambiente natural y según testimonian famosos casos de la jurisprudencia europea, como el de la Talidomida, *Lederspray*, *Holzschutzmittel* o del Aceite de Colza.

Esta realidad ha generado dos sensibles repercusiones en el Derecho Penal. Primero, la toma de conciencia sobre la inidoneidad del «Derecho Penal clásico» para enfrentar estas amenazas, pues el modelo liberal se articula para proteger bienes individuales en función de principios garantistas, pero ignora datos fundamentales sobre los riesgos colectivos, tales como la imposibilidad de dominar todas las consecuencias de la técnica, la llamada «explosión de ignorancia» o el origen de estos riesgos en el marco de organizaciones especializadas y complejas como la empresa capitalista. En segundo lugar, estas insuficiencias y el rol del Estado social, provocan el recurrir a nuevas técnicas de imputación capaces de limitar los «riesgos sociales», como el reconocimiento de los bienes colectivos, el uso de tipos de peligro y normas incompletas o la conveniencia de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

3. En este contexto, ante las limitaciones preventivas del Derecho Administrativo y las incriminaciones convencionales, desde los años sesenta los Estados vienen recurriendo al Derecho Penal a fin de evitar los atentados más graves contra el ecosistema, alternativa que actualmente se erige como *opinio iuris* internacional y está reforzada en España por la actividad del Consejo de Europa y de la Unión Europea. No obstante, al margen del indiscutible merecimiento de tutela penal, el «déficit de ejecución» en la criminalización ambiental evidencia un uso simbólico que fortalece a un minoritario sector, liderado por la famosa «Escuela de Frankfurt» del Profesor Hassemer, contrario a la necesidad de pena por percibirla como una irracional «huida al Derecho Penal». Pese a ello, la doctrina mayoritaria y

dominante a la que sigo, tras aceptar la insuficiencia de los medios no penales y reivindicar la idoneidad del recurso penal, defiende la necesidad de la criminalización, no como panacea sino en términos de Derecho Penal mínimo.

4. Sobre este presupuesto, la profundización que la dogmática penal ambiental viene cobrando en España y el nuevo catálogo de infracciones del Código Penal de 1995 justifican un amplio estudio sobre el bien jurídico-penal, que es la «llave de entrada» para determinar las técnicas de tipificación. Por ello, la Parte Primera de la tesis aquí defendida precisa los fundamentos político criminales del Derecho Penal del ambiente y concreta el bien jurídico-penal en la estabilidad del ecosistema. Luego, en la Parte Segunda, se evalúa la capacidad de rendimiento de los delitos de peligro, ilícitos cuya investigación «sigue estando en los inicios» a juicio de Roxin, y más aún en el terreno de los bienes colectivos pues, como advierte Tiedemann, la doctrina mayoritaria a la que radicalmente me opongo defiende que, pese a violar el principio constitucional de lesividad, sólo los tipos de peligro abstracto pueden garantizar una mínima eficacia preventiva. Por contra, y ésta es la hipótesis general de mi trabajo doctoral, considero que de concebirse la estabilidad del ecosistema como un bien colectivo autónomo de los individuales y si el disvalor del resultado se fundamenta en la afección del bien colectivo a través de objetos con función representativa, entonces es posible renunciar a la mera peligrosidad abstracta, por ser suficientemente eficaces los tipos de resultado lesivo y de peligro concreto.

5. Para desarrollar estas ideas, contra la criminología más radical que estigmatiza a la dogmática y la observa como una «discusión de viejas con birrete de doctor», adopto el método funcionalista moderado que contribuye a tomar el Derecho Penal como un «sistema abierto» a las valoraciones político criminales de eficacia y garantismo, no sólo como técnica sino también en sentido humanístico conforme a las premisas del programa penal de la Constitución. En esa línea, la tesis que defiende parte de evaluar el contenido del bien jurídico-penal (Capítulo 1). Hasta hace poco reinaba acuerdo en torno a que la misión del Derecho Penal consistía en proteger sólo bienes jurídicos, pero este principio está en crisis porque un sector, encabezado por el Profesor Günther Jakobs, defiende que el injusto se fundamenta en la infidelidad de la persona frente al ordenamiento jurídico, es decir que el objeto de protección es la vigencia o estabilización de la norma penal.

Contra esta tendencia que se expande a sectores altamente funcionalizados por reglas técnicas, como

el orden económico o la gestión ambiental, he puesto en evidencia sus posibles inconsistencias intrasistemáticas. Desde la metateoría de las normas parece configurarse una «falacia naturalista» cuando, de las condiciones y necesidades funcionales del sistema social, Jakobs deduce directamente conclusiones valorativas, de modo que la realidad del sistema social termina vinculada a la dogmática. No obstante, otro sector entiende que más bien operaría una «falacia normativista» porque a través del método sociológico Jakobs convierte las premisas normativas en realidad ontológica, como por ejemplo cuando concluye que la «norma penal expresa la dañabilidad social». Pero este funcionalismo también evidencia limitaciones extrasistemáticas, la sola dañabilidad social conduce a una opción conservadora que predica la bondad del sistema y se distancia radicalmente del modelo personalista del artículo 10.1 de la Constitución española. De esta forma, al igual que en el positivismo jurídico, se institucionaliza el riesgo de subordinar a la persona a las metas sociales, como lo refleja la concepción del ilícito penal como simple disvalor de la conducta. Finalmente, tras precisar las limitaciones de una defensa constitucional estricta o amplia concluyo en una concepción material del bien jurídico-penal en función de los principios de merecimiento y necesidad de pena. De este modo, el merecimiento se fundamenta en la fragmentariedad y la subsidiariedad penal, y está presente si, dada su relevancia constitucional y la dañabilidad social de sus afecciones, el bien constituye una condición de participación libre y digna de la persona en el seno social. A su vez, la necesidad de una pena, fundada en criterios utilitarios de prevención general, concurre si la norma penal es idónea para inhibir las conductas lesivas para el bien jurídico.

6. A fin de aplicar esta concepción a la tutela del ambiente, seguidamente se ha evaluado la política criminal ambiental derivada de la Constitución y del Derecho de la Unión Europea. El artículo 45 de la Carta española (Capítulo 2) señala el punto de partida para delimitar el bien jurídico-penal, pues adopta un concepto intermedio o natural de ambiente, conformado por los elementos bióticos (flora y fauna) y abióticos (aires, aguas y suelos) que, en su interrelación sistémico-dinámica, permiten la estabilidad del ecosistema que ofrece las condiciones para la vida en general. La tutela constitucional no es neutral, tiene una orientación antropocentrista moderada que, acorde con la noción de merecimiento de pena, impide sostener una protección del entorno en sí mismo sino más bien por su valor para el ser humano. Ahora bien, el artículo 45, en tanto norma de programación final, marca en el párrafo 2 la meta del desarrollo sostenible, la que impide una

tutela penal absoluta sino al margen de las actividades económicas toleradas, de forma que la coacción penal sólo opere contra las graves vulneraciones del bien jurídico. Esta perspectiva de *última ratio* debe mantenerse a pesar del inconveniente mandato criminalizador del artículo 45 párrafo 3, al que sólo puede amparar una perspectiva simbólica del *ius puniendi*. La norma constitucional también consagra expresamente el *ne bis in idem*, aunque cabe resaltar que el Tribunal Constitucional admite la doble sanción si la persona se halla en una «relación de especial sujeción» o se tutelan bienes jurídicos distintos. Finalmente, este precepto instaaura el principio contaminador-pagador, aplicable a las normas sobre la reparación civil del Código Penal y al artículo 340 que prevé la atenuación de la pena si el autor repara *de motu proprio* el daño ambiental, regla que se inscribe en el ámbito de la denominada «tercera vía del Derecho Penal».

7. En esta perspectiva político criminal se destaca seguidamente (Capítulo 3) cómo el Derecho comunitario, en virtud de los principios de primacía y eficacia directa, ejerce sobre los derechos penales nacionales influencias criminalizadoras –positivas- y descriminalizadoras –negativas- que pueden ser vinculantes –directas- o no –indirectas-. Ciertamente, el Derecho ambiental de la Unión Europea, aun tras la reforma de Amsterdam de 1997, coincide con la Constitución española en el concepto intermedio o natural de ambiente, el matiz antropocentrista moderado y el objetivo del desarrollo sostenible. Esta similitud y la necesidad de reforzar la tutela del ambiente europeo, justifican que el bien jurídico-penal ostente una dimensión nacional y otra comunitaria. Esta expresión comunitaria está protegida de *lega lata* por el artículo 325 del Código Penal que sanciona la contaminación trasfronteriza, pero también a través de la remisión de las normas penales en blanco al Derecho comunitario, específicamente a Reglamentos de eficacia directa y a Directivas de eficacia directa que, al no haber sido transpuestas al derecho interno, sólo pueden obligar a los Estados –eficacia vertical- y no a los particulares –eficacia horizontal- con efectos descriminalizadores. No obstante, estos medios son insuficientes para una tutela íntegra del ambiente comunitario. Es necesaria una armonización de las disímiles regulaciones mediante un Convenio de Derecho Internacional para la tutela penal del ambiente comunitario que, de forma similar al celebrado en 1995 para la protección de los intereses financieros comunitarios, puede realizarse al amparo del artículo K.3 del Tribunal de la Unión Europea.

8. Partiendo de la noción de objeto material del delito que aporta el concepto intermedio de ambien-

te de la Constitución y el Derecho comunitario, se concreta el bien jurídico-penal en la estabilidad del ecosistema (Capítulo 4), definida por la ciencia ecológica como la capacidad de resistencia de los ecosistemas ante los eventos degradatorios o las perturbaciones que padece. Pero de cara al principio de determinación se entiende que la tutela debe instaurarse mediante criterios técnicos que precisen los límites de esa estabilidad del ecosistema, o sea mediante tipos penales en blanco que deriven a la regulación extra-penal autonómica, estatal o comunitaria, la precisión de los límites de tolerabilidad de cada uno de los componentes del ecosistema. Por ello, los tipos deben tener por objeto material del delito a la flora, la fauna, el aire, las aguas y los suelos, de modo que la infracción de sus límites de tolerancia ofrezcan un baremo mínimo para constatar la violación del riesgo penalmente permitido.

En esta línea, la estabilidad del ecosistema se erige como un bien merecedor y necesitado de protección penal, de carácter colectivo y complementario de otros bienes individuales. Ello le otorga plena justificación político criminal e impide una tutela como autoprotección estatal a través de funciones o programas de la Administración. Contra lo sostenido por Hassemer o Padovani, considero que al protegerse este bien colectivo, el núcleo del injusto debe estar al margen de los bienes individuales por razones de eficacia preventiva. Acorde con esto, pese a sus insuficiencias técnicas, el nuevo Código Penal español, al igual que los Proyectos de 1992 y 1994, consagra una protección autónoma de la estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal colectivo.

9. En orden a proteger este bien jurídico mediante los delitos de peligro y contra el arraigado sentir de que ello implica un irresoluble conflicto entre eficacia y garantismo, en la Parte Segunda de la tesis (Capítulo 5) se pretende conciliar ambas metas. En el camino hacia la renuncia al peligro abstracto, se reivindica la garantía del disvalor de resultado, cuestionado por los más radicales seguidores de Welzel, quienes en defensa de la función de determinación de la norma penal conciben el ilícito penal como mero disvalor del comportamiento *ex ante* peligroso y excluyen de la norma primaria la desvaloración del resultado, visto como mero producto del azar y verificable *ex-post* en sede de la punibilidad o como condición procesal en el terreno de la norma secundaria. Pero esta tendencia empobrece la concepción del ser humano porque desprecia su capacidad de prever *ex-ante* las consecuencias de su actuar, y no escapa al riesgo de sancionar comportamientos ayunos de lesividad, como la tentativa

inidónea o el peligro abstracto. Por el contrario, desde la concepción dualista del injusto que defiendo, se recobra la función desvaloradora del resultado dominable por el autor, entonces la norma primaria sólo prohíbe conductas *ex-ante* riesgosas que con certeza afectan al bien jurídico, lo que comulga con un Derecho Penal de la lesividad y de la culpabilidad. Por ende, a mi juicio sólo los delitos de resultado lesivo y de resultado de peligro satisfacen la garantía constitucional del principio de ofensividad, mientras que las infracciones de abstracta peligrosidad *ex-ante* de la conducta, al pretender salvaguardar meras reglas de comportamiento o ámbitos de autoorganización, son inconstitucionales.

Sobre este fundamento y de cara a su conceptualización normativa desde los aportes de Demuth, entiendo el peligro concreto como la previsible falta de dominabilidad sobre el desarrollo del riesgo creado. El peligro se concreta cuando se pierde la capacidad de dominar el desarrollo de la situación, el bien jurídico entra en crisis porque se halla en el radio de la acción peligrosa y las «normales» medidas preventivas son insuficientes para impedir con seguridad el resultado lesivo. En ese sentido, al analizar la «base» y el «momento» del juicio de peligro, desde la teoría de la imputación objetiva diferencio primero el momento de la creación del riesgo, constatable *ex ante* sobre la base de las circunstancias cognoscibles por el autor al momento de actuar. En segundo lugar, debe verificarse *ex-post* la realización de ese riesgo en un resultado disvalioso, es decir si el ejemplar del bien jurídico ha ingresado en el radio de la acción peligrosa.

Ahora bien, sobre el concepto de peligro abstracto se viene imponiendo como base mínima la exigencia de peligrosidad *ex-ante* de la conducta, entendida ahora como un atributo positivo del comportamiento a comprobar casuísticamente. De esta forma, se priva de fundamento material a las fórmulas intermedias, las que decaen porque tanto el «peligro hipotético», el «posible» o el «abstracto-concreto» se nutren de la mera «aptitud lesiva» propia de la moderna concepción del peligro abstracto pero que tampoco satisface la antijuricidad material, ni aún defendiéndose una apócrifa lesividad bajo las formas de «disvalor potencial de resultado» o «lesión *sui generis*».

Tal violación del principio de lesividad es ignorada por los defensores del mito de la irrenunciabilidad a los tipos de peligro abstracto en la tutela de bienes colectivos, mito que reposa en la inconveniente pretensión de protegerlos sancionando el riesgo para bienes jurídicos individuales o para toda la

grandiosidad del bien colectivo. Contra ello, considero que si el injusto expresa directamente la agresión de un bien colectivo autónomo, la eficacia preventiva puede cautelarse sólo mediante tipos de lesión o de concreto peligro para el bien colectivo, lo que no implica un cambio formal de categorías para legitimar el peligro abstracto de bienes individuales pues, en todo caso, será necesario verificar un disvalor de resultado para el bien colectivo.

Pero tampoco la grandiosidad o abstracción de los bienes colectivos son un argumento para legitimar el peligro abstracto. A mi juicio es posible llevar el planteamiento de Schünemann sobre los delitos con «bien jurídico intermedio espiritualizado» al terreno de los bienes colectivos en general, de forma que su tutela se realice sectorialmente, a través de lo que Jakobs denomina «objetos con función representativa». Así, por ejemplo, en los delitos contra la estabilidad del ecosistema del Código Penal, la protección se realiza mediante los elementos u objetos bióticos y abióticos que la hacen posible, es decir el aire, el agua o los suelos, como se aprecia en los artículos 325 y 328, pero también a través de la flora y la fauna según lo evidencian los artículos 330 y 332 a 336. Obviamente, como estos objetos ambientales constituyen meras entidades funcionales o al servicio del bien jurídico colectivo, no se equiparan con éste.

Decantadas estas cuestiones, se establece el régimen concursal de los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo, dependiendo de si la ofensa recae o no sobre el mismo bien jurídico y si el disvalor de la lesión aprehende o no el del peligro.

10. Volviendo sobre lo antes citado, desde el Derecho Penal ambiental se verifica la utilidad de la tesis de la protección de los bienes colectivos mediante objetos representantes (Capítulo 6). Ciertamente, los fenómenos ambientales de adición, acumulación, sinergia y aleatoriedad causal plantean problemas de imputación objetiva si se carece de leyes deterministas o de necesidad. De ese modo, al contarse con meras leyes fenoménicas probabilísticas deberá recurrirse a los delitos de peligro, pero con dos límites: Primero, su uso subsidiario, ante la inexistencia de leyes de necesidad y allí donde sólo pueda contarse con el conocimiento nomológico-probabilístico, lo que es común en la contaminación del aire, el agua o los suelos, mas no en la utilización irracional de la flora y de la fauna. En segundo lugar, la exigencia de un disvalor de resultado, lo que concuerda con las recomendaciones de la Asociación Internacional de Derecho Penal y del Consejo

de Europa, en orden a evitar la sanción del peligro abstracto.

La doctrina mayoritaria es favorable al uso de tipos de peligro abstracto, tanto por genéricas razones como las contestadas anteriormente, como por relativos argumentos de seguridad jurídica, facilidad probatoria u otras que, al margen de la lesividad, amplían la accesoria administrativa del Derecho Penal ambiental. Sin embargo, la infracción no penal sólo puede ofrecer un indicio acerca de la peligrosidad o la superación del riesgo permitido, cuya verificación necesariamente reclama la ponderación del bien jurídico-penal frente a los diversos intereses concurrentes de acuerdo a criterio de utilidad o costo/beneficio.

Superada esta cuestión, de cara a la interpretación de los tipos del nuevo Código Penal español, cobra relevancia el análisis de la experiencia doctrinal y jurisprudencial del derogado artículo 347 *bis*, respecto del cual se sustentaron diversas tesis sobre el contenido del disvalor del resultado, de las que predominó, por su coherencia político criminal, la del peligro alternativo para la salud de las personas u otros objetos ambientales. Frente a ello, el Código Penal concreta y protege autónomamente la estabilidad del ecosistema a través de objetos con función representativa y tipos de resultado de peligro y de lesión, esencialmente.

En efecto, acorde con los normales fenómenos de adición, acumulación, sinergia y aleatoriedad causal que operan en la contaminación atmosférica, acuática y terrestre, el artículo 325 instrumenta un tipo de peligro concreto para la estabilidad del ecosistema y una agravante cuando se pone en peligro la salud de las personas: Por su parte, el artículo 328 sanciona conductas materialmente similares a las del artículo 325, pero prevé sin razón una pena menor que no varía según se ponga en peligro la estabilidad del ecosistema o la salud de las personas. Finalmente, para la tutela mediante los atentados contra la flora y la fauna, la suficiencia de los tipos de lesión obedece a la posibilidad de contar casi siempre con leyes deterministas o de necesidad y por la menor carga antropocéntrica de estas afecciones. A esta lógica obedecen los artículos 330, 332, 333 y 334, pero como el artículo 336 parece sancionar el abstracto peligro y el artículo 335 la ausencia de autorización administrativa, de *lege ferenda* se impone una reforma para adecuarlos al principio de lesividad, aunque de *lege lata* es preferible que el artículo 336 se interprete como un ilícito de lesión y el artículo 335 como de peligro concreto.

11. Como síntesis de lo expuesto, una protección de la estabilidad del ecosistema en la que se establezca como disvalor del resultado la lesión o puesta en peligro del bien colectivo, a través de objetos con función representativa, no sólo permite desterrar de la esfera penal los comportamientos de mera peli-

grosidad abstracta, sino también alcanzar un importante grado de eficacia preventiva, con lo que habremos dado siquiera un paso contra esa idea del «Derecho ambiental como arma sin municiones o tigre de papel» y de la «dogmática como una discusión de viejas con birrete de doctor».