



ANEXO DE LECTURAS

CURSO “DELITOS AMBIENTALES”

UNIDAD I: CONCEPTOS CENTRALES DEL DERECHO AMBIENTAL

1) REAL FERRER, Gonzalo, "La construcción del Derecho ambiental". En: <http://web.pnuma.org/gobernanza/cd/Biblioteca/Derecho%20ambiental/04%20Construcci%F3n%20del%20DA.pdf>, fecha de consulta: 20 de marzo de 2014.

LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL

POR GABRIEL REAL FERRER

Sumario: I. Introducción - II. Los confines de la Tierra.- III. Hacia la comprensión del Derecho Ambiental. Tres enfoques imprescindibles. - IV. Los obstáculos para la consolidación del Derecho Ambiental como Derecho de Especie: el mercado, la soberanía, la democracia

I. Introducción

La presencia del hombre sobre la tierra, como la de cualquier otra especie, supone inexcusablemente su **interacción con la naturaleza**. En directa relación con sus capacidades y con el número de sus individuos, todas las especies alteran su entorno para atender a sus necesidades vitales. La singularidad de hombre, en este aspecto, se constriñe a sus portentosas capacidades, físicas e intelectuales, y a su exclusiva facultad de **generar nuevas necesidades** que van mucho más de las derivadas de su subsistencia.

Así pues, la acción del hombre sobre su entorno natural ha ido creciendo a medida en que se han desarrollado estos **tres factores primarios**: la demografía, la capacidad técnica y el número y cualidad de nuevas necesidades a las que podemos denominar “artificiales” o “intelectuales”, por convencional contraposición a las “biológicas” o de mera subsistencia. En este sentido, todas las civilizaciones han desarrollado medios, más o menos eficaces, más o menos agresivos, para poner a su entorno natural al servicio de sus objetivos colectivos o individuales. Estas intervenciones han supuesto en ocasiones el deterioro o desaparición de ecosistemas más allá de lo que convenía a las mismas colectividades que las acometían, produciéndose la consecuencia de que, en su proceso de poner la naturaleza a su servicio, comprometían la capacidad de ésta de proveer aquellos recursos que necesitaban. La **facultad de comprender** que su propia capacidad de alterar el medio podría resultar contraproducente, convirtiéndolo en progresivamente hostil, es uno de los rasgos que diferencia al Hombre de otras especies y la **única esperanza** para corregir a tiempo el proceso de deterioro del Planeta.

En efecto, pronto se entendió que contaminar un río o arrasar un bosque podía producir más desventajas que beneficios, por lo que, en cuando la madurez de la organización social así lo permitió, surgieron las **primeras normas** para evitar que las intervenciones sobre el entorno más próximo pudieran imposibilitar o dificultar la satisfacción, actual o futura, de necesidades esenciales para la colectividad.

Concebida así la individualizada protección de determinados recursos, no puede considerarse cabalmente que normas de esa naturaleza constituyan manifestaciones del Derecho Ambiental, si acaso **antecedentes remotos** en la medida en que coinciden parcialmente en su objeto de protección. El motor de estas cautelas no es otro que el **egoísmo**¹, individual o de grupo, que entiende que, para seguir obteniendo los frutos de los bienes naturales, tiene que aplicar unos mínimos criterios de gestión que excluyan la salvaje depredación, como, por otra parte, ya habían aprendido empíricamente las sociedades primitivas con la agricultura. No obstante, estas precauciones se aplican exclusivamente sobre aquellos **recursos más próximos al grupo**; sobre el medio en el que éste se inserta y del que depende su inmediata subsistencia. El resto del **potencial universo vital** del Hombre primitivo, en su mayor parte ignoto, prácticamente insondable y conceptualmente inacabable; era el terreno propicio para la depredación sin que cupiera preocupación alguna por sus efectos sobre la naturaleza

La Humanidad, y las distintas civilizaciones que la han modulado, han seguido durante milenios estos patrones de comportamiento. A pesar de que los grupos sociales crecían y de que el **ámbito de lo conocido** no paraba de aumentar, tanto en calidad y cantidad de conocimientos, como en la percepción del entorno físico que los rodeaba, la actitud frente a la naturaleza no se modificó sustancialmente. Y ello no sólo en tiempos más o menos remotos en los que hombre no alcanzaba a comprender el origen de los fenómenos que le rodeaban, también desde sus mismos orígenes el conocimiento científico moderno se concibe, como ya inicialmente teorizó Bacon (1561-1626), como un **poder sobre la naturaleza**, como una herramienta para domarla. La defensa de la naturaleza se reducía, si acaso, a la evitación de los males que para el grupo podía suponer un aprovechamiento irracional de los recursos. Hasta hoy mismo, como quien dice, la progenie del Derecho Ambiental ha estado marcada por el rasgo de la **autodefensa** de una sociedad frente a los males que podían afectarla directamente. En este sentido es obvio que ni los recursos que se percibían como propios de otras sociedades, ni los “comunes”² en cuanto no afectaran directamente al grupo, despertaban ningún interés ni, mucho menos, reacciones de orden jurídico.

Si se me permite un excurso, es interesante contraponer la vocación del conocimiento científico, que ha tendido a mejor entender la naturaleza con el explícito objetivo de dominarla, con los **conocimientos tradicionales** de muchos grupos que sucumbieron al progreso tecnológico de civilizaciones dominantes. En la mayoría de casos, su experiencia sobre el funcionamiento de los ecosistemas que le resultaban propios tendía a una relación mucho más **simbiótica** que la que

¹ Es el impulso del “gen egoísta”, del que habla MARTÍN MATEO, y al que hay que “engañar” para que el Hombre procure beneficios a su especie que no revertirán personalmente en él. *Cfr. Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Madrid, 1994, pág. 147.

² Entendida la expresión en el sentido que la utiliza Garrett HARDIN en su importante trabajo “*The Tragedy of the Commons*”, *Science*, Vol. 162, 1968, págs. 1243-1248.

propone la ciencia, lo que explica la capacidad de subsistencia e, incluso, de progreso, de determinadas civilizaciones. Por regla general, las culturas triunfantes ignoraron estos conocimientos y acabaron con ellos, lo que supuso, y sigue suponiendo, un empobrecimiento en el caudal de saberes de que dispone la Humanidad³. De hecho, algunas de las grandes devastaciones ambientales han tenido su origen, precisamente, en el desprecio por estos conocimientos de que hicieron gala las civilizaciones que, gracias a su mayor desarrollo tecnológico, colonizaron espacios y arrasaron culturas que habían acreditado su adaptación al entorno y, por tanto, su sostenibilidad. Buen ejemplo de ello ha sido el manejo “a la occidental” de la Amazonía, plagado de fracasos por desconocimiento del medio y por el inadecuado uso de técnicas, como el fuego, que han asolado improductivamente inmensas extensiones –contribuyendo de paso y gravemente al efecto invernadero–, cuando los indígenas lo vienen administrando sabiamente durante siglos⁴. La devastación cultural que supuso la exterminación de los pueblos que vivían en las riveras del Amazonas acarrió la pérdida de los conocimientos necesarios para gestionar adecuadamente esos territorios que, al parecer, sostenían cómodamente hasta 15 millones de habitantes⁵. Tales conocimientos, hoy en lenta recuperación los que no se han perdido definitivamente, podrían contribuir en la tarea de administrar acertadamente esos inmensos recursos con planteamientos más adaptados al medio. Planteamientos que se confirman y entrecruzan con la mejor comprensión de la **complejidad de los ecosistemas** que nos ofrece la ciencia actual.

II. Los confines de la Tierra

La transición, desde un derecho orientado a la individualizada protección de los recursos al Derecho Ambiental, se produce cuando se toma conciencia de que las alteraciones producidas en el ecosistema global pueden influir en las expectativas de subsistencia del Hombre sobre el Planeta. En la calidad del medio en que éste habrá de desenvolverse, desde luego, pero también en la **prematura desaparición** de las condiciones que hacen posible la vida humana.

Esta evolución hacia el Derecho Ambiental requería tanto del concurso de la ciencia, aportando las claves que permitieran comprender el delicado e inescindible comportamiento del Ecosistema Planetario, como de un cambio histórico y

³ Despreciados durante siglos, en la actualidad existe toda una industria destinada a establecer las bases científicas de los “conocimientos tradicionales” de diversas culturas con el fin aprovecharlos comercialmente. Los ejemplos de la eficacia de las medicinas tradicionales son innumerables. El último del que he tenido noticia es la constatación por la Universidad de Houston de la enorme utilidad de la resina del árbol guggul para reducir los niveles sanguíneos del colesterol. La medicina popular hindú, conocida como *ayurveda* (del sánscrito *ayur*, vida y *veda*, conocimiento) viene recetándola desde hace 2.600 años. El descubrimiento, publicado en *Science*, abre la vía al conocimiento de los efectos de algunos receptores hormonales sobre el colesterol.

⁴ Para una visión integral de la selva amazónica debe consultarse el gran trabajo de HECHT, Susana y COCKBURN, Alexander, *The fate of the forest. Developers, destroyers and defenders of the amazon*, Verso, Londres, 1989; publicado en español con el título *La suerte de la selva. Colonizadores, destructores y defensores del Amazonas*, TM editores-Uniandes, Bogotá, 1993. En extenso, sobre el uso del fuego, Capítulo 3. “La herencia del fuego”, págs. 61 y ss.

⁵ *Id.* Sobre la población, vid. nota 3 en página 17, de la edición en español.

literalmente revolucionario en la concepción de la relación del hombre con su entorno. Este cambio, suponía abandonar convicciones profundamente enraizadas en la sicología colectiva de todas las civilizaciones y transmitidas durante milenios; hasta el punto de que es dudoso saber si pertenecen a patrones culturales heredados o forman parte de la carga genética del Hombre. Me refiero a la toma de conciencia de la plenitud de nuestros conocimientos sobre los confines de la Tierra. Por primera vez desde la aparición del Hombre sobre la Tierra, se abre paso en la conciencia colectiva el que más allá del espacio y de las simas de los océanos, **no queda nada por explorar**⁶. Por tanto, tampoco, nada que colonizar y explotar. La posibilidad de obtener recursos, o de desplazar un significativo número de individuos fuera de los ámbitos de lo conocido y dominado luce como imposible o excesivamente costoso, al menos en el horizonte temporal de algunas generaciones⁷. La Humanidad, al menos de momento, tiene que **conformarse con lo que tiene**, porque no hay nada más allá. Esta noción es tan elemental como rigurosamente nueva en la historia del Hombre y le obliga a trascendentales cambios conceptuales.

El resto de circunstancias que pacíficamente se considera que han alimentado el alumbramiento del Derecho Ambiental no son más que **derivadas** de lo anterior. La comprensión de que el crecimiento ilimitado es imposible en un **contexto cerrado e inexpandible**⁸. La constatación científica, puramente aritmética, de que el crecimiento del **consumo de bienes y servicios “per cápita”** a que legítimamente aspira la mayor parte de la humanidad conduce un colapso ambiental cierto, aunque no aumentase el número de habitantes del Planeta⁹. O, finalmente, la asunción de

⁶ Aunque el interés por las expediciones científicas decayó a finales del XVIII, durante el XIX prosiguieron las exploraciones, así parte de las realizadas por Alexander von HUMBOLD se desarrollaron en ese siglo, del mismo modo que las de LIVINGSTONE, quien bautiza a las cataratas Victoria en 1855. Australia no dejó de ser colonia penitenciaria hasta 1852 y AMUNDSEN no llegó al Polo Sur hasta 1911. Las exploraciones científicas y sistemáticas a largo plazo de la Antártida comenzaron con el Año Geofísico Internacional (1 de julio de 1957 al 31 de diciembre de 1958) en el que doce países establecieron más de sesenta estaciones científicas en la Antártida recorriendo buena parte de su territorio y completando, de algún modo, el mapa de la Tierra (aunque debe recordarse que, en 1891, el Congreso Internacional de Geografía propuso cartografiar el mundo entero a una escala 1:1.000.000, tarea que se desarrolló durante muchos años y nunca concluyó). El impulso innato o cultural del hombre por descubrir nuevos horizontes, nuevas tierras prometidas, se canaliza entonces hacia el espacio exterior y hacia el mundo submarino, pero pronto se comprende su limitación.

⁷ Ni siquiera los programas de la NASA en los que actualmente se exploran las posibilidades de establecer colonias en otros planetas –concretamente en Marte– prevén el traslado masivo de terrícolas. Más bien se parte de la idea de colonizarlo con un reducido grupo de individuos a los que, por modificación genética, se hayan inducido cambios en su fisiología que permitan una progresiva adaptación a un medio altamente hostil. Tal colonia sería el origen de una nueva civilización, de una nueva Humanidad, no la salvación de la que conocemos. Tampoco parece que la posible colonización de las profundidades de los mares puedan reducir la presión del hombre sobre la Tierra.

⁸ Se atribuye a Kenneth E. BOULDING la frase “quien crea que el crecimiento pueda durar por siempre jamás en un mundo finito o es un loco o un economista”. BOULDING (1910-1993) realizó muy importantes aportaciones en economía del desarrollo. Su biografía académica puede consultarse en <http://csf.colorado.edu/authors/Boulding.Kenneth/>. Al menos desde 1959 en que pronunció una conferencia en la University College of the West Indies, titulada “*The role of the economist in a political world*”, vino tratando de los límites al crecimiento. Hay que destacar que su discurso se desarrolla con una década de anticipación a los conocidísimos informes al Club de Roma.

⁹ Haciendo abstracción de elementos valorativos, lo cierto es que, además del crecimiento demográfico e, incluso, con independencia de él, lo que acelera la incapacidad del Planeta de responder a nuestras exigencias es el hecho de que un creciente número de habitantes del Planeta aspira a adoptar patrones de consumo “occidentales”, sin duda espoleados por las grandes corporaciones multinacionales sedientas de nuevos consumidores e influidos por cuanto tiene que ver con la expansión de las telecomunicaciones. Las implicaciones de esta realidad son muy profundas y constituyen, seguramente,

que para evitar ese colapso debemos modificar urgentemente nuestras pautas de comportamiento, ajustándonos a **patrones de sostenibilidad**; son nociones que fluyen naturalmente de la idea nuclear consistente en que **sabemos lo que tenemos y eso, y sólo eso, debemos gestionar.**

En directa relación con sus pautas de comportamiento, la existencia y desarrollo del Hombre exige que se produzcan una serie de funciones ambientales, lo que ha sido bautizado con la exitosa expresión de “huella ecológica”¹⁰, que el Planeta no puede suministrar ilimitadamente. El reto actual de la Humanidad es la adecuada gestión de esas limitadas funciones.

III. Hacia la comprensión del Derecho Ambiental. Tres enfoques imprescindibles.

La visualización de la **fulgurante evolución** del Derecho Ambiental, admite, lógicamente, varios enfoques. Para su comprensión entiendo que deben explorarse mínimamente al menos tres, de los que dos de ellos: su progreso cronológico, al que llamaremos “olas” y su progresión técnico-jurídica, que visualizaremos como estratos, tienen que ver con su manifestación más externa o superficial y, el tercero, con su evolución conceptual y su incardinación en el sistema social actual, aspectos mucho más profundos y enjundiosos. Naturalmente no se trata de compartimentos estancos, antes al contrario, ya que los entrecruzamientos entre unas u otras categorías son evidentes, de lo que se trata con esta sistematización es hacer comprensible el seguimiento de distintas pistas que nos sitúen en el punto actual, nos expliquen cómo se ha llegado a él y nos permitan aventurar futuras evoluciones.

el mayor riesgo para la Paz en el mundo. Véase ATTALI, Jacques, *Milenio*, Seix Barral, Barcelona, 1991 y su reflexión sobre “modelos” y “niveles” de vida.

¹⁰ El concepto de “huella ecológica”, desarrollado desde la economía ambiental por WACKERNAGEL y REES, ilustra gráficamente la relación entre demografía, estilo de vida y medio ambiente, así como la imposibilidad, en el estado actual de conocimientos, de que la mayor parte de la humanidad alcance niveles de consumo no ya equivalentes a EEUU, lo que necesitaría tres Tierras más para sostenerlos, sino de países como México. La *huella ecológica* es la cantidad de tierra productiva (no sólo en términos alimentarios, sino también en cuanto a la necesidad de cumplir sus funciones ambientales) que hace falta para soportar a cada miembro de la sociedad con la tecnología actual. Según WACKERNAGEL, un canadiense ocupa en promedio 7,7 hectáreas para sustentar su estilo de vida. Un estadounidense, alrededor de 10 hectáreas, un mexicano 2,6 hectáreas y un habitante de India apenas 0,8 hectáreas, cuando la disponibilidad es mucho más reducida: “Hoy, hay 1.5 hectáreas por persona (aproximadamente la cuadra de una ciudad), las cuales deben alojar también a los otros 30 millones de especies con quienes compartimos el planeta” (<http://www.tierramerica.org/consumidor/huella.shtml>). En extenso, Vid. WACKERNAGEL, Mathis. & REES, William. *Our ecological footprint*. Philadelphia, New Society Publishers, 1995 y *Our Ecological Footprint. Reducing Human Impact on the Earth*, New Society Publishers, Gabriola Island, Canadá, 1996; publicado en español por LOM ediciones (Chile), 2001.

3.1 Los impulsos y las olas:

A. La primera ola

Es un lugar común afirmar que es a raíz de los primeros Informes del **Club de Roma** cuando se inicia la toma en consideración de los problemas de crecimiento que acechan a la Tierra. Aunque existan antecedentes sobre reflexiones en el mismo sentido¹¹, es evidente que sus trabajos tuvieron una **enorme influencia** en la convocatoria y desarrollo de la Cumbre de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano de 1972, por lo que nos puede servir como referente temporal para fijar la emergencia del Derecho Ambiental. Por lo demás, se produce una perfecta conjunción con lo que podría denominarse el **acta de nacimiento**¹² del Derecho Ambiental. En efecto, si hubiera que dar fecha a este acontecimiento diría que fue diciembre de 1969 cuando en Estados Unidos se adopta la *National Environmental Policy Act* que incluye la exigencia, para determinadas actuaciones, de realizar una **Evaluación de Impacto Ambiental**,¹³ primera institución jurídica propiamente ambiental.

Con la fuerza de los primeros pronunciamientos científicos y el incipiente arranque de nuevas figuras jurídicas, la primera ola nace al impulso de la Conferencia de 1972 y recorre buena parte del Planeta. A pesar de que el centro de las preocupaciones de la Cumbre es el **control de la demografía**, lo que afecta especialmente a los países pobres, abundan sensatas propuestas dirigidas a los países industrializados para que reduzcan su **presión sobre los recursos** naturales. La legislación ambiental prolifera y surgen las primeras construcciones dogmáticas y doctrinales. Algunos juristas adelantados dan cuenta de **la importantísima evolución jurídica** que se avecina¹⁴.

El más trascendente fruto de esta primera ola fue la **constitucionalización del derecho al ambiente** en un buen número de países¹⁵. Los principios de la Cumbre se abren espacio en los ordenamientos. Por primera vez, la comunidad internacional

¹¹ Véase nota 8.

¹² Coincido con JORDANO FRAGA en la inutilidad de poner fecha de nacimiento a lo que es el fruto de un dilatado proceso evolutivo, pero ... son exigencias del guión. Esperemos que al menos tenga, quizá, alguna virtud didáctica. JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, por muchas razones, recomendable obra.

¹³ Sobre esta institución, por todos, ROSA MORENO, Juan, *El régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental*, Trivium, Madrid, 1993. También, desde la perspectiva latinoamericana *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*, Conosur, Santiago de Chile, 2000, de Eduardo ASTORGA JORQUERA, en su día tesis doctoral del autor defendida en la Universidad de Alicante.

¹⁴ Entre nosotros, Ramón MARTÍN MATEO, quien publica su *Derecho Ambiental* en 1977 (IEAL, Madrid), pero también otros juristas como CANO o PIGRETTI en Argentina, REBHINDER o BOTHE en Alemania, PRIEUR y KISS en Francia, por citar algunos ejemplos, se lanzan a investigar y difundir este novedoso ordenamiento.

¹⁵ Aunque no se compartan exactamente los criterios de clasificación, respecto de lo que llama "secuencias" en la constitucionalización del medio ambiente, puede consultarse RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, *El Derecho Constitucional al Medio Ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 17 y ss.

organizada toma una postura común frente a las agresiones que sufre el Planeta. Irrumpe como nuevo paradigma la necesidad de establecer **límites al crecimiento**.

B. La segunda ola.

Remitida la primera ola, el resultado en términos de salud planetaria es decepcionante. Queda, eso sí, un **rastros normativo** en la mayor parte de ordenamientos estatales y se han adoptado un buen número de convenios internacionales orientados a la protección de algunos elementos ambientales, pero **no se han corregido las tendencias**.

Sin embargo, la preocupación por el devenir del Planeta y la sensibilidad frente a las agresiones que sufre ha alcanzado a capas cada vez más numerosas y activas de la población que no ven en las instancias políticas tradicionales la respuesta a sus inquietudes. Los movimientos se articulan y surgen nuevas organizaciones civiles con un creciente poder de convocatoria. Con la emergencia de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) aumenta significativamente el número de **nuevos agentes sociales** implicados en la protección ambiental.

Tras un periodo preparatorio mucho más elaborado y dilatado que para la Cumbre precedente, las Naciones Unidas convocan en 1992 la Cumbre sobre Medio Ambiente y Desarrollo. La repercusión mediática es espectacular, los pronunciamientos teóricos unánimes, pero los **consensos prácticos escasos**. Las coincidencias naufragan ante **dos escollos**: la reticencia de los países ricos a financiar las medidas de preservación necesarias y la oposición de los países titulares de los recursos más sensibles –por lo general, los más pobres- a someter su administración a criterios que no obedezcan exclusivamente al “interés nacional”.

Uno de los resultados visibles de la Cumbre es que todos los países se aprestan a dotarse de abundante y moderna legislación ambiental, dando lugar a una oleada de normas a la que alguna vez he denominado la “**generación de la fotocopia**” pues se reproducen unas a otras sin consideración alguna a la realidad social, económica, jurídica y ambiental sobre la que se proyectan¹⁶. Con todo, se sientan las bases de los mayores progresos realizados hasta entonces y no sólo se suscribe la Declaración de Río y se adopta la Agenda XXI, sino que se aprueban el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Convenio Marco sobre el Cambio Climático.

¹⁶ En el plano formal, las instancias políticas cumplen con sus compromisos internacionales y con la presión que puedan ejercer sus propias sociedades publicando una norma detrás de otra, frecuentemente con altísimos niveles de exigencia (es significativa la remisión a los estándares de la Confederación Helvética que se encuentra –o encontraba- en la legislación sobre evaluación de impacto ambiental chilena). El papel lo aguanta todo y es fácil y barato acudir a la Gaceta Oficial. Otra cosa es hacer cumplir prescripciones a veces disparatadas. La eficacia del Derecho Ambiental es lamentablemente baja en casi todo el Planeta, también en Europa.

Desde el punto de vista conceptual, una de las grandes aportaciones de la Cumbre es la “**ampliación de lo ambiental**”, la oportuna superación del enfoque demográfico como único o, al menos, mayor desafío al ecosistema, para orientar la preocupación hacia algo mucho más amplio como es el modelo de desarrollo. Se abre paso la constatación de que los problemas ambientales deben inexorablemente ser abordados incluyendo, además del factor demográfico, los componentes **desarrollo y pobreza**, con los que forma un todo inseparable. Este enfoque es el que pondrá sobre la mesa algunos de los **aspectos esenciales** para abordar el problema, como la titularidad de los recursos naturales, el control sobre la ciencia y la tecnología o la acumulación de la riqueza; sobre los que no existe **ni madurez conceptual ni consenso político** que permita avanzar en la superación de los clásicos patrones de comportamiento internacional. La **solidaridad emerge**¹⁷ como principio inspirador de las relaciones entre los pueblos para abordar conjuntamente su relación con nuestra casa común, pero su efectividad no se concreta. A pesar de solemnes proclamaciones, no pasa de ser el criterio de “debería” guiar la conducta internacional. El nuevo paradigma es el **desarrollo sostenible**, el tránsito de lo cuantitativo a lo cualitativo.

La evaluación de los efectos de esta segunda ola se produce de un modo más continuado y sistemático. Las reuniones son frecuentes y los análisis más certeros. Se cuenta con un aparato jurídico monumental, pero los resultados no son satisfactorios, ni mucho menos. Algo, pues, **está fallando**, y lo sabemos, es más: sabemos lo que falla¹⁸.

En cuanto a los aspectos ambientales, no hemos avanzado nada en resolver una de las cuestiones centrales sobre las que alertaba HARDIN, ya en 1968, en la “Tragedia de los Comunes”¹⁹: **no existe aparato coactivo** que defienda los elementos ambientales comunes, **ni autoridad que lo imponga**, ni, añadido, lo que es peor, existe todavía la asentada y generalizada conciencia de que atacarlos constituya un atentado contra la Humanidad. Tampoco hemos dado un paso en corregir otro de los puntos clave: **la demanda**, que es el único factor que puede modificar el modelo de desarrollo. En cuanto a lo relativo al acceso al desarrollo y

¹⁷ Al respecto puede consultarse mi trabajo “El principio de solidaridad en la Declaración de Río” , en *Droit de l'Environnement et Développement Durable*, Pulim, Limoges, 1.994, coordinado por Michel PRIEUR”

¹⁸ La evaluación de los resultados del V Programa comunitario de Acción sobre Medio Ambiente “Hacia un desarrollo sostenible” dice que durante su periodo de desarrollo (1992/2000) “la protección del medio ambiente en el contexto comunitario ha experimentado un avance y las políticas comunitarias han logrado reducir la contaminación atmosférica transfronteriza, aumentar la calidad del agua y eliminar sustancias que agotan la capa de ozono. Sin embargo, **el avance ha sido limitado debido al hecho de que ni los Estados miembros ni los sectores contemplados por el programa llegaron a tener en cuenta realmente las preocupaciones medioambientales**, ni a integrarlas en sus políticas. La Unión dista mucho de haber alcanzado el ambicioso objetivo de un desarrollo sostenible que se fijó en el Tratado de Amsterdam.” (Comunicación COM (1999) 543 finales). El Programa es un reflejo perfecto de esta segunda ola, tanto por su sincronía como por las acciones que recoge, sin embargo, ni siquiera en la región del Planeta donde más firmemente se ha pretendido introducir cambios puede afirmarse que se han materializado avances significativos.

¹⁹ Citado en nota 2.

la disminución de la pobreza en las dos terceras partes del Planeta, la situación es ahora peor que en 1992 y mucho peor que cuando el mismo HARDIN escribió su famoso *Living on a Lifboat*.²⁰ Todos sabemos lo que es el desarrollo sostenible, pero nadie sabe, o mejor, quiere saber, cual es el camino para alcanzarlo. Luce muy bien en el discurso político y se aplican algunos parches de **insignificante trascendencia**, pero nadie plantea seriamente los sacrificios y renuncias que exigiría a nuestras opulentas sociedades y a sus orgullosos consumidores/electores. Lo ambiental “vende” cuando se trata de repoblar un bosque cercano, pero no si, por poner un ejemplo, hemos de plantearnos en serio el efecto invernadero ... y cada cuatro años hay que hacer **cosecha de votos**. En tanto en cuanto el progreso tecnológico nos permita mantener, e incluso incrementar, nuestros niveles de consumo al reducir los impactos ambientales por **unidad producida**, las exigencias ambientales son atendidas y el ordenamiento ambiental saca pecho, si lo que cabalmente se precisa es reducir, o simplemente acomodar o reorientar, nuestro consumo, el sistema falla estrepitosamente y el desarrollo sostenible se retira discretamente por el foro.

C. La tercera ola.

En los últimos años se han incrementado ostensiblemente los esfuerzos para conseguir que la comunidad internacional **reaccione colectivamente** a los desafíos ambientales, pero los resultados efectivos siguen siendo escasos. En tanto no se superen los principios sobre los que se asientan las relaciones entre los Estados, las posibilidades de dar un vuelco definitivo a la situación que venimos arrastrando son nulas. Se progresa en el nivel de compromiso, eso es cierto, pero falta saber si con la celeridad e intensidad que los problemas ambientales requieren. Es bien conocida la lúcida frase con la que se cerraba el V Programa de Acción sobre Medio Ambiente de la Comunidad Europea (1992/2000) “no podemos esperar y no podemos equivocarnos”, pues bien, me temo que **hemos esperado y nos estamos equivocando** demasiado.

Es una evidencia que la urgencia en adoptar soluciones es creciente²¹. Ello explicaría que si las Naciones Unidas esperaron veinte años para convocar la segunda Cumbre, en esta ocasión el plazo para reconsiderar el rumbo de nuestras actuaciones se ha reducido a la mitad y una nueva Conferencia está preparada para celebrarse en 2002. Bajo la rúbrica del Desarrollo Sostenible se celebrará en

²⁰ Publicado en *Bioscience*, Vol 24, nº 10, (1974) págs. 561-568. La distancia entre ricos y pobres, uno de cuyos parámetros de medición es el conocido como “coeficiente Gini”, se está profundizando desde mediados de los setenta, no sólo en el plano internacional, sino incluso en el interior de las sociedades desarrolladas (aunque los economistas puedan ofrecer sofisticadas explicaciones). Al respecto, el trabajo del Nobel en economía (1993) Robert William FOGEL, *The Fourth Great Awakening & the Future of Egalitarianism*, University of Chicago, Chicago, 2000.

²¹ Es aplicable aquí la imagen del lago y los nenúfares que, confieso, no recuerdo de quien la conozco. Si los nenúfares crecen de modo en que cada día se duplican y en treinta días cubren un lago, ¿en qué día está cubierta la mitad del lago? obviamente el día 29. Algunas situaciones que llevan tiempo gestándose se perciben como problema cuando ya es demasiado tarde.

Johanesburgo a caballo entre los meses de agosto y septiembre. Su principal objetivo declarado es profundizar en los principios, actitudes y líneas de acción adoptados en Río, pero lo cierto es que si se quiere progresar en la búsqueda de soluciones eficaces, inexorablemente deberán inducirse cambios de envergadura en la organización social del Planeta. Para empezar debería **transformarse la solidaridad de principio ético en criterio jurídico**. El principio de solidaridad debe sobrepasar “el estadio de las consideraciones éticas, seudocaritativas, que ahora lo acompañan, para instalarse en el terreno de lo jurídico.”²²

En teoría resulta sencillo, pero como veremos requiere la conversión de la Humanidad en grupo único, porque ese es el medio óptimo para la solidaridad y, si de principio jurídico hablamos, es imperativo pensar en grupos o sociedades **políticamente organizadas**. Sin pecar de pesimistas, lo cierto es que el clima internacional que se vive ante Johanesburgo no es de lo más propicio. Nos guste o no, no puede existir un progreso efectivo sin el concurso de EEUU. Ni aunque toda la comunidad internacional aislara a ese país en sus posiciones depredadoras se podría dar un paso, pues su potencial militar y, sobre todo, económico, es capaz de modular voluntades en todo el Planeta y neutralizar cualquier emergente postura común. Por otra parte y tal como ya se le planteó a Europa ante Kioto, las decisiones unilaterales orientadas a preservar el Ecosistema Global, en la medida en que puedan suponer pérdida de competitividad, no hacen más que reforzar más si cabe el aplastante poder económico de EEUU y **“financiar” ambientalmente** el desbocado e irresponsable consumo de esa sociedad.

Para que Johanesburgo suponga un avance no debería limitarse –aunque no sea poco- a reiterar el impulso de Río. Debería dar algún paso más, intentando atajar o reducir alguna de las principales disfunciones del sistema. La línea a seguir debiera tener como principales ejes de referencia el **reforzamiento de lo político** frente a los poderes económicos y el desplazamiento de las principales decisiones ambientales a instancias supraestatales. Dicho en pocas palabras, el desafío de la próxima Cumbre es progresar en la **gobernabilidad de lo ambiental**.

No es tarea fácil ni pueden esperarse resultados inmediatos, pero hace falta una revolución. Si el tránsito al Estado de Derecho supuso la juridificación de lo político, la gobernabilidad ambiental requiere una **nueva dimensión de lo político** en el plano internacional. De alguna manera se impone una nueva y positiva “politización” de la inmensa construcción del Derecho Ambiental, atribuyendo su respaldo no al clásico poder de los Estados, sino a uno nuevo representado, no sé cómo, por la raza humana. Ni fácil, ni imposible²³ pero, de algún modo, hay que

²² Como ya sostenía en 1992. Véase el trabajo citado en nota 16 en el que propugnaba “la generalización del principio de solidaridad como auténtico principio jurídico formalizado, generador de obligaciones exigibles en el seno de relaciones sociales, incluso en aquellas que aparecen como sumamente débiles para los criterios con los que hoy operamos.”

²³ En su breve pero sugerente libro, Jaques ATTALI (*Milenio o.c.*) destacaba que “el problema capital, mañana, será aprender a manejar la *mundialidad* de los problemas. Lo cual exigirá una nueva cultura, una nueva visión política, nuevas instituciones” (página 91). Intuía, también, la necesidad de establecer “autoridades planetarias” que dictaran “reglas universales” entre otros aspectos en materia de medio ambiente; “difíciles problemas institucionales y políticos –decía-.

conseguir el **sometimiento de los mercaderes a la política**. Lo cierto es que, con sus patrones actuales, el Derecho Ambiental está agotado o próximo a agotarse. No ha cumplido más que mínima y parcialmente sus objetivos.²⁴

Lo cierto es que el escenario mundial no permite augurar que en la próxima Cumbre se alcancen consensos suficientes como para introducir las reformas que precisa la evolución a un nuevo estadio del Derecho Ambiental. El impulso que debe suponer la Cumbre generará una tercera ola que no creo sea mucho más que la **continuación de la anterior** mediante perfeccionamientos técnicos en el sistema jurídico, pero ello no basta. En el plano del Derecho Ambiental interno o estatal es de esperar que se incida en la necesidad de mejorar la eficacia y aplicabilidad de sus prescripciones, de adaptar sus exigencias a estrategias nacionales realistas, de reestructurar los aparatos institucionales –políticos, administrativos y judiciales– para hacerlos más eficientes; en definitiva, de introducir cambios normativos que respondan mejor a las peculiaridades de cada sociedad, poniendo fin a una **absurda homogeneización** de los ordenamientos internos ambientales que ha respondido más a la moda de la segunda ola que a maduros planteamientos políticos²⁵.

En la dimensión internacional la única esperanza realista a corto plazo es que se prosiga con procesos como los de Kioto, buscando **compromisos cada vez de más amplio espectro** e implicando a un número creciente de países en la reducción de los impactos al medio y en la progresiva **protección de los elementos comunes**, aunque ésta sea parcial.

Asimismo es pensable que asistamos a una nueva “ampliación de lo ambiental”. Aspectos tales como la corrupción, los movimientos financieros, la gestión de la información que circula en Internet o el tratamiento mundial de los derechos derivados de la propiedad intelectual sobre aspectos sensibles –como los productos farmacéuticos o los transgénicos– son asuntos a contemplar por su estrecha relación con el desarrollo sostenible. Otra cuestión latente, y no bien abordada, es el **papel de las religiones** en esta nueva dimensión de lo humano; la cuestión merece reflexiones. En todo caso, si la Cumbre progresa en lo apuntado y,

Pero no mucho más difíciles, a fin de cuentas, de lo que lo fueron en Europa, a finales del siglo XVIII, la sumisión de todos a reglas de derecho y la organización de la separación de poderes” (página 34).

²⁴ La protección parcial del Planeta es inoperante, del mismo modo que lo es intentar recuperar un río cuando no tenemos disponibilidad más que sobre una parte de su cauce. Las limitantes de los derechos ambientales nacionales son evidentes: aisladamente, no hay poder sobre la Tierra capaz de garantizar la salud del medio ambiente en su estrecho ámbito de jurisdicción. De poco sirven los esfuerzos de unos cuantos si no existen acciones concertadas que aborden integralmente los problemas.

²⁵ Para llegar a esta conclusión basta con examinar la legislación ambiental de la mayor parte de los países. Y no sólo en los que podríamos considerar como de nuestra órbita cultural, como los latinoamericanos. Véase, por ejemplo, la Ley de Protección del Medio Ambiente de la República Socialista de Vietnam de 1993 (IX Legislatura, 4ª Sesión) en la que salvo referencias orgánicas peculiares (como a los Comités Populares) (artículo 8) o escasas singularidades derivadas del sistema económico, su contenido es perfectamente homologable a cualquier otra legislación ambiental. Así, por ejemplo, la definición de Evaluación de Impacto Ambiental (artículo 2, punto 11): “*Environmental impact assessment (E.I.A) means the process of analyzing, evaluating and forecasting the effects on the environment by socio-economic development projects and plans, by production and business establishments, and economic, scientific, technical, medical, cultural, social, security, defense or other facilities, and proposing appropriate solutions to protect the environment.*”

al menos, sienta algunas **bases conceptuales sobre la gobernabilidad** ambiental, abriendo y alimentando este debate, habrá servido para algo. No obstante, para que podamos hablar del **Derecho Ambiental Planetario** me temo que tendremos que esperar, por lo menos, a la **cuarta ola**.

3.2 La evolución técnica: fases y estratos:

La realidad actual del DA es el resultado de una serie de **aportes estratificados** que se han producido en diversas etapas, a medida que maduraba la percepción de lo ambiental mediante la ampliación de conocimientos científicos y se introducían nuevas figuras jurídicas o se rediseñaban las existentes. La comprensión de su evolución técnica se facilita, según mi experiencia, si se presenta siguiendo de modo aproximado el orden cronológico en el que van apareciendo distintos instrumentos –o familias de los mismos– respondiendo, de modo progresivamente afinado, a los problemas que presenta la protección ambiental.

Obvio es advertir que unos instrumentos no suceden a otros, sino que se suman y entrecruzan. En todo caso, la progresión del Derecho Ambiental puede explicarse así.

A. Primer estrato: la fase represiva.

Es otro lugar común de la doctrina jurídico-ambiental convenir en que la complejidad de los problemas que plantea la defensa del ambiente, así como la novedad de sus postulados, desbordó la **capacidad del Derecho tradicional** para facilitar las técnicas e instrumentos para articular una eficaz respuesta jurídica. Eso es cierto, pero a mi juicio la inadecuación de nuestro Derecho, construido a lo largo de muchas centurias, no obedece tanto a la novedad o complejidad de lo ambiental (también es nuevo y complejo, pongo por caso, el derecho de las telecomunicaciones y no se notan tanto las disfunciones), la cosa es mucho **más profunda** y menos evidente. Tiene que ver, como veremos, con el cambio de valores sociales que exige la defensa del ambiente y la limitada perspectiva que ofrecen los derechos nacionales.

En todo caso, quedémonos ahora con que el catálogo de instituciones jurídicas tradicionales no ha resultado suficiente para atender las nuevas exigencias. No obstante, como es lógico, junto a los nuevos institutos que se crearán, se ha acudido en primer lugar al conjunto de mecanismos jurídicos disponibles.

El primer estadio de la reacción jurídica ante lo ambiental acude a los más primitivos instrumentos del derecho, a su **construcción más elemental**: la represión. Es la fase en la que los principales, sino únicos, mecanismos consisten en la retribución negativa de determinadas conductas. Pero **prohibir y castigar las contravenciones** requiere, entre otras cosas, del establecimiento de límites conocidos. Estamos en el momento de las prohibiciones de talar, pescar, cazar,

quemar o cuanto se nos ocurra, pero también en el surgimiento de los **estándares**. Hasta cuánto se puede contaminar, de qué manera, con qué requisitos. La reacción es la sanción. Sea ésta de la naturaleza que sea.

Además de la responsabilidad administrativa o penal derivada del tradicional del mecanismo infracción/sanción, las conductas lesivas han comportado siempre la responsabilidad civil o por daños. La dificultad de aplicar este instituto a la reparación ambiental se hizo pronto evidente. Esencialmente los **inconvenientes** tenían que ver con la titularidad de los bienes ambientales afectados, lo que comportaba problemas de **legitimación**, la enorme dificultad de establecer taxativamente el **nexo causal**, sobre todo en episodios de contaminación difusa, y la difícil **cuantificación**, así como la **magnitud**, de los costes de reparación de los daños ambientales. Estas dificultades han obligado a importantes **modificaciones en la responsabilidad civil** clásica para adaptarla al ámbito ambiental, potenciando su consideración objetiva y buscando nuevos mecanismos, como los Fondos.

En todo caso, la reconstrucción del instituto de la responsabilidad no está concluido. Actualmente tanto en el Derecho administrativo sancionador como en el más reciente derecho penal ambiental²⁶ se tiende a una decidida reorientación de la indemnización, como mecanismo compensador idóneo, para llegar a la **reparación de los daños como objetivo** de la responsabilidad de toda naturaleza. No obstante, y aunque no pueda aquí desarrollar esta idea, hace tiempo que creo la responsabilidad se está extendiendo a supuestos en los que para darle cabida hay que desnaturalizarla, mejor sería hablar de solidaridad jurídicamente formalizada.

B. Segundo estrato: la fase preventiva.

A pesar de los indudables efectos disuasorios de los mecanismos represivos, pronto se entiende que a la salud ambiental le **importan poco los castigos** que podamos imponer, lo relevante es evitar los daños, por lo que lo eficaz será enfatizar los aspectos preventivos en aquellas decisiones que puedan tener repercusiones relevantes en el medio. Surge una nueva institución, la **Evaluación de Impacto Ambiental**.

Su originalidad consiste esencialmente en que se constituye como un procedimiento singular articulado exclusivamente para asegurar la toma en consideración de las consecuencias ambientales de determinados proyectos sometidos a decisión pública. Procedimientos anteriores, como el establecido en

²⁶ Una espléndida tesis doctoral defendida por José Juan GONZÁLEZ MÁRQUEZ, alumno en su día del Programa de Doctorado al que en nota inicial se alude y hoy coordinador del mismo en México, hizo hincapié en esa nueva vocación reparadora de las distintas responsabilidades relacionadas con el medio. La tesis, defendida en la Universidad de Alicante, tuvo por título *La reparación de los daños al ambiente en México* (2001).

España por el RAMIN en 1961²⁷, ya preveían que en proceso de toma de decisión necesario para otorgar determinadas licencias se tuviera en cuenta su **trascendencia ambiental**, pero el decisivo avance que supone la EIA y su generalizado éxito, se debe a que es un procedimiento concebido para tener en cuenta **únicamente** la repercusión ambiental de un proyecto, lo que dará lugar a una declaración –positiva o negativa- referida a esos solos efectos.

La coincidencia de la doctrina en subrayar el énfasis preventivo del Derecho Ambiental, unido al hecho de que su primera institución jurídica propia tenga tal naturaleza, nos da idea de que nos encontramos cerca del **corazón de esta disciplina** y de que, de alguna manera, el resto de técnicas resultarán instrumentales en relación a la que luce como su principal vocación.

Como sofisticada derivación de esta vocación se encuentra la posterior asunción del principio de **precaución o cautela**, mediante el que se establece una especie de presunción a favor del ambiente, de tal modo que cuando no exista certeza científica sobre los efectos negativos que una actuación pueda comportar se prohíba su realización.

C. Tercer estrato: la fase participativa.

La tarea de defender y preservar el medio ambiente no es, no puede ser, exclusiva de los poderes públicos. Todos los ciudadanos **estamos implicados** y deberíamos adoptar actitudes activas al respecto. Por lo demás, es evidente que las decisiones que se adopten –autorizar un fábrica, prohibir determinados productos, establecer la recogida selectiva de basuras, etc. etc.- tendrán directas repercusiones sobre nuestros **comportamientos cotidianos**. Dando un paso más, si, de verdad, se acometieran las transformaciones que requiere nuestro modelo de desarrollo para aproximarse seriamente a la sostenibilidad, los modos de vida se verían sustancialmente alterados.

Por lo tanto, el Derecho Ambiental debe reforzar los mecanismos de participación en la medida de lo posible para progresar en el **principio de corresponsabilidad**. Seguramente mucho más allá del estadio en que actualmente se encuentra. Con todo, tanto desde la perspectiva orgánica –Consejos, comités, etc.-, como desde la funcional –encuestas ambientales, posibilidad de participar en procedimientos, acción popular, etc.- este sector del ordenamiento se ha distinguido por estimular o, al menos, permitir una elevada participación del público en los **procesos de toma de decisión**.

Pero de nada sirve establecer cauces de participación si la población no cuenta con la **información necesaria** para formar su propia opinión. Es por ello que, como

²⁷ Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre.

proyección y necesario prerrequisito de la participación, el Derecho Ambiental ha desarrollado instituciones propias en relación a la transparencia de las actuaciones públicas en la materia y al conocimiento de los riesgos que para la naturaleza pueden entrañar determinadas actuaciones públicas o privadas. Me refiero al Derecho de **Acceso a la Información Ambiental**. Desde otra óptica, la **educación ambiental**, como obligación pública, obedece a esta misma lógica de hacer efectiva una responsable participación de la ciudadanía, actual o futura, en las decisiones de naturaleza ambiental, pues para participar tan necesario es estar informado como estar formado.

D Cuarto estrato: las técnicas de mercado y la internalización de los costes.

Una de las más recientes generaciones de instrumentos jurídicos ambientales es la que intenta aprovechar la dinámica y **lógica interna del mercado** para facilitar decisiones y actuaciones favorables al medio. El planteamiento es, en sí, elemental. Si la economía de mercado es una realidad incuestionable²⁸ y no cabe, por tanto y en términos prácticos, plantearse si es el mejor de los mecanismos posibles de distribución de bienes y servicios para el medio ambiente, lo único que cabe hacer es aprovechar su impulso para **incidir sobre la oferta y la demanda** con el objeto de que tales bienes y servicios resulten lo más compatibles con la preservación del medio posibles. Bajo el paraguas de la denominación de técnicas de mercado, o el más genérico de instrumentos económicos, se encuentran una serie de mecanismos que intentan alcanzar estos objetivos actuando, sobre todo, a través de la demanda.

Como he dicho otras veces²⁹, el “**acto individual de consumo**” es la más trascendente decisión ambiental que podamos concebir, más, por ejemplo, que la decisión de construir o no una planta nuclear. Como es natural su importancia no radica en un acto aislado, pero sí en la suma de los millones de actos de esta naturaleza que se realizan cada minuto en el Planeta. Un acto de consumo es adquirir un coche, pero también lo es accionar un interruptor, abrir un grifo o desechar una determinada longitud de papel higiénico. La suma de estos actos constituye la demanda y hay que tener bien presente que, según la ortodoxia económica, la oferta no hace más que responder fielmente a sus dictados. Es en este sentido que he destacado muchas veces la **hipocresía** que supone el achacar en exclusiva la responsabilidad de los daños ambientales a fábricas e industrias, cuando el sector productivo no hace más que satisfacer las demandas de todos nosotros en nuestra dimensión de consumidores.

En todo caso, a través de instrumentos como la eco-etiqueta o la auditoría ambiental, el ordenamiento ambiental permite que en las decisiones de los consumidores pueda pesar la mayor o menor adecuación a criterios ambientales de

²⁸ Dicho esto en el más propio sentido del término, es decir, según el Diccionario de la Real Academia: “... que (no) se puede disputar o controvertir”.

²⁹ “Consumo y Medio Ambiente”, 1994, en <http://www.ua.es/dda/textgeneral.htm>

productos o servicios, otorgando distintivos o reconocimientos a **productos y empresas que se destacan**, en comparación a sus competidores, por su esfuerzo en reducir las consecuencias negativas para el medio. También siguen esta senda las certificaciones que garantizan, por ejemplo respecto de la madera, la obtención de determinadas materias primas de conformidad con criterios de gestión ambientalmente sostenibles. Si el consumidor orienta su demanda hacia estos bienes o servicios, en detrimento de otros, y siguiendo las conocidas pautas del mercado y de la competencia, es de esperar que se produzca una **reorientación del sector productivo** hacia pautas de comportamiento ambiental más respetuosas.

Nótese, no obstante, que introducir el factor ambiental en las decisiones de consumo supone una **revolución** impresionante, pues en esencia es **adicionar un componente ético** a decisiones que, desde siempre, han girado prácticamente en exclusiva en torno a criterios económicos, en especial a la relación calidad/precio.³⁰ Aunque sea de un modo un tanto subrepticio, la introducción de estos criterios entraña una importante **contradicción** con los sacrosantos principios del mercado.

También tienen como objetivo influir en el mercado y, en general, en el comportamiento de los agentes económicos, instrumentos tales como los impuestos ambientales, las subvenciones o las políticas de precios.

En este capítulo deben integrarse todos aquellos mecanismos que pretenden la materialización del principio “quien contamina, paga” que, modernamente, se concibe no como una patente de corso para contaminar a cambio de un precio, sino como la **exigencia de internalizar** los costes ambientales de los procesos productivos, trasladándolos, vía precios, a los consumidores efectivos de determinados bienes y servicios y no al conjunto de la sociedad.

E. Quinto estrato: las técnicas integrales.

En aplicación del principio de gestión ambiental conocido como “de la cuna a la tumba”, últimamente se ha abordado la **regulación integral** de determinados procesos. Se abandona el enfoque, más limitado, parcial y, por tanto ineficaz, de considerar aisladamente la protección de los distintos elementos ambientales que pueden verse afectados por un proceso unitario, para enfocar la atención, regulando sus distintas variables, en el **conjunto de interacciones** que tal proceso establece con el medio. Desde la obtención de las materias primas, pasando por los procesos productivos, la vida del producto y, finalmente, su último destino.

³⁰ Hago abstracción de otro tipo de criterios no puramente económicos como, por ejemplo, el prestigio que ofrece una marca de lujo o la estética asociada al diseño de determinados productos. En todo caso, la decisión obedecía a criterios egoístas, a diferencia de los criterios ambientales o los que impulsan el conocido como “comercio justo”, que son, esencialmente, altruistas o, al menos, no obedecen a un egoísmo inmediato.

El derecho comunitario ha abordado estas nuevas técnicas mediante la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación (IPPC) que se basa en una **única autorización ambiental** que contemple la totalidad de los efectos sobre el medio, en la aplicación del concepto “**mejor tecnología disponible**” (*Best Available Techniques* o BATs) -lo que supone, por ejemplo, el fin de la validez intemporal de las autorizaciones- y en el perfeccionamiento de los mecanismos de control sobre el cumplimiento de los estándares³¹.

3.3 Los círculos del Derecho Ambiental. Su evolución: desde el derecho de grupo al derecho de especie:

Hemos dicho que la aislada e individualizada protección de determinados recursos propia de anteriores sistemas jurídicos no puede considerarse cabalmente como Derecho Ambiental, por el contrario, y a nuestro juicio, únicamente puede hablarse con propiedad de la aparición de este sector del Derecho cuando el objeto de protección desborda racionalmente la protección de un recurso en un determinado ecosistema parcial o de la defensa de un ecosistema en particular. El Derecho Ambiental se singulariza cuando su objeto es la **protección del Ecosistema Planetario**³², aunque sea a través de la inmediata defensa de sus elementos, de los múltiples ecosistemas parciales que lo componen o de la utilización de un elenco de técnicas indirectas. Sólo es Derecho Ambiental el que tiene a Gaia como referente último y principal, si existe un Derecho Ambiental ese es el **Derecho Ambiental Planetario** que debe comprenderse y articularse como **Derecho de Especie**³³, no el de un grupo político que organiza puntualmente su relación con los recursos próximos.

Por eso, y por poner un ejemplo, no es Derecho Ambiental el Derecho Agrario, por mucho que coincida en algunos de sus instrumentos jurídicos y de los objetos de protección. Su **componente teleológico** es distinto: la mejora de la producción agrícola, en un caso, la defensa del Ecosistema Planetario, en otro. De ahí que la reconversión en ambientalistas de muchos especialistas provenientes de disciplinas jurídicas colaterales produzca un cierto desasosiego, porque el objeto de este sector del Derecho es tan distinto como singular, y ese reciclaje requiere, cabalmente, comprender su vocación y, si me apuran, participar emotiva e ideológicamente de ella. El Derecho Ambiental **no es neutral** sino que comporta,

³¹ Vid. VALENCIA MARTÍN, Germán, “El régimen jurídico del control integrado de la contaminación”, en *Noticias de la UE*, nº 153, año XIII, págs. 139-153.

³² Algunos autores prefieren hablar de la Biosfera como objeto de protección, como Demetrio LOPERENA ROTA en *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 1996. La idea es la misma, pues se trata en definitiva de preservar las condiciones que hacen posible la vida humana en el Planeta.

³³ Sobre esta noción, puede consultarse “Las ciencias sociales y la conservación de los sistemas ambientales” especialmente el apartado titulado “La emergencia de la especie como sujeto de los derecho colectivos al ambiente”. Trabajo incluido en *El Hombre: una especie en peligro*, Campomanes, Madrid, 1993, de Ramón MARTÍN MATEO, págs. 83 y ss.

guste o no, una carga ideológica, una determinada escala de valores, una determinada forma de entender la vida, pues la vida no es otra cosa que la relación del individuo con su entorno.

Naturalmente que en sus aspectos técnicos el Derecho Ambiental puede ser manejado por cualquier operador jurídico con plena eficacia, al igual que se opera con el Código de Comercio, pongo por caso. Aunque, no hay que engañarse, también el Código de Comercio comporta una carga ideológica. Sin necesidad de acudir a planteamientos marxistas, es todo el sistema jurídico el que refleja, o debe reflejar, el sistema de valores predominante en una determinada sociedad y esos valores incluyen la construcción de un determinado sistema social que el ordenamiento tiende a perpetuar.

Cuestión esencial en la ordenación de una sociedad es el resolver, entre otras, la **tensión entre lo individual y lo colectivo**. La singularidad de lo ambiental se encuentra, precisamente, en su **original concepción de lo colectivo**. Para los tradicionales Derechos estatales, lo colectivo ha venido consistiendo en el conjunto de individuos que conforman esa comunidad política³⁴, para el Derecho Ambiental, incluso asumiendo plenamente su visión antropocéntrica, **la colectividad es la especie humana**, el conjunto de individuos que hoy la conforman y también los que la conformarán en un futuro. No es de extrañar que la perspectiva y resolución de esa tensión entre los intereses individuales (o aun de grupo), frente a los colectivos, así considerados, sea bien distinta en el Derecho Ambiental que en el resto de sectores del ordenamiento. Tampoco es extraña la **incomodidad latente** entre este sector y el resto de Derecho estatal, pues su fundamento y concepción son distintos. En la medida en que el Derecho Ambiental progrese y se consolide, los conflictos serán inevitables.

A: El Derecho ambiental estatal: el derecho de grupo.

A partir de la primera ola los derechos internos comenzaron a asumir sistemáticamente determinadas prescripciones orientadas a la protección ambiental. Surgieron los derechos ambientales estatales que, de algún modo, suponían la materialización del viejo principio ecologista “**pensar globalmente, actuar localmente**”. Los derechos estatales protegían los recursos que estaban bajo su jurisdicción procurando mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos a la vez que contribuían a la mejora global del ambiente. Con todo, para los distintos Estados la preeminencia del interés de su comunidad ha sido siempre incuestionable, por lo que puede afirmarse sin lugar a error que los derechos nacionales sólo indirecta, limitada y condicionadamente han contribuido a la

³⁴ Los nuevos fenómenos asociativos entre Estados –UE, TLC, MERCOSUR, etc.- que tienen como principal objeto constituir unidades económicas más amplias, participan de esa misma esencial. Sobre la importancia del Derecho Ambiental en los Derechos regionales puede verse REAL FERRER, Gabriel (Coord.) *Integración Económica y Medio Ambiente en América Latina*, McGraw-Hill, Madrid, 2000.

protección del Planeta. Se diga lo que se diga, no existe plena coincidencia con lo que cabalmente es el objeto del Derecho Ambiental.

No obstante lo dicho, el Derecho Ambiental estatal ha sido, es hoy, y seguirá siendo en el futuro, imprescindible para articular la protección de los elementos ambientales. Lo que cambiará será su fundamento, pues las prescripciones que lo integren constituirán la respuesta de la Humanidad a los problemas ambientales que la aquejen, aunque se manifiesten a través de los instrumentos jurídicos y del aparato coactivo de una determinada sociedad política parcial. En este sentido, los ordenamientos ambientales estatales **perderán la autonomía** de la que han gozado y gozan actualmente. Entre tanto, los Estados (individualmente o asociados, como en el caso de la UE) siguen reaccionando libremente al aplicar sus propias soluciones, en las que la **tensión entre el egoísmo de grupo y la solidaridad planetaria** se hace evidente.

La extensión y, sobre todo, eficacia del Derecho Ambiental depende hoy de la decisión de los distintos gobiernos, sujetos a todo tipo de **compromisos y servidumbres** frente a las que en muy pocos casos se erige una opinión pública concienciada y poderosa. Por ello el Derecho Ambiental no puede quedar en un conjunto de derechos estatales que obedecen a dinámicas complejas y frecuentemente poco convergentes y que, además, sólo llegan allá donde alcanzan las respectivas jurisdicciones. Los derechos ambientales estatales han sido el precedente y serán un instrumento del Derecho Ambiental, pero no son, no pueden ser, el Derecho Ambiental Planetario.

A diferencia de las actuales tendencias, los distintos derechos ambientales estatales, en la medida en que formen parte de un Derecho Ambiental más ampliamente concebido, deberán presentar **acusadas diferencias** entre ellos. Incluso aunque no pensáramos en perversas influencias, es evidente que los distintos derechos ambientales estatales no pueden ser homogéneos ya que se parte de situaciones extremadamente dispares. En realidad, no se trata únicamente de reconocer, como hace la Declaración de Río, que la responsabilidad frente a los problemas ambientales debe corresponderse con la distinta participación en la generación de las causas de los problemas, sino que va más allá. Para los países industrializados el Derecho Ambiental es esencialmente un **derecho de límites** que debe estar orientado a la activa **búsqueda de soluciones**, tanto en la línea de reducir drásticamente el impacto de sus sociedades –y de sus modos de vida- sobre el Planeta, como en la imperiosa necesidad de aportar sus potencialidades científicas, técnicas y económicas para facilitar la protección y recuperación de los valores ambientales en cualquier lugar del mundo. Por el contrario, en los países más deprimidos el Derecho Ambiental es un **derecho de desarrollo**, sostenible, pero desarrollo. Su vocación inmediata no puede ser otra que el ensayo de modelos sociales y económicos que permitan reducir la pobreza y mejorar la calidad de vida de sus habitantes sin ejercer una desproporcionada presión sobre el medio. Si

partimos de la “ampliación de lo ambiental”, tan derecho ambiental es reducir las emisiones de una industria como facilitar agua a una comunidad que carece de ella.

La inconsistencia de los derechos nacionales en cuanto a su consideración como Derecho Ambiental se demuestra en el **estéril debate** acerca de su posible consideración como **Derecho Fundamental**³⁵. Visto ampliamente, el debate sobre la existencia o no de un derecho subjetivo a disfrutar de un medio ambiente adecuado roza lo absurdo. En primer lugar, porque desde un punto de vista jurídico es insostenible, en segundo, porque el enfoque es erróneo y requiere ser retorcido hasta hacerlo polarmente opuesto, pues desde un punto de vista individual la cuestión clave es definir nuestras obligaciones respecto del medio, no nuestros derechos. Intentaré explicarme.

Digo que desde un punto de vista jurídico es insostenible porque, haciendo abstracción del concreto ordenamiento en que nos situemos, no hay juez ni Tribunal Constitucional en pleno, **capaz de garantizar ese derecho**, sencillamente porque está fuera de su capacidad de acción. Los Tribunales pueden alterar derechos y exigir comportamientos, pero no pueden evitar una lluvia radioactiva ni reponer la capa de ozono. Pero es que, además, pensemos en la distinta posición de los Tribunales respecto de las varias generaciones de derechos. En el caso de los derechos fundamentales clásicos de corte individual –vida, libertad, etc.- pueden garantizar su ejercicio a todos y cada uno de los ciudadanos que lo soliciten, lo que ya no es predicable de los derechos colectivos, -vivienda, sanidad, etc.- cuyo efectivo ejercicio depende de diversas variables. En ambos casos el derecho está enunciado y aunque las posibilidades de materialización son distintas puede atribuirse su ejercicio a un ciudadano y no a otro. En el caso del derecho al ambiente es rigurosamente imposible garantizar su disfrute a un ciudadano y no a su vecino. Si el medio ambiente es adecuado, lo es para todos, y no sólo para el que lo “exige” ante los tribunales³⁶. No se puede compartimentar. O lo disfruta la especie o no lo disfruta nadie.

Por lo demás y desde una perspectiva técnico-jurídica, ya me manifesté con relación a la Constitución española entendiendo que no lo contemplaba como un Derecho fundamental³⁷, lo que no obsta para que el juicio pueda ser distinto respecto de otros ordenamientos constitucionales en los que sí tenga tal

³⁵ Como señala JORDANO FRAGA, la doctrina se ha dividido entre la consideración del derecho a un medio ambiente adecuado como derecho de la personalidad, como derecho humano o como derecho fundamental. JORDANO FRAGA, J. *La protección del Derecho ... o.c.*, págs 485 y ss.

³⁶ Naturalmente no me refiero a la posibilidad de restablecer la lesión producida en un determinado ecosistema que, según su envergadura, puede resultar perfectamente posible y, en esa medida, mejorar o reponer el “medio” en el que se desenvuelva una persona o un colectivo. Me refiero, como es natural, a los problemas planetarios o, sin llegar a ellos, a episodios de contaminación difusa contra los que no es posible acción reparadora alguna.

³⁷ “El Medio Ambiente en la Constitución Española”, *Revue Juridique de l’Environnement*, 4/1.994, págs. 319 y ss.

consideración.³⁸ Lo que aquí digo es que los derechos nacionales no pueden contemplar el medio ambiente como algo **disponible autónomamente**. Por muchas declaraciones constitucionales que contengan, escapa de su alcance. Aunque nos empeñáramos en construir el derecho a un medio ambiente adecuado como un perfecto derecho subjetivo, no hay obligación correlativa capaz de satisfacerlo ni juez que tenga la facultad de restablecer el medio ambiente.

La única perspectiva válida desde el derecho nacional es la **procesal**. El derecho de accionar, que no asegura el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, sino el **cumplimiento de la legalidad**. Legalidad que debe ser la interiorización, en el plano nacional, de los compromisos globales, de la respuesta colectiva de la especie a los problemas comunes. En el plano intersubjetivo, el cumplimiento de la legalidad es, finalmente, el único comportamiento exigible, lo que, insisto, no entraña necesariamente el restablecimiento del medio ambiente. Establézcase una **acción popular** en defensa del medio ambiente, fórmese e infórmese a la población y no discutamos sobre irreales e irrealizables Derechos Fundamentales. Eso es lo que pueden y deben hacer los derechos nacionales. La quiebra de la identidad entre el ámbito del objeto del derecho y el alcance de la jurisdicción es insalvable.

El derecho -¿no sería mejor decir vital necesidad?- a desenvolvernos en un medio adecuado nos corresponde en cuanto miembros de esta especie que aspira a perpetuarse, no como individuos, ni siquiera como colectivos pertenecientes a tal o cual Estado. Si conseguimos reorientar el proceso y restablecer condiciones perdurables para que la Humanidad se desarrolle lo conseguiremos para todos, si no, nadie estará a salvo, digan lo que digan leyes y constituciones.

B El Derecho Ambiental de la Comunidad Internacional: los compromisos no coactivos.

El desarrollo del Derecho Ambiental es, en gran medida, **directo deudor** del Derecho Internacional³⁹. La conciencia de que los problemas globales requieren de soluciones concertadas ha impulsado la adopción de una gran cantidad de instrumentos de diverso espectro inspirados en un principio que podría formularse como “**pensar globalmente, actuar coordinadamente**”. Ya hemos visto que han sido las Cumbres de las Naciones Unidas las que han impulsado a las distintas “olas” en las que hemos sintetizado la dinámica evolución de esta disciplina. Y ello no tanto, o no sólo, por los frutos directos de las mismas sino por cuanto, aun siendo de mínimos, se forjaron consensos de cara a abordar individual y colectivamente una

³⁸ Como el de Costa Rica. Por otra parte, ¿quiere eso decir que los ciudadanos que vivan en un país donde sí se considera Derecho Fundamental disfrutarán de un medio ambiente adecuado y los que no, no? ¿no cambiará el clima allí? ¿les protegerá la constitución ante el aumento de radiaciones cósmicas?

³⁹ Al respecto puede consultarse el excelente trabajo de José JUSTE RUIZ, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

serie de problemas que objetivamente a todos afectan. Estos consensos, que de algún modo reflejan la coincidencia en determinados estándares éticos⁴⁰ o, al menos, en el diagnóstico de determinados problemas⁴¹, se tradujeron en el desarrollo de los derechos ambientales estatales y en la adopción sucesiva de numerosos tratados y convenciones internacionales.

A pesar de los numerosos instrumentos internacionales cabalmente orientados a la protección del medio, no todos obedecen a la misma lógica. A título orientativo debemos distinguir los que: a) tienden a proteger un **recurso con carácter singular** (por ejemplo, para regular el uso común de un río); b) regulan **relaciones de vecindad** (como la obligación de comunicar catástrofes ambientales); c) tienden a proteger un **recurso globalmente considerado** (como los de Biodiversidad o Cambio Climático) y d) establecen y/o regulan **bienes o espacios comunes** (Antártida⁴², mares, espacio exterior). Con ser todos de interés ambiental, únicamente obedecen a la lógica de considerar el beneficio para el conjunto de la Humanidad estas dos últimas categorías.

La general aceptación y, por tanto, eficacia de estos instrumentos está directamente relacionada con el peso de los **intereses nacionales** -o de determinados sectores económicos que los suplantán y teledirigen- a los que puedan afectar. Así, y por poner algún ejemplo, el éxito del CITES nada tiene que ver con las dificultades de implementación de los relativos a la Biodiversidad o el Cambio Climático. Aunque es cierto que en torno al comercio de diversas especies se movían –y mueven- importantes magnitudes económicas, se trata de un sector poco articulado y, sobre todo, el origen de esa particular “materia prima” está en los países del Sur sin que los intereses del Norte se vean afectados. Por el contrario, en el caso de la Biodiversidad lo que entra en juego es, esencialmente, la propiedad sobre principios activos de enorme trascendencia económica para quienes sean capaces de rentabilizarlos, es decir, para los países de mayor desarrollo técnico-científico. En cuanto al Cambio Climático, la cuestión obviamente afecta a los sectores industriales del Norte y, en general, para los más pobres no puede representar más que una fuente de ingresos. Cuando

⁴⁰ Es en este sentido que cobran significación los derechos humanos, pues como bien dice LOPERENA ROTA, “se han convertido en un conjunto de convicciones ético-políticas generalmente admitido por todos los países, en el mínimo común denominador civilizatorio del presente momento histórico” LOPERENA ROTA, Demetrio, *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Civitas-IVAP, Madrid, 1996, página 41.

⁴¹ Como no creo en la maldad intrínseca de nadie, ni en que nadie pretenda conscientemente acortar significativamente la presencia del Hombre en la Tierra, ni en que persigan un medio hostil para sus hijos o sus nietos; creo que muchas veces las discrepancias parten de la distinta percepción de las cosas, de los distintos análisis y, por tanto de los distintos diagnósticos. Sencillamente muchos creen que se exagera en las previsiones catastrofistas acerca del medio ambiente del Planeta. Quizá sea así, pero salvo que los intereses inmediatos te nublen los ojos, es claro que vamos por mal camino.

⁴² En 1959 se firmó en Washington el Tratado de la Antártida, que decidió dedicar el continente austral por entero a la investigación científica con fines pacíficos; el acuerdo entró en vigor en 1961, y por él se suspendieron todas las demandas territoriales que entonces planeaban sobre ese territorio. En 1991, 24 países aprobaron el Protocolo de Madrid por el que se prohibió la explotación petrolífera o de cualquier otro mineral durante al menos 50 años, si bien no se logró pleno consenso para declarar a la Antártida parque natural mundial. En definitiva, está aún pendiente la consideración jurídica definitiva de este continente.

determinados intereses del Norte pueden verse afectados **la resistencia crece** y, consecuentemente, la eficacia decae.

El Derecho Internacional, en cuanto se refiere al medio ambiente, ha experimentado un progreso indiscutible, pero sigue adoleciendo de las **mismas limitaciones** que han aquejado a ese ordenamiento en toda su existencia. Ni siquiera generando amplios consensos en la Comunidad Internacional es capaz de imponer decisiones contra la voluntad “soberana” de los Estados o, para ser más exactos, de determinados Estados. La presión internacional, no necesariamente militar, es fácil de ejercer sobre países medios o pequeños altamente dependientes o aislados, pero no frente a aquellos que sobrepasan una determinada masa crítica, habitualmente en forma de intereses económicos. Por ello no puede hablarse más que de una suerte de concertación voluntaria, carente de eficaces mecanismos coactivos tanto para alcanzar acuerdos como para mantenerlos en el tiempo. En definitiva, el conocido *softlaw* se corresponde con un muy diluido *softpower* de la Comunidad internacional, que es tan real como insuficiente para resolver los problemas ambientales del Planeta.

Resulta imprescindible **reforzar institucionalmente** a la Comunidad Internacional, es preciso y urgente progresar en su personificación, recuperando y superando el multilateralismo creado a partir de la II Guerra Mundial. Debemos ser conscientes de que no soplan buenos tiempos y que frente a las acciones cooperativas se alza el unilateralismo, explícito o soterrado, de los EEUU⁴³ en su papel de única potencia superviviente de la guerra fría, pero se precisa materializar de algún modo la **personificación de la especie** para acometer, al menos, dos tareas urgentes: la creación de un **sector público internacional** y la extensión, definición del régimen jurídico y de protección de los **elementos comunes**. En un caso se trata de constituir un sector público económico que intervenga, quizá en régimen de monopolio, en determinados **procesos económicos globales**, sustrayéndolos a las fuerzas que manejan la economía planetaria sin más criterio que el beneficio. Sus objetivos deben ser el facilitar el acceso de todos los pueblos a determinados bienes y servicios y la institucionalización de una cierta redistribución de la riqueza. En el segundo, se trata de “**mundializar**” aquellos recursos que se consideren estratégicos, desplegando sobre ellos el régimen que mejor convenga a los intereses comunes de la Humanidad, con el fin de asegurar su preservación y racional explotación. La inclusión de determinados delitos ecológicos entre las competencias del **Tribunal Penal Internacional**⁴⁴ hubiera podido ser un primer paso,

⁴³ La última manifestación de esta actitud de EEUU ha sido la negativa del Presidente Bush a someter a ratificación del Senado el Tratado de Roma por el que se crea el Tribunal Penal Internacional (ver nota siguiente) al que ese país se había adherido en los últimos días de la Administración Clinton. Es clara la vocación de tener las manos libres y eludir cualquier compromiso. La renuncia a este Tratado no es más que un ejemplo; otro aún más sangrante es la negativa a incorporarse a la Convención de los Derechos del Niño, ratificada, en el momento de escribir estas líneas, por todos los países del Planeta excepto dos: Somalia y EE.UU.

⁴⁴ El Tribunal Penal Internacional de Naciones Unidas, es un tribunal de jurisdicción internacional de carácter permanente cuya creación fue probada en el transcurso de una conferencia celebrada en 1998 en Roma por representantes de 120 países. El Tratado de Roma fue firmado el 18 de julio de ese mismo año por un primer grupo de 20 países que se

pues no creo que resulte descabellado pensar que determinadas agresiones al medio puedan considerarse como crímenes contra la Humanidad.

Con todo, hasta ahora el Derecho Internacional ha constituido la vía más realista y eficaz para desarrollar y consolidar el derecho ambiental, aunque todo progreso sustancial en este campo requiere de un paso más: **la cesión de soberanía**.

C. El derecho ambiental: derecho de especie.

A pesar de todo su desarrollo, el Derecho Ambiental ha adolecido siempre de una **inconsistencia originaria** aún no superada: la falta de correspondencia entre el que hemos convenido es su objeto de protección, único e inescindible, y los ordenamientos que lo componen, absolutamente fragmentados. El lema debiera ser ahora "**pensar globalmente, actuar unitariamente**". Es preciso componer una comunidad política única, pues si la vocación no es otra que la protección del Ecosistema Planetario su correspondencia social no puede ser otra que la especie humana.

No cabe olvidar que el Derecho es siempre el producto de una **sociedad organizada**, la emanación de un cuerpo social con la finalidad de resolver sus conflictos, alcanzar sus objetivos y, en definitiva, mejorarlo; y la especie carece de esa organización. Visto desde otra perspectiva, el Derecho no es más que una técnica para **administrar la fuerza**, y el problema es que la especie tampoco cuenta con la fuerza.

La especie humana, amenazada, tiene que reaccionar ante los comportamientos que ponen en riesgo su supervivencia pero carece de organización para conformar su propia voluntad y de fuerza para imponer sus decisiones. Aunque pueda sonar utópico en los tiempos que corren⁴⁵, el Derecho Ambiental únicamente adquirirá su madurez plena y podremos hablar de él con absoluta consistencia cuando sea el fruto de un **nuevo contrato social**, en el que esta vez se materialice un acuerdo voluntario de los Estados que defina, tanto su relación mutua, como el establecimiento de una autoridad común.

Sin organización y sin fuerza, la especie no puede imponer conductas y, por tanto, no puede hablarse de Derecho. Por eso, la cabal protección del medio ambiente obliga a progresar en la **gobernabilidad de lo ambiental**. Gobernabilidad referida a la

adhirieron a su contenido. Se fijó su sede en La Haya y sus competencias se extienden al procesamiento de individuos que cometan "los más graves crímenes contra la comunidad internacional" (genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y agresión) y ante los cuales el Estado concernido no inicie, por voluntad propia o incapacidad, el correspondiente procedimiento.

⁴⁵ Piénsese lo utópico que podía parecer en su momento la desaparición de la esclavitud, que no sólo establecía dos clases de seres humanos respecto de los derechos que a cada clase correspondían, sino que era el pilar de todo el sistema económico. Cualquier sesudo analista, incluso bienpensante, diría que podía ser muy bonito, pero que era imposible. El triunfo del abolicionismo es uno de los pocos episodios en los que la moral y la ética triunfan sobre la economía.

especie como cuerpo social superior y al Planeta como ámbito territorial de jurisdicción. No se trata necesariamente o, quizá, inmediatamente, de establecer una **república planetaria**, pero sí de la búsqueda de mecanismos institucionales que aseguren la eficaz materialización del principio de solidaridad, en el que se inspira tanto el Derecho Ambiental como el conjunto de los nuevos derechos sociales, aunque con distinto alcance.

En este punto, la singularidad del Derecho Ambiental también se hace presente pues exigirá una **nueva y ampliada concepción de la solidaridad**, no sólo en cuanto a su transmutación a principio jurídico que genere auténticas obligaciones a individuos y Estados, como antes hemos apuntado, sino en cuanto a la naturaleza y extensión de la afección que produce entre los individuos. La solidaridad tiene mucho que ver con la sensación de pertenencia a un grupo, y los grupos se identifican –y son percibidos en su seno- con relación a otros grupos. De hecho, los vínculos solidarios son más fuertes cuanto más pequeño es el grupo y más fuertes los lazos que unen a sus individuos. Por otra parte, la noción de pertenencia se alimenta de rasgos distintivos y acrisola *versus* el otro, por lo que plantear la pertenencia a un grupo único obliga, entre otras cosas, a olvidar y sustituir algunos mecanismos de afección entre los individuos, lo que no será fácil. Coincido con BECK en que la percepción de riesgos comunes y su defensa frente a los mismos constituirá uno de los mecanismos que impulsarán la sensación de pertenencia a una comunidad global.⁴⁶

Hemos llegado donde teníamos que llegar. En efecto, todo debate sobre los fundamentos del Derecho Ambiental remite a su substrato ético y concluye inexorablemente en la preeminencia de la solidaridad sobre cualquier otro valor. Debemos, pues, aprestarnos a un cambio en la percepción de nuestra relación con el resto de los habitantes de esta casa común. Sin embargo, aquello en lo que es fácil ponerse de acuerdo en el plano teórico no siempre se percibe como asumible en el plano práctico. Incluso los que creemos a pies juntillas en la necesidad de introducir cambios que nos lleven a una sociedad más justa, los que predicamos una nueva concepción de las relaciones entre los hombres, los que, con cierta soberbia, creemos que hemos interiorizado estos valores, no podemos, si queremos ser consecuentes, hablar muy alto ni pretender enarbolar los estandartes de una nueva ética. Nuestra generosidad es muy corta. Cuando ante un auditorio me encuentro en la tesitura de plantear estas nociones suelo acudir a lo que llamo **“el dilema del botón”**. Propongo a los asistentes que imaginen que en su mesa se encuentra un botón y que si lo presionan, inmediatamente todos los habitantes del Planeta, todos los niños que aparecen en las terribles imágenes que nos sirve cotidianamente la televisión, pasarán a tener el mismo nivel de confort, de alimentación, de prestaciones sanitarias y educativas, el mismo nivel de vida, en

⁴⁶ BECK, Ulrich *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI de España, Madrid, 2002, donde se realiza un muy recomendable análisis de los desafíos globales y la necesidad de nuevas respuestas transnacionales, como la creación de partidos políticos cosmopolitas o la “reinención de la política” en esa escala.

fin, que sus hijos. Ahora bien, advierto, si se presiona el botón todos tendrán el mismo nivel de vida pero en tres, en seis, a lo sumo en doce meses, sus hijos – y con ellos el resto de habitantes del Planeta- deberán prescindir abruptamente de la mayor parte de comodidades de que disfrutaban. No habrá gasolina para los coches, se dispondrá, a lo sumo, de quince o veinte minutos al día de energía eléctrica, no más videoconsolas, se resentirá atrozmente la sanidad, la alimentación será de subsistencia, nada de aviones, nada de aire acondicionado, poca calefacción, en definitiva, adiós al modelo de vida; y eso sin contar en la posibilidad de que se haya acelerado irreversiblemente en cambio climático. El Planeta no puede soportar nuestro nivel de consumo. Tras unos instantes de perplejidad y atendiendo a mi insistencia, muy pocos afirman que estarían dispuestos a apretar el botón ... claro que el botón no existe y, me parece, los presuntamente dispuestos a apretarlo no tienen hijos⁴⁷.

Creo que, en el fondo, todos **confiamos en la ciencia** que, si puso a nuestra disposición los medios para causar el problema, tiene que sacarnos de él. Pero, como casi todo, esto es una verdad a medias. Es lógico y lícito esperar que los progresos científicos pongan en nuestras manos poderosos instrumentos para invertir la tendencia, pero también lo es que serán rotundamente **insuficientes** si no somos capaces de mejorar nuestra organización social, si no progresamos en el establecimiento de una sociedad planetaria más justa e igualitaria. La actual situación de desequilibrio no soportará mucho tiempo.

El Derecho Ambiental exige, pues, un posicionamiento ético, sin embargo, **nueva paradoja** que hay que entender, las prescripciones del Derecho Ambiental en su estricta faceta de conjunto normativo que regula la relación del hombre con la naturaleza⁴⁸, **carecen de carga valorativa**, al contrario, están absolutamente apegadas al conocimiento científico. No se debe utilizar CFC porque perjudica la capa de ozono⁴⁹. Punto. Si fuera bueno para las focas y no tuviera efectos adversos, se incentivaría su utilización. Si los árboles adsorbieran oxígeno y emitieran anhídrido carbónico, la tala estaría premiada o, por lo menos, bien vista. Aquí no hay una dimensión ética o moral, no hay, apriorísticamente, conductas buenas o malas; lo son en la medida de los efectos que, según conocemos, producen sobre el medio. Ello es así porque el Derecho Ambiental **no regula relaciones interpersonales**, no hay tensión entre sujetos que deba resolverse

⁴⁷ Siguiendo con este tipo de recursos retóricos, cuando me preguntan si soy optimista o pesimista acerca de la capacidad de la Humanidad para introducir los cambios necesarios, suelo decir: “Soy optimista, espero que muy pronto se produzca una catástrofe ambiental.” Pasados unos segundos de incredulidad, añado: “Sí, soy optimista, espero que esa catástrofe sea parcial y nos obligue a reaccionar a tiempo. Si fuera pesimista pensaría que tras la catástrofe o ya no quedaría nadie con capacidad de reaccionar, o ya no tendríamos tiempo.”

⁴⁸ Es decir, haciendo abstracción de cuanto tiene que ver, con lo que hemos denominado “ampliación de lo ambiental”, como, por ejemplo, el desarrollo y la lucha contra la pobreza.

⁴⁹ Utilizo este ejemplo porque originariamente se extendió el uso de los Clorofluorcarbonos precisamente por su estabilidad, es decir, por lo que se entendía como inocuidad sanitaria y ambiental. Pasaron bastantes años antes de que se detectara que viajaban a las capas altas de la atmósfera y allí, modificadas las condiciones ambientales (presión y temperatura) reaccionaba con el ozono estratosférico.

conforme a principios éticos. La relación del sujeto lo es con el medio y sólo remotamente con la colectividad. La obligación es con la especie a través de su inmediata relación con el medio.

Finalmente, el derecho de especie introduce automáticamente una **percepción temporal** distinta, pues frente al derecho basado en el individuo, cuya existencia es limitada, la especie se erige como una entidad en principio intemporal. La solidaridad intergeneracional que subyace en la definición de desarrollo sostenible⁵⁰ asume perfiles jurídicos si entendemos que la especie puede ser titular de derechos que, desde el futuro, nos imponen obligaciones a los actuales componentes de la misma.

IV. Los obstáculos para la consolidación del Derecho Ambiental como Derecho de Especie: el mercado, la soberanía, la democracia.

Finalmente y a modo de recapitulación podemos examinar brevemente los principales obstáculos que se alzan para la materialización de un Derecho Ambiental consecuente con la naturaleza del problema y de los “retoques” que necesariamente deberían introducirse. En este sentido, cada vez que, siguiendo a MARTÍN MATEO, apunto que la protección del medio ambiente cuenta con **enemigos poderosos** y que estos enemigos son, ni más ni menos, que las principales construcciones sociales de nuestra civilización, a saber, el mercado, la democracia y la soberanía nacional; me recorre un cierto escalofrío. Soy consciente que ello me sumerge en meandros de difícil salida y que me aparto de un discurso “**políticamente correcto**.”⁵¹ Sin embargo es preciso actuar sobre estos sistemas institucionales si de verdad se pretende construir el Derecho Ambiental Planetario.

4.1 La economía de mercado.

Es indiscutible que la economía de mercado ha propiciado, en buena parte del mundo, cotas de progreso material absolutamente inconcebibles hace tan solo una centuria, pero también es cierto que hasta sus más fervientes defensores asumen que puede producir, y de hecho produce, efectos indeseables. Respecto del medio ambiente, la primera percepción es que su propia lógica expansiva, consistente en producir más y más cosas, para más y más personas, resulta incompatible con la preservación del medio en cuanto supone una **creciente espiral** en la demanda de recursos y en la generación de desechos. Es una lógica perversa que ni ha

⁵⁰ El conocido concepto de “desarrollo sostenible” integra una doble dimensión de solidaridad, la horizontal, respecto del resto de habitantes actuales del Planeta, y vertical, respecto de las generaciones futuras. Convertida la solidaridad en principio jurídico, es fácil reconvertirla en obligaciones hacia los mismos colectivos.

⁵¹ Es muy interesante y sugerente el apunte de Vicente VERDÚ, en el sentido de que lo “políticamente correcto” constituye, en esencia, la negación de lo político o, dicho de otro modo, la negación de la licitud de la pluralidad ideológica que supone, entre otras cosas, apreciar e interpretar de distinto modo los mismos hechos. *Cfr.* Periódico *El País* de 27 de abril de 2002, “La política”, en contraportada. Cuando lo que hace falta es un derroche de imaginación, la tendencia hacia el “pensamiento único” resulta de lo más contraproducente.

producido más felicidad –sí mucha más comodidad- ni puede mantenerse indefinidamente, esto es evidente. La reconducción de nuestras “**necesidades artificiales**” hacia aspectos menos “cosificados” es imprescindible.

Pero hay que explorar cuestionamientos más estructurales. Esquemáticamente, el modelo se basa en tres pilares, capital, fuerza de trabajo y bienes de producción; desconociendo absolutamente el factor ambiental, lo que se ha pretendido compensar con los mecanismos de internalización de costes propios del que hemos denominado cuarto estrato, pero ello es insuficiente. En todo caso, la preeminencia del **factor capital**, y su abrumadora concentración, se ha disparado de tal modo que el poder real está hoy en pocas manos. Personas y corporaciones que, a lo largo y ancho del Planeta, pueden comprar cualquier cosa, menos un amanecer. Si el proceso continuara indefinidamente, alguien llegaría a ser el propietario de la Tierra.

Entre tanto, por muchos recursos naturales que tengan y por mucha función ambiental que éstos realicen, la mayor parte de países se mueven en la pobreza y sus habitantes están condenados a no alcanzar nunca unos niveles de vida dignos. Sin entrar a analizar muchas otras disfunciones, es obvio que el sistema requiere, al menos, una corrección que debe pasar por otorgar un **valor a las funciones ambientales** que se requieren para producir un bien, prestar algún servicio o, en general, realizar cualquier acción cotidiana. El fundamento de la valoración de los factores de producción está, precisamente, en que son limitados; pues bien, **también son limitadas** las funciones ambientales que “produce” el Ecosistema Planetario y hay que valorizarlas y distribuir su valor. Hay que llegar a saber, aunque sea aproximadamente y siempre según el estado de la ciencia, la “huella ecológica” o **carga ambiental** que supone cualquier acto, y ponerle precio.

Pero cuando digo que hay que otorgar un valor o poner precio, no me refiero a un valor dinerario sino a que hay que **inventar otra moneda**, otro valor de cambio, otra unidad de cuenta. El dinero es la representación simbólica de los bienes materiales disponibles, la nueva unidad de cuenta **simbolizará los bienes ambientales**. Si el dinero atribuye un valor a cada bien, la nueva moneda cuantificará la carga ambiental de cada acto. No bastará con tener dinero para hacer tal o cual cosa, necesitarás tener crédito ambiental, que se cargará a tu **Cuota Ambiental Individual (CAI)** en la que estarán reflejadas las **Unidades de Crédito Ambiental (UCA)** que te corresponden.

De valorarse las funciones ambientales, de repente unos países serían excedentarios y otros deficitarios⁵², igual unas comunidades respecto de otras y finalmente, unos individuos respecto de otros. Sin entrar en profundidades y para los escépticos, debe decirse que, a) este u otro parecido, es el **único sistema** para

⁵² Un país, como Holanda que, según WACKERNAGEL, necesitaría quince veces más de superficie para sostener su carga ambiental es absolutamente inviable si no existe otro que le transfiera la capacidad ecológica que les falta.

asegurar la sostenibilidad⁵³, b) que resulta **técnicamente posible**⁵⁴, c) que se orienta naturalmente a introducir la **racionalidad ambiental** en una economía que la ignora⁵⁵, d) que podrían **producirse UCAs** generando o mejorando funciones ambientales⁵⁶ y e) que nacería la posibilidad/necesidad de comprar UCAs, asegurando una **positiva redistribución** de la riqueza⁵⁷.

En un mundo profundamente asimétrico las respuestas a los problemas ambientales no pueden ser iguales. Por otra parte, las responsabilidades respecto del medio común deben tender inexorablemente a su progresiva individualización. No porque se pierda la perspectiva colectiva, al contrario, porque desde lo colectivo las responsabilidades hay que hacerlas pesar de distinto modo ante distintas situaciones. No se trataría más que de materializar efectivamente el viejo principio “**quien contamina, paga**”. El planteamiento de aproximar la responsabilidad –y por tanto, la naturaleza e intensidad de las respuestas ante el problema común- debe apoyarse en una estrategia de círculos concéntricos que, en orden inverso, recorran lo regional, lo estatal y lo municipal, para recalcar finalmente en lo individual. La capacidad de carga deberá distribuirse de un modo u otro.

Otro insoslayable progreso debe consistir en la constitución de un sector público económico que **intervenga en la economía mundial**, entre otras cosas, para administrar esta nueva unidad de cuenta, pero también para regular y controlar los movimientos financieros, el comercio sensible y la actuación de muchos gobiernos que gestionan sus economías en contra de los intereses de sus poblaciones.

4. 2 La soberanía

⁵³ Con independencia de complejas construcciones dogmáticas, la sostenibilidad consiste esencialmente en mantener las cargas a los ecosistemas por debajo de su nivel, autónomo o inducido, de reposición.

⁵⁴ Es complejo, pero posible. El reparto de cargas ambientales ya está en el espíritu de instrumentos como Kioto, lo que faltaría es, por una parte, hacer un inventario de las funciones ambientales que cumplen los distintos ecosistemas en relación al ecosistema global, y atribuirles unidades convencionales (UCAs); y, por otra, distribuir tales unidades entre distintas instancias territoriales y, finalmente, entre los consumidores. Actualmente se está trabajando –y no tardaremos en verlo- en una especie de documento de identidad –en el soporte que sea- en el que se incluya nuestra filiación, los permisos, prohibiciones o sanciones que nos afecten –de conducir, pasaporte, laboral, profesional, o prohibición de asistir a casinos o campos de fútbol, etc.-, nuestro historial médico –en el que podría incluirse el mapa genético-, así como el conjunto de nuestra situación económica –cuentas, préstamos, etc.-. Nada impediría añadir nuestro CAI. En otra línea de trabajo, muy adelantada, está el dotar a todos los productos de diminutos emisores de radiofrecuencia digital que estarían impresos de modo imperceptible en el mismo producto, de manera que, al pasar bajo arcos situados en los centros comerciales, se captaran sus emisiones y el ordenador central generaría una factura que se cargaría directamente en la cuenta del cliente, acabando de este modo con las cajas y con los hurtos (y, de paso, con las cajeras). Sería perfectamente posible que la información emitida por ese ingenio incluya las UCAs.

⁵⁵ Dotar de valor ambiental a las cosas recompondría todo el sistema al introducir una variable no tenida en cuenta.

⁵⁶ El montante del CAI vendría determinado por la cuota que correspondiera a cada país, dependiendo de su balance ambiental, que se distribuiría en cascada a sus habitantes. Podrían existir Cuotas estatales y municipales, antes de llegar a la individual. En todo caso, cada escalón podría producir funciones ambientales que se sumarían a su respectiva cuota.

⁵⁷ Finalmente, es evidente que ese valor, quizá conciertos límites, tendría una fluctuante traducción en unidades monetarias y sería objeto de transacción entre quienes fueran deficitarios y quienes fueran excedentarios. Los flujos económicos que se podrían producir y sus consecuencias son fáciles de imaginar.

Los estados nacionales, como modelo de organización política son rigurosamente recientes en la historia de la Humanidad, sin embargo han gozado de un éxito extraordinario y tal pareciera en la actualidad que son el único modo de organizar la convivencia en el Planeta. Seguramente su solidez actual se debe a que canaliza y exalta la sensación de pertenencia a un grupo, lo que sirve de antídoto a la innata y vital inseguridad del hombre. El modelo se opone a una adecuada protección del medio en el momento en que las distintas naciones **patrimonializan los recursos ambientales** y los someten a un exclusivo supuesto beneficio del grupo nacional cuando, en puridad, deben satisfacer las necesidades del conjunto de la Humanidad. La Cumbre de Río pretendió matizar esta excluyente noción de soberanía, pero fracasó.

El progreso en este campo debe pasar inexorablemente por excluir la proyección de la soberanía sobre determinados recursos y atribuir su gestión a entes supraestatales representativos de la especie. Se trata, como hemos apuntado, de “**mundializar**” determinados recursos y someterlos a una racional gestión en la que estén presentes los intereses de sus ocasionales detentadores, pero también el interés general, presente y futuro de la especie.

La soberanía, recordemos, supone en esencia “mandar y no ser mandado” por lo que cualquier quiebra del principio, por pequeña que sea, supone la emergencia de otro poder que impone sus decisiones al que era soberano. Ese nuevo poder es el que hay que reclamar.

4.3 La democracia

Donde el discurso que sostenemos rechina estrepitosamente con las más extendidas y sacrosantas convicciones es cuando se pone en duda la idoneidad del sistema democrático para preservar los valores ambientales. Debe decirse de inmediato que no se trata de negar “la democracia” como mejor mecanismo para el gobierno de los pueblos, sino de cuestionar la eficacia del sistema democrático que conocemos para la adopción de las decisiones que requiere una cabal protección del ambiente.

Se trata de **domeñar ese gen egoísta** de manera que los individuos –y las colectividades que conforman- sean capaces de adoptar decisiones que, quizá, suponen sacrificios actuales para obtener hipotéticos beneficios en un mañana en el que ya no existirán. Hoy por hoy, esto no funciona. Sometida a procesos democráticos, no hay decisión de esta naturaleza que prospere y, sin embargo, puede ser necesaria. Se me dirá que los individuos serán capaces de adoptar colectivamente estas decisiones cuando estén suficientemente formados en cuanto al conocimiento de los efectos de sus actos y, además, asuman el valor solidaridad orientado a futuras generaciones; entonces funcionará la democracia también en este aspecto. Esto es verdad, pero a la vez es falso: ese día nunca llegará. Quien sostenga que llegará el día en que serán mayoría en el Planeta las personas

formadas, informadas y altruistas, necesita una ducha de realidad. No llegará, entre otras cosas, porque ni queda tiempo ni estamos en el camino para llegar a esa idílica sociedad. Quizá, esporádicamente, en algún país se llegue a ese nivel de conciencia cívica, pero no en todo el Planeta.

Las fuerzas políticas conocen esto mejor que nadie y como su legítimo objetivo es la conquista del poder, no propondrán, ni mucho menos ejecutarán, medidas que pueden ser altamente impopulares y que les apartarían a ciencia cierta de su objetivo. En los países que se rigen por principios democráticos, sometidos sus gobernantes a periódicas elecciones, **no pueden esperarse adhesiones** a proyectos que supongan sacrificios para sus habitantes. Si en alguna materia sería necesario establecer consensos que la sustrajeran de la pugna electoral, sería esta. Las decisiones directamente relacionadas con el modelo de desarrollo que se propugna –que serán en buena parte económicas, pero no sólo económicas- debieran ser objeto de un **Pacto de Estado** en el que se superara la generalizada estrechez de miras con que actúan los partidos políticos en su batalla por el poder. Pero es que tampoco podemos quedarnos con nuestra miope visión occidental, en este punto también se hace evidente la profunda asimetría de la situación mundial: en la mayoría de los más de doscientos países que existen la democracia es una quimera y las decisiones obedecen a **más oscuros designios**.

Sin embargo, **hay que adoptar esas decisiones**, hay que hacerlo ya y hay que hacerlo con efectos concertados en todos los países. La especie debe dotarse de mecanismos de decisión, pero hay que asumir que no pueden ser democráticos y, por tanto, no aspirar ni a que lo sean ni a que lo parezcan⁵⁸. Hay que progresar en la gobernabilidad de los intereses comunes de la especie creando instituciones que adopten e impulsen decisiones efectivas **buscando la representatividad** del conjunto de individuos del Planeta en criterios distintos a los que aquí y ahora entendemos como democráticos⁵⁹. Las Naciones Unidas deberán aplicarse a ello creando la conciencia necesaria en la Comunidad Internacional y apoyándose en los países más proclives a la protección de los elementos comunes necesarios para asegurar la subsistencia de la especie. En todo caso, las decisiones así adoptadas no podrán pasar por los filtros tradicionales de la democracia y se impondrán a los distintos gobernantes, liberándolos, eso sí, de las cargas de impopularidad que pudieran representar. La solidaridad, finalmente, deberá ser impuesta.

⁵⁸ Las instituciones multilaterales han tendido a buscar una apariencia democrática que, en la mayoría de casos, no pasa del plano formal. Así, a pesar de su apariencia, sostener que una Asamblea de las Naciones Unidas es un ejemplo de democracia suena a tomadura de pelo. Es mucho más eficaz la dinámica interna que los aparatos burocráticos imprimen a estas Organizaciones que su función representativa. Muchos de los progresos inducidos por las Naciones Unidas han obedecido al impulso de su burocracia. Burocracia, por otra parte, tan justamente denostada por algunos de sus comportamientos.

⁵⁹ La regla “un hombre, un voto”, traducida a 6.500 millones de votos y teniendo en cuenta la situación real del mundo, no vale. Lo siento.

UNIDAD II: PUNTOS CENTRALES DE LA PARTE GENERAL DE RELEVANCIA PARA LOS DELITOS AMBIENTALES

1) SESSANO GOÉNAGA, Juan Carlos, “La protección penal del ambiente. Peculiaridades de su protección penal”. En: Criminnet. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 04, 2002, disponible en: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-11.pdf

LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

Peculiaridades de su tratamiento jurídico¹

Javier Camilo Sessano Goenaga

Becario de investigación en Derecho Penal. Universidad de Murcia

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.

- a) Algunos problemas desde la dogmática y la política criminal (delitos de peligro, objetos de protección supraindividuales y expansión criminalizadora).
- b) El Derecho penal en el marco de la sociedad postindustrial de riesgos.

2. EL OBSTÁCULO DE LA DISPERSIÓN NORMATIVA Y LA TÉCNICA DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO.

- a) Admisibilidad de las leyes penales en blanco.
- b) El efecto diferenciador que produce en un Estado Autonómico el complemento de las leyes penales en blanco. ¿Vigencia o reinterpretación jurisprudencial del principio de igualdad?

3. LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO PENAL

- a) La cuestión del bien jurídico protegido.
 - a.1. Análisis previo.
 - a.2. Sobre el concepto de medio ambiente.
 - a.3. Sobre el concepto de medio ambiente en el Derecho penal.
 - a.3.1. El antropocentrismo moderado.
 - a.3.2. ¿Nueva tendencia hacia un ecocentrismo moderado?
- b) Ecología, medio ambiente y su protección desde el Código penal : descoordinación y –de nuevo– dispersión.
 - b.1. Necesidad de tutela penal.
 - b.2. Evolución de la figura del delito contra el medio ambiente en el Código pe-

¹ Este trabajo se corresponde con el capítulo dedicado al Derecho penal contenido en el libro *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, Vicente Giménez (Coord), editorial Trotta, Madrid, 2002.

nal.

b.3. *Otros preceptos del Código penal (no recogidos en el Capítulo III del Título XVI) con relevancia para la protección del medio ambiente.*

4. ALGUNAS CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

a) *Algunos problemas desde la dogmática y la política criminal (delitos de peligro, objetos de protección supraindividuales y expansión criminalizadora)*

En opinión de algún autor, la irrupción de los bienes jurídico-penales colectivos en el Derecho penal – *entre ellos el medio ambiente* – está haciendo temblar los cimientos garantistas que a éste caracterizaban². Los nuevos ámbitos de actividad social traen a un primer plano objetos de protección de características supraindividuales³, que están siendo tutelados empleando la técnica de la tipificación de los denominados “delitos de peligro”⁴. La tutela penal del medio ambiente se caracteriza por los siguientes rasgos: a) por ser el resultado de una

² Cfr. SANTANA VEGA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, 2000, p. 25, indica cómo estas garantías, costosamente conseguidas y elaboradas, se plasman en el Derecho penal en los denominados *principios fundadores o informadores del Derecho penal*, sobre los que los bienes jurídico-penales colectivos han obrado un efecto de *difuminación*. En cuanto al “derrumbamiento” de los cimientos garantistas es una afirmación que debe ser tomada con medida. Pues, si bien la expansión criminalizadora implica una desnaturalización: la “administrativación” del Derecho penal – la protección penal del medio ambiente es uno de los ejemplos más claros de esta tendencia –, “las consecuencias negativas de esta metamorfosis no deben conducir a su rechazo ingenuo. En su base late, se quiera o no, una tendencia social profunda a la que es obligado dar respuesta. Por tanto se trata de racionalizar lo que, al menos en parte, se genera de modo irracional, sin caer en soluciones disfuncionales: a partir de la necesidad de conectar el grado de exigencias de garantías con la gravedad de las consecuencias jurídicas”, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, (contraportada).

³ La nomenclatura de bien jurídico “supraindividual” se ha incorporado recientemente, aunque sin un gran desarrollo a la jurisprudencia del T.S., en concreto a través de las SSTs: 29 de septiembre de 1997, 4 de julio de 1997 y 19 de abril de 1997, ponente de las tres Sentencias Bacigalupo Zapater. De forma paralela, también se aprecia la recepción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la nomenclatura “intereses difusos”, como intereses que son de toda la sociedad frente al Estado en las SSTs 30 de marzo de 1999, 27 de octubre de 1998 y 6 de mayo de 1999, ponente de todas ellas De Vega Ruiz. La formulación originaria del concepto de “intereses difusos”, en el marco del Derecho penal es una aportación de SGUBBI, F., “Tutela penale di interessi diffusi”, en *La Questione Criminale*, 1975, pp. 439-481.

⁴ Un elaborado intento de construir una “teoría general de los delitos de peligro”, desde una perspectiva político-criminal, desde una concepción funcionalista del Derecho penal, y atendiendo a los problemas que plantean los distintos grupos de delitos previstos en la Parte Especial como delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, ya sean de peligro abstracto o de peligro concreto, cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999.

dirección actual de Política criminal de claras tendencias criminalizadoras, b) por formar parte de la también actual propensión del legislador a proteger bienes jurídicos supraindividuales, y c) por construirse mediante la técnica de los llamados “delitos de peligro”⁵ y también con frecuencia mediante la técnica de las llamadas “leyes penales en blanco”.

Esta escapada hacia una super protección penal de bienes jurídicos difusos respecto de puestas en peligro (abstracto o concreto), puede representar una amenaza para los principios garantistas propios de un Estado de Derecho; principios político-criminales garantistas como los de subsidiariedad, fragmentariedad, y *ultima ratio*.

b) *El Derecho penal en el marco de la sociedad postindustrial de riesgos*

El concepto de “sociedad postindustrial” responde a la pérdida de confianza y de expectativas que había caracterizado a la sociedad industrial, y constituye la expresión de una razón científica y tecnificadora, hoy en trance de crisis, bajo el tipo de mentalidad y la tesitura que se intenta definir como “postmodernidad”. En la doctrina penal reciente puede observarse una referencia frecuente al concepto de “sociedad de riesgos”⁶ como un nuevo paradigma y, por tanto, como una nueva dimensión en la comprensión de la sociedad que ha de condicionar la actuación del Estado a través de leyes penales.⁷ La catástrofe del reactor de *Chernobil* nos ha puesto de relieve, de manera altamente preocupante, en qué medida los centros de la discusión dogmático-penal se han alejado del núcleo de la misión asignada al ordenamiento penal (a saber: del aseguramiento de la

⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado, reiterada y sistemáticamente a favor de estimar que el delito ecológico descrito en el artículo 347 bis (y en el actual artículo 325 del Código penal) está configurado como un delito de *peligro concreto*, vid. entre otras: STS 11 de marzo de 1992, ponente Díaz Palos; STS 26 de septiembre de 1994, ponente Hernández Hernández, STS 19 de mayo de 1999, ponente Ramos Gancedo, o la más reciente STS de 13 de marzo de 2000, ponente Ramos Gancedo en la que se establece que “(...) El delito contra el medio ambiente que se sanciona en el artículo 325 del Código penal es un *delito de peligro concreto*, que se consuma por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones establecidas en el tipo, sin que sea necesaria para que tenga lugar la efectiva consumación la producción de un perjuicio determinado y específico”.

⁶ Sobre el concepto y la importancia de la sociedad de riesgo son muy significativos los trabajos de BECK, U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, 1986; y *Politik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1991. En castellano puede consultarse BECK, “De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica”, en *Revista de Occidente*, n.º. 150, 1993, pp. 19 y ss., y *¿Qué es la globalización?*, Barcelona/Buenos Aires, 1998, pp. 219-221, donde ofrece una visión catastrofista y anuncia lo que él denomina la *brasileñización de Europa*.

⁷ PEREZ DEL VALLE, “Sociedad de riesgos y reforma penal”, en *Poder Judicial*, 1996 (II), p. 61.

existencia humana como base de todo bien jurídico)⁸. De forma paralela, en el marco de la Política criminal se asiste con frecuencia a la politización⁹ e instrumentalización del Derecho penal en el ámbito de los delitos de peligro, y en especial en el Derecho penal del medio ambiente y en el Derecho penal económico.

Como señala SCHÜNEMANN, constituye un tema científico de interés la cuestión de la asunción por parte del Derecho penal de los riesgos encarnados en la técnica moderna, cuestión que apenas ha sido discutida desde la perspectiva dogmático-penal, y menos aún ha sido analizada en particular o se le ha encontrado una solución convincente.¹⁰

La evolución tecnológica implica la aparición de nuevas formas de riesgo, o dicho de otro modo, una sociedad cada vez más industrializada es una sociedad – potencialmente – cada vez más “peligrosa”. El medio ambiente es un concepto nacido para reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro¹¹. Si éste no se hubiera presentado resultaría inimaginable su aparición por meras razones teóricas, científicas o filosóficas, ni por tanto jurídicas.

El Derecho penal moderno, con su utilización cada vez más intensiva de los delitos de peligro, puede entenderse como una respuesta a la complejidad y presencia de las situaciones de peligro en la vida moderna¹². Para dar cobertura a estas nuevas formas de riesgo el legislador adelanta la frontera de la protección penal, y así “los códigos penales – y también el nuestro – abordan la punición de conductas cada vez más alejadas del momento de la efectiva lesión del bien jurídico y donde el elemento “resultado”, tradicionalmente entendido como modificación producida en el mundo exterior como consecuencia de la acción típica, empieza a adquirir perfiles cada vez más difusos”¹³.

Una propensión criminalizadora que se desarrolla de forma paralela a los avances tecnológicos de las sociedades post-industrializadas, es un hecho que se

⁸ SCHÜNEMANN, “Las reglas de la técnica en Derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, p. 307.

⁹ En esta línea, y cuando los riesgos adquieren dimensiones de crisis, HERZOG, “Límites al control penal de los riesgos sociales”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 326., observa críticamente cómo la ampliación del Derecho penal sirve en el debate político ante todo como coartada para, de forma rápida, sin grandes planes y con pocos gastos en los presupuestos, demostrar que se es consciente de un determinado problema.

¹⁰ SCHÜNEMANN, “Las reglas de la técnica en Derecho penal”, cit., pp. 308-309.

¹¹ Cfr. STC 26 de junio de 1995, ponente Mendizábal Allende: “(...) la acción del hombre con riesgo para el medio ambiente se proyecta en las más variadas manifestaciones, sanitarias, biológicas, industriales o urbanísticas, procedentes del tráfico rodado o del turismo y depredadoras sin más como la caza o la pesca...”.

¹² HERZOG, “Límites al control penal de los riesgos sociales”, cit., p. 317.

¹³ DE LA CUESTA AGUADO, Causalidad en los delitos contra el medio ambiente, Valencia, 1995, p. 12.

extiende entre los Estados más desarrollados¹⁴, dando de este modo lugar a un peligroso binomio entre tecnología y Derecho penal. Con todo esto no parece difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los ya existentes¹⁵.

Se trata ahora de analizar si el Derecho penal del medio ambiente cumple eficazmente las funciones que le han sido encomendadas. Aunque en este estudio el punto de partida y el de llegada van a resultar equivalentes. Así, ha podido afirmarse con razón que:

“la constatación manifiesta del fracaso del Derecho penal del medio ambiente, como de cualquier institución que pretenda imputar problemas sistémicos a individuos concretos¹⁶, y su reducción a la mínima expresión debería constituir, pues, paradójicamente el primer paso hacia una mejor protección del objeto que se dice que se quiere amparar.”¹⁷

Existe una tendencia internacional a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal, pese a que los conocimientos empíricos nacionales e internacionales permiten observar su eficiencia todavía con escepticismo. La protección del medio ambiente, y el aseguramiento de su preservación representan en la actualidad un objetivo social fundamental, en los ámbitos estatal e

¹⁴ En 1975, tuvo lugar una amplia reforma de la Parte General del Código penal en la República Federal Alemana, sin embargo no se pudo llevar a cabo una reforma de conjunto que incluyera también la Parte Especial; por esto la Parte Especial se fue reformando progresiva y parcialmente. Al respecto señala HIRSCH, H. J., “Tendencias en la evolución de la reforma de la parte especial, en particular desde la perspectiva del Derecho penal de la República Federal de Alemania”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 11, 1986, p. 385, que mientras que en un primer momento las reformas parciales de la Parte Especial pretendieron una restricción de la utilización del Derecho penal, desde la mitad de los años setenta puede observarse la *tendencia opuesta*. Desde entonces, lo que se pretende es una *ampliación y agravación* del mismo.

¹⁵ Un análisis crítico de esta tendencia general a la que cabe referirse con el término “*expansión*” lo construye SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 15 y ss., también crítico en este aspecto MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2.ª ed. Nápoles, 1997. En cuanto a la deseable tendencia hacia un Derecho penal mínimo vid. FERRAJOLI, “El Derecho penal mínimo”, en *Poder y control*, n.º 0, 1986, pp. 35 y ss. Cfr. también FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Andrés Ibañez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandrés), Madrid, 1995, pp. 104 y ss.

¹⁶ MÜLLER-TUCKFELD, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, en *Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt, 1995, p. 478. Lo que se va a plantear además, es un problema de imputación de responsabilidad individual en el marco de estructuras organizativas y empresariales complejas, regidas por la división del trabajo.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal”, en *La Ley*, 1997-3, p. 1720.

internacional¹⁸. Para afrontar la tutela de estos intereses el Estado va a recurrir a sus instrumentos jurídicos sancionatorios, tanto a los administrativos cuanto a los penales. Desde esta expansión sancionatoria en la esfera del Derecho penal medioambiental hay que tener en cuenta que la experiencia del Derecho penal clásico¹⁹, con la protección de la vida, salud e integridad física y la propiedad, no encuentra respuestas apropiadas a las nuevas formas de amenaza originadas por la civilización técnica. Por otra parte, el impacto del efecto propagandístico de espectaculares destrucciones del medio ambiente – para los que la opinión pública requería fuertes sanciones – ha impulsado la actuación del legislador. Sin embargo se observa cada vez con mayor escepticismo la ampliación del Derecho penal del medio ambiente²⁰.

2. EL OBSTÁCULO DE LA DISPERSIÓN NORMATIVA Y LA TÉCNICA DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

El examen de la vigente normativa medio ambiental – diluida en una multiplicidad de textos legislativos²¹, atinentes a diversas materias – evidencia la carencia de una visión orgánica del problema ecológico, regulado de manera sectorial y prescindiendo de un tratamiento unificador²². La complejidad y multidisciplinariedad que presentan las cuestiones relativas al medio ambiente hacen que éstas afecten a los más variados sectores del ordenamiento jurídico, y en el aspecto relativo a las normas sobre medio ambiente, destaca el hecho de

¹⁸ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “(...) al Estado corresponde, de acuerdo con la tendencia general actual, fijar las normas que impongan un encuadramiento de una política global en materia de medio ambiente, dado el alcance no ya nacional, *sino internacional* que tiene la regulación de esta materia...”, cfr. SSTC 26 de octubre de 1995, ponente González Campos, y 4 de noviembre de 1982, ponente Latorre Segura.

¹⁹ El Derecho penal clásico de protección de bienes jurídicos, se concentra tradicionalmente en una relación individualizada entre autor y víctima.

²⁰ HEINE, “Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 289.; PRATS CANUT, “Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente”, en *La protección penal del medio ambiente*, Madrid, 1990, pp. 47, 52-53; DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, Barcelona, 1996, p. 17; SILVA SÁNCHEZ, “¿Protección penal del medio ambiente?, cit., pp. 1714 y ss.

²¹ Similares características a la situación española ha presentado la legislación italiana, cfr. por ejemplo la Sentencia de 25 de junio de 1973 de la Corte di Cassazione en Italia, que tuvo que recopilar toda la (dispersa) legislación vigente en materia de contaminación de las aguas internas. Un análisis de la misma en JANUZZI, A., “Rassegna sulla tutela penale delle acque e dell’atmosfera”, en *Quaderni della Rivista “Impresa ambiente e pubblica amministrazione”*, Varese, 1975, pp. 4-5.

²² Se reconoce esta dispersión normativa, entre otras, en la STS 27 de enero de 1999, ponente Martínez-Pereda Rodríguez, “(...) el artículo 347 bis es una norma penal en blanco que debe llenarse con remisión a la legislación procedente, pero esta legislación contiene una *profusa normativa*...”.

que éstas se encuentran dispersas en leyes referidas a distintas materias²³. Recordar que en nuestro país corresponde al Estado, como competencia exclusiva la “legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección” (artículo 149.1, 23ª). La protección del medio ambiente se traslada así de la Constitución al ámbito estatutario con fórmulas diversas, pero coincidentes sin embargo en la sustancia.

Ello va a determinar en el plano concreto un entrecruzamiento competencial y normativo²⁴ que, si bien tiende a la tutela del medio ambiente como valor merecedor de protección, se acompaña de un sistema sancionatorio complejo.

Esta legislación, aunque atomizada, evidencia claramente algunos intereses que el Estado busca proteger en vía primaria, entre los que se encuentra el medio ambiente. El problema²⁵ de la “utilizabilidad”, de la “sostenibilidad”, y por tanto

²³ Vid. STC 4 de noviembre de 1982, ponente Latorre Segura, y en detalle la STC 26 de junio de 1995, ponente Mendizabal Allende, en la que se expone el problema de la dispersión normativa, y el de la complejidad competencial en la materia, así “(...) el carácter complejo y polifacético que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente determina que afecte a los más variados sectores del ordenamiento jurídico, y provoca una correlativa complejidad en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por eso mismo, el medio ambiente da lugar a unas competencias, tanto estatales como autonómicas, con carácter metafóricamente “transversal” por incidir en otras materias incluidas también, cada una a su manera, en el esquema constitucional de competencias”. También incidiendo en la relación entre la legislación estatal básica y la legislación autonómica de desarrollo en materia de medio ambiente, vid. STC 26 de octubre de 1995, ponente González Campos. Véase críticamente: BLANCO LOZANO, *La protección penal del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, Granada, 1997, pp. 149-35, advirtiendo que el hecho de la prolijidad y dispersidad del Derecho ambiental, va a conllevar la práctica imposibilidad para los destinatarios de la norma jurídico-penal de conocer con exactitud, entre un cúmulo de varios centenares de disposiciones heterogéneas y de muy diversa procedencia, qué conductas son las que infringen la normativa ambiental a que alude el artículo 325 del Código penal; DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, cit., pp. 23 y 31.

²⁴ En el ámbito del Derecho penal medio ambiental la problemática de la dispersión normativa se va a trasladar al plano de la integración de las “normas penales en blanco”. En la STC de 15 de junio de 1998, ponente García-Mon y González-Regueras se dice que “(...) el problema planteado no es que la norma autonómica contenga un tipo penal, sino si el órgano judicial puede integrar el tipo penal con una norma autonómica de naturaleza administrativa o, expresado con otros términos, si la norma autonómica puede servir de complemento a la ley penal en blanco. Para dar una respuesta adecuada a esta cuestión, es menester partir de que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado una estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir la legislación estatal y la legislación autonómica”, cuestión que resuelve la STC en el sentido de aceptar la posibilidad del órgano judicial para “seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias...”.

²⁵ A favor de una concreta programación de la tutela sobre bases técnicas y económicas precisas y huyendo de la ilusión de que “la mera aplicación de instrumentos jurídicos o de mecanismos sancionatorios indiscriminados puedan solventar el problema” vid. LAZZARO, F., “Inquinamento delle acque”, en *Enciclopedia del Diritto*, Varese, 1971, p.703. Sobre la necesidad de adecuar los instrumentos jurídicos a la nueva dimensión económica que la tecnología va imponiendo vid. LAZZARO, F., *Il regime giuridico dei mezzi di ricerca e sfruttamento che operano in mare*, Piacenza, 1967.

de la necesidad de protección del medio ambiente y de los recursos naturales, va a estar directamente relacionado con el grado de desarrollo tecnológico de la sociedad. De hecho, el desarrollo industrial y el incremento de las nuevas tecnologías han sido factores no sólo de perturbación²⁶, sino auténticos instrumentos de destrucción que han empujado al Estado a regulaciones jurídicas que van de lo administrativo a lo penal. Sin embargo, la problemática que estas regulaciones implican para el Derecho penal no es insignificante ni mucho menos.²⁷ La protección del medio ambiente por la extrema vía del recurso al Derecho penal es el reflejo de unas líneas de actuación dirigidas a la lucha contra la devastación de la naturaleza que han optado por la utilización de todos los medios jurídicos con que cuenta el Estado.

El principal problema dogmático – rellenar o complementar las normas jurídicas reguladoras de los procesos técnicos con las *reglas de la técnica*²⁸ – para el Derecho penal va a ser el de la estructura de la leyes penales en blanco.

SCHÜNEMANN pone de relieve cómo en la bibliografía penal la problemática especial de la Ley penal en blanco sólo está siendo tratada de manera superficial desde hace décadas²⁹. A través de la técnica de las normas denominadas leyes penales en blanco el legislador penal tipifica delitos cuyos supuestos de hecho se remiten (con remisiones de mayor o menor alcance) a otras instancias normativas, lo cual va a plantear en algunos supuestos importantes problemas de legitimidad constitucional³⁰. Una ley penal en blanco viene a ser una ley-marco que se completa mediante otra norma posterior. En el Derecho penal español, una ley penal en blanco será un tipo penal (que tendrá normalmente categoría de Ley Orgánica)³¹ que debe ser completado por medio de una

²⁶ El factor perturbador lo ha advertido BACIGALUPO ZAPATER, “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”, en *Estudios penales y criminológicos*, t. V. Santiago de Compostela, 1982. p.173, así como el recurso a regulaciones jurídicas para su control.

²⁷ BACIGALUPO ZAPATER, ob. cit., loc. cit.

²⁸ SCHÜNEMANN, “Las reglas de la técnica en Derecho penal”, p. 309.

²⁹ SCHÜNEMANN, ob. cit., p. 310, advierte la escasa acogida y la poca discusión que suscitaron en la literatura penal los trabajos sobre ley penal en blanco de TIEDEMANN, *Tabestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, y de LENKNER sobre “normas técnicas e imprudencia” del mismo año. En nuestra doctrina vid.: DOVAL PAÍS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Valencia 1999; GARCÍA ARÁN, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y Criminológicos* t. XVI, 1993, pp. 63-103.

³⁰ En concreto sobre este específico problema, vid. MESTRE DELGADO, “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 503 y ss.

³¹ La doctrina mayoritaria mantiene que la exigencia de Ley Orgánica que se desprende del artículo 81 CE, alcanza a toda ley penal que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental, en este sentido MIR PUIG, *Derecho penal* PG 4ª. ed. Barcelona 1996, pp. 80 y ss., COBO/VIVES, *Derecho Penal* PG, 5ª. ed., Valencia, 1999, p. 76, MUÑOZ

remisión a otra norma de rango inferior (normalmente una Ley ordinaria, o un Reglamento).

a) **Admisibilidad de las leyes penales en blanco.**

La formulación típica del delito contra el medio ambiente parece reclamar el reenvío propio de las leyes penales en blanco, como técnica de integración normativa del Derecho penal en el modelo institucional del medio ambiente³². A falta de una “Ley especial” sobre el medio ambiente, el esquema punitivo que utiliza el legislador español – del mismo modo que se utiliza en otros muchos países –, ha adoptado la estructura típica de las normas penales en blanco, remitiéndose a las Leyes u otras disposiciones de carácter general para la concreta determinación del tipo.

Contra las reticencias que ha suscitado la técnica legislativa de las leyes penales en blanco, por su posible incompatibilidad con las garantías que establecen los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución, ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha solventado el problema al otorgar plena validez a este tipo de normas penales señalando que “es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco; esto es, de 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, 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”³³.

CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal PG*, 3ª. ed, Valencia, 1998, pp. 111 y ss., entre otros muchos.

³² Un amplio sector doctrinal se posiciona a favor de la utilización de esta técnica en los delitos contra el medio ambiente, así TERRADILLOS BASOCO, *El delito ecológico*, Madrid, 1992, pp. 90-91; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 1986, pp. 352-353; MORALES PRATS, “La estructura del delito de contaminación ambiental”, en VALLE MUÑIZ (Coord), *La Protección Jurídica del Medio Ambiente*, Pamplona, 1997, pp. 233-236, proponiendo una reinterpretación garantista de la ley penal en blanco; Id., “La técnica de las leyes penales en blanco, y el papel de la legislación de la Comunidades Autónomas en el delito ambiental”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Santander, 1993, p. 361.

³³ Cfr. STC 5 de julio de 1990, ponente García-Mon. Mantienen intacta esta misma postura las SSTC 28 de febrero de 1994, ponente Gabaldón López; y 15 de junio de 1998, ponente García-Mon y González Regueral. Por otra parte, el Tribunal Supremo incorpora esta admisibilidad constitucional de las leyes penales en blanco en las SSTs 3 de abril de 1995, ponente Montero Fernández-Cid; 1 de febrero de 1997, ponente Montero Hernández-cid; 6 de abril de 1999, ponente García Ancos; 13 de marzo de 2000, ponente Ramos Gancedo; y por último la STS 8 de febrero de 2000, ponente Conde-Pumpido Tourón. Al referirse al requisito de “certeza” de la ley penal, la jurisprudencia desarrolla el

b) El efecto diferenciador que produce en un Estado Autonómico el complemento de las leyes penales en blanco. ¿Vigencia o reinterpretación jurisprudencial del principio de igualdad?

La utilización de la técnica legislativa de las leyes penales en blanco³⁴, en la regulación de los delitos contra el medio ambiente, presenta una particularidad derivada de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia medioambiental de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 148.1.9ª³⁵ y 149.1.23ª³⁶ de la Constitución Española. Esta atribución competencial en materia de protección del medio ambiente a las Comunidades Autónomas va a entrar en contradicción³⁷ con el artículo 149.1 6ª que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación penal.

La legislación penal es competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.6ª. CE), por lo que las normas emanadas de las Comunidades Autónomas no pueden prever concretos delitos ni sus correspondientes penas³⁸. Partiendo de esta premisa, invadiría la competencia exclusiva del Estado sobre legislación penal el precepto de la legislación autonómica que tipificase de manera efectiva y concreta algún supuesto de responsabilidad penal; el Tribunal Constitucional ha insistido en que está constitucionalmente proscrita la acción del legislador autonómico en materia penal.

El hecho de que una norma penal en blanco, pueda ser completada o “relle-

concepto, exigiendo que 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 del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

³⁴ Sobre la disfuncionalidad que los tipos penales en blanco (como el artículo 347 bis, actual artículo 325 Código penal) pueden provocar en la tutela, penal o administrativa, de bienes jurídicos, vid. MESTRE DELGADO, “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, cit., pp. 507 y ss.

³⁵ Artículo 148.1.9ª. CE: “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias (...) 9ª: La gestión en materia de protección del medio ambiente.”

³⁶ Artículo 149.1.23ª. CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre la siguientes materias...23ª: Legislación básica sobre protección del medio ambiente, *sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección...*”

³⁷ Más detalladamente sobre la contradicción entre los artículos 148 y 149 CE, véase MADRID CONESA, *Reserva de ley en materia penal y capacidad normativa de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985, pp. 26 y ss.

³⁸ MADRID CONESA, *Reserva de ley en materia penal y capacidad normativa de las Comunidades Autónomas*, cit., pp. 28-29, analiza la posibilidad de transferir o delegar a las Comunidades Autónomas la potestad de dictar normas sobre materia penal, pero concluye que la necesaria reserva de ley orgánica para la regulación de la materia penal, imposibilita cualquier tipo de delegación a las Comunidades; SILVA SÁNCHEZ, ¿“Competencia “indirecta” de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?”, en *La Ley*, 1993, p. 967, también excluye toda posibilidad de que las Comunidades Autónomas dispongan de una competencia directa para legislar en materia de Derecho penal.

nada”, mediante el empleo de normas³⁹ que difieran según la Comunidad Autónoma en que la conducta delictiva tenga lugar, y la posible vulneración del principio de igualdad, es una cuestión que ya ha sido abordada en alguna ocasión por el Tribunal Supremo. Así, en la STS 18 de noviembre de 1991, ponente De Vega Ruiz, el Tribunal establece que “...no hay desigualdad entre todos los españoles porque algunas disposiciones de los gobiernos autónomos marquen diferencias respecto del resto del Estado, en materia penal – como es el caso del delito ecológico del artículo 347 bis (actual artículo 325 del Código penal), como norma en blanco sometida a reglamentos clarificadores y definidores – , porque la Ley de tal jurisdicción sigue siendo estatal y territorial⁴⁰, aunque necesariamente, en la normativa de las infracciones en blanco, la exigibilidad penal se condicione con algunos matices diferenciadores como consecuencia de la aplicación de reglamentos complementarios”⁴¹; (...) “la igualdad en sí no puede evitar cierta desigualdad ante lícitos elementos diferenciadores aunque, eso sí, con suficiente justificación, objetiva y razonable”⁴².

³⁹ La relación entre integración normativa y legislación autonómica la apunta PRATS CANUT, “Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente”, cit., p. 66., y en concreto pone de relieve que cuando la normativa autonómica aparezca como elemento de referencia de la norma penal que ejerce el reenvío puede “conculcar el principio de la generalidad de la ley penal para todos los españoles, corriéndose el peligro de introducir criterios diferenciales en relación con la ley penal, en función de la comisión del ilícito en una u otra Comunidad Autónoma. Es por ello que en esta materia es necesaria una clarificación que evite el riesgo apuntado, clarificación que debería venir dada a nuestro juicio por la Ley General del Medio Ambiente.”

⁴⁰ En Alemania, la Federación y los Länder coinciden en que el Derecho penal debe ser en principio Derecho federal, y sólo algunas especiales circunstancias regionales justifican la creación de un Derecho penal regional, ya que en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de todos ante la ley, cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. Manzanares Samaniego), 4ª. ed. Granada, 1993, p. 100.

⁴¹ En esta STS 18 de noviembre de 1991 se señala que “(...) el artículo 343 bis es de aplicación en todo el Estado, si bien la norma reglamentaria que lo complementa puede ser distinta según la Comunidad Autónoma...”. Se admite por tanto en la jurisprudencia la existencia de diferencias normativas entre las distintas Comunidades Autónomas, y se sostiene que esta asimetría en los complementos autonómicos de las leyes penales en blanco no vulnera el principio de igualdad; de hecho sólo se viene a exigir que “tal reglamento sea legalmente dictado dentro de la competencia legítima del organismo o institución de donde emane”.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, ¿“Competencia “indirecta” de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?”, cit., p. 974, indica que es posible la justificación de la existencia de regímenes jurídico-penales parcialmente diversos para los ciudadanos de las diferentes Comunidades Autónomas, en virtud de leyes penales en blanco que remiten a disposiciones emanadas de fuentes autonómicas; se muestran también partidarios de la constitucionalidad de este hecho: CARMONA SALGADO, en CARMONA SALGADO/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/POLAINO NAVARRETE/SEGRELLES DE ARENAZA, *Manual de Derecho penal Parte especial*, t. IV, Madrid, 1994, p. 188; MORALES PRATS, “La estructura del delito de contaminación ambiental”, cit., pp. 235-236; RODRÍGUEZ RAMOS, “Artículo 347 bis, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRIGUEZ RAMOS (Coords), *Código Penal comentado*, Madrid, 1990, p. 653; CONDE-PUMPIDO TOURON, “Introducción al delito ecológico”, en TERRADILLOS BASOCO,

MORALES PRATS propone una lectura equilibrada y garantista:

“Sólo cuando la legislación autonómica ambiental introduzca *medidas jurídicas desiguales* frente a *necesidades de protección del medio ambiente también desiguales*, podrá establecerse que se halla en juego el principio de igualdad en su vertiente material y, en consecuencia, *procederá la complementación del tipo penal por medio de la legislación autonómica*”⁴³. Una postura coherente con la estructura plural del Estado autonómico, y respetuosa con los principios de legalidad, taxatividad e igualdad, deberá admitir sólo en determinados supuestos el complemento disímil de la legislación autonómica, y siempre a favor de una tendencia hacia una mayor igualdad material.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente a favor de la integración de las leyes penales en blanco sobre protección medio ambiental con el complemento de normativas autonómicas asimétricas; y se ha posicionado defendiendo que este desequilibrio normativo entre las distintas Comunidades Autónomas no vulnera el principio de igualdad. Así, la STC de 15 de junio de 1998, ponente García-Mon y González-Regueral, señala que “La función que corresponde al Estado de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (artículo 149.1.1ª. CE) no puede ser entendida de tal manera que vacíe de contenido las competencias que las Comunidades Autónomas asuman al amparo del artículo 148 CE y de sus propios Estatutos de Autonomía, que han de ser respetadas en sus propios términos”. A partir de esta premisa, es posible que sea diferente la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional.

Ahora bien, la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los artículos 1, 9.2, 14, 139.1, y 149.1.1 CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que

El delito ecológico, p. 24. De otra opinión son: MESTRE DELGADO, “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, cit., pp. 518-520, entendiendo que tales leyes en blanco son inconstitucionales, por vulnerar el principio de uniformidad de la legislación penal y el principio de igualdad, concretamente el de uniformidad de las condiciones de vida; PRATS CANUT, “Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente”, cit., p. 66, para quien no es admisible la diversidad del contenido material de la conducta típica del delito ecológico en función de las Comunidades Autónomas en que se lleve a cabo, pues pone en peligro el principio constitucional de igualdad ante la ley; CASABÓ RUIZ, “La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente”, en *Estudios penales y criminológicos*, t. V. Santiago de Compostela, 1982, pp. 259 y ss.

⁴³ MORALES PRATS, “La estructura del delito de contaminación ambiental”, cit., p. 236.

sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino que, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales⁴⁴.

De estas consideraciones se desprende que el órgano judicial puede seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias⁴⁵. En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el artículo 25.1 CE y que no “introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio”.

Esta línea argumental consolida unos supuestos desequilibrios en los niveles de protección penal, concretados de modo diferente en las distintas Comunidades Autónomas. Esto va a permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia tengan unos niveles de protección más altos. Sin embargo parece conveniente vincular la existencia del delito a las disposiciones que determinan las condiciones mínimas aplicables en todo el territorio del Estado, pues sólo ello garantiza la aplicación en condiciones de igualdad⁴⁶.

3. LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO PENAL

De los problemas técnicos y dogmáticos, planteados por los tipos penales que protegen el medio ambiente, que han sido analizados de forma sucinta y sin ánimo de exhaustividad, se puede adelantar la siguiente afirmación: queda en entredicho la actual eficacia de las normas penales para conseguir una adecuada tutela del medio ambiente.

Ahora bien, que la protección penal medio ambiental no constituya el mejor instrumento para salvaguardar determinados intereses o valores ecológicos, no significa que esta tutela no se ofrezca desde diversos tipos penales.

En primer lugar es necesario determinar el objeto de protección de la norma. Y en segundo lugar se tratará de apreciar de qué manera se dispensa, desde el Código penal, la tutela al medio ambiente, tanto de forma directa como indirecta.

⁴⁴ A propósito de la importancia de una tendencia en favor de una mayor igualdad material, cfr. SESSANO GOENAGA, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1998, de 18 de marzo (La constitucionalidad del derogado artículo 487.bis a la luz del principio de igualdad)”, en *Revista General del Derecho*, junio 1999, p. 7193.

⁴⁵ Para la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de las leyes penales en blanco, el núcleo del delito ha de estar contenido en la ley penal remitente, y la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento inesencial de la figura delictiva.

⁴⁶ Cfr. PEREZ DEL VALLE, “Sociedad de riesgos y reforma penal”, cit., pp. 74-75.

a) *La cuestión del bien jurídico protegido*

a.1. *Análisis previo*

La propia Constitución Española eleva a la categoría de principio rector de la política social y económica la protección del medio ambiente en su artículo 45⁴⁷, por lo que en un principio parece plenamente justificada su tutela penal. De hecho, es el propio artículo 45 CE el que prevé el establecimiento de sanciones penales para la salvaguarda de los recursos naturales y del medio ambiente. Se sigue con ello una tendencia que se encuentra en todas las modernas constituciones que se acogen al modelo de Estado social y democrático de derecho. Este artículo 45 CE se incluye entre los principios rectores de la política social y económica (Cap. 3º., Tit. 1º., relativo a “derechos y deberes fundamentales”), cuyo reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos⁴⁸.

La importancia del derecho al medio ambiente ha sido puesta de relieve también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado que en determinados casos de especial gravedad, los daños ambientales pueden llegar a vulnerar el derecho de una persona a su vida personal y familiar, reconocido por el artículo 8 del Convenio de Roma⁴⁹.

Resulta obvio que el derecho a un medio ambiente adecuado reviste una singular importancia, acrecentada en la “sociedad de riesgos”, industrializada y urbanizada de nuestro tiempo⁵⁰. La tutela ambiental se muestra necesaria por una

⁴⁷ Artículo 45 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978:

“1. Todos tiene 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 fije la ley se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”

⁴⁸ Cfr. artículo 53.3 CE. En este sentido por ejemplo, la STC 3 de diciembre de 1996, ponente Ruiz Vadillo, “...no puede ignorarse que el artículo 45 CE enuncia un principio rector, no un derecho fundamental. Los tribunales deben velar por el respeto al medio ambiente, sin duda, pero de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen el precepto constitucional...”. Según entiende PRATS CANUT, “Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente”, cit., p. 48, estamos frente a un supuesto de lo que se ha llamado “norma de programación final”, es decir, se trata de un precepto finalista que pretendió señalar al Estado el logro de un fin.

⁴⁹ Así, las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Powell y Rainer contra Reino Unido, de 17 de octubre de 1986; y López Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994.

⁵⁰ De modo general, lo indica MORALES PRATS, “La estructura del delito de contaminación ambiental”, cit., p.227, “Las conductas peligrosas para el medio ambiente se generan en sectores de actividad socialmente necesarios e imprescindibles (y peligrosos) – por ejemplo en determinados sectores de la actividad industrial – y suelen producirse en serie, producto muchas veces de la acumulación de actos”.

sencilla razón: el desarrollo industrial, técnico y económico al que no parece querer renunciar el modelo de sociedad contemporánea, no sólo genera riesgos, sino que de forma paulatina acaba produciendo daños⁵¹.

A modo de ejemplo, no sólo del peligro, sino del daño realmente causado, son bastante ilustrativos los siguientes casos extraídos de la Jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo:

- Una Central Térmica utiliza y quema para su funcionamiento, un combustible de carbón tipo lignito que contiene un elevado porcentaje de azufre; su combustión da lugar a la emisión de humos altamente cargados de dióxido de azufre que en ocasiones provoca la llamada “lluvia ácida”, y estos componentes, junto a partículas sólidas procedentes de la combustión han ocasionado la clorosis o necrosis de 30.000 hectáreas de una masa boscosa. (STS 30 de noviembre de 1990).

- Se solicita del ayuntamiento una licencia de obra para construir una balsa destinada a almacenar naranjas en estado de putrefacción y de secado, para pienso de ganado. Petición que es informada desfavorablemente por los organismos competentes y denegada por el ayuntamiento. Pese a lo cual, la balsa fue construida y puesta en funcionamiento para la actividad de secadero de naranjas, de modo que los jugos de tales frutas en descomposición, produjeron perjuicios a los cultivos de hortalizas aledaños, a la flora y fauna acuática, amén de que la putrefacción originada por el secadero formó un medio adecuado para la plaga, y además, los desagües de tales jugos por aportar materias acidificadoras podían dañar la vida de peces y plantas. (STS 11 de marzo de 1992).

- Gasolina, gas-oil, fuel-oil y aceites usados de coche no biodegradables son detectados a lo largo de la acequia, hasta la zona de la laguna denominada “brazo del embarcadero”. Su presencia en el agua produce tanto 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

⁵¹ Ponen de relieve la potencial lesividad que representa un sistema en el que la producción-explotación no tiene otra finalidad que la de prolongarse *ad infinitum* – o *ad destructionem*, entre otros muchos, BOOKCHIN, M., *Por una sociedad ecológica*, (trad. J. Elias), Barcelona, 1978; CHANLETT, E.T., *La protección del medio ambiente*, (trad. Vázquez Vaamonde), Madrid, 1976; U. THANT/S. FRED SINGER/R. E. NEWEL/P. J. LAWTHOR/C. A. EDWARDS/N. GORSKY/W. H. DAVIS, *La contaminación del planeta*, Caracas, 1976; A. V. KNEESE/C. L. SCHULTZE, *Costo de la contaminación* (trad. D. Landes), Buenos Aires, 1973; PÉREZ-AGOTE, A., *Medio ambiente e ideología en el capitalismo avanzado*, Madrid, 1979; V. KNEESE/S. E. ROLFE/J. W. HARNED, *Ecología y contaminación*, (trad. A. F. de Sánchez Paya), Buenos Aires, 1974; K. E. WATT, *La ciencia del medio ambiente*, (trad. A. Nadal Puigdefábregas), Barcelona, 1978.

antes existían en la laguna varias especies protegidas. (STS 26 de septiembre de 1994).

- Se comprueba que los vertidos producían un impacto ambiental, estético, olfativo e hidráulico apreciable, pues el arroyo, a partir del punto en que se realizaran los vertidos, llevaba aguas de color grisáceo con fuerte olor fecal (...); y al lado mismo hay una fuente y un lavadero y unos estanques de los que se deriva agua para el riego, que ya no se usa porque el agua tan fuertemente cargada de restos fecales, daña a la vegetación y a los animales que no comen hierba por el hedor de que está impregnada. Las aguas del arroyo, debido a los vertidos de la granja de cerdos presentaba un color oscuro, casi negro, debido a la gran carga orgánica que llevaba, con un repugnante y fortísimo olor fecal a lo largo de más de un kilómetro, siendo el referido vertido responsable directo de un grave y muy negativo impacto medioambiental desde el punto de vista hidrológico, visual y sanitario. (STS 6 de abril de 1999).

- Una empresa de “recogida de residuos”, recoge los residuos de la fosa séptica de un restaurante, ordenando a un empleado que arrojara la carga, consistente en unos 8.000 litros de una sustancia de aspecto pastoso y color marrón verdoso con ácidos grasos de aceite de origen animal, posiblemente de pollo o sebo de cerdo, en un colector que desagua en la ría de Pontevedra, llegando tales residuos al bando de marisqueo de Placeres-Lourizan-Pontevedra, con gran nocividad para la fauna marina al incrementarse la carga orgánica que provoca la disminución del oxígeno disuelto, y por tanto mortandad por anoxia. (STS 13 marzo de 2000).

Es fácil deducir de este cuadro, que el mantenimiento de las condiciones ecológicas puede afectar directa y profundamente a una forma de vida. El desequilibrio ecológico se presenta aquí como la consecuencia de la civilización industrial⁵².

a.2. *Sobre el concepto de medio ambiente*

El ordenamiento jurídico, en general, y el Derecho Penal en particular tienden a proteger todos aquellos bienes que son importantes para la vida del individuo y para el desarrollo armónico de la colectividad poniendo en marcha los mecanismos de regulación y control social que necesita una sociedad industrializada. La tecnología es un producto de la inteligencia humana y el reto que plantean sus posibilidades, teóricamente ilimitadas, de desarrollo consiste o pasa por reducir a sus justos límites los efectos negativos que un uso desmesurado, descontrolado y anárquico, acarrearía a toda la sociedad. El derecho a la calidad de vida y al

⁵² Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”, cit., p. 199.

medio ambiente constituyen un objetivo irrenunciable y de ahí surge la idea predominante de proteger el medio ambiente como una defensa de la salud y de la vida de los habitantes. El interés generado ha colocado en un plano preferente la regulación – nacional y transnacional – de los problemas derivados de la contaminación ambiental y de la explotación inmoderada de los recursos naturales⁵³. La protección jurídica del medio ambiente adquiere en nuestro país rango constitucional a través del artículo 45 CE. Dicho artículo 45 CE recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión, y además se sigue con ello una tendencia extendida en las constituciones de nuestro entorno.

Qué debe entenderse por medio ambiente, como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, implica una tarea no exenta de dificultades. La multiplicidad de aspectos que ofrece la estructura polifacética del medio ambiente, hace harto difícil la exacta determinación de los concretos ámbitos y criterios de valor que alcanzan relevancia en el ordenamiento penal⁵⁴. Por tanto, el primer escollo con que topa el intérprete del artículo 45 CE, es la fijación misma del concepto de medio ambiente, por la propia imprecisión acerca de cuáles son los contornos que no puede traspasar dicho concepto⁵⁵.

Para determinar el bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente, constituye un antecedente obligado y de referencia el artículo 45 CE, que según la jurisprudencia y la doctrina ha optado por un concepto de medio ambiente moderadamente antropocéntrico en cuanto primariamente se adecua al "desarrollo de la persona" y se relaciona con la "calidad de vida" a través de la "utilización racional de todos los recursos naturales" y se añade como parte integrante del mismo la defensa y restauración del medio ambiente. Por otra parte, al abarcar la protección a todos los recursos naturales, es claro que se refiere al agua, al aire y al suelo, no sólo aisladamente considerados, sino en su conjunto, formando el ecosistema⁵⁶. Existen varias modalidades conceptuales en

⁵³ Cfr. STS 30 de noviembre de 1990, ponente Martín Pallín.

⁵⁴ Cfr., POLAINO NAVARRETE, "La criminalidad ecológica en la legislación penal española", en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 859.

⁵⁵ Vid., PRATS CANUT, "Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente", cit., p. 50; esta dificultad a la hora de delimitar el concepto y los contornos del medio ambiente la advierten también: PERIS RIERA, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1984, p. 25, "(...) la noción exacta de medio ambiente es ya una cuestión conflictiva"; BLANCO LOZANO, *La protección penal del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, Granada, 1997, p. 17-18; DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, cit., p. 46 y 50; DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 66.

⁵⁶ Vid., STS 11 de marzo de 1992, ponente Díaz Palos.

orden a definir el medio ambiente. Una concepción extensiva que postula la integración dentro del ambiente de los elementos materiales e inmateriales: urbanísticos, paisajísticos, estéticos, histórico-patrimoniales, y artísticos, sociales, culturales y políticos, educativos y lúdicos, así como las propias relaciones de interconexión entre los distintos componentes ambientales. Conforme a tal posicionamiento conceptual, en suma, es ambiente todo aquello que puede influir, positiva o negativamente, en la vida del hombre o en la propia calidad de la misma⁵⁷. Una concepción restrictiva, que propugna que el entorno se reduce exclusivamente a aquellos elementos físicos indispensables para la vida⁵⁸; en contra de esta postura se ha resaltado que un concepto antropocéntrico absoluto del medio ambiente no es el más adecuado, desde una perspectiva jurídico-constitucional, puesto que el medio ambiente supone, además de un bien personal apreciable a favor del individuo singular, la conjunción de naturaleza y cultura, de calidad de vida y de valores sociales, que no deben unilateralmente supeditarse a individualistas concepciones antropológicas⁵⁹. Y por último está una concepción intermedia, de carácter ecléctico y que es en la actualidad la que parece tener mayor arraigo entre la doctrina, que viene en suma a sostener que el medio ambiente constituye el conjunto de las bases naturales de la vida.

a.3. *Sobre el concepto de medio ambiente en el Derecho penal*

El concepto de medio ambiente es, desde una óptica puramente filosófica o científico-natural extraordinariamente amplio. Y es que, en suma, todo lo que nos rodea, y por supuesto también nosotros los hombres, formamos parte del entorno, del medio ambiente. Desde tal posicionamiento ideológico, alcanza a ser el medio ambiente el conjunto de todas las cosas y sus relaciones, esto es, todo. Tal delimitación conceptual de lo que es medio ambiente no resulta

⁵⁷ Cfr., BLANCO LOZANO, *La protección penal del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, Granada, 1997, pp. 19 y ss., desarrolla con detalle las concepciones: extensiva, restrictiva e intermedia, y defiende un concepto acotado de medio ambiente en cuanto bien jurídico protegido en nuestro ordenamiento penal: “como sistema de bienes fundamentales encuadrados en los recursos de la naturaleza y a los que no dispensa el Derecho penal ninguna otra protección”, p. 39.

⁵⁸ HORMAZABAL MALARÉE, “Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal”, en TERRADILLOS BASOCO, *El delito ecológico*, cit., pp. 54 y ss., estima que “la protección del medio ambiente como bien jurídico colectivo está en relación a la salud individual”.

⁵⁹ Cfr., POLAINO NAVARRETE, “La criminalidad ecológica en la legislación penal española”, cit., p. 876, también críticos CANTARERO BANDRÉS, “El delito ecológico: análisis del actual tipo penal y sus antecedentes”, en *La protección penal del medio ambiente*, Madrid, 1990, pp. 12 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “El medio ambiente como bien jurídico tutelado”, en *El delito ecológico*, Madrid, 1992, pp. 41 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, “Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España”, en *Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela*, 1982, p. 292.; RODRÍGUEZ RAMOS, “Protección penal del ambiente”, en *Comentarios a la Legislación penal*, Tomo I, Derecho penal y Constitución, Madrid, 1982, p. 261.

operativa en la esfera jurídico-penal, ya que, de ser admitida en dicho contexto, resultaría que todos los delitos serían, al fin y al cabo, delitos contra el medio ambiente, y ya no habría lugar para ningún otro bien jurídico, de forma que el Código penal bien podría pasar a denominarse *Código penal ambiental*⁶⁰. Por tanto, la tendencia doctrinal busca una limitación del concepto de medio ambiente, que permita, a su vez, fijar dentro de contornos nítidos los objetos de protección a que deberán referirse los supuestos de hecho típicos individuales⁶¹. Sobre la base de lo previsto en el texto constitucional – artículo 45 – la mayoría de la doctrina penal ha optado por un concepto de medio ambiente intermedio y descriptivo. Lo que se propone es restringirlo a la “suma de las bases naturales de la vida humana”, quedando al margen otros aspectos de tipo socio-económico o cultural. En este sentido, PERIS RIERA, ha afirmado que “al pretender conceptuar el medio ambiente, lo primero que se puede crear es que cuanto más amplia sea la noción, mayor ámbito de protección existirá. Esta idea conduce a una definición amplia que abarca la totalidad de los problemas sobre ecología general y, especialmente la utilización de los recursos. Considerar que una delimitación amplia del término medio ambiente difunde la esfera de protección es erróneo, porque, como se acepta ya en la doctrina, cuanto más restringido sea el concepto mayor será la eficacia de la protección”⁶². Existe por tanto un amplio consenso (aunque existen opiniones contrarias) tendente a considerar que el medio ambiente no se puede proteger por sí mismo, sino que tan sólo gozará de protección penal en cuanto que condición necesaria para el desarrollo y la conservación de la vida humana.

a.3.1. El antropocentrismo moderado

La denominada concepción “moderadamente antropocéntrica” es la más extendida. En primer lugar porque el artículo 45 CE vincula el medio ambiente con el “desarrollo de la persona”, y con la “calidad de vida”, de esta manera se relacionan los bienes ecológicos con los intereses humanos, imprimiendo así un carácter antropocéntrico e instrumental⁶³ o funcional a su tutela. En segundo

⁶⁰ Cfr., BLANCO LOZANO, *La protección penal del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, cit., p. 38.

⁶¹ En opinión de BACIGALUPO ZAPATER, “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”, cit., lo que exige restringir el concepto de medio ambiente a los fines del Derecho penal es la convicción de que el instrumento de la pena tiene carácter excepcional, p. 200.

⁶² PERIS RIERA, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pp. 26-27.

⁶³ En otro sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes”, en *La Ley*, 1996, “El medio ambiente se protege por sí mismo, como bien jurídico nuevo, con entidad propia, y no en función del daño que su perturbación ocasione a otros valores como la vida humana, la salud pública o individual, la propiedad de las cosas, animales o plantas, etc.”, p. 2.

lugar, porque el bien jurídico penal a proteger se ha extraído de la Constitución, y no de otros ámbitos de conocimiento, por tanto el interés protegido no ha sido una realidad ambiental en sí, en cuanto valor absoluto, sino una realidad vinculada a la realización personal, o si se prefiere, moderadamente antropocéntrica⁶⁴. Este concepto de antropocentrismo moderado es asumido no sólo por la doctrina mayoritaria⁶⁵, sino también por la jurisprudencia⁶⁶.

La doctrina penal, en el intento de acotar el concepto de medio ambiente, opta por una comprensión “natural” del mismo; así, se ha definido el medio ambiente en cuanto “habitat natural en que transcurre la vida de los seres vivos”, y en referencia directa al artículo 347 *bis*, del derogado Código penal se indica que “el objeto de la protección debe ser el conjunto de recursos naturales cuya utilización racional posibilita la vida humana y a largo plazo la vida misma en general”⁶⁷. Aunque, desde planteamientos de operatividad en busca de una

⁶⁴ Así, DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, expone que la postura del ecocentrismo absoluto – que postula una configuración de la naturaleza con derechos propios – apenas ha tenido resonancia en la doctrina, p. 52.

⁶⁵ Cfr., entre otros: MORALES PRATS, “La estructura del delito de contaminación ambiental”, cit., pp. 227-228, es de la opinión que la tipificación del delito ambiental en la Reforma del Código penal de 1983 (artículo 347 *bis* ACP), expresa un modelo de tutela penal del ambiente “*relativamente antropocéntrico o instrumental*”, en atención a los dictados del artículo 45 CE (donde se adopta una concepción constitucional de la relación “persona-ambiente”, según la cual este último es un presupuesto indispensable para la calidad de vida), para Morales Prats: esto parece satisfacer las exigencias del *modelo equilibrado de tutela penal del medio ambiente*, p. 228.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Protección penal de la ordenación del territorio y el medio ambiente”, en *Documentación Jurídica*, 1983, pp. 912 y ss.; PERIS RIERA, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 25; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “El medio ambiente como bien jurídico tutelado”, cit., pp. 41 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, “Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España”, cit., p. 292.; del mismo, “Protección penal del ambiente”, en *Comentarios a la Legislación penal*, Tomo I, Derecho penal y Constitución, Madrid, 1982, p. 261; BOIX REIG, en VIVES ANTÓN (Coord), BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 1993, p. 374; BUSTOS, “Necesidad de pena, función simbólica, y bien jurídico del medio ambiente”, en *Pena y Estado*, 1991, p. 103; DIAZ PALOS, “El delito ecológico en la jurisprudencia”, en *Actualidad Penal*, 1994, pp. 406 y 415; MANZANARES SAMANIEGO, “Los delitos contra el medio ambiente en el Código penal español”, en *Actualidad Penal*, 1994, p. 5; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Madrid, 1992, p. 55; POLAINO NAVARRETE, “La criminalidad ecológica en la legislación penal española”, cit., p. 876; DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, cit., p. 54; en opinión de SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, pp.17 y ss., “Desde la única concepción del bien jurídico “medio ambiente” que parece posible sostener de *lege lata* – y que es una concepción, desde luego funcional y antropocéntrica – en absoluto resulta claro dónde se halla el límite mínimo del riesgo jurídico penalmente relevante”, p. 81.

⁶⁶ Optan por un concepto “moderadamente antropocéntrico de medio ambiente”, la STC de 26 de junio de 1995, ponente Mendizábal Allende; la STS de 11 de marzo de 1992, ponente Díaz Palos; la STS de 26 de septiembre de 1994, ponente Hernández Hernández y la STS de 27 de enero de 1999, ponente Martínez-Pereda Rodríguez.

⁶⁷ Cfr., SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA, “El bien jurídico protegido en el delito ecológico”, en

restricción⁶⁸ conceptual, y otorgándole un sentido natural se define el medio ambiente como:

“el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la flora y la fauna y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subbordeados y no sufra alteraciones perjudiciales”⁶⁹.

Sin embargo, frente a esta concepción de medio ambiente como objeto de protección, la dependencia⁷⁰, o “accesoriedad” del Derecho penal respecto al Derecho administrativo, en materia medioambiental, ha llevado a algunos autores a plantear que el bien jurídico protegido en el delito ecológico no está constituido por valores ecológicos o ambientales en general, sino que lo que se protege, el interés digno de protección, sería más bien un determinado modelo de gestión medioambiental. Se construye así una visión en extremo formalista que reduce el Derecho penal del ambiente a la mera protección de las normas administrativas reguladoras de la organización medioambiental⁷¹.

a.3.2. ¿Nueva tendencia hacia un ecocentrismo moderado?

Resulta indudable que el contenido del artículo 45 de la Constitución, y el tenor literal del artículo 347 bis del Código penal de 1973 están en la base de la concepción moderadamente antropocéntrica del bien jurídico que han ido desarrollando la doctrina y la jurisprudencia. Pero actualmente se observa alguna posición que, en función de la nueva redacción del artículo 325 del Código penal de 1995, propone una visión de corte más bien “moderadamente ecocéntrico”. El principal argumento que se utiliza para sustentar un progresivo abandono de la defensa exclusiva de concepciones antropocéntricas viene determinado por la estructura del artículo 325 del Código penal; en él se contempla un objeto

Cuadernos de Política Criminal, nº. 29, 1986, p. 341.

⁶⁸ Sigue este criterio PERIS RIERA, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 28.

⁶⁹ BACIGALUPO ZAPATER, “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”, cit., pp. 200-201; esta definición goza de un amplio consenso, y es la que adoptan entre otros: PERIS RIERA, *Delitos contra el medio ambiente*, p. 28; DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, cit., p. 50, y SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 19.

⁷⁰ Ya que se exige la previa infracción de normas administrativas antes de dar paso a la sanción penal.

⁷¹ Aunque la doctrina mantiene posiciones contrarias a esta visión formalista del bien jurídico, ESER, A., “La tutela penal del ambiente en Alemania”, en *L'Índice Penale*, 1989, p. 237; SILVA SÁNCHEZ, “¿Protección penal del medio ambiente?”, cit., p. 1715; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, cit., pp. 56-60; del mismo, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1998, p. 59.

jurídico de protección básico: “el equilibrio de los sistemas naturales”, y el supuesto de que las conductas tipificadas afecten *además* a la salud⁷² de las personas sólo posee valor como circunstancia agravante específica del hecho. El Código penal se distanciaría de la concepción antropocéntrica, ya que la referencia a la salud de las personas sirve para agravar la pena, pero no está presente en el tipo básico, como ocurría en el derogado artículo 347 bis⁷³. Este cambio de perspectiva no está exento de contradicciones, y en especial debido a que se desvía de las directrices contenidas en el artículo 45 CE; artículo que sigue utilizando la doctrina como rector de su interpretación del bien jurídico⁷⁴ en los delitos contra el medio ambiente.

b) *Ecología, medio ambiente y su protección desde el Código penal : descoordinación y – de nuevo – dispersión*

b.1. *Necesidad de tutela penal*

A la vista de estos antecedentes, se aprecia la necesidad de otorgar protección penal al medio ambiente, como interés colectivo o supraindividual que afecta a todos y cada uno de los ciudadanos. Ahora bien, para dotar a un determinado objeto de protección penal, éste debe contar con el consenso de la generalidad de los ciudadanos.

La indudable importancia del medio ambiente como objeto de protección (en tanto que sistema natural en el que se desarrolla la vida), y la creciente gravedad de los ataques que sufre, así como el fracaso del resto del ordenamiento jurídico

⁷² Ya advertía esta dicotomía la jurisprudencia respecto del artículo 347 bis, y resulta esclarecedora la apreciación que se hace en la STS de 30 de noviembre de 1990, ponente Martín Pallín, “Esta diferenciación entre males que afectan a la salud de las personas y riesgos que dañan otras especies animales o vegetales y el medio ambiente se debe, en gran medida, a que el hombre no se siente parte de la naturaleza sino como una fuerza externa destinada a dominarla o conquistarla para ponerla a su servicio. Conviene recordar que la naturaleza no admite un uso ilimitado y que constituye un capital natural que debe ser protegido por medio de sanciones penales y administrativas, sin que nos corresponda dilucidar en este trámite la accesoriidad o subordinación de la acción penal a la administrativa”.

⁷³ Este cambio tendencial hacia posiciones más ecocéntricas lo apuntan MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1998, pp. 58-59; SOSPEDRA NAVAS, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. De los delitos relativos a la protección de la Flora y Fauna”, en DOMÍNGUEZ/HERNÁNDEZ /FARRÉ/HERVAS/SOSPEDRA/HERREROS, *Delitos relativos a la Ordenación del territorio y Protección del patrimonio histórico, Medio ambiente y contra la Seguridad colectiva*, Barcelona, 1999, p. 170; y de forma crítica SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pp. 17-18.

⁷⁴ Mantiene una postura intermedia DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, cit., “(...)si bien es cierto que la intervención penal gira ahora más en torno a valores ecológicos que propiamente humanos, ello no significa que haya sido alterado el concepto de medio ambiente como bien jurídico”, pp. 65-66, y véase bibliografía allí citada en nota 146, p. 65.

para protegerlo adecuadamente, han desembocado en la intervención penal medioambiental. En el ordenamiento jurídico español, es el propio texto constitucional el que contempla e impone⁷⁵ la fórmula de protección penal⁷⁶ al establecer en su artículo 45 no sólo la importancia del medio ambiente para el desarrollo de la persona y para garantizar una mejor calidad de vida, sino también la previsión expresa de *sanciones penales* o, en su caso administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado. El grado de degradación ambiental es tal que la lucha contra la misma requiere de todos los instrumentos jurídicos al alcance de la sociedad, entre ellos, como *ultima ratio*, un Derecho penal que cumplirá una función de protección secundaria, sin que de ello se derive que deba limitarse a sancionar la mera infracción de normas civiles y administrativas. Tanto la relevante trascendencia del ambiente como interés jurídico, como las formas de incidencia nociva que se han desplegado contra el mismo reclaman esta intervención⁷⁷.

En el artículo 45.3 de la Constitución se establece pues un mandato constitucional de sanción penal, y por tanto, un mandato de política penal medioambiental. Este hecho ha sido considerado como positivo por parte de algún autor⁷⁸, ya que puede reforzar la función simbólica que desempeña el Derecho penal para la consolidación de una conciencia colectiva en torno a la necesidad de proteger bienes jurídicos colectivos de nuevo cuño como el medio ambiente. No obstante, el proceso de tipificación penal de las conductas que atenten contra el medio ambiente debe salvar algunas dificultades técnico-jurídicas, en torno a los criterios de imputación, a la determinación de la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales, o sencillamente respecto de la función asignada al bien jurídico. Sobre esto último se dice acertadamente que, “uno de los problemas

⁷⁵ Sobre este extremo SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 19, admite que el medio ambiente no sólo es un bien jurídico, sino precisamente un bien jurídico-penal, a partir de la referencia recogida en el artículo 45.3 de la Constitución, que parece contener uno de los discutidos “mandatos constitucionales expresos de criminalización”. Respecto al debate doctrinal sobre el alcance de la imperatividad de las sanciones penales, vid. nota 9, p. 19, con referencias.

⁷⁶ Para su garantía penal, “los bienes medioambientales requieren la concurrencia de las condiciones siguientes: la necesidad de la protección, por la escasez de los recursos y la exigencia de equilibrio y preservación de los mismos; la capacidad de la protección, por la eficacia de la tutela penal frente a las agresiones típicas, y el merecimiento de la protección, por la conveniencia político-criminal del reconocimiento de valores vitales en orden a la salvaguarda de coexistencia personal y de la calidad de vida de las generaciones actuales y futuras”, ALBIN ESER, *Nature und Geschichte*, R. Oldenbourg Verlag, München Wien, 1983, p. 608, citado por POLAINO, “La criminalidad ecológica en la legislación penal española”, cit., p. 858.

⁷⁷ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, cit., p. 30.

⁷⁸ Cfr. PRATS CANUT, “Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente”, cit., p. 52.

más importantes que plantean estos delitos es, de entrada, y a pesar de los esfuerzos doctrinales por profundizar en este aspecto, la escasa capacidad del bien jurídico protegido (“medio ambiente”, “equilibrio de los sistemas naturales” entre otras caracterizaciones) para guiar de modo significativo la interpretación de los tipos”.⁷⁹

La relevancia del bien jurídico y la intensidad de los ataques, junto al mandato constitucional de previsión de sanciones penales, hacen palpable la necesidad de tutela penal de los bienes medioambientales; esto implica, mediante la correspondiente decisión de política criminal, la incorporación al Código penal de figuras delictivas que prevean sanciones penales para – determinadas – conductas que lesionen o pongan en peligro – determinados – bienes ambientales.

b.2. Evolución de la figura del delito contra el medio ambiente en el Código penal

Ha sido nuestra propia Ley fundamental la que, desde 1978 instituyera la necesidad de reacción por parte del ordenamiento jurídico-penal frente a los atentados más graves – en consonancia con el respeto del principio de intervención mínima – contra ese interés digno de tutela que es el medio ambiente. La voluntad y el mandato constitucional recogidos en el artículo 45.3 CE no se verán cumplidos hasta varios años después. Es en 1983 cuando se introduce, mediante la LO 8/1983, de 25 de junio (Reforma Urgente y Parcial del Código Penal), en el texto punitivo, un precepto (el artículo 347 bis⁸⁰), que tipifica y

⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Delitos contra el medio ambiente, cit., p. 17.

⁸⁰ Artículo 347 bis, introducido en el Código penal por la L.O. 8/1983, de 25 de junio: “Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas el que, contraviniendo 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 terrestre o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosque, espacios naturales o plantaciones útiles.

Se impondrá la pena superior en grado si la industria funciona clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o se hubiere desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores”.

Posteriormente el artículo 347 bis sufre un ligero retoque – limitado a la cuantía de la multa – que pasa a ser de 175.000 a 5.000.000 de pesetas – por L.O. 3/1989 de 21 de junio. Y así se mantiene hasta que es sustituido por el artículo 325 del vigente Código penal, L.O. 10/1995 de 23 de noviembre.

sanciona determinadas conductas atentatorias contra el medio ambiente. Constituye una importante novedad puesto que es la primera vez que un Código penal español recoge la figura del denominado “delito ecológico”. La Exposición de motivos de esta L.O. 8/1983 que introduce el artículo 347 bis, argumentó la inclusión en el Código penal de una figura delictiva protectora del medio ambiente con los siguientes términos: “La protección jurídico-penal del medio ambiente, a pesar del rango constitucional que este bien de todos tiene, era prácticamente nula. La urgencia del tema viene dada por lo irreversible que resultan frecuentemente los daños causados. Sin duda, unos preceptos penales no han de poder por sí solos lograr la desaparición de toda industria o actividad nociva para personas o medio ambiente; pero también es evidente que cualquier política tendente a introducir rigurosidad en ese problema requiere el auxilio coercitivo de la ley penal”. Lo que resulta significativo son los fenómenos que el legislador apunta en esta Exposición de Motivos como relevantes: primero señala la práctica inexistencia de la protección del entorno ambiental desde la perspectiva del ordenamiento punitivo, después apunta la irreversibilidad de los daños causados, pero en última instancia el propio legislador es consciente de las limitaciones y de la escasa relevancia práctica que va a suponer, para la protección real de los bienes ambientales, la inclusión de preceptos penales dirigidos a tal fin. A nuestro entender, aquí se combinan dos hechos significativos. Uno es el frecuente uso que hace el Estado del recurso a la legislación penal en busca de una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública), aquello que en realidad debería resolverse en el plano de lo instrumental (de la protección efectiva)⁸¹. El otro hecho es la existencia de una – creciente – demanda social de una mayor protección, en este caso frente al deterioro medioambiental. En palabras de SILVA SÁNCHEZ “...cuestión distinta es que desde la sociedad se canalice tal pretensión (de mayor protección) en términos *irracionales* como demanda de *punición* (...) pero la existencia de una demanda social constituye un punto de partida *real*, de modo que la propuesta que acabe acogiendo en cuanto a la configuración del Derecho penal no habría de eludir el darle a la misma una respuesta también *real*”⁸². Por supuesto, con la creación del artículo 347 bis, el Estado no ha resuelto ni mucho menos la situación de grave y permanente deterioro que sufre el medio ambiente en España. Y de hecho han sido muy escasas las sentencias condenatorias por delitos contra el medio ambiente.

⁸¹ Esta frecuente pervisión del uso del Derecho penal que hace el Estado actualmente es puesta de relieve, y con un profundo análisis por SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, cit., pp.18 y ss.

⁸² SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 20.

En la actualidad los delitos contra el medio ambiente están ubicados en el Libro II del Código penal, dentro del Título XVI “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, y más concretamente en el Capítulo III bajo la rúbrica “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en los artículos 325⁸³ a 331. Esto se completa con el Cap.V que contiene las “Disposiciones comunes” a todo el Tit. XVI, en los artículos 338 a 340. No obstante, existen otros varios preceptos penales que en mayor o menor medida, y fuera del Cap. III del Tit. XVI revisten una indudable importancia en cuanto a la tutela del ambiente.

b.3. Otros preceptos del Código penal (no recogidos en el Capítulo III del Título XVI) con relevancia para la protección del medio ambiente.

El actual Código penal incorpora de manera restrictiva (al menos nominalmente) la protección del medio ambiente en el Tit. XVI, Cap. III bajo la rúbrica “De los delitos contra los recursos naturales y el *medio ambiente*”⁸⁴. Pero es evidente, que la tutela que desde el Código penal se dispensa al medio ambiente no queda limitada, a pesar de la defectuosa técnica utilizada por el legislador, al citado Cap. III; sino que se extiende de manera más o menos descoordinada y dispersa a otros preceptos del texto punitivo.

El primer síntoma revelador de la falta de unidad viene dado por las múltiples denominaciones empleadas en el Código penal para referirse al concepto general de medio ambiente: por orden de aparición en el texto del código se hace referencia, en el artículo 319 al “*valor ecológico*”; en los artículos 325 y 328 al “*equilibrio de los sistemas naturales*”, en el artículo 330 al “*espacio natural*”, en el artículo 332 al “*habitat*”, en el artículo 333 al “*equilibrio biológico*”, en el artículo 338 al “*espacio natural*”, en el artículo 339 al “*equilibrio ecológico*”, en los artículos 348, 349 y 350 al “*medio ambiente*”, en el artículo 353 al “*espacio*

⁸³ Artículo 325 del Código penal: “Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres 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, marítimas o subterráneas, 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”.

⁸⁴ En opinión de RODRÍGUEZ RAMOS, “Política criminal y reforma penal. El Anteproyecto de Código penal de 1992. De los delitos relativos a la ordenación del territorio, al medio ambiente, a la caza y a la pesca”, en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 921, existe un grave error en el rótulo, incurriendo en una imperdonable redundancia, al no darse cuenta de que el medio ambiente es precisamente el conjunto de los recursos naturales.

natural”, en el artículo 356 al “*medio natural*”, en el artículo 357 a los “*espacios naturales*”, y por último, en el artículo 610 se utiliza el término “*medio ambiente natural*”. Esta larga lista demuestra que el Código penal ha pretendido adoptar medidas protectoras hacia el medio ambiente no sólo en los artículos 325 a 331, sino también en otros varios preceptos, pero evidencia una protección atomizada y descoordinada que sin duda generará dificultades interpretativas.

Para la fijación del ámbito de protección, que posee actualmente el medio ambiente en el contexto del Código penal, no hay que olvidar la existencia de una serie de figuras jurídico-penales, que de forma directa o indirecta también protegen valores ecológicos en el texto punitivo⁸⁵.

1. Hay una amplia mayoría de la doctrina que no entiende porqué el Código penal tipifica los delitos relativos a la flora y la fauna en un Capítulo distinto al dedicado a los “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, aunque se encuentren en el mismo Título. En efecto, la protección de la flora y la fauna en el Cap. IV del Tit. XVI, en los artículos 332⁸⁶ a 337 tiene una innegable proyección medioambiental. Si se protegen algunas especies de fauna y flora para evitar su extinción, es porque todas las existentes sobre la tierra forman

⁸⁵ Son de esta misma opinión entre otros: DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 63, de la misma, “De los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes”, en *Derecho del medio ambiente*, (Ed) TERRADILLOS BASOCO, Madrid, 1997, pp. 121 y ss.; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, cit., pp. 126-127; SOSPEDRA NAVAS, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. De los delitos relativos a la protección de la Flora y Fauna”, cit., pp. 171 y 221; SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pp. 15-17; DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código penal de 1995, en *Actualidad Penal*, 1998, p. 291; RODRÍGUEZ RAMOS, “Política criminal y reforma penal. El Anteproyecto de Código penal de 1992. De los delitos relativos a la ordenación del territorio, al medio ambiente, a la caza y a la pesca”, cit.

⁸⁶ Los artículos 332 y 333 hacen referencia al “*habitat*”, y al “*equilibrio ecológico*” respectivamente:

Artículo 332: “El que corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, o destruya o *altere gravemente su hábitat*, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de ocho a veinticuatro meses”.

A propósito del artículo 332, con anterioridad a la entrada en vigor del Código penal, la protección de las especies de flora amenazada se encomendaba al orden administrativo, a través de sanciones de este tipo, que se recogían básicamente en la Ley 47/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres. En la actualidad es precisamente esta norma la que determina qué debe entenderse por especies o subespecies de flora *amenazada*, cfr. HAVA GARCÍA, “Delitos relativos a la protección de la flora y fauna”, en *Derecho del medio ambiente*, (Ed) TERRADILLOS BASOCO, Madrid, 1997, p. 64.

Artículo 333 “El que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona, de modo que *perjudique el equilibrio biológico*, contraviniendo las Leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses”.

parte del medio ambiente entendido como equilibrio ecológico, coadyuvando a mantener la biodiversidad. Es más, en los artículos 335 y 336, que velan por el correcto ejercicio de la caza y de la pesca, se protege el medio ambiente, pues es este bien jurídico el que se ve perjudicado con las acciones de cazar o pescar especies no autorizadas o con métodos de eficacia destructiva⁸⁷.

2. La protección del bien jurídico medio ambiente se extiende más allá de los Capítulos III y IV del Título XVI, y puede apreciarse en el Título XVII “De los delitos contra la seguridad colectiva” precisamente en el Cap. I “De los delitos de riesgo catastrófico” en la sección 1ª referida a los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes⁸⁸ (artículos 341⁸⁹ a 345). No se puede negar la vital importancia que estos delitos tienen para la protección del ambiente. Siguen en esta línea los artículos 348, 349 y 350 (también delitos de riesgo catastrófico), en los que se nombra expresamente al *medio ambiente*, como objeto de la puesta en peligro concreto.

3. Una situación que causa cierta perplejidad es el hecho de que los delitos de incendios no se hallen bajo la rúbrica de los delitos contra los recursos naturales y contra el medio ambiente. Puesto que, es evidente el peligro (demostrado) que entrañan en un país en proceso de desertización con unas características geográficas y climáticas como el nuestro los incendios forestales. Los delitos de incendio están regulados en los artículos 352⁹⁰ y siguientes, en el Título XVII, dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva. En la STS de 15 de octubre de 1990, ponente Martín Pallín se cuestionaba esta ausencia de caracterización medioambiental o ecológica de los delitos de incendios: “El delito de incendio se incluye, en el momento presente, y con técnica cuestionada por la doctrina y alguna jurisprudencia en el título relativo a los delitos contra la propiedad en el capítulo relativo a los incendios y otros estragos cuando deberían figurar con entidad independiente y con una más adecuada calificación en función del bien jurídico atacado dentro de

⁸⁷ Cfr. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Los delitos relativos a la protección del medio ambiente, cit., p. 126.

⁸⁸ En Alemania, la mayoría de la doctrina que estudia los tipos penales referidos a la utilización de la energía nuclear y radiaciones ionizantes, los incluye dentro del denominado “Derecho penal del medio ambiente”, cfr. DE LA CUESTA AGUADO, “De los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes”, en *Derecho del medio ambiente*, (Ed) TERRADILLOS BASOCO, Madrid, 1997, nota 59, p. 125 y bibliografía allí citada.

⁸⁹ Artículo 341: “El que libere energía nuclear o elementos radiactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión, será sancionado con la pena de prisión de quince a veinte años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de diez a veinte años”.

⁹⁰ Artículo 352: “Los que incendiaren montes o masas forestales, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y multa de doce a dieciocho meses. Si ha existido peligro para la vida o integridad física de las personas, se castigará el hecho conforme a lo dispuesto en el artículo 351, imponiéndose, en todo caso, la pena de multa de doce a veinticuatro meses”.

los delitos de riesgo contra la seguridad colectiva porque el mal de la acción incriminada no se circunscribe a un ataque a la propiedad incendiada sino que por su naturaleza y dinámica comisiva pone en peligro no sólo la seguridad colectiva sino que sus efectos se pueden extender o dañar el medio ambiente en general y producir alteraciones graves en el equilibrio ecológico”. Sin embargo su lugar apropiado, en mi opinión, no sería dentro de los delitos de riesgo para la seguridad colectiva como propone la citada Sentencia, sino, más bien, en los delitos contra los recursos naturales y contra el medio ambiente; puesto que en los incendios forestales siempre hay algo más que el menoscabo del objeto material incendiado y la lesión o puesta en peligro de la vida o la integridad física de las personas; en estos delitos entra en juego una insoslayable dimensión naturalista de los mismos que pone el acento en la grave perturbación que producen sobre el medio ambiente y el ecosistema⁹¹. El daño para el medio ambiente no proviene solo de los incendios forestales; también los incendios en zonas no forestales (artículo 356⁹²) pueden afectar de forma directa bienes ambientales.

4. De gran importancia por la potencialidad del daño y por la gravedad de las consecuencias destructivas para el medio ambiente es el artículo 610⁹³, regulado en el Título XXIV, Capítulo III “de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”. Nadie ignora la destrucción que produciría en los ecosistemas y en el mantenimiento del equilibrio ecológico la utilización de armamento de carácter químico, bacteriológico o nuclear. Y por último reseñar que la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, en el artículo 2⁹⁴ tipifica como delito determinadas conductas de contrabando que de forma mediata o indirecta, también puede entenderse que menoscaban el medio ambiente.

⁹¹ Cfr. DÍAZ MAROTO y VILLAREJO, “De los incendios forestales”, en *Código penal comentado*, Madrid, 1990, p. 1042.

⁹² Artículo 356 “El que incendiare zonas de vegetación no forestales perjudicando gravemente el medio natural, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses”.

⁹³ Artículo 610 “El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que *causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural*, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos”.

⁹⁴ Artículo 2.1. f): “1. Cometén delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas, los que: (...) f) realicen, sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos, operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia o circulación de especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, y en el Reglamento (CEE) número 3626/82, del Consejo, de 3 de diciembre de 1982”.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

1. La proyección penal que el medio ambiente tiene en nuestro texto punitivo es clara, y responde a una actual característica expansiva de protección de bienes relevantes para la sociedad a través del Derecho penal en vía primaria. Son varios los preceptos penales que se ocupan de la tutela ambiental como reflejo de unas líneas de actuación a favor de una mayor protección de intereses ecológicos que la sociedad reclama; pero se observa que la respuesta que el Código penal da frente a esta demanda de una mayor protección, no ha sido una respuesta organizada y es probable que sólo cumpla una función simbólica.

Para mejorar y sistematizar la tutela medioambiental en el Código penal, sería conveniente articular un Título o Capítulo que englobe y reúna de forma sistemática el máximo grado de protección que el Estado pretenda otorgar a estos bienes. Título o Capítulo bajo cuya rúbrica común se encuentren, entre otros, los delitos de incendio, los de protección de flora y fauna, y por supuesto los tipos referidos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes.

Si consideramos que el medio ambiente es el espacio natural necesario para la existencia y desarrollo de la vida en general y de la vida humana en especial, siguiendo un criterio lógico-valorativo, aquel Título o Capítulo del Código penal que regule la protección de esas propiedades del suelo, aire, agua, flora y fauna sin las cuales la vida humana no quede garantizada, debería situarse sistemáticamente *antes* que el Título dedicado al homicidio y sus formas. De manera acertada se ha colocado la protección de la *vida* antes que la integridad física o la libertad; puesto que condición necesaria para la tutela penal de la integridad física y la libertad, es la previa existencia de las personas.

Desde hace varias décadas la sociedad ha tomado conciencia, progresivamente, de la necesidad de proteger el medio ambiente como espacio natural en que la vida se desarrolla⁹⁵. Si la vida humana sólo es posible en el entorno de un medio ambiente adecuado esto

⁹⁵ En efecto, no conviene olvidar la morfología del entorno en el que vivimos; en una acertada descripción CARRASCO MUÑOZ DE VERA, *Introducción a una ecología política*, Madrid, 1977, pp. 11-12, explica que “La Tierra es un cuerpo de forma esférica, abultada por el Ecuador, con una densidad de 5,52 y un radio de 6.400 kilómetros, que flota en el espacio sideral. (...) Este esferoide está compuesto por tres tipos distintos de masa denominados: núcleo, manto y corteza. (...) Por encima de la corteza terrestre se extiende la atmósfera, hasta 250 kms. de altura. De toda esta cantidad de masa – líquida, semisólida y gaseosa – , la vida se da solamente en la estrecha capa de contacto de la corteza y la atmósfera, donde las condiciones actuales permiten que nos desarrollemos. Llamamos *biosfera* a esta “película” donde es posible la vida y en ella estamos desarrollando unas actividades cuyo alcance no nos hemos tomado la molestia de medir. Dentro de la biosfera, llamamos “medio ambiente” al entorno inmediato del hombre; este entorno comprende unos pocos metros de la corteza – el suelo en sentido edafológico – , unos cientos de metros de altura en la atmósfera y otros tantos en las profundidades marinas. La vida existe en función de que sus elementos fundamentales se renuevan constantemente en la biosfera...”.

nos lleva a una conclusión muy simple: sin la existencia de un entorno inmediato adecuado la vida humana no es factible. Por tanto, sobre la base de un criterio lógico-valorativo, debería situarse la tutela del medio ambiente en el Código penal, siguiendo un orden sistemático, antes que el Título dedicado al homicidio y sus formas⁹⁶.

2. La necesidad de una tutela medioambiental dispensada desde el Código penal viene establecida por la Constitución que, en su artículo 45.3 ha previsto el establecimiento de sanciones penales para salvaguardar los recursos naturales y el medio ambiente. En la legislación española, la salvaguarda de bienes de carácter ambiental mediante el recurso al Derecho penal se justifica por los peligros que para éstos se generan en una sociedad postindustrial o más bien postmoderna, así como por la propia previsión constitucional del artículo 45.3 que aparece como un “discutido” mandato criminalizador de carácter imperativo. La propia jurisprudencia reconoce esta necesidad de tutela, y se ha afirmado recientemente, en STS de 8 de febrero de 2000, ponente Conde-Pumpido Tourón que “no se desconoce que la protección jurídica del medio ambiente, de los recursos naturales, de la flora, la fauna y la biodiversidad constituyen una necesidad universalmente reconocida, y que la relevancia del bien jurídico así como la gravedad de los ataques de que es objeto justifican plenamente la tutela penal”. Aunque de nada servirá el Derecho penal si, previamente no existe una programación por parte de la Administración pública de todas las actividades que puedan suponer un peligro para el medio ambiente; programación que debe ir acompañada de una tutela sancionadora extrapenal cronológicamente previa a la propiamente penal.⁹⁷

3. En el terreno de los delitos contra el medio ambiente se van a dar unas especiales relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, puesto que el llamado “Derecho penal del medio ambiente” constituye la respuesta

⁹⁶ Se sigue de esta forma un proceso de evolución del medio ambiente en su dimensión jurídica: a) En la normativa anterior a la promulgación de la Constitución Española de 1978, la expresión *medio ambiente* aparece por primera vez en el Reglamento (independiente) de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (Decreto 2.414/1961, de 30 de noviembre); la Ley de 38/1972, de 22 de diciembre, incorpora ya a su título por primera vez la palabra “ambiente” en solitario, *ambiente atmosférico* (artículo. 1.1 y 2); y en la misma línea terminológica le sigue la Ley de Minas, 22/1973 de 21 de julio. b) En 1978 se promulga la Constitución Española, que recoge en su artículo 45 el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y la necesidad de su tutela penal. c) En 1983 el Código penal regula por primera vez un delito contra el medio ambiente en su artículo 347 bis. d) En 1995 el nuevo Código penal desarrolla y amplía la protección del medio ambiente, aunque de forma un tanto dispersa. e) Podría ser conveniente crear en el futuro un Título dedicado exclusivamente a los delitos contra el medio ambiente en el que se regulara la tutela de forma más coherente y ordenada, y además debería colocarse sistemáticamente, por un criterio lógico-valorativo, antes que el Título dedicado al “Homicidio y sus formas”.

⁹⁷ Cfr. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, cit., p. 13, esta es la opinión mayoritaria de la doctrina penal española, vid. nota 7, p. 13 con todas las referencias.

primaria o básica del ordenamiento jurídico a las más graves vulneraciones del equilibrio de la naturaleza, sin perjuicio del importante papel que en este orden de cosas desempeña el Derecho administrativo sancionador⁹⁸. Y es que, el Derecho penal en virtud del principio de intervención mínima – y del principio de subsidiariedad –, va a actuar de forma accesorio y subsidiaria respecto al Derecho administrativo en una materia como ésta sometida a un complejo entramado de protección, lo que implica la previa infracción de normas administrativas antes de dar paso a la sanción penal, que por otra parte deberá suponer atentados medio ambientales de cierta gravedad⁹⁹.

4. La expansión del Derecho penal, la ampliación del ámbito de intervención penal a la que se asiste en la actual política criminal, tiene como consecuencia la aparición de nuevos bienes jurídicos en la esfera penal; bienes o intereses que se caracterizan por ser de naturaleza colectiva, comunitaria o supraindividual, y porque se tipifican generalmente como delitos de peligro abstracto.

Ello ha potenciado una relativización del principio de mínima intervención del Derecho penal cuestionando en cierta medida su carácter fragmentario y subsidiario¹⁰⁰. Pero el Derecho penal debe, sin embargo, seguir asumiendo su función de *extrema ratio*, y debe actuar únicamente frente a los ataques más graves contra el medio ambiente. La tarea de protección primaria debe corresponder a una política de prevención, y a un sistema sancionador extrapenal. El Código penal tutela exclusivamente los valores y principios básicos de la convivencia social, y por tanto su evolución consiste en ir adaptando la protección a las nuevas circunstancias; es aquí donde el principio de intervención mínima debe también actuar como principio rector de una adecuada política criminal. El legislador penal, consciente de las tensiones entre la expansión criminalizadora y el principio de *ultima ratio*, se pronuncia con estas palabras en la Exposición de Motivos del Código penal de 1995, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre: "(...) se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más

⁹⁸ Siguiendo este criterio se pronuncian, entre otras, la STS de 3 de diciembre de 1996, ponente Ruiz Vadillo, y la STS de 1 de febrero de 1997, ponente Montero Fernández-Cid.

⁹⁹ Vid. en este sentido la STS de 11 de marzo de 1992, ponente Díaz Palos, y la STS de 27 de enero de 1999, ponente Martínez-Pereda Rodríguez. En opinión de BACIGALUPO ZAPATER, "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", cit., p. 198, el carácter excepcional del Derecho penal permite afirmar que una penalización de todo el derecho administrativo del medio ambiente no es aconsejable.

¹⁰⁰ Según DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, cit., pp. 42-43, no se puede rechazar la tutela penal de intereses colectivos, desconociendo las nuevas necesidades que se derivan de la evolución social. Lo que se habrá de exigir es una valoración de cada caso para determinar si realmente nos hallamos ante un objeto dotado de un auténtico contenido material que justifique sea digno de tutela penal.

compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales...”. No obstante, esta proclamación tiene efectos muy relativos¹⁰¹. Esta propensión criminalizadora es ineficaz puesto que somete al Derecho penal a cargas que éste no puede soportar¹⁰².

5. Es una opinión generalizada en la doctrina que el “Derecho penal del medio ambiente” no está siendo un instrumento eficaz para combatir los ataques más graves contra bienes ambientales. Ciertamente, las enormes esperanzas que despertó la posibilidad de intervención del Derecho penal en la tutela ambiental se han transformado, tras las primeras experiencias legislativas, en desencanto y escepticismo sobre su efectividad e, incluso, legitimidad¹⁰³. El Derecho penal medioambiental tampoco se muestra efectivo, como instrumento de política criminal en los países de nuestro entorno. En Alemania pronto aparecieron críticas doctrinales acerca del fracaso del Derecho penal alemán del medio ambiente, que ha convertido la protección ambiental en una lucha de competencias entre judicatura y administración, otorgando al Derecho penal una función meramente simbólica que lleva a parte importante de la doctrina a reclamar la total abolición de los tipos penales destinados a la protección del medio ambiente¹⁰⁴.

6. Cuando el Derecho penal ofrece protección a un interés o a un bien, éste tie-

¹⁰¹ Este problema lo advierte con claridad COBO DEL ROSAL, “Presentación”, en *Política Criminal y reforma penal, homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. XIX: “Me refiero al pluriforme principio que recoge la elemental idea de que el Derecho penal sólo debe castigar conductas, solamente en aquellos casos en que sea absolutamente imprescindible para la vida en sociedad. Enunciado de mil maneras, como principio de la pena necesaria, recordando a los liberales revolucionarios de finales del siglo XVIII, o principio de *minimum* ético, o principio de *ultima ratio*, o principio de la fragmentariedad del Derecho penal, o principio de prohibición de exceso, o principio de intervención mínima, etc., o por emplear el símil tan querido por VON LISZT de que el Derecho penal es una espada que, si se utiliza en demasía, termina mellada y, en consecuencia, se convierte en una herramienta inútil, se ha constituido en una especie de constante en las explicaciones previas a las *leyes orgánicas* reformadoras de nuestro vetusto Código penal. Proclama-do prácticamente siempre. Negado acto seguido prácticamente siempre.”

¹⁰² Según el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 45-46, se dan fenómenos cuyo carácter macroscópico, estructural o sistémico determina que, aun cuando pudiera predicarse de ellos una naturaleza globalmente criminal, el Derecho penal no constituya – ya conceptualmente – el mecanismo adecuado para una reducción razonable de los mismos. El debate acerca de la atribución al Derecho penal de la responsabilidad de proteger los intereses fundamentales de las generaciones futuras sobre la tierra es un ejemplo suficientemente ilustrativo al respecto.

¹⁰³ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, p. 31, citando a KUHLEN, “Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1993, p. 698.

¹⁰⁴ Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, cit., p.190.

ne que haber sido previamente valorado por la sociedad, debe existir una demanda de protección previa a la tipificación penal de las conductas que lesionen o pongan en peligro ese bien jurídico. En la STC, de 26 de junio de 1995, ponente Mendizábal Allende se apunta que “(...) no sería bueno olvidar que la protección siempre se plantea contra “algo”, y contra “alguien” cuya actividad resulta potencial o actualmente dañina para los bienes o intereses tutelados. Pues bien, en el caso del medio ambiente se da la paradoja de que ha de ser defendido por el hombre de las propias acciones del hombre, autor de todos los desafueros y desaguisados que lo degradan, en beneficio también de los demás hombres, y de las generaciones sucesiva”. Aún si esto es cierto, lo realmente alarmante y característico, es que la mayor parte o, en todo caso, la parte “más grave” de la destrucción ecológica discurre por cauces legítimos (esto es, con observación de las normas vigentes) o, en todo caso, se produce de modo tal que no es posible proceder a su imputación jurídico-penal en los términos convencionales¹⁰⁵.

RESUMEN

El medio ambiente es un objeto de “reciente” protección penal, y a menudo se utiliza como ejemplo de la evolución dogmática en la configuración de nuevas tutelas penales en una sociedad postmoderna. Los delitos medioambientales suelen tipificarse, tanto en España como en nuestro entorno (Alemania e Italia) mediante la técnica de los llamados delitos de peligro, con protección de bienes jurídicos supraindividuales, y bajo la forma de normas penales en blanco. En este estudio se analiza la admisibilidad de las leyes penales en blanco. Por otra parte se profundiza en la cuestión del bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente y se observa un desplazamiento hacia posiciones “moderadamente ecocéntricas”. Por último abordamos la evolución de la figura delictiva en el Código penal español y ponemos de relieve la multitud de preceptos que de manera dispersa y desordenada ofrecen protección mediata o inmediata a bienes medioambientales.

PALABRAS CLAVES

Delitos contra el medio ambiente, leyes penales en blanco, dispersión normativa.

Fecha de publicación en RECPC: 20 de julio de 2002

¹⁰⁵ Vid., SILVA SÁNCHEZ, “¿Protección penal del medio ambiente? cit., p. 1714.

UNIDAD III: DELITOS DE CONTAMINACIÓN

- 1) HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim, "El delito de Minería ilegal". En: Gaceta Penal & Procesal penal, N° 62, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 165 – 182.
- 2) LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, "El delito de contaminación ambiental. Comentario a la casación N° 383-2012-La libertad". En: Actualidad penal, N° 4, Instituto Pacífico, Lima, 2014, pp. 42 – 52.

UNIDAD III: DELITOS DE CONTAMINACIÓN

1) HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim, “El delito de Minería Ilegal”. En: Gaceta Penal & Procesal penal, N° 62, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 165 – 182.

GACETA PENAL

& procesal penal

INFORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA ABOGADOS, JUECES Y FISCALES

TOMO

62

AGOSTO
2014

Comité Consultivo

Luis Roy Freyre
Felipe Villavicencio Terreros
José Urquiza Olaechea
Víctor Prado Saldarriaga
Percy García Caveró
Víctor Cubas Villanueva
Hugo Príncipe Trujillo
María del Carmen García Cantizano
Fidel Rojas Vargas
José Luis Castillo Alva
Dino Carlos Caro Coria
César Azabache Caracciolo
Wilfredo Pedraza Sierra
Luis Vargas Valdivia
Rosa Mavila León
Pablo Talavera Elguera
Guillermo Urbina Ganvini (†)
José Neyra Flores
Pedro Angulo Arana
Julio Armaza Galdos
Jorge Hugo Álvarez
Luis Miguel Reyna Alfaro
Alonso Peña Cabrera Freyre
Carlos Avalos Rodríguez
James Reátegui Sánchez
Raúl Pariona Arana
Julio Rodríguez Delgado
Mario Rodríguez Hurtado
Víctor Raúl Reyes Alvarado

 **GACETA
JURIDICA**

© (01)710-8900 / TELEFAX: (01)241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe
www.gacetajuridica.com.pe

PARTE ESPECIAL

DELITOS ECONÓMICOS Y CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Aspectos sustantivos y propuestas en torno al delito de minería ilegal y delitos conexos*

Daniel O. HUAMÁN CASTELLARES**

Tema relevante

El autor examina el delito de minería ilegal, precisando su objeto de protección (la evitación de un daño al ambiente o sus componentes), y estableciendo sus elementos normativos (el acto minero, la autorización administrativa y el daño potencial o efectivo al medio ambiente). A su juicio, la actual legislación penal es insuficiente de cara a la proscripción de la minería ilegal, siendo necesario incorporar el delito de tráfico de minerales ilegales, a fin de sancionar aquellas actividades posteriores a la extracción del mineral hasta su comercialización.

MARCO NORMATIVO

- Código Penal: arts. 307-A al 307-F.
- Ley N° 26834: arts. 21-24.
- Decreto Legislativo N° 1100: art. 5 inc. 1.

I. Preliminares

La minería ilegal es uno de los fenómenos delictivos que en la actualidad ha cobrado mayor trascendencia en nuestro país y en América Latina¹. De todos los posibles

problemas delictivos asociados, a los que se debe esta notoriedad (trata de personas, lavado de activos, evasión de impuestos, entre otros), el que más ha llamado la atención del público es la intensa afectación al medio ambiente en lugares como Madre de Dios². Tal como ahondaremos en el presente artículo, la minería ilegal tiene un alto costo ambiental, fundamentalmente cuando se trata de minería aluvial, dado que la extracción del mineral se realiza sin ningún respeto por los estándares de calidad ambiental. Asimismo, dicha actividad agudiza otros problemas ambientales,

* Agradezco al Prof. Dr. Wolfgang Frisch por los comentarios sobre parte de los temas tratados, los cuales resultaron de suma importancia al momento de realizar esta investigación.

** Investigador visitante del Max Planck Institute für Ausländisches und Internationales Strafrecht - Freiburg. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Véase AA.VV. *La realidad de la minería ilegal en países amazónicos*. SPDA, Lima, 2014, pássim.

2 Véase VALENCIA ARROYO, Lenin. *Madre de Dios: ¿Podemos evitar la tragedia? Políticas de ordenamiento de la minería aurífera*. SPDA, Lima, 2014, pássim.

tales como el cambio climático³, los cuales hacen necesario que este objeto de protección sea de interés para el Derecho Penal.

En el Perú, afortunadamente, el fenómeno no tiene una larga data y su rápido crecimiento ha despertado un gran interés de parte del Estado por erradicarlo. Este interés se ha concretado en acciones y normas cuyo objetivo final es la interdicción y erradicación de la minería ilegal, lo cual resulta loable si se tienen en cuenta las consecuencias múltiples de esta actividad ilícita⁴.

La problemática ha sido afrontada desde distintos sectores del Derecho. Especialmente, desde del Derecho sancionador –tanto Administrativo como Penal– dado que el principal énfasis ha sido el establecimiento de una serie de medidas, dictadas con la intención de erradicar este fenómeno. De la mano con la creación de normativa especial sobre la materia, también se han creado diversas estrategias y realizado varias acciones concretas, las cuales están destinadas a asegurar el cumplimiento de tales normas, como la designación de un Alto Comisionado para la Interdicción y Formalización de la Minería Ilegal de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Desde el ámbito penal hemos visto el surgimiento de nuevos tipos penales, emitidos al amparo del Decreto Legislativo N° 1102, tales como el delito de minería ilegal, el

financiamiento a la minería ilegal, el tráfico de insumos químicos y maquinarias destinados a la minería ilegal, entre otros. La inclusión de estas normas en el Código Penal demuestra la importancia que el presente problema tiene en nuestra realidad nacional; sin embargo, aquellas resultan insuficientes para combatir el problema.

El objeto de nuestra contribución es la interpretación jurídico-penal de la actual normativa penal, desde una perspectiva exclusivamente sustantiva, del delito de minería ilegal. Para ello, en primer lugar, analizaremos el objeto de protección de este delito, el cual se encuentra intrínsecamente unido a la protección penal del medio ambiente. Luego, sobre la base de esta consideración determinaremos cuáles son los elementos normativos necesarios para consumar esta acción y a continuación analizaremos si la actual legislación es suficiente o no, de cara a la proscripción de esta actividad. Desde ya adelantamos que no consideramos que el actual sistema de protección sea suficiente, sino que –por el contrario– debería ser modificado para incorporar el delito de tráfico ilegal de minerales ilegales, el cual sancione todas aquellas actividades posteriores a la extracción del mineral hasta su comercialización.

En segundo lugar, analizaremos las agravantes existentes en torno a este delito, poniendo

3 Existe una relación directa entre el fenómeno del cambio ambiental y el fenómeno de la minería ilegal, sobre todo la aluvial. Uno de los principales medios de protección de este fenómeno es la existencia de bosques, los cuales absorben mucho del CO2 emanado, el cual es a su vez uno de los principales gases que generan el efecto invernadero. Los mineros ilegales, fundamentalmente aquellos que realizan su actividad en zonas aluviales de la selva, son los que mayor daño causan al medio ambiente, pues no solo contaminan los ríos, sino que deforestan los bosques que se encuentran en las laderas de estos, lo que evidentemente reduce el porcentaje de CO2 capturado.

4 Un breve, pero esclarecedor, análisis de las medidas adoptadas por el Estado sobre este punto puede verse en: IPENZA PERALTA, César. *Manual para entender la pequeña minería y la minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a la minería ilegal*. SPDA, Lima, 2012, *pássim*.

un especial énfasis tanto en la primera como en la segunda. Ambas son más complicadas de interpretar desde una perspectiva jurídico-penal, dado que contienen elementos normativos que se encuentran definidos en la normativa administrativa ambiental. Si bien la relación entre la norma administrativa y la ambiental es un punto importante en todo trabajo, por razones de espacio no podremos desarrollarla, lo que nos obliga directamente a dar nuestro concepto de accesoriedad, a efectos de interpretar los elementos normativos de estas agravantes⁵. Finalmente, nos abocaremos a la interpretación de los tres delitos conexos a la minería ilegal.

Antes de comenzar el análisis volveremos a incidir en la finalidad de la legislación penal sobre la minería ilegal, la cual nos ayudará a interpretar de forma correcta estos tipos penales, los cuales se entienden solo como un complemento en el programa penal de proscripción de esta actividad.

II. El delito de minería ilegal

A. El objeto de protección

Las normas jurídicas –vistas en relación con el objeto de protección– no son más que

Comentario relevante del autor

Lo que torna en ilegal la conducta es el daño efectivo, o potencialidad de su causación, del acto minero en el ambiente o sus componentes (la calidad ambiental o la salud ambiental), y no su realización en zonas prohibidas o utilizando instrumentos pesados como dragas.

instrumentos a través de los cuales la sociedad desea que las personas realicen, o se abstengan de realizar, una acción determinada⁶. El objeto de protección constituye la esencia misma de una norma penal, pues fija los contornos de la interpretación que habría de darse al tipo⁷. Por ejemplo, en el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad, el objeto de protección es la seguridad vial, lo que hace que la interpretación que se hiciera sobre el peligro generado por la acción se encuentre vinculada directamente a este delito. De ahí que acciones como la conducción en estado de ebriedad en una zona absolutamente desértica, no pueden generar una acción sancionable, porque la acción no

5 Un excelente trabajo sobre esta relación en el ámbito del Derecho Penal ambiental y la accesoriedad administrativa puede verse en: FRISCH, Wolfgang. *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*. C.F. Müller, Heidelberg, 1993, pássim. Asimismo, en el ámbito español: DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa, Tratamiento de comportamientos perjudicados para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. CEDECS, Barcelona, 1996, pássim.

6 Sobre este dilema: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos sobre la discusión actual de la teoría de las normas”. En: *Normas y acciones en Derecho Penal*. Hammurabi, Buenos Aires, pp. 15-39.

7 Es necesario precisar que existe una sutil distinción entre el objeto de protección delimitado por la norma penal y las expectativas normativas que emanan de ella. La norma penal, en términos de Luhmann, es la “expectativa de conducta que se estabiliza inclusive en contra de los hechos (contrafácticamente)”. Cfr. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la Sociedad*. 2ª edición en español, traducción de Javier Torres Nafarrate, Herder-Universidad Iberoamericana, México D.F., 2005, p. 191. La interacción social solo es posible cuando existen expectativas, de ahí que su estabilización es menester de todo el ordenamiento jurídico, pero –en caso de defraudaciones a expectativas que definen a una sociedad– compete solo al Derecho Penal (Cfr. LESCH, Heiko. *La función de la pena*. Traducción de Javier Sánchez-Vera. Universidad Externado de Colombia-CIFD, Bogotá, 1999, pp. 11-71).

afecta de modo alguno la seguridad en el tráfico. Asimismo, por un fundamento similar, tampoco sería sancionable el conducir en estado de ebriedad al interior de un circuito de carreras que pertenezca al conductor.

El delito de minería ilegal tiene un solo objeto de protección: la evitación de un daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Por muy discutible que sea este objeto de protección (en términos de su definición), es el que ha adoptado el legislador peruano siguiendo la tendencia ya esbozada en el delito de contaminación ambiental. Asimismo, no se trata de cualquier afectación del medio ambiente, sino solo aquella que es producida con ocasión de la realización de un acto de minería sin contar con la autorización respectiva.

Un análisis sesgado podría llevarnos a considerar que el objeto de protección de este delito es la punición, en sí misma, de una actividad ilícita como es la minería ilegal. No obstante, dicho errado análisis deja de lado que el verdadero objeto de tutela es el medio ambiente. Es por esa razón que este delito no tiene una ubicación en otra sección del Código Penal sino que es exclusivamente colocada como parte de los delitos ambientales, dentro del capítulo de contaminación ambiental.

La presente afirmación puede ser comprobada si es que se observa atentamente la distinción entre un minero informal y uno ilegal. La minería, en sí misma, es una actividad económica lícita y es permitida siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por

el ordenamiento jurídico. El incumplimiento de estos requisitos impide a la persona el inicio o la continuación de un acto minero. Si la persona, en contravención con la normativa vigente, inicia o continúa con la actividad minera, comienza a realizar su actividad de manera informal. Este fenómeno es abarcado ya por el Derecho Administrativo, el cual prevé una serie de sanciones para la persona que realice esta conducta. Lo que torna en ilegal la conducta, y a nuestro entender difiere de las consideraciones hechas por un sector de la doctrina⁸, es el daño efectivo, o potencialidad de su causación, del acto minero en el ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, y no su realización en zonas prohibidas o utilizando instrumentos pesados como dragas.

De esta forma, consideramos que el género al que pertenecen todos aquellos mineros que realizan la actividad sin contar con la autorización administrativa, es el de los mineros informales. En este género existen dos grupos, diferenciados por el daño causado por su actividad: **a)** los mineros informales en sentido estricto, quienes con su actividad no generan un daño al medio ambiente, ni se encuentran en potencialidad de generarlo, sino tan solo realizan su actividad sin contar con la autorización correspondiente; **b)** los mineros ilegales, quienes con su accionar ocasionan o pueden generar un daño ambiental. Asimismo, cabría una distinción entre los mineros ilegales, entre aquellos que realizan una conducta simple, y, aquellos que realizan una conducta agravada.

8 IPENZA PERALTA, César. Ob. cit., pp. 31-35, quien realiza una descripción de la distinción entre la minería ilegal y la minería informal sobre la base de los decretos legislativos emitidos para luchar contra la minería ilegal. Aunque no lo señala expresamente, da a entender que –sobre la base del Decreto Legislativo N° 1105– el ilegal es quien realiza su actividad en zonas prohibidas, mientras que el informal la realizaría en zonas no permitidas.

Finalmente, como clara evidencia de que el objeto de protección es el medio ambiente y no la proscripción de la actividad en sí misma, el legislador ha ubicado a este delito y a los delitos conexos a él, en el Título XIII del Libro Segundo del Código Penal, específicamente dentro del capítulo de los delitos de contaminación. Con ello, queda claro que el objeto de protección de estos delitos debe estar íntimamente vinculado a la proscripción de la contaminación ambiental y no de la minería ilegal en sí misma. No obstante ello, pareciera que la vigente regulación se encuentra orientada a la interdicción de la minería ilegal, como si dicho acto fuera un fin en sí mismo, perdiendo de vista el real horizonte: la evitación de actos de contaminación.

B. La conducta típica

Tal como lo señaláramos anteriormente, el delito de minería ilegal se encuentra intrínsecamente vinculado a la contaminación ambiental. De ahí que su estructura típica, se encuentre muy vinculada al acto de contaminación ambiental. El tipo base tiene tres elementos normativos centrales que lo conforman: **a)** la realización de un acto minero; **b)** el no contar con la autorización de la entidad administrativa; **c)** el daño potencial o efectivo al medio ambiente.

1. El acto minero

El acto minero, en sentido amplio, puede ser definido como toda acción dirigida a la obtención final de un mineral. El tipo penal, acertadamente, no delimita cuál es el espectro de actos mineros que son punibles, sino que establece un catálogo semiabierto de actividades donde puede concretarse. Es el caso de la exploración, la extracción y la explotación. Asimismo, y por esto tiene un carácter de semiabierto, establece que es posible la inclusión de otros actos similares. Dicha expresión debe ser interpretada en

función al fin último de la actividad minera: la obtención de un mineral en un estado que pueda ser comercializado.

La acción minera se distingue de las otras actividades extractivas porque se dirige a la obtención de minerales. Acertadamente la normativa penal establece esta finalidad última al señalar que estas actividades van dirigidas a la obtención de recursos minerales. Con esta delimitación evita que se pueda confundir con otros recursos naturales también valiosos, pero –por razones técnicas– mucho más difíciles de extraer, como es el caso de los hidrocarburos.

Finalmente, la norma señala adecuadamente que son abarcados todos los tipos de minerales, tanto los metálicos (oro, plata, zinc, cobre, entre otros) como los no metálicos (azufre, yodo, litio, sal, entre otros).

2. La autorización administrativa

La actividad minera siempre realiza una modificación en el medio ambiente, lo que conlleva un gran riesgo de contaminación ambiental. Actividades que parecerían inocuas como un acto de exploración, son en realidad susceptibles de ser contaminadoras, como es el caso de una exploración que pusiera en contacto un cuerpo de agua con un determinado mineral, produciendo como consecuencia de ello un ácido.

Para atenuar este riesgo ambiental la administración requiere al productor una serie de condiciones para autorizar un acto minero. Las condiciones varían en función del tipo de actividad minera que se desee realizar –no son los mismos requisitos solicitados a quien realiza minería artesanal, que a quien realiza mediana y gran minería– y al acto minero en concreto. La razón de dicha distinción radica en la potencial afectación al medio ambiente por parte de la actividad minera, pues se considera que las actividades menores son

**Comentario relevante
del autor**

Solo podrían ser considerados actos de minería ilegal si es que estas actividades causan, o pudieron causar, un daño al medio ambiente, no por la mera realización de una actividad, ya que lo sancionado no es la actividad en sí misma, sino la afectación al medio ambiente.

menos dañinas. Si bien dicho enfoque es casi siempre correcto, un enfoque de real protección al medio ambiente debería tener en consideración el daño potencial al medio ambiente y no el nivel de la actividad desplegada por la persona.

En un esquema sectorial como el nuestro, la actividad minera requiere de autorización del Ministerio de Energía y Minas para poder operar formalmente. Sin embargo, no solo requiere permisos y autorizaciones de dicha entidad, sino que —en función de la actividad y el sector involucrado— puede requerir autorizaciones de otros sectores como es el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Ministerio de Agricultura o de entidades adscritas. Tal como puede apreciarse, son una serie de requisitos los que una persona ha de cumplir antes de efectuar un acto minero.

Ahondando en el debate que se puede formar en torno a este elemento normativo pensemos en el caso de las actividades no autorizadas a personas autorizadas. Por ejemplo, una empresa minera formal realiza un acto de extracción en lugares donde no contaba con autorización, o una empresa que realiza una actividad de exploración pero que no contaba con un plan de cierre. Desde nuestro de vista, solo podrían ser considerados actos de minería ilegal si es que estas actividades causan, o pudieran causar, un daño al medio ambiente,

no por la mera realización de una actividad, ya que lo sancionado no es la actividad en sí misma, sino la afectación al medio ambiente.

Mucho más polémico sería el caso donde el funcionario público hubiera emitido un acto administrativo que autorizase la actividad, pero, por diversas razones, dicho acto fuera nulo. Al respecto, la satisfacción de este elemento del tipo, a nuestro entender, dependerá de la intervención del administrado en la decisión de la administración. Si el primero es el causante de una nulidad, por un acto de corrupción por ejemplo, entonces se debería considerar que su actividad es nula. Si el acto no depende de una acción realizada por el administrado y escapa a su esfera de competencias, y depende solo de un factor de nulidad imputable a la Administración, entonces no se debe considerar que su acción configure este elemento del tipo.

3. El daño potencial o efectivo al medio ambiente

El tercer elemento en este delito es que la acción de minería ilegal afecte o pueda causar un perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Se trata de un delito de peligro concreto o de resultado, según el nivel de consumación de la acción. Para que esta se produzca tan solo basta que el acto minero no autorizado, potencialmente, pueda afectar a uno de los elementos antes mencionados. No es necesario que se produzca el resultado, la sola acción peligrosa (comprobable *ex post*), es suficiente para consumir la acción.

Según la norma, el objeto sobre el que recae la acción peligrosa es el medio ambiente o sus componentes, la calidad ambiental y la salud ambiental. Por medio ambiente o sus componentes, se entenderá al conjunto de elementos que conforman un ecosistema determinado, cuya normalidad se ve alterada por la acción, la misma que no necesariamente se encuentra vinculada a una acción de contaminación

ambiental, sino que puede implicar una afectación a un paisaje, por ejemplo. La calidad ambiental es mucho más específica, pues hace referencia a la fijación de un estándar de presencia de un agente contaminante en un determinado cuerpo, por lo que presupone que el Estado ha normativizado cuál es la presencia máxima del contaminante. En este caso, la referencia al efecto contaminante de la acción ambiental resulta más que evidente.

Finalmente, el último elemento previsto (salud ambiental) es el que resulta de más dificultosa interpretación. La salud es el estado de bienestar físico y psicológico que tiene una persona, sea de forma individual o colectiva. Ateniéndonos a una interpretación sistemática de la salud, podemos entender que esta solo ha sido restringida a las personas naturales, por lo que salud ambiental deberá ser entendida como el conjunto de condiciones necesarias para que una población pueda vivir sin que su estado de bienestar sea alterado.

La actual norma, siguiendo lo establecido en el delito de contaminación ambiental, considera que el daño ambiental se pueda concretar en los tres elementos antes descritos. Desde nuestra perspectiva, teniendo en consideración que el medio ambiente es el objeto de protección, hubiera sido suficiente que se considere que el daño ambiental se sintetice en el medio ambiente o sus elementos. Las otras dos formas de concreción, vale decir, la calidad ambiental o la salud ambiental, pudieron considerarse como formas agravadas de daño ambiental. Asimismo, implícitamente, pueden entenderse como formas de afectación al medio ambiente y a sus elementos, por lo que bastaría el primer elemento para hacer efectivo este delito.

C. Propuesta de reforma: La creación del delito de tráfico de minerales ilegales

Si el problema de fondo que se desea atacar es la contaminación ambiental producida por

los actos de minería ilegal, y no la minería ilegal en sí misma, entonces, podemos llegar a la conclusión de que la legislación actual en torno a la minería ilegal resulta claramente insuficiente. Existe un gran sector que no ha sido incluido en esta legislación, cuya actuación es esencialmente tan importante como la obtención final del mineral. Nos referimos al conjunto de personas que realizan actos de tráfico (activo o pasivo) del mineral ilegal, quienes finalmente gozan de una absoluta impunidad en esta materia.

La actual legislación sobre minería ilegal, emitida en el contexto del Decreto Legislativo N° 1102, tiene como objetivo final la proscripción de la minería ilegal en sí misma. Por ello, sanciona las acciones conexas que estimulan la generación de minerales ilegales, como son el financiamiento de la minería ilegal o el tráfico de insumos químicos y maquinaria para la minería ilegal. En el primer caso, el objeto del delito es sancionar el traslado de activos a favor de mineros ilegales, para que de esta forma se reduzca su capacidad productiva. En el segundo caso, del tráfico de insumos químicos y maquinaria destinados a la minería ilegal, también se busca reducir la capacidad productiva de los mineros ilegales, al reducir los elementos necesarios que necesitan para realizar con normalidad su actividad ilegal.

Las medidas adoptadas son loables, pero solo son la mitad de un conjunto de medidas que se debieron adoptar para asegurar la protección penal del ambiente. La razón que probablemente ha llevado a esta visión es la idea de que la desaparición de los actos de minería ilegal traerá consigo el cese de la contaminación ambiental. La mencionada razón es válida, pues efectivamente si la minería ilegal desapareciera, entonces, uno de los grandes actos de contaminación cesaría. Sin embargo, la minería ilegal no va a desaparecer mientras tenga un mercado que adquiera los minerales ilegales y existan

personas que realicen actos de tráfico con el mineral ilegal.

Existe una diferencia entre el mineral obtenido de forma legal y aquel que ha sido ingresado de forma ilegal: la carga ambiental. En el primer caso el minero legal tiene una serie de costos asociados a la protección del medio ambiente, tales como el establecimiento de medidas de protección y de remediación ambiental, políticas de cumplimiento de los instrumentos de la gestión ambiental (los LMP⁹ y los ECA¹⁰), entre otros. En el segundo caso, el acto minero ilegal no solo se realiza incumpliendo la licencia social, ambiental o administrativa, sino también gastando los elementos necesarios para la realización del acto ilegal, sin invertir en los costos legales para llevarla a cabo. En buena cuenta, se convierte en una actividad donde la rentabilidad, por el precio del mineral, es sumamente alta y los costos de producción son bajos, no por la eficiencia de la actividad ilegal, sino porque estos costos han sido trasladados hacia la población en general.

De ahí que la única propuesta razonable sería que no solo se proscriba a un sector de la cadena del mineral ilegal, que es la producción, sino que se sancione a quienes realicen cualquier acto de promoción del tráfico del mineral ilegal, lo que se concreta en actividades como el transporte, la venta o la compra del mineral ilegal, entre otros supuestos de la cadena de distribución del mineral ya producido.

Nuestra legislación penal tipifica el acto de receptación en el artículo 194 del Código Penal, el cual sanciona a quienes adquieran,

reciban en donación o prenda o guarden, escondan, vendan o ayuden a negociar a un bien cuya procedencia delictuosa conocían. La pena prevista por este acto es privación de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Podría entenderse que el tráfico de minerales ilegales se encuentra previsto en este artículo; sin embargo, dicha observación solo sería parcialmente correcta.

En primer lugar, si se considerara que el mineral extraído es un bien, y que no existía autorización del titular del mismo (el Estado) para su extracción, entonces, es claro que el vendedor del mineral ilegal y el comprador del mismo podrían ser sancionados penalmente. Por tanto, tanto la venta como la adquisición de mineral ilegal estarían ya sancionados. Sobre este punto solo cabe hacer una atinencia: si se considera que una actividad ilícita es igualmente reprochable tanto en la producción como en el tráfico, corresponderá una pena igual a ambas conductas (v. gr. como en el delito de tráfico ilícito de drogas). Entonces, ¿sería razonable considerar que el productor tenga una pena mucho mayor que el traficante? La respuesta es evidentemente negativa, lo que justificaría un incremento de pena.

En segundo lugar, los actos de tráfico no se agotan en la venta o la adquisición, existen otros actos de tráfico que no se encuentran cubiertos por la receptación. Es el caso del transporte de minerales ilegales, el cual en la actualidad podría ser considerado impune. Una interpretación extensiva consideraría que esta acción podría subsumirse dentro del “ayudar a negociar”; sin embargo, dicha interpretación no es correcta, pues la ayuda

9 Límites máximos permisibles.

10 Estándares de calidad ambiental.

en la negociación forma parte directa de esta actividad, mas el transporte —en sentido estricto— no tiene una cercanía directa con la negociación, sino que se puede considerar un acto previo a la misma.

Ambas razones nos llevan a considerar que es necesaria la creación de un tipo penal que sancione los actos de tráfico de minerales ilegales. Dicha acción requiere ser independiente del delito de receptación, pues este no abarca todas las formas de tráfico y prevé una pena que no se condice con el nivel de protección que se desea dar al medio ambiente, ni con la pena establecida para los actos de producción. De esta forma, la protección penal será más eficiente, pues se aborda el problema teniendo un objeto claro: la evitación de la circulación de mineral ilegal, que es el obtenido sin respetar el conjunto de costos ambientales asociados a la producción, para dar pase a la circulación del mineral legal. El problema pasa de ser la proscripción de una actividad ilícita, a ser la proscripción de la producción y circulación de mineral ilegal, asociándose estos procesos a la contaminación producida que se encuentra detrás de ellos.

III. Las formas agravadas

A. La realización de la actividad en zonas prohibidas para la actividad minera

La actividad minera no puede ser realizada en todo lugar, existen zonas especialmente sensibles que, como paso previo a la realización del acto minero, requieren de un estudio de compatibilidad o donde per se la actividad minera se encuentra prohibida. El más claro

ejemplo es el de los parques nacionales, los cuales son zonas de uso indirecto y no permiten la realización de actividades mineras, sobre todo en zonas de protección estricta. El no uso de la zona tiene dos fundamentos: **a)** la necesidad de conservar in situ un sector determinado de la biodiversidad; **b)** el gran impacto generado por la actividad minera en el ecosistema protegido.

La realización de actividades mineras ilegales en las ANP¹¹ se encuentra ya sancionadas en la siguiente agravante. Ante ello, subsiste una duda: ¿Cuáles son las zonas donde la actividad minera se encuentra prohibida? La respuesta se centra en dos zonas esenciales: las zonas de amortiguamiento y las zonas reservadas.

Una zona reservada es un espacio geográfico determinado, el cual está sujeto a catalogación, pues se va a transformar en un ANP; sin embargo, no se tiene la certeza de cuál tipo de ANP será, por lo que se han de realizar estudios en esta área para efectuar dicha catalogación. Las zonas reservadas no llegan a ser consideradas como ANP, pero han de ser tratadas como tales. Una zona de amortiguamiento es el espacio geográfico que es cercano a un ANP y que es necesaria para que sus ecosistemas puedan seguir existiendo con normalidad.

La realización de actividades mineras no es per se prohibida en cualquiera de esas zonas, sino que se encuentra sujeta a los mismos requisitos de un área de uso directo. Vale decir, para casos de actividades preexistentes se respetan los derechos previos, siempre y cuando los mismos sean compatibles con los

11 Áreas Naturales Protegidas.

**Comentario relevante
del autor**

Debe sancionarse no solo a un sector de la cadena del mineral ilegal, que es la producción, sino también a quienes realicen cualquier acto de promoción del tráfico del mineral ilegal, como el transporte, la venta o la compra del mineral ilegal, entre otros supuestos de la cadena de distribución del mineral ya producido.

fines de ambas zonas. En caso de actividades posteriores a la creación, estas se encuentran sujetas a un estudio de compatibilidad que es realizado por el Servicio Nacional de Administración de Áreas Naturales Protegidas, que verificará si la actividad minera es o no compatible con el uso de la zona.

No solo estas dos zonas son las posibles de considerar como lugares donde la actividad minera se encuentra prohibida. También lo serán todas aquellas zonas que, según lo determine la legislación, tengan una finalidad determinada, como es el caso de las zonas arqueológicas, las urbanizaciones, los terrenos que tienen un uso agrícola, entre otros.

En estos casos no existe una prohibición expresa de la actividad minera, sin embargo, al ser zonas que tienen usos determinados, se entiende que existe una prohibición general de realizar actividades distintas al fin determinado.

B. La realización de la actividad en áreas naturales protegidas o en tierras de comunidades nativas, campesinas e indígenas**1. Las áreas naturales protegidas**

Las áreas naturales protegidas tienen un único y claro fin: proteger la biodiversidad. Es posible que existan valores asociados que pretendan ser protegidos con ellas; sin embargo, no puede concebirse su creación con un fin distinto (v. gr. la creación de una frontera viva o el combate contra una actividad ilícita). Para el cumplimiento correcto de este fin el Estado delimita un espacio geográfico, el cual se dedicará exclusivamente al fin antes mencionado, y en algunos casos incluso se llegará a prohibir la realización de ciertas actividades (v. gr. parques nacionales)¹² o limitarlas (exigiendo un estudio de compatibilidad para la realización de una determinada actividad económica)¹³, y a imponer una carga sobre la propiedad preexistente a su creación¹⁴.

12 El objeto de la protección penal de un ANP, sobre todo en áreas de uso indirecto y más aún en las zonas de protección estricta, puede proscribir la realización de todo tipo de actividad al interior de esta zona.

13 La realización de un tipo de actividad per se no se encuentra prohibida, sino tan solo limitada a una serie de requisitos, de los cuales destaca el estudio de compatibilidad que se analiza en función de la naturaleza de la actividad, el plan maestro y la zonificación de aquella. Un ejemplo claro de esta actividad son los hidrocarburos, cuya extracción no es prohibida, sino que está sujeta a una serie de parámetros. Para mayor detalle véase: CALLE VALLADARES, Isabel y BREHAUT, Iván. *Manual para autoridades: Superposición de lotes de hidrocarburos con áreas naturales protegidas*. SPDA, Lima, 2007, pp. 8-34.

14 La propiedad preexistente a la creación de un ANP se limita en un solo punto: la transferencia, pues el propietario está obligado a dar al Estado la opción de compra del predio que desee vender, para que este pueda ejercer su derecho de retracto. El Estado tendrá 30 días desde que el particular le comunica de su decisión de venta.

La constitución de un ANP es una limitación al derecho real de uso, la que es inscribible en los registros públicos. Lo inscribible es la carga de la utilización del predio, la cual no es la no afectación de los fines con los cuales fue creada el ANP.

Las ANP tienen una doble clasificación. La primera es la de las denominadas áreas de uso indirecto, las cuales son las que buscan promover la conservación de la biodiversidad en su estado más puro, sin que intervengan en ella agentes externos como el hombre, permitiéndose las actividades de carácter científico. Dentro de ellas se agrupan las siguientes categorías: los parques nacionales¹⁵, los santuarios nacionales¹⁶ y los santuarios

históricos¹⁷. La segunda clase agrupa a las áreas de uso directo, en las cuales se permite el uso directo del área natural para actividades humanas, como actividades extractivas, turísticas, entre otras. Podemos encontrar a las siguientes categorías dentro de esta clasificación: reservas paisajísticas¹⁸, refugios de vida silvestre¹⁹, reservas nacionales²⁰, reservas comunales²¹, bosques de protección²² y los cotos de caza^{23 24}.

Para un mayor detalle sobre la limitación a la propiedad en un ANP, aunque sobre la base de la experiencia comparada, puede verse: GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel. “Los límites a los derechos de propiedad en los parques naturales y otros espacios protegidos”. En: *Boletín de la Real Academia de Córdoba, de Ciencias, de Letras y de Bellas Artes*. N° 151, Córdoba, 2006, pp. 255-258.

- 15 Artículo 22.a): “Áreas que constituyen muestras representativas de la diversidad natural del país y de sus grandes unidades ecológicas. En ellos se protege con carácter intangible la integridad ecológica de uno o más ecosistemas, las asociaciones de la flora y fauna silvestre y los procesos sucesionales y evolutivos, así como otras características, paisajísticas y culturales que resulten asociadas”.
- 16 Artículo 22.b): “Áreas donde se protege con carácter intangible el hábitat de una especie o una comunidad de la flora y fauna, así como las formaciones naturales de interés científico y paisajístico”.
- 17 Artículo 22.c): “Áreas que protegen con carácter de intangible espacios que contienen valores naturales relevantes y constituyen el entorno de sitios de especial significación nacional, por contener muestras del patrimonio monumental y arqueológico o por ser lugares donde se desarrollaron hechos sobresalientes de la historia del país”.
- 18 Artículo 22.d): “Áreas donde se protege ambientes cuya integridad geográfica muestra una armoniosa relación entre el hombre y la naturaleza, albergando importantes valores naturales, estéticos y culturales”.
- 19 Artículo 22.e): “Áreas que requieren intervención activa con fines de manejo, para garantizar el mantenimiento de los hábitats, así como para satisfacer las necesidades particulares de determinadas especies, como sitios de reproducción y otros sitios críticos para recuperar o mantener las poblaciones de tales especies”.
- 20 Artículo 22.f): “Áreas destinadas a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos de flora y fauna silvestre, acuática o terrestre. En ellas se permite el aprovechamiento comercial de los recursos naturales bajo planes de manejo, aprobados, supervisados y controlados por la autoridad nacional competente”.
- 21 Artículo 22.g): “Áreas destinadas a la conservación de la flora y fauna silvestre, en beneficio de las poblaciones rurales vecinas. El uso y comercialización de recursos se hará bajo planes de manejo, aprobados y supervisados por la autoridad y conducidos por los mismos beneficiarios. Pueden ser establecidas sobre suelos de capacidad de uso mayor agrícola, pecuario, forestal o de protección y sobre humedades”.
- 22 Artículo 22.h): “Áreas que se establecen con el objeto de garantizar la protección de las cuencas altas o colectoras, las riberas de los ríos y de otros cursos de agua y en general, para proteger contra la erosión a las tierras frágiles que así lo requieran. En ellos se permite el uso de recursos y el desarrollo de aquellas actividades que no pongan en riesgo la cobertura vegetal del área”.
- 23 Artículo 22.i): “Áreas destinadas al aprovechamiento de la fauna silvestre a través de la práctica regulada de la caza deportiva”.
- 24 Las categorías ante señaladas se encuentran en la Ley de Áreas Naturales Protegidas (Ley N° 26834), específicamente en el artículo 22. Un análisis interesante, de cara a la clasificación propuesta por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, puede encontrarse en: PULGAR-VIDAL OTÁROLA, Manuel y CALLE VALLADARES, Isabel. “Las áreas naturales protegidas”. En: *Manual de Derecho Penal Ambiental*. SPDA, Lima, 2010, pp. 89-92.

Si bien toda ANP constituye una unidad, ello no significa que todo el espacio en su interior tenga un mismo uso. El ANP puede ser zonificada y a cada zona podría asignársele un uso distinto. De acuerdo al artículo 23 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, en el interior de un ANP pueden converger las siguientes zonas: zonas de protección estricta²⁵, zonas silvestres²⁶, zonas de uso turístico y recreativo²⁷, zonas de aprovechamiento directo²⁸, zonas de uso especial²⁹, zonas de recuperación³⁰ y zonas histórico-culturales³¹.

Dada la especial relevancia de las ANP para la protección de la biodiversidad, gozan de una protección penal más intensa, lo que evidentemente justifica que una actividad de minería ilegal al interior de ellas sea mucho más reprochable.

2. Las tierras de comunidades campesinas, nativas e indígenas

El acto minero ilegal puede ser realizado en zonas de especial protección, las cuales no pertenecen al Estado, sino a particulares con personería jurídica propia (comunidades campesinas y nativas). Al respecto, es necesario detallar qué ha de interpretarse por dichos elementos normativos. El concepto de comunidad es un grupo humano asentado en un espacio geográfico determinado, que tiene un nexo cultural común. Este concepto, al coincidir con el de asentamiento tradicional y originario en un lugar, forma la esencia de lo que es el género de pueblo indígena u originario. Vale decir, todo aquel pueblo que –asentado en un lugar– pertenece a un grupo étnico determinado y comparte una cultura

- 25 Artículo 23.a): “Zona de Protección Estricta (PE): Aquellos espacios donde los ecosistemas han sido poco o nada intervenidos, o incluyen lugares con especies o ecosistemas únicos, raros o frágiles, los que, para mantener sus valores, requieren estar libres de la influencia de factores ajenos a los procesos naturales mismos, debiendo mantenerse las características y calidad del ambiente original. En estas zonas solo se permiten actividades propias del manejo del área y de monitoreo del ambiente, y excepcionalmente, la investigación científica”.
- 26 Artículo 23.b): “Zona Silvestre (S): Zonas que han sufrido poca o nula intervención humana y en las que predomina el carácter silvestre; pero que son menos vulnerables que las áreas incluidas en la Zona de Protección Estricta. En estas zonas es posible, además de las actividades de administración y control, la investigación científica, educación y la recreación sin infraestructura permanente ni vehículos motorizados”.
- 27 Artículo 23.c): “Zona de Uso Turístico y Recreativo (T): Espacios que tienen rasgos paisajísticos atractivos para los visitantes y, que por su naturaleza, permiten un uso recreativo compatible con los objetivos del área. En estas zonas se permite el desarrollo de actividades educativas y de investigación, así como infraestructura de servicios necesarios para el acceso, estadía y disfrute de los visitantes, incluyendo rutas de acceso carrozables, albergues y uso de vehículos motorizados”.
- 28 Artículo 23.d): “Zona de Aprovechamiento Directo (AD): Espacios previstos para llevar a cabo la utilización directa de flora o fauna silvestre, incluyendo la pesca, en las categorías de manejo que contemplan tales usos y según las condiciones especificadas para cada ANP. Se permiten actividades para la educación, investigación y recreación. Las Zonas de Aprovechamiento Directo solo podrán ser establecidas en áreas clasificadas como de uso directo, de acuerdo al Artículo 21 de la presente Ley”.
- 29 Artículo 23.e): “Zona de uso Especial (UE): Espacios ocupados por asentamientos humanos preexistentes al establecimiento del Área Natural Protegida, o en los que por situaciones especiales, ocurre algún tipo de uso agrícola, pecuario, agrosilvopastoril u otras actividades que implican la transformación del ecosistema original”.
- 30 Artículo 24.f): “Zona de Recuperación (REC): Zona transitoria, aplicable a ámbitos que por causas naturales o intervención humana, han sufrido daños importantes y requieren un manejo especial para recuperar su calidad y estabilidad ambiental, y asignarle la zonificación que corresponde a su naturaleza”.
- 31 Artículo 24.g): “Zona Histórico-Cultural (HC): Define ámbitos que cuentan con valores históricos o arqueológicos importantes y cuyo manejo debe orientarse a su mantenimiento, integrándolos al entorno natural. Es posible implementar facilidades de interpretación para los visitantes y población local. Se promoverán en dichas áreas la investigación, actividades educativas y uso recreativo, en relación a sus valores culturales”.

en común, la cual data desde hace mucho tiempo.

Estos pueblos preexisten a su calificación jurídica y tienen una connotación más sociológica que jurídica. Adquieren personería y, asociados a ella, derechos sobre ciertos bienes como la tierra que poseen, desde la Constitución de 1979, la cual reconoció la categoría de comunidades campesinas y nativas. Ambas adquirieron el estatus de personas jurídicas y, por tanto, se convirtieron en sujetos de derechos y deberes colectivos.

La distinción entre ambas categorías es el lugar del asentamiento, lo que también identificaría su relación con los procesos productivos. Las comunidades que se asentaron en los andes y ciertas zonas de la costa, se denominaron comunidades campesinas. Las comunidades que se asentaron en la selva se denominan comunidades nativas.

El tercer elemento, el de comunidades indígenas, no tiene una definición normativa exacta, pues la concreción normativa de las poblaciones indígenas son las comunidades campesinas y las nativas. No obstante, es posible considerar como comunidades indígenas a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Este grupo humano no tiene un lugar especial de asentamiento, por lo que en sentido estricto no posee un espacio geográfico que pueda considerarse propio. El Estado reconoce su capacidad de autodeterminación y los protege del contacto no deseado, para lo cual crea reservas territoriales en las cuales estas poblaciones tienen su área de influencia. Dicho estatus es provisional, pues en el momento que decidan asentarse podrán convertirse en una comunidad nativa o campesina.

En cualquiera de los tres casos, un elemento central es el reconocimiento jurídico del estatus por parte del Estado, de forma previa a la realización de la actividad delictiva. En el

caso de la comunidad campesina o comunidad nativa, deberá ser reconocida la personalidad jurídica de la comunidad y su territorio deberá estar geográficamente delimitado. En el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, el acto minero ilegal deberá tener lugar en una reserva nacional creada antes de su realización, pues solo a partir de dicho acto administrativo existe el deber de respeto sobre este espacio geográfico.

C. Utilizando dragas, artefactos u otros similares

La draga es una máquina que succiona materiales de los lechos de un río, los cuales son la base para la extracción del mineral contenido en ellos. La definición de qué artefactos son los comprendidos en la presente norma puede ser encontrada en el Decreto Legislativo N° 1100, el cual señala en su artículo 5.1 que son:

- Las unidades móviles o portátiles que succionan materiales de los lechos de ríos, lagos y cursos de agua con fines de extracción de oro u otros minerales.
- Draga hidráulica, dragas de succión, balsa gringo, balsa castillo, balsa draga, tracas y carancheras.
- Otros que cuentan con bomba de succión de cualquier dimensión y que tengan o no incorporada una zaranda o canaleta.
- Cualquier otro artefacto que ocasione efecto o daño similar.

Es evidente que esta agravante va dirigida exclusivamente a un sector de la minería: la minería aluvial. En el caso de la minería de socavón o de tajo abierto, no son requeridas las dragas para su actividad, pues el mineral se extrae de vetas. En el caso de la minería aluvial el mineral se extrae de los ríos o cualquier otro cuerpo de agua que contenga acumulación de estos recursos naturales. Para hacer una extracción mucho más grande se

utilizan estos artefactos, los cuales aumentan la capacidad de producción del minero ilegal, a la par que causan un daño ambiental mucho mayor.

D. Utilización de instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas

En la presente agravante se sanciona el uso de instrumentos altamente peligrosos. Sobre estos no existe una definición taxativa, dando un amplio margen al juzgador para subsumir dentro de esta agravante a todo objeto u instrumento peligroso. Cabe señalar que dicha interpretación tiene un límite muy adecuado: que el instrumento sea susceptible de poner en peligro la vida, la salud, u el patrimonio de las personas.

Esta es una conducta de peligro, dado que no es necesario que el instrumento utilizado haya causado un daño, sino que basta la potencialidad del mismo para configurar la acción delictiva.

Un supuesto sumamente interesante podría ser la utilización de explosivos no autorizados por parte del minero ilegal, como es el caso de la dinamita. En este caso, podría considerarse que la acción solo debería ser subsumida dentro del delito de minería ilegal agravada, mas no configuraría otro delito. Desde nuestra perspectiva, esto no es preciso, dado que la persona habría configurado con su acción un doble delito: el delito de tenencia de materiales explosivos, que se justifica por el almacenamiento de dinamita sin contar con la autorización correspondiente,

y el delito de minería ilegal agravada, siempre y cuando el acto minero no autorizado se hubiere concretado o podido concretar en un daño ambiental, para lo cual se hubiera utilizado dicha dinamita.

E. Si se afectan sistemas de irrigación u aguas destinadas al consumo humano

La minería necesariamente requiere de agua para poder realizar sus procesos productivos. Existe un procedimiento para tratar el agua utilizada en estos procesos. En el caso de la minería ilegal, por lo general, el minero ilegal no realiza el tratamiento de las aguas que utiliza, lo cual evidentemente puede causar un daño al medio ambiente, en función del tipo de procedimiento utilizado.

El uso de las aguas al interior del territorio nacional precisa de la autorización de la Autoridad Nacional del Agua, que es la entidad estatal con capacidad de disposición en torno a ella. No toda agua se encuentra destinada al consumo humano, aunque pueda ser apta para ello, sino que solo un grupo específico de aguas es el que se destina a tal uso.

La presente agravante también comprende la afectación de sistemas de irrigación, como consecuencia del acto de minería ilegal. Para ambos supuestos será necesario acreditar que el minero ilegal conocía que el vertimiento que realizaba iba a recaer en un cuerpo de agua que tuviera cualquiera de los dos mencionados usos. No bastará que una población dé un uso determinado a un cuerpo de agua, sino que dicho uso deberá corresponder con la categorización realizada por la ANA³².

32 La Autoridad Nacional del Agua.

En ambos casos, tanto en lo referente a sistemas de irrigación, como a las aguas destinadas al consumo humano, se requiere una afectación real. La norma no precisa qué se ha de entender por una afectación real; sin embargo, sobre la base de una interpretación sistemática, que parta del esquema del delito de contaminación ambiental, debe considerarse que una afectación es la superación de un límite máximo permisible, o la superación del estándar de calidad ambiental del cuerpo de agua. Al realizar estas acciones deberá comprobarse que el agua posee un cuerpo, sobre todo metálico, en proporciones que impidan que pueda seguir prestando el uso para el que había sido destinada.

F. Aprovechamiento de la condición de funcionario público o servidor público

El funcionario público es aquella persona que ha sido dotado por el Estado de la administración de un sector del poder; mientras que el servidor público es aquel que realiza actividades destinadas a apoyar el correcto ejercicio de la función pública. Ambos, en su respectivo sector, tienen una capacidad de decisión sobre el funcionamiento de la actividad estatal, lo que los pone en una situación de especial ventaja sobre el ciudadano normal.

Por ello, en el caso de un funcionario o un servidor, la infracción a sus deberes administrativos, que conlleve a un reproche penal, es mayor, dado que no solo tienen un deber negativo, sino que claramente también tienen un deber institucional. Por ende, este reproche implicará una mayor sanción penal.

Es necesario distinguir que se sanciona al aprovechamiento del cargo y no la realización del acto de minería ilegal en el ejercicio de un cargo. En el primer caso, la conducta requiere que la persona se haya valido del cargo, de cualquier manera, aprovechándose del mismo, para poder realizar el acto

Comentario relevante del autor

Es necesaria la creación de un tipo penal que sancione los actos de tráfico de minerales ilegales. Dicha acción requiere ser independizada del delito de receptación, pues este no abarca todas las formas de tráfico y prevé una pena que no se condice con el nivel de protección que se desea dar al medio ambiente.

de minería ilegal. Por ejemplo, es el caso de aquel funcionario de un Gobierno Regional que evita las fiscalizaciones ambientales en una determinada área, porque en ella operan mineros ilegales a los cuales él dirige.

En el segundo caso —que no ha sido previsto en nuestra norma—, no es necesario que el funcionario o servidor usen su cargo, sino que por el solo hecho de tener dicha condición y realizar la conducta, ya son sancionados de forma agravada. Un ejemplo de ello es el caso de aquel servidor judicial que por las mañanas trabaja para el Estado y por las tardes, en sus ratos libres, se dedica a la minería ilegal.

G. Empleo de menores o inimputables para la comisión de este ilícito

Finalmente, la última agravante es utilizar a menores o inimputables para la comisión del delito. No existe mayor dificultad en comprender que un menor es aquella persona con menos de 18 años de edad, dado que el Código Penal en el artículo 20, numeral 2, exime de responsabilidad al menor de 18 años. Con ello se cierra un posible debate, proveniente del Derecho Civil, en relación con aquellas personas que son menores de 18 años, pero que ya son capaces civiles.

En lo referente al inimputable, su definición se encuentra en el artículo 20, numeral 1 del Código Penal. Según esta norma, un inimputable es quien por padecer anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o alteraciones de la percepción, que afecten su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictivo de su acción o no pueda determinarse según esta comprensión.

IV. Delitos conexos

De forma conexa a la proscripción de los actos de minería no autorizados, se crearon tipos penales destinados a evitar la producción del mineral en cualquiera de sus fases, tales como: **a)** el financiamiento de la minería ilegal, destinado a proveer de fondos al minero ilegal para la realización de su actividad; **b)** la obstaculización de la fiscalización administrativa, que refuerza la actividad de fiscalización para descubrir casos de minería ilegal; y **c)** el tráfico de insumos químicos y de maquinaria destinados a la minería ilegal, que busca que el acto minero sea más difícil de ser realizado, ante la falta de estos elementos necesarios para dicha actividad.

A. El financiamiento de la minería ilegal

La acción típica consiste en proveer de recursos económicos a aquella persona que va a realizar una actividad de minería ilegal. El financiamiento no debe ser entendido exclusivamente como el otorgamiento de dinero hacia quien realiza la actividad ilegal. Por el contrario, es posible considerar que cualquier aporte de activos para la realización del acto de minería ilegal podría ser considerado una especie de financiamiento. Por ejemplo, la entrega de maquinarias para la actividad minera, la entrega de insumos químicos para la separación del mineral, la entrega de herramientas menores para la extracción, entre

otros supuestos de entrega de activos a favor del minero ilegal.

Un supuesto que vale la pena mencionar es el del caso de aquella persona que compra un mineral ilegal. ¿Podría considerarse que su acción constituye un acto de financiamiento de la minería ilegal? Al respecto, podría considerarse que el comprador es un financiador, en la medida que con su dinero se posibilitará la comisión de una actividad que afecta al medio ambiente. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, ello no es posible porque la financiación es un acto previo con un objetivo determinado: procurar la obtención de un mineral ilegal.

El comprador participa en un momento posterior a la realización del acto de minería ilegal, pues cuando adquiere el mineral el proceso productivo se encuentra ya realizado, por lo que no cabría un financiamiento cuando el delito ya se encuentra consumado. En todo caso, si se desea sancionar al comprador podría proscribirse directamente la compra de minerales ilegales o el tráfico de los mismos, tal como hemos propuesto anteriormente.

B. La obstaculización de la autoridad administrativa

La autoridad administrativa tiene el deber de evaluar, controlar o fiscalizar las actividades mineras realizadas en el territorio nacional. En materia de formalización de la minería ilegal, la entidad competente para realizar estas acciones es la Dirección Regional de Energía y Minas de cada Región, salvo para el caso de Madre de Dios, la cual tiene un tratamiento diferenciado en esta materia.

La acción básicamente consiste en el impedimento de las acciones antes descritas por parte de una o más personas. De cara al objeto de protección del título de este delito (delitos ambientales), nos encontramos

frente a un delito de peligro, dado que el solo impedimento de que la autoridad realice la acción de control configura la acción típica, sin que sea necesario comprobar que los administrados estaban realizando un acto de minería ilegal que afectara o pudiera afectar al medio ambiente. De ahí que la sanción por esta acción sea especialmente elevada, pues no se sanciona cualquier desobediencia, sino aquella que se presume hecha para ocultar una acción contaminante.

C. El tráfico de insumos y maquinarias para la minería ilegal

Finalmente, la norma reseñada prevé un último tipo penal, el cual fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1107. Nos referimos al tráfico de insumos químicos y de maquinaria destinados para la minería ilegal.

En la primera modalidad, las conductas típicas son la adquisición, venta, distribución, comercialización, transporte, importación, posesión o almacenamiento de insumos químicos. El elemento normativo es la infracción de las leyes o reglamentos sobre las ocho conductas antes descritas que regulan los insumos químicos.

Como es conocido, son muchos los insumos químicos que pueden ser utilizados en los procesos de minería; sin embargo, no todas las conductas mencionadas se encuentran reglamentadas. Por ende, ante la inexistencia del reglamento de la materia, existirían insumos químicos que pueden ser destinados a la minería, pero si una de las conductas descritas no se encuentra regulada, entonces la persona que la cometa no realizará una acción típica de tráfico de insumos químicos.

Desde nuestro punto de vista, esta redacción debería variar sustancialmente, dejando de lado la necesidad de que se regule previamente, en una ley o reglamento, la realización de cualquiera de una de las ocho

Comentario relevante del autor

¿Podría considerarse la compra de un mineral ilegal como un acto de financiamiento de la minería ilegal? Desde nuestro punto de vista, ello no es posible, porque la financiación es un acto previo con un objetivo determinado: procurar la obtención de un mineral ilegal.

conductas sobre un insumo químico determinado. De esta forma, se ampliaría el espectro de conductas sancionadas y se estaría emitiendo una norma más eficaz de proscripción de elementos necesarios para la minería ilegal.

Si bien no se señala cuáles son los insumos químicos que han de ser proscritos, sí se puede entender que serán aquellos que se encuentran en relación directa con la realización del acto de minería. No obstante, a este elemento, debe agregarse que se tratará solo de aquellos cuya adquisición, venta, distribución, comercialización, transporte, importación, posesión o almacenamiento se encuentren regulados.

Asimismo, esta modalidad –que es eminentemente dolosa– prevé un elemento subjetivo de trascendencia interna: el propósito del autor de que la acción sobre el insumo químico tenga como destino la minería ilegal.

En la segunda modalidad, las conductas típicas son la adquisición, venta, arrendamiento, transferencia o cesión en uso –bajo cualquier título–, distribución, comercialización, transporte, importación, posesión o almacenamiento de maquinarias, las cuales deben tener como finalidad servir para la realización de una actividad propia de la minería.

V. Conclusión

El delito de minería ilegal, así como los delitos conexos a ella, forman parte de una estrategia de lucha frontal y desde distintos sectores, en contra de la minería ilegal, cuyo énfasis principal es la sanción de las actividades ilícitas de minería sin contar con la autorización ambiental. Sin embargo, no se debe perder de vista que el objetivo final de estas medidas no es otro que la protección penal del medio ambiente.

Tal como puede apreciarse, la actual normativa solo sanciona a un sector de la cadena

del tráfico ilegal de minerales ilegales, al productor, mas no sanciona, o en algunos casos no lo hace suficientemente, al otro gran sector que es aquel que trafica y que compra los minerales ilegales. El mineral ilegal tiene tras de sí una grave carga ambiental que es trasladada hacia todas las personas. Por ende, para dar una protección integral al medio ambiente, no solo se debería prohibir la realización de las actividades de producción de la minería ilegal, sino que debería comprenderse a la cadena completa de circulación del mineral ilegal, en buena cuenta: a los productores (cuya conducta ya está prevista) y a los traficantes.

UNIDAD III: DELITOS DE CONTAMINACIÓN

2) LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, "El delito de contaminación ambiental. Comentario a la casación N° 383-2012-La libertad". En: Actualidad penal, N° 4, Instituto Pacífico, Lima, 2014, pp. 42 – 52.

INSTITUTO PACÍFICO

Actualidad **Penal**

Octubre / 2014

Año 1 Volumen 4



ESPECIAL DEL MES

**Naturaleza jurídica del delito de
contaminación ambiental**

Comentarios a la Casación

N.º 383-2012-La Libertad



COMENTARIO

El delito de contaminación ambiental: Comentario a la Casación N.º 383-2012 La Libertad

Alejandro Lamadrid Ubillús

Fiscal superior penal titular
Profesor en la Academia de la Magistratura

SUMARIO

1. Recurso de casación
2. Naturaleza omisiva
3. ¿Delito instantáneo o permanente?
4. Prescripción
5. Conclusión

1. Recurso de casación

El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin al proceso de extinción de la acción penal o la pena, como en el presente caso que se trata de un auto que resuelve la excepción de prescripción de la acción penal; significando, sin embargo, que el delito de contaminación prevista en el artículo 304° del CP, antes de la modificatoria de la Ley N.º 29263 de octubre del año 2008, tenía una pena prevista de no menor de uno ni mayor de tres años; y de conformidad con el artículo 427° numeral 2 inciso “a” del Código Procesal Penal, los autos que pongan fin al procedimiento como el caso *sub examine*, la pena por el delito señalado tendría que tener en su extremo mínimo una pena privativa de libertad mayor de 6 años; por lo que a *prima facie*, dicho auto de la Sala Penal Superior que confirma la resolución que declara fundada la excepción de prescripción de la acción penal contra el representante legal de una empresa minera, por el delito contra el medio ambiente –vertimientos contaminantes al suelo, no se podría discutir en sede de casación; sin embargo, el numeral 4

del indicado artículo 427° del Código Procesal Penal, establece que excepcionalmente será procedente el recurso de casación en casos distintos a los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; por lo que estamos frente a una casación extraordinaria o también llamada discrecional prevista en el numeral 4 del citado artículo porque no es un imperativo concederlo, sino que la Corte a su arbitrio, decide si admite o no el recurso cuando considere que es conveniente para el desarrollo de la jurisprudencia o como garantía de los derechos fundamentales. El Código Procesal ha reconocido esta función de la casación al señalar de manera expresa en su artículo 433°, numerales 3 y 4, la posibilidad de que la Sala de oficio o a pedido del representante del Ministerio Público pueda decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituya doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique.

2. Naturaleza omisiva

Con relación a la configuración típica del delito de contaminación (art. 304° CP), nos proponemos hacer algunos comentarios a dos aspectos esenciales que aborda la sentencia. Como es señalado en el punto 4.5, esta sentencia casatoria busca determinar, por un lado, si según la forma de la conducta del agente estamos ante un delito comisivo u omisivo; por otro, analizar la fase de consumación del delito, es decir, si se trata de un delito de carácter *permanente* o de *consumación inmediata con efectos permanentes*.

Como se sabe, tradicionalmente, se reconocen dos tipos de omisión. En la *omisión propia* o *pura*, el legislador establece expresamente la norma de mandato; es decir, el legislador adopta la técnica de *numerus clausus*; configurándose el delito cuando el agente omite la acción debida. El mero incumplimiento de dicha obligación perfecciona el delito; con lo cual, esta clase de omisión no requiere la producción de un resultado separado espacio temporalmente del comportamiento mismo; por lo general, son delitos de mera actividad, ejemplos: omisión de socorro, omisión de denuncia, etc.

La estructura o los elementos de esta forma de omisión son:

- La situación generadora del deber de actuar.
- No realización de la conducta debida.
- Capacidad o posibilidad de realizar la acción esperada.

La *omisión impropia*, por otro lado, no está prevista expresamente en la ley, pero se construye a partir de un tipo comisivo. De ahí que también se la conozca con el nombre de comisión por omisión. Valorativamente, la omisión se equipara a la comisión del hecho; ambas tienen idéntico o similar grado de injusto y se trabaja con la cláusula general del artículo 13° del CP. Ejemplo: da lo mismo que un salvavidas mate ahogando a un bañista sumergiéndolo en el agua (forma comisiva) que no prestándole auxilio y dejarlo ahogar



RESUMEN

En este artículo, se discuten dos problemas interpretativos que se analizan en la casación, objeto de comentario; a decir, si el delito de contaminación ambiental podría ser realizado mediante omisión y cuál es la naturaleza del delito. Nuestro autor se decanta en considerar que efectivamente el delito puede ser realizado mediante omisión, es decir, mediante comisión por omisión. Además, el autor manifiesta que el tipo penal del delito de contaminación (en la regulación anterior) no contiene en realidad tres verbos rectores; pues la conducta típica estaría en el hecho de *contaminar* a través del vertido. Por otro lado, también se encuentra de acuerdo con la casación, en cuanto considera que el delito de contaminación ambiental es de naturaleza permanente; por lo que la regla de prescripción aplicable sería el art. 82.4 del Código Penal. El autor rescata también que el delito en cuestión es de resultado; por lo que no es admisible que una de las *modalidades* o *verbos típicos* del delito de contaminación del antiguo art. 304° CP sea la *mera desobediencia* o *infracción de normas administrativas*.



CONTEXTO NORMATIVO

- *Código Penal*: Artículos 13°, 80°, 82°.4, 304°
- *Código Procesal Penal*: 339°, 427°.2.a, 433°.3, 433°.4



PALABRAS CLAVE

Contaminación ambiental / Comisión-Omisión / Instantáneo / Permanente / Prescripción

por sumersión (forma omisiva); dado que al garante (el salvavidas) se le exige evitar un resultado típico cuando este sea evitable.

Todo delito de omisión impropia o comisión por omisión, en su aspecto objetivo presenta los siguientes elementos objetivos fundamentales:

- Situación típica generadora del deber.
- Ausencia de acción determinada.

- c. Capacidad para realizarla.
- b. *Que el agente tenga una posición de garante.*
- c. La causación de un resultado reflejado en la equivalencia de la omisión de garante a un delito comisivo de resultado¹.

IMPORTANTE

En efecto, la imputación de este delito puede dirigirse contra aquel que realiza materialmente los vertidos (forma comisiva), pero también contra aquel que estando obligado y en la posibilidad de impedirlo la realización de vertidos, deja de hacerlo (forma omisiva).

El delito impropio de omisión no solo cobra vigencia aplicativa, como comúnmente se ha conocido, en supuestos concretos de delitos clásicos, circunscritos a sujetos activos individuales y la tutela de bienes jurídicos personales; la omisión impropia se ha convertido en pieza importante en los tribunales contemporáneos del orbe, sobre todo, para la lucha frontal contra la delincuencia funcional y empresarial. En estos dos últimos ámbitos, es donde la dogmática penal está poniendo su máxima atención para imputar penalmente una conducta omisiva en el marco de una actividad empresarial; la doctrina mayoritaria admite la posición de garante del empresario (si bien existen divergencias al momento de establecer el fundamento y alcance de dicha posición); se está transformando al aplicarse al ámbito de los delitos de empresa o de estructuras organizadas (como el deber de vigilancia); como lo expresa Jesús María Silva Sánchez y Raquel Montaner: "... Para ello, es necesario servirse de las estructuras convencionales de imputación activa u omisiva para

atribuir el hecho (en virtud de su dominio o competencia sobre el mismo) a sujetos que normalmente, no serán quienes de modo directo hayan realizado la última aportación causal al hecho... De ahí que sea seguramente más frecuente el recurso a la forma de imputación omisiva, en la que basta con acreditar que los aspectos medioambientales de la empresa se hallan en la esfera de competencia del sujeto (en virtud de asunción normalmente) y que este, pudiendo, no adoptó las medidas adecuadas para la evitación del resultado..."². Los parámetros que sirven a la definición de la responsabilidad penal individual en la delincuencia de empresa son, por una parte, la esfera de responsabilidad individual o ámbito de competencia; y, por otra, la pertenencia a una organización empresarial (compleja)³. En el mismo sentido, para Francisco Muñoz Conde⁴ desde el punto de vista de la persecución penal, en lugar de dirigir la imputación al causante que ha provocado la infracción primaria (porque se encuentra más próximo al daño) debe orientarse la investigación a las infracciones de los deberes de vigilancia, selección y control, y organización que tienen otras personas dentro de la organización empresarial.

La sociedad actual es compleja; los avances tecnológicos, científicos y el fenómeno de la globalización han transformado a la sociedad tradicional convirtiéndola en una amenazada por riesgos; desde una perspectiva sociológica como lo señala Ulrich Beck, nos encontramos en una "sociedad de riesgos"; en esta, se observan grandes riesgos surgidos como consecuencia concomitante de los procesos de modernización social como, por ejemplo, el

1 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Estudios sobre los delitos de omisión*, Grijley, Lima, 2004, pp. 15-66; en el mismo sentido REATEGUI SÁNCHEZ, James, *El delito de omisión impropia*, Jurista editores, Lima, 2002, p. 61.

2 SILVA SANCHEZ, Jesús-María y MONTANER FERNANDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 39.

3 MONTANER FERNANDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal, a propósito de la gestión ambiental*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 40-41.

4 En "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?", citado por REATEGUI SÁNCHEZ, James, *El delito de omisión impropia*, cit., pp. 452-453.

uso de la energía nuclear o de tecnología genética, el uso de pesticidas y sustancias tóxicas por parte de las empresas mineras, de hidrocarburos, la tala ilegal indiscriminada, etc. que constituyen un alto riesgo cuya complejidad puede llevar a cabo accidentes catastróficos, no solo para la vida humana sino para la vida animal, vegetal y los componentes ambientales que conforman la biosfera; es por ello que el derecho penal del medio ambiente tiene que hacer uso de las herramientas dogmáticas necesarias para prevenir dichos atentados al ecosistema, ya sea por acción o por omisión; conforme lo expresa el profesor de la Universidad de Múnich Claus Roxin: "...Hasta qué punto el derecho penal está en condiciones de hacer frente con su tradicional instrumental liberal y ajustado al Estado de Derecho, al que también pertenece sobre todo el concepto de bien jurídico, a los modernos riesgos de la vida (como los de tipo atómico, químico, ecológico o de técnica genética)..."⁵. Pues bien, frente a tales posturas doctrinales en efecto no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los ya existentes que cabe enclavar en el marco general de la restricción o la "reinterpretación" de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal; creación de nuevos "bienes jurídico-penales", ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término "expansión" como muy bien lo señala Jesús María Silva Sánchez⁶.

Pues bien, sobre la base de las consideraciones doctrinales precedentes; la Sala consideró que estamos ante un delito de naturaleza omisiva. Para ello, previamente determinó que el tipo penal contiene "tres verbos rectores", a saber "infringir", "contaminar" y "verter"; a lo que añade que "dichos verbos rectores se producen con la infracción de las normas que regulan la protección ambiental, causando o pudiendo causar un perjuicio o alteración a la flora, fauna, recursos hidrobiológicos, es decir, "que la responsabilidad penal en materia ambiental nacerá fundamentalmente de un incumplimiento del deber de actuación y el peligro nace de la omisión de los dispositivos o normas ambientales" (fundamento de derecho n.º 4.7). Más específicamente señala que "nos encontramos ante un tipo penal en blanco, en tanto que el legislador condiciona la tipicidad penal de la conducta a una desobediencia administrativa (ley Nro. 28271 16 AGO 2005, que regula los pasivos ambientales de la actividad minera); como indicador de una fuente generadora de peligro y/o riesgo, el cual debe ser potencial, idóneo y con aptitud suficiente para poder colocar en un real estado de riesgo a los componentes ambientales, sin necesidad de advertirse un peligro concreto para la vida y la salud de las personas" (fundamento de derecho n.º 4.6).

En efecto, según el art. 2 de la Ley N.º 28271, establece: "son considerados pasivos ambientales aquellas instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras, en la actualidad abandonadas o inactivas y que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad". Sin embargo, ¿es este el riesgo típico exigido por el legislador para configurar un delito de contaminación ambiental?⁷.

5 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2.ª ed. alemana de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 61.

6 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 20.

7 ORE SOSA, Eduardo, "Delito de contaminación: ¿Entre la omisión y el delito permanente? A propósito de la Sentencia Casatoria N.º 383-2012-La Libertad", en www.perso.inifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140708_01.pdf

En nuestra modesta opinión, el tipo penal del delito de contaminación (en la regulación anterior, tomada en cuenta por la Sala) no contiene en realidad tres verbos rectores; la conducta típica, más bien, parece residir en el hecho de *contaminar* a través del vertido de residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza. El vertido de estas sustancias, en realidad, constituiría la modalidad o medio típico que concretiza aún más la conducta de *contaminar*; la misma que, por sí sola, adolecería de una gran indeterminación.

Cierto es que el tipo penal también exige un elemento normativo que sirve a los efectos de desvalorar la conducta; sobre la infracción de las normas de medio ambiente. Caso contrario, estaremos dentro del riesgo permitido y, consecuentemente, la conducta no será contraria a derecho ni penalmente relevante. Esto, sin embargo, en ningún caso puede llevar a sostener que *la sola infracción* de las normas sobre medio ambiente configura una modalidad típica del delito; en otras palabras, resultaría incorrecto afirmar que la mera infracción de normas administrativas sería suficiente para consumir un delito de contaminación con independencia del debate sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto o los delitos de mera actividad, y su correspondencia con el *principio de lesividad u ofensividad*, es necesario mencionar que la consumación del delito de contaminación previsto en el art. 304 CP exige, además, *la producción de un resultado*, sea este de lesión (*cause*) o de peligro (*pueda causar*); se requiere, pues, el efectivo o probable perjuicio o alteración de la flora, fauna y recursos hidrobiológicos. No estamos, de este modo, ante un delito de mera actividad, sino ante un delito de resultado (sea este de lesión o de peligro concreto)⁸.

8 Como señala Reátegui Sánchez, estamos ante una técnica de tipificación que importa un adelantamiento de las barreras de punibilidad, "pues no comporta una destrucción, sino la creación de una situación tal que sea probable que ese resultado lesivo se produzca, lo cual guarda relación con la naturaleza del bien jurídico ambiente. En el presente caso,

En otros términos, podríamos señalar que el desvalor de acción supone la creación de un riesgo que se hace residir en verter residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza; vertido que debe adoptar el carácter de *prohibido*, para lo cual se debe atender a la posible infracción de las normas administrativas y la superación de los límites permisibles.

Esto último, como señala la propia sentencia casatoria, configura la norma como un *tipo penal en blanco*. Por ley penal en blanco, se puede entender aquella norma que se remite a una norma extrapenal para completar la descripción típica del delito. Estamos, pues, ante disposiciones que deben ser completadas por normas que se ubican extramuros del Código Penal. Como se sabe, una adecuada observancia del principio de legalidad exige que el tipo penal contenga los elementos nucleares de la prohibición, con lo cual no sería de admitir que un elemento consustancial del delito, como es el verbo típico o la conducta típica, sea objeto de regulación por la norma extrapenal.

Consecuentemente, no parece admisible que una de las *modalidades o verbos típicos* del delito de contaminación del antiguo art. 304 CP sea la *mera desobediencia o infracción de normas administrativas*; pues esto, además de vulnerar los principios de ofensividad y de mínima intervención (derecho penal entendido como última ratio encaminada a la protección subsidiaria de bienes jurídicos), constituiría una vulneración del principio de legalidad.

Por tanto, para configurar el delito, se requiere, más bien, una conducta que ostente una mayor gravedad o nocividad social y esto, según el legislador, radica en el hecho de *contaminar*; pero no cualquier acción de contaminar, sino aquella que se realiza, como prescribe el tipo

estamos ante un peligro concreto porque el peligro está expresamente indicado en la ley, por tanto dicho peligro es un elemento del tipo objetivo", REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2006, pp. 154-155.

penal, mediante vertidos que ocasionen una afectación (lesión o puesta en peligro) de la flora, fauna y recursos hidrobiológicos.

IMPORTANTE

No estamos, de este modo, ante un delito de mera actividad, sino ante un delito de resultado (sea este de lesión o de peligro concreto).

Por esta razón, concordamos de la Sentencia Casatoria cuando reconoce una modalidad omisiva en el delito de contaminación del art. 304 CP⁹. En efecto, a diferencia de lo que sucede en el delito de acción, en el delito de resultado en comisión por omisión, para atribuir un resultado al sujeto de la omisión no basta con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido y de la imputación, en términos hipotéticos, del mismo a dicha omisión. Es preciso además que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben por razón de su

cargo o profesión. Esto es lo que el artículo 13 llama “especial deber jurídico del autor”; esta obligación especial convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre con el que suele denominarse doctrinalmente: posición de garante. Así que, en los delitos de resultado en comisión por omisión, sujeto activo no puede ser cualquier sujeto que pueda evitar el resultado, sino solo el que tenga un deber jurídico específico de evitarlo. Sin embargo, discrepamos de la sala cuando al parecer sostiene que la simple infracción a las normas sobre protección del medio ambiente o la superación de los límites máximos permisibles pueda conformar el injusto típico; ya que no se puede prescindir de la producción del resultado (de lesión o de peligro concreto) exigido por el tipo penal. De este modo, el no haber implementado el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales no es de por sí suficiente para imputar un delito de contaminación ambiental; mucho menos cuando se alude ya no a la inobservancia de una norma administrativa o de derecho ambiental, sino al incumplimiento de obligaciones surgidas de un contrato privado (v. gr. los contratos de transferencia de derechos mineros de 30/12/2005 y de transferencia de terrenos superficiales y derechos mineros de 6/8/2006, celebrados entre corporación minera San Manuel SA y la compañía minera Sayapulpo SA).

No se discute aquí que dichos contratos constituyan fuente de algunas obligaciones, tampoco se cuestiona que dichas obligaciones puedan formar parte del *Informe técnico fundamentado* elaborado por la autoridad ambiental competente a requerimiento del Ministerio Público, pero la responsabilidad penal por un delito de contaminación no aparece desde el momento en que dichas obligaciones son exigibles, sino desde el momento en que se realizan vertidos en las condiciones que exige expresamente el tipo penal. La infracción de las normas de protección del medio ambiente no entraña, por tanto, la realización misma de la conducta típica; no supone, en otras palabras, la creación de un riesgo típico, sino

9 Como señala Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malarée, “las posiciones de garante derivadas de la obligación de supervigilancia de una fuente de peligro se plantean a partir de la constatación de que dentro de nuestro ámbito social pueden haber fuentes de peligro respecto de las cuales tenemos un deber de vigilancia para evitar que esos peligros se concreten en lesiones de los bienes jurídicos ajenos. Esas fuentes de peligro pueden ser de la más diversa naturaleza: un perro fiero, una industria que trabaja con materiales fuertemente contaminantes, un almacén de explosivos, una mina, un pariente agresivo que sufre una grave enfermedad mental o una enfermedad grave contagiosa, etc...”, BUSTOS RAMÍREZ Juan y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal, Parte General*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 341-342. En ese sentido ACHENBACH, Hans, “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho Alemán”, en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp. 385-386.

que aporta a la valoración del carácter prohibido o permitido del riesgo creado. Se ha de atender siempre, al menos para la imputación de *un delito de contaminación ambiental*, a la realización de vertidos. Si no se verifican estos, las infracciones serán solventadas en el ámbito administrativo a través de las multas administrativas correspondientes¹⁰.

En efecto, la imputación de este delito puede dirigirse contra aquel que *realiza materialmente los vertidos* (forma comisiva), pero también contra aquel que *estando obligado y en la posibilidad de impedirlo* la realización de vertidos, *deja de hacerlo* (forma omisiva).

3. ¿Delito instantáneo o permanente?

Corresponde analizar la fase de consumación del delito, esto es, si se trata de un delito de carácter permanente o de comisión instantánea con efectos permanentes; para efectos del cómputo de la prescripción de la acción penal; por *delito permanente* puede entenderse el mantenimiento de una situación antijurídica por un periodo determinado, de tal modo que el tipo penal continúa realizándose de modo duradero a voluntad del autor¹¹. En otras palabras, la consumación del delito no cesa, sino que permanece o dura algún tiempo por decisión del agente. Es lo que sucede, por ejemplo, en el delito de secuestro, donde el delito se sigue ejecutando ininterrumpidamente (privando de la libertad a alguien) en tanto la víctima no sea liberada.

¹⁰ Según el segundo párrafo del art. 8 de la Ley 28271, "En caso de incumplimiento en la presentación de los respectivos Planes de Cierre de Pasivos Ambientales, el Ministerio de Energía y Minas aplica a los responsables de la remediación de los pasivos ambientales una multa de hasta seiscientos (600) UIT, sin perjuicio de las demás disposiciones sobre infracciones y sanciones que se establezcan en el reglamento de la presente Ley".

¹¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995, Barcelona, 1996, p. 202. En el mismo sentido, ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 329.

La importancia de determinar la existencia de un delito permanente tiene que ver con el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal: a partir del día en que cesó la permanencia (art. 82 inc. 4 CP). Asimismo, resulta importante para la calificación jurídica de la intervención de terceros en momentos posteriores a la perfección del delito: en tanto el delito se sigue ejecutando de manera permanente, cabe imputar cualquier aporte "posterior", a título de autoría o participación.

JURISPRUDENCIA ANTERIOR RELEVANTE

Siendo así, estamos frente a un delito de naturaleza omisiva lo cual es acorde a la imputación fáctica que pesa contra el procesado, toda vez que se le atribuye que en su condición de representante legal de una persona jurídica dedicada a actividades extractivas, omitió realizar una actuación debida para controlar el peligro de dicha actividad de riesgo desarrollada en el ámbito de su dominio (por la gran diversidad de sustancias químicas que se utilizan, que pueden producir resultados potencialmente lesivos al bien jurídico protegido), infringiendo así una ley dispositiva (dispositivos medioambientales) y una prohibitiva (no contaminar).

[Casación N.º 383-2012 La Libertad, f. j. n.º 4.8.]

En el presente caso, se le imputa a Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez ser autor del delito de contaminación del ambiente, en agravio del Estado y la sociedad, representados por la Municipalidad Distrital de Sayapullo-Gran Chimú, toda vez que en su calidad de representante legal de la Corporación minera San Manuel SA, incumplió con las obligaciones ambientales contenidas en el contrato de transferencia de derechos

mineros de fecha 30.12.2005 y el contrato de transferencia de terrenos superficiales y derechos mineros de fecha 06.08.2006, celebrado con la compañía minera Sayapullo SA; por los cuales adquiere derechos mineros sobre las concesiones mineras en las que la compañía minera Sayapullo SA, habría venido efectuando operaciones mineras hasta el año de 1998, y en donde se habrían generado diversos pasivos ambientales como son la Cancha de Relaves Higospampa y Vista Bella, ubicadas en las inmediaciones del Cerro San Lorenzo (distrito de Sayapullo, provincia de Gran Chimú) los que vienen generando graves impactos negativos ambientales a través de los vertimientos de sustancias contaminantes del río Sayapullo, que son arrastradas por las lluvias que se producen en el lugar, al no haberse implementado ningún plan de remediación o mitigación ambiental; no obstante, que en los contratos referidos, la corporación minera San Manuel asumió la responsabilidad de implementar el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales, conforme a la legislación minero ambiental vigente; *en tal sentido, la conducta omisiva imputada se ha prolongado desde el 30.12.2005, fecha en la que adquiere la titularidad de los derechos mineros y pasivos ambientales, hasta el 07.01.2011, fecha en la cual recientemente la corporación minera San Manuel SA ha obtenido la aprobación del Plan de Cierre de estos pasivos ambientales que se encuentra pendiente de implementar.*

Se puede señalar que el delito de contaminación, tras la modificación operada por la Ley N.º 29263, mantiene su estructura: estamos ante un delito de resultado, bien sea este de lesión o de peligro concreto¹². Conse-

cuentemente, el injusto típico requiere para su verificación no solamente la realización de la conducta típica en cualquiera de sus modalidades (provocar o realizar descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, etc.); sino también, y de modo necesario, que se cause o pueda causar perjuicios, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

En este orden de ideas, la sola infracción de una norma administrativa no puede corresponderse con la prohibición penal o con el injusto típico, pues aquella no expresa por sí sola todo el desvalor de la acción y del resultado que fundamenta materialmente el injusto de un delito de contaminación ambiental. Así pues, el mero incumplimiento de normas ambientales solo dará lugar a la aplicación de sanciones administrativas, mas no a la imposición de sanciones penales. Nuevamente, este delito requiere un resultado, sea este de lesión o de peligro.

Cierto es que la determinación de la producción del resultado puede plantear problemas, más aún cuando, como indica Reátegui Sánchez¹³, “la nueva versión del artículo 304º del Código penal señala que los resultados dañosos al ambiente serán evaluados según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental”. Consideramos que no se trata de una remisión a una norma de carácter extrapenal para completar el tipo penal, sino de una exigencia procesal que incide en la necesidad de contar, como señala Alcócer Povis, con un informe de la autoridad ambiental, y que será objeto de valoración de manera obligatoria, mas no vinculante por el órgano persecutor¹⁴.

De este modo, puede estimarse que el delito de contaminación ambiental, regulado en el

12 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, “Los delitos ambientales en el Código Penal peruano a través de la reforma legal N.º 29263”, en Caro Coria y Reyna Alfaro (coords.), *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera*, Jurista Editores, Lima, 2013, p. 249. “(...) se conserva a mi entender la misma estructura típica en cuanto a la lesividad de la agresión al ambiente y sus componentes (...) se sigue hablando tanto en una “nueva” como en la “antigua” versión del artículo 304º de un delito de peligro concreto (puedan causar) como de un delito de lesión (causen)”.

13 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, “Los delitos ambientales en el Código Penal peruano a través de la reforma legal N.º 29263”, cit., p. 250.

14 ALCÓCER POVIS, Eduardo, “Comentario a la actual regulación de los delitos que afectan el ambiente y la ordenación del territorio”, en Raúl Pariona (coord.), *20 años de vigencia del Código penal peruano*, Lima, Grijley, 2012, p. 525.

artículo 304° del Código Penal peruano es un tipo penal mixto (que causen o puedan causar), donde se puede admitir el comportamiento omisivo impropio (en ese sentido, la omisión está referida a la falta de implementación de las medidas para la correcta eliminación de los residuos, a pesar de que conocía de la propia situación generadora del deber, como de la posibilidad de realización de la acción debida.); conforme a la cláusula general del artículo 13° del CP; en cuanto a la prescripción de la acción penal como ya fue señalado, considerar que estamos ante un delito permanente tiene consecuencias de inculcable importancia, a saber, que el cómputo del plazo de prescripción de la acción se iniciará desde el día en que cesó la permanencia (art. 82 inc. 4 del CP). Fue lo que ocurrió en esta sentencia casatoria, tal como se apunta en el acápite 4.10: “como quiera que el procesado en su condición de representante legal de la empresa minera recién con fecha siete de enero de dos mil once, obtuvo la aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales de acuerdo al artículo treinta de la Ley número veintiocho mil seiscientos once –Ley General del Ambiente– (...) la acción delictiva (omisión) se ha mantenido en el tiempo de manera permanente, cesando recién el siete de enero de dos mil once; momento a partir del cual debe computarse el plazo prescriptorio”.

4. Prescripción

Cabe resaltar lo apuntado por la Sala en los considerandos 4.10 y 4.12, en el sentido de que la suspensión del curso de la prescripción por la formalización de la investigación preparatoria (art. 339° del Código Procesal Penal) “no puede prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo”, “toda vez que la suspensión del plazo prescriptorio no es indeterminado o ilimitado”; en otras palabras, que un proceso penal no puede convertirse en interminable ni indefinido en el tiempo, “ya que se distorsionaría el instituto de la prescripción y se haría inoperante”.

En nuestra modesta opinión, una adecuada interpretación del artículo 339° .1 NCPP debe llevar a la conclusión de que lo que allí se regula es un supuesto de *suspensión* de la prescripción de la acción penal y no un supuesto de *interrupción*, entre los fundamentos que sustentan este comentario podríamos señalar:

a) la racionalidad del nuevo modelo procesal penal, que pretende superar los defectos del anterior modelo; la lentitud del anterior proceso penal y las facilidades para la impunidad por medio de la prescripción que ella suponía; esta opción política criminal del legislador es acertada y razonable, puesto que la formalización de la investigación preparatoria revela un avance significativo en la persecución penal: se tiene indicios y elementos de convicción reveladores de la existencia de un delito y se ha individualizado a los imputados, lo que significa que se ha logrado determinar los hechos criminales y que estos son relevantes para la ley penal; más aun tratándose en el presente caso de la vulneración de bienes jurídicos colectivos, que atentan contra la colectividad y los componentes ambientales que conforman los ecosistemas; **b) El principio de legalidad**; obliga a que toda interpretación de la ley penal se realice dentro de los parámetros establecidos por el texto expreso y claro de la ley, **c) La interpretación sistemática**; existen también razones sobre la base de una interpretación sistemática que respalda nuestro comentario de que el artículo 339° .1 NCPP regula un supuesto de suspensión de la prescripción. La prescripción en general y los supuestos especiales para su interrupción y suspensión se regían por las normas contenidas en el Código Penal de 1991; con la entrada en vigencia del NCPP, que introduce una norma que regula la suspensión de la prescripción, esta quedó regulada por las normas de ambos cuerpos legales; en consecuencia, la solución de los problemas vinculados con la prescripción en el nuevo sistema procesal debe considerar una interpretación sistemática de todas las normas y la aplicación del principio de unidad y armonía del ordenamiento jurídico penal; en consecuencia, en lo que respecta

a la suspensión de la prescripción, tales problemas debían ser en adelante regulados por los artículos 84 CP y 339.1 NCPP; **d) la técnica legislativa**; el legislador ha establecido expresamente en el artículo 339°.1 del NCPP que en todo nuevo proceso penal regido por este Código, la formalización de la investigación preparatoria suspende el curso de la prescripción y el sentido de ese término parece no generar ningún espacio para la duda¹⁵.

CONCLUSIÓN MÁS IMPORTANTE

La sentencia casatoria en comentario, se ajusta en parte a lo que la doctrina penal iusambientalista ha opinado en cuanto al uso del tipo omisivo impropio y por los efectos de la contaminación ambiental, que son acumulativos, sinérgicos, etc., de establecer que es un tipo penal permanente.

En consecuencia en el presente caso, nos encontramos ante un delito omisivo de carácter permanente, toda vez que para la consumación requiere de la realización de todos los elementos constitutivos de la figura legal, generando una mínima extensión temporal de la acción; ya que su estado antijurídico dentro de la circunscripción del tipo se prolonga temporalmente merced a la voluntad del autor. En tal sentido, habiéndose establecido que es un delito permanente, corresponde la aplicación del

inciso cuatro del artículo 82 del Código Penal el cual establece que el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo para la prescripción de la acción penal, es “a partir del día en que cesó la permanencia”, y como quiera que el procesado en su condición de representante legal de la empresa minera recién con fecha 07.01.2011, obtuvo la aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales de acuerdo con el artículo 30 de la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente, dichos planes de tratamiento de pasivos ambientales están dirigidos a remediar los impactos ambientales originados por uno o varios proyectos de inversión o actividades, pasados o presentes; por lo que la acción delictiva (omisión) se ha mantenido en el tiempo de manera permanente, cesando recién el 07.01.2011; momento a partir del cual debe computarse el plazo prescriptorio; debiendo tenerse presente lo preceptuado por el artículo 80 del Código Penal de 1991, que señala: “La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es pena privativa de libertad”, por lo tanto, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es de tres años; sin embargo, al haberse formalizado la investigación –conforme se verifica de la disposición fiscal, obrante a fojas 1–, se suspende el curso de la prescripción de la acción penal el cual no puede prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo –tal como lo establece el Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116; por lo que, en todo caso, vence indefectiblemente a los cuatro años y seis meses, esto es, el día 07.07.2015.

15 A mayor abundamiento sobre el tema véase: Raúl PARIONA ARANA, “La suspensión de la prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 según el acuerdo plenario N.º 03-2012/CJ-116”, en *Derecho Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales*, Lima, Instituto Pacífico, 2014. En el mismo sentido PARIONA ARANA, Raúl, en *Libro homenaje al Profesor José Hurtado Pozo*, IDEMSA, Lima, 2013, pp. 833-846; PARIONA ARANA, Raúl: “La prescripción en el código procesal penal de 2004 ¿suspensión o interrupción de la prescripción?”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 23, Lima, 2011, pp. 221 y ss.

5. Conclusión

La sentencia casatoria en comentario, se ajusta en parte a lo que la doctrina penal iusambientalista ha opinado en cuanto al uso del tipo omisivo impropio y por los efectos de la contaminación ambiental que son acumulativos, sinérgicos, etc., de establecer que es un tipo penal permanente; de igual forma que haya interpretado correctamente que cuando

se formaliza la investigación preparatoria por parte del titular de la acción penal, se produce la suspensión de la prescripción de la acción penal y no la interrupción, como algún sector minoritario establece y la sala penal de apelaciones de Huaura interpretó en un caso concreto; sin embargo, lo que no nos queda claro es que la sala al parecer haya considerado que la sola infracción a las normas administrativas ambientales o la superación de los límites máximos permisibles sea constitutiva del delito de contaminación, sin haber precisado el desvalor de la acción o

el desvalor del resultado; la infracción de las normas de protección del medio ambiente no entraña, por tanto, la realización misma de la conducta típica; no supone, en otras palabras, la creación de un riesgo típico, sino que aporta a la valoración del carácter prohibido o permitido del riesgo creado. Se ha de atender siempre, al menos para la imputación de *un delito de contaminación ambiental*, a la realización de vertidos. Si no se verifican estos, las infracciones serán solventadas en el ámbito administrativo a través de las multas administrativas correspondientes. 

UNIDAD IV: DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES

1) LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, “Los delitos forestales”. En: Ius puniendi, N° 3, (en prensa).

LOS DELITOS FORESTALES

Alejandro Lamadrid Ubillus.
DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA.
Fiscal Superior Penal Titular de la República del Perú.
Docente en la cátedra de Derecho ambiental en la UDCH, UNPRG
Magister en Política, Gestión y Legislación Ambiental;
Por la Universidad Paulo Freyre de Nicaragua.
Miembro de la liga mundial de abogados ambientalistas (LIMAA)

A MODO DE INTRODUCCION

El Perú es un país con un importante patrimonio natural y cultural, que ofrece múltiples oportunidades de desarrollo mediante el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, la gestión integral de la calidad ambiental y la realización de actividades socioeconómicas con criterios de protección ambiental. En el país existen al menos 78 millones de hectáreas de bosques, es el noveno país en bosques, el cuarto en bosques tropicales y posee el 13% de los bosques amazónicos. Tiene 17 millones de hectáreas para pastos, 55.3 millones de hectáreas de tierras de protección y más de 18 millones de hectáreas en áreas naturales protegidas; 3.7 Millones ha. (2.8%) de Bosques secos en el Nor Oeste de la Costa Norte del Perú; 56 Millones ha. De Bosques Tropicales o húmedos, mayormente ubicados en la Selva y Ceja de selva (49.1%).

Somos afortunados en tener dicha riqueza forestal y justamente la valoración de dichos recursos, demanda a sus principales actores (*entre ellos los juristas especializados en materia ambiental*) a contribuir en la generación de conciencia forestal; en el desarrollo forestal sostenido, en el fortalecimiento de un marco jurídico promotor y estable, en la institucionalidad pública y privada integrada, fortalecida y descentralizada, en el manejo forestal sostenible, etc.

Además resulta fundamental un cambio de actitud en relación a nuestros recursos forestales bajo un esfuerzo educativo que alcance una conciencia de conservación e incorporación a la cultura nacional; este cambio de actitud debería empezar por el gobierno; con voluntad y decisión política, otorgamiento de recursos para la reforestación; además, el esfuerzo del sector público, privado y de toda la sociedad para lograr su desarrollo, sostenibilidad, y la erradicación de la informalidad e ilegalidad extractiva de nuestro vasto patrimonio forestal.

Sin embargo durante los últimos años, nuestro país enfrenta, un saldo negativo; las actividades referidas a la tala ilegal y al tráfico ilegal de productos forestales maderables, así como a las actividades relacionadas a éstos, tales como la tala, adquisición, acopio, almacenamiento, transformación, transporte, custodia, comercialización embarque, desembarque, importación, exportación o reexportación de productos o especímenes forestales maderables y su financiamiento; se vienen dando en forma indiscriminada.

Y siendo el Perú uno de los 15 países con mayor diversidad biológica del mundo, por su gran variedad de especies de flora, fauna y ecosistemas, le corresponde desempeñar un papel preponderante en la conservación de sus recursos naturales, para lo cual, entre otras medidas, debe fortalecer su marco normativo en el sector forestal y de esta forma conseguir armonizar el desarrollo ambiental, económico y

social del país con la satisfacción de las necesidades de la población.

Precisamente en el ámbito normativo le corresponde al gobierno impulsar el control y protección de los recursos forestales maderables, por lo que resulta necesario adoptar las medidas que permitan combatir eficazmente la tala ilegal de madera. Con dicha finalidad el 24 de setiembre del año 2015, se ha publicado en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N° 1220, en donde se establecen medidas para la lucha contra la tala ilegal, otorgándole al Ministerio Público la facultad de combatir de manera directa y frontal el delito de tala ilegal de madera, a través de la interdicción; lo que indudablemente ha originado que los traficantes madereros de Pucallpa, Loreto y Madre de Dios, solivianten a los pobladores de dichas comunidades, que directa o indirectamente viven de la tala ilegal; a que salgan a protestar a las calles y afecten los servicios públicos de dichas ciudades, paralizando la actividad comercial y económica de dichas ciudades; para presionar al ejecutivo que se derogue dicho decreto legislativo.

El Estado, en ejercicio de su rol de protección del patrimonio de la Nación, debe utilizar herramientas legales que permitan desarrollar el aprovechamiento legal, sostenible y ordenado de los recursos naturales, en especial de los recursos forestales, que coadyuvaran a la reducción del impacto negativo sobre las formaciones boscosas a nivel nacional afectadas por la tala, transformación, comercio y transporte de madera extraída ilegalmente, así como las actividades ilícitas conexas que éstas generan. Las amenazas que se ciernen sobre nuestra flora incluido los árboles y sus hábitats van desde el desarrollo desordenado de las ciudades, la contaminación ambiental, el avance de la frontera agrícola, hasta la sobreexplotación por presión comercial. Estimar en qué grado o nivel este recurso se encuentra amenazado constituye un paso para promover la elaboración de políticas de conservación y aprovechamiento racional. Una de las herramientas que se requieren para coadyuvar a la conservación de las especies de flora y/o fauna silvestre amenazadas es la implementación de medidas normativas y legales; así como el fortalecimiento de las FEMA, Policía ambiental y la creación de los Juzgados y Salas ambientales en cada distrito Fiscal y Judicial, capacitándolos y dotándolos de los medios logísticos e infraestructura para su funcionamiento.

En la actualidad, la criminalidad forestal se encuentra constituida por el aprovechamiento económico de los recursos forestales en toda la cadena de la trazabilidad forestal¹, que incluye: la extracción (tala), transporte, transformación y de comercio que ha implicado incluso perjuicio en la recaudación tributaria y aduanera. Como consecuencia de ello, las autoridades forestales y otros operadores realizan en la actualidad múltiples acciones de control indistinta y/o conjuntamente (autoridades forestales, Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental, Dirección Ejecutiva de Medio Ambiente de la Policía Nacional del Perú, Dirección General de Capitanías y Guardacostas, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, entre otros).

¹ La trazabilidad comprende mecanismos y procedimientos preestablecidos que permiten rastrear (históricamente) la ubicación y la trayectoria, desde el origen, de los productos forestales y productos derivados de los mismos, a lo largo de la cadena de producción forestal, utilizando para ello diversas herramientas; como la vía satelital, el GPS, el ADN, etc.

La tala ilegal es la actividad vinculada al aprovechamiento de madera (recursos forestales maderables) sin cumplir con las disposiciones legales vigentes. A manera de resumen podemos señalar, que entre los supuestos que configuran tala ilegal se encuentran:

- 1.- Talar recursos maderables en cantidades superiores a las autorizadas.
- 2.- Talar especies o individuos no autorizados dentro o fuera de un título habilitante.
- 3.- Talar árboles en lugares no autorizados y sin contar con un título habilitante.

Es importante señalar, que una vez que se configura un supuesto de tala ilegal, ingresamos a otro frente que es el comercio de productos ilegalmente obtenidos, que se relaciona con actividades de transporte, transformación y la consecuente comercialización, consideradas, entre otras, como actividades en el tráfico ilegal de productos forestales maderables reguladas en el artículo 310-A del Código Penal.

Algunas de las modalidades de tráfico de madera realizadas en nuestro país revelan por lo general los siguientes factores, los que contribuyen a que se produzcan actividades ilegales en el sector forestal:

- 1.- Un marco normativo y jurídico deficiente como es el caso del sector forestal.
- 2.- Un escasa capacidad de aplicación e implementación del Estado.
- 3.- Insuficiencia de datos e información sobre los recursos forestales y las operaciones ilegales.
- 4.- Corrupción en el sector privado y de funcionarios y servidores del sector forestal.
- 5.- Una demanda elevada de madera a precios bajos.
- 6.- Inexistencia de una norma específica, como la que se propone sobre interdicción de tala ilegal, que combata de manera frontal el aprovechamiento ilegal de los recursos forestales en toda su cadena productiva.

En el Perú el marco jurídico regulatorio que rige para la actividad forestal y de fauna silvestre está compuesto por diversos instrumentos legales que van desde la Constitución Política del Perú, la Política Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, la Ley 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, su Reglamento para la Gestión Forestal, aprobado mediante DS.018-2015-MINAGRI, del 30 de Setiembre del 2015 y otras normas de menor jerarquía cuyo contenido temático se encuentra orientado a la consecución del aprovechamiento y manejo de nuestros recursos forestales y de fauna silvestre y que tienen como principal objetivo armonizar el desarrollo ambiental, económico y social del país para satisfacer las necesidades de la población. En efecto, el Estado reconoce constitucionalmente la necesidad de proteger los recursos naturales, en su calidad de patrimonio de la Nación, que incluye a las ANP, siendo el responsable de promover su uso en forma sostenible, el manejo racional de dichos recursos, evitando su explotación ilegal y sobreexplotación. Tomando en cuenta las potencialidades de los recursos naturales del país, el Estado Peruano ha ratificado diversos tratados y convenios internacionales multilaterales, regionales y bilaterales que establecen importantes compromisos y oportunidades para la gestión de recursos naturales, tales como, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres – CITES el Acuerdo de Promoción Comercial Perú- Estados Unidos, entre otros.

Los esfuerzos desarrollados en el marco de la legislación vigente, frente a la tala ilegal y que se han aplicado durante años, no han sido suficientes, por tal motivo el Gobierno ha decidido impulsar el control y protección de los recursos forestales maderables, adoptando normativamente las medidas que permitan combatir eficazmente la tala ilegal de madera, otorgándole al Ministerio Público la facultad de combatir de manera directa y frontal el delito de tala ilegal de madera, a través de la interdicción², mediante el Decreto Legislativo N° 1220 del 24 SET 2015.

Frente a la problemática expuesta se propone con el Decreto Legislativo bajo análisis, las medidas para la lucha contra la tala ilegal y el tráfico ilegal de productos forestales maderables reguladas en el Código Penal, así como las actividades relacionadas a éstos, con el fin de otorgar a las acciones de control que realizan las instituciones competentes un enfoque distinto, desde la perspectiva o en el marco de una investigación penal (prevención y persecución del delito) y que también permitirá la recuperación de bienes que le pertenecen al Estado (objetos sobre los que recae el delito), en tanto son patrimonio de la Nación, disponiéndose como consecuencia de la interdicción, el decomiso especial³ y la destrucción de los instrumentos del delito⁴

Mediante el Decreto Legislativo N° 1220, se otorga facultades al Ministerio Público, para que afecte mediante acciones coercitivas de naturaleza real, los instrumentos del delito, permitiendo combatir de manera inmediata y eficazmente la tala ilegal y los delitos conexos. Se debe entender que las medidas coercitivas de naturaleza real constituyen una limitación al ejercicio del derecho patrimonial de aquella persona a la que se le imputa un delito, respecto de los instrumentos del delito y/o sobre los objetos que recae el mismo. En ese sentido se trata principalmente de elevar los costos de la acción delictiva y hacerla menos rentable para sus autores, en la medida en que no se valgan de diversos mecanismo (lícitos o ilícitos) para obtener la devolución de los referidos instrumentos u objetos del delito.

Es pertinente precisar que aun cuando generalmente le corresponde al Poder Judicial, la afectación de los derechos reales, el Decreto Legislativo N° 1220, recogiendo la experiencia del Decreto Legislativo N° 1100 (que regula la interdicción de la minería ilegal y establece medidas complementarias) opta por otorgarle esta

² Interdicción: Acción dispuesta por la presente norma, mediante la cual el Ministerio Público afecta mediante acciones coercitivas de naturaleza real, los objetos sobre los que recae el delito y/o los instrumentos del delito detallados en la presente norma, vinculados a la tala ilegal y a las actividades descritas en el artículo 310-A del Código Penal, que recaen sobre productos o especímenes forestales maderables de origen ilegal. Son modalidades de interdicción: el decomiso especial, la destrucción y la reducción de valor comercial. Las acciones de interdicción se realizan sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar.

³ Medida de coerción extraordinaria autónoma y especial dispuesta por el Ministerio Público, mediante la cual se declara el dominio de los objetos sobre los que recae el delito a favor del Estado y/o la pérdida de titularidad de los instrumentos del delito, por estar vinculados con actividades ilegales. Asimismo, respecto de los objetos sobre los que recae el delito, el Ministerio Público dispone la recuperación de éstos, a favor del Estado, en tanto son Patrimonio de la Nación.

⁴Maquinarias, embarcaciones, vehículos, equipos, montacargas, cargadores frontales, retroexcavadoras, camiones tronqueros, volquetes, sierras, motores, generadores de energía eléctrica, tractores forestales, camiones cisterna que provean combustible o agua y otros equipos, vehículos, embarcaciones fluviales o maquinaria, independientemente de su potencia, tamaño, volumen o capacidad de carga o cualquier bien o insumo, utilizado en la comisión y desarrollo del delito.

competencia al Ministerio Público para afectar mediante acciones coercitivas de naturaleza real a los instrumentos del delito y objetos sobre los que recae el mismo⁵. De esta forma la intervención del Ministerio Público, es transcendental, pues interviene afectando extraordinariamente (sin necesidad de autorización judicial), mediante acciones coercitivas de naturaleza real a aquellos bienes, maquinarias, embarcaciones, vehículos, equipos, insumo y otros, que se utilizaron en los ámbitos de aplicación de la norma para realizar la tala ilegal, el tráfico ilegal de los productos forestales maderables y demás actividades conexas.

Con relación a las acciones de interdicción previstas en el Decreto Legislativo bajo comentario, se debe resaltar que ellas se encuentran justificadas y amparadas en la necesidad de intervención eficaz e inmediata del Estado, para frenar la tala ilegal de madera y el tráfico ilegal de productos forestales maderables. Será entonces el Ministerio Público, el encargado de disponer las acciones de interdicción, en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo cabe preguntarse ¿será la solución al problema de la tala ilegal de los bosques tropicales en la selva y los bosques secos en la costa norte del Perú, la Interdicción dada por el decreto legislativo 1220? La respuesta es no; ya que como lo he dejado anotado en otro momento⁶ el problema no solo pasa por la parte represiva, sino se tiene que abordar el problema en forma integral como tomar medidas preventivas y medidas alternativas; como por ejemplo en el bosque seco de la costa norte del Perú previamente, se tiene que realizar un inventario forestal, para saber a ciencia cierta, con qué cantidad de bosque seco, contamos en la actualidad (ya que en la última década ha sufrido un fuerte impacto ambiental dicho bosque seco, dada la gran demanda de carbón vegetal que requieren las más de 2,800 pollerías que se registran solo en Lima); y según ello, decretar una veda forestal, hasta la recuperación del bosque; pero dicha veda, tiene que ir debidamente implementada con la logística necesaria; sino será lo mismo que las vedas anteriores que fracasaron; esto aparejado de la implementación y aplicación de la política de lucha contra la corrupción en el sector forestal; porque no vale que el Estado se limite a cambiar de nombre a los organismos encargados del control y fiscalización de los bosques como por ejemplo, hoy ya no te llamas INRENA sino SERFOR, o ya no te llamas policía del medio ambiente y los recursos naturales, o policía ecológica, o policía de protección al ambiente; sino que más allá de cambios de nombres, se debe hacer una reingeniería total de dichas entidades encargadas del control y vigilancia de los bosques; acompañados de la creación e implementación de las Fiscalías especializadas en materia ambiental en todos los distritos fiscales; cuya competencia, no solo debe limitarse al ámbito estrictamente penal, sino que su competencia, también abarque el ámbito Constitucional y civil, ya que dichas ramas del derecho resultan más eficaces que el derecho penal; dentro de las medidas alternativas a la tala ilegal del bosque seco, está el uso de las cocinas mejoradas, la industrialización de la vaina de algarroba, la implementación y

⁵ Productos forestales maderables que se encuentren al estado natural o con transformación cuyo origen lícito no pueda ser probado ante el requerimiento de la autoridad competente.

⁶ LAMADRID UBILLUS, Alejandro: "La política ambiental en la gestión del bosque seco y su influencia en la biodiversidad a nivel de la Región Lambayeque" Tesis para obtener el grado académico de Maestro con mención en Política, legislación y gestión ambiental.

extensión de la apicultura, el uso de los hornos a gas, en vez de los hornos a carbón vegetal, para las más de 2, 800 pollerías que existen solo en la ciudad de Lima, sin contar las pollerías que existen en las principales ciudades de la costa norte del Perú, como son Tumbes, Piura, Chiclayo, Trujillo, Chimbote, etc. Con la finalidad de disminuir, la gran demanda que tiene el carbón vegetal en los mercados del Sur; una vez recuperado el bosque seco con la política de la veda forestal y previa evaluación; recién se debe comenzar a otorgar los permisos y autorizaciones respectivas, para su aprovechamiento y uso racional de los productos y subproductos del bosque seco; cuyos títulos habilitantes deben estar bajo el ojo avizor de los funcionarios de OSINFOR, para que en casos de incumplimiento sean severamente sancionados los infractores, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiera lugar.- De igual forma se debe tratar la problemática de la tala ilegal de los bosques tropicales de la selva peruana; porque como hemos visto en las principales noticias periodísticas, los madereros de las Regiones de Loreto, Pucallpa y Madre de Dios, han realizado sendos paros regionales, paralizando las actividades económicas y comerciales en dichas Regiones con la finalidad de “presionar” al ejecutivo para que se derogue los decretos legislativos 1220 y 1237, porque dicha normatividad lo que hace es sobre criminalizar las conductas forestales aumentando las penas y aplicando la interdicción a la tala ilegal; pero sin ninguna propuesta o alternativa, a la principal actividad socio-económica de dichas Regiones, como es la extracción, transformación y comercialización de madera; por supuesto que el derecho penal, tiene que estar presente y aplicarse a las “mafias” de los madereros que viven al margen de la ley y en la ilegalidad, concursando con otros delitos, como es la trata de personas, la explotación del trabajo infantil, defraudación tributaria y aduanera, etc. De no adoptarse una adecuada decisión política en nuestros recursos forestales por parte del Ejecutivo, estaremos camino a la desaparición de los principales hábitats y ecosistemas con grave perjuicio para la biodiversidad biológica del Planeta y las consecuencias climatológicas que esto acarrea.

Continuando con la delegación de facultades del Congreso de la República al Poder Ejecutivo, mediante ley Nro.30336; de legislar en materia de fortalecimiento de la seguridad ciudadana, lucha contra la delincuencia y el crimen organizado; el Poder Ejecutivo el 26 de SET 2015 publicó el D. Leg. 1237; donde modifica varios artículos del código penal, entre ellos los artículos 310 y 310 A; referido a los delitos contra los recursos naturales en la figura de delito contra los bosques o formaciones boscosas y el delito de tráfico ilegal de productos forestales maderables; elevando la pena mínima de tres años a cuatro años de pena privativa de la libertad, en ambos tipos penales; de igual forma en el delito de tráfico ilegal de productos forestales maderables incorpora el verbo “acopiar” y en lugar del verbo “vender” lo reemplaza por el verbo “comercializar”; eliminando la frase: “*protegidos por la legislación nacional*”; suprimiendo la parte in fine del artículo 310-A del CP. Que establecía: “*...la misma pena será aplicable para el que a sabiendas financia, de modo que sin su cooperación no se hubiera podido cometer las actividades señaladas en el primer párrafo. Está fuera del supuesto previsto en el primero párrafo, el que realiza los hechos previstos en el presente artículo, si sus acciones estuvieron basadas en una diligencia razonable y en información de documentos expedidos por la autoridad*

competente, aunque estos sean posteriormente declarados nulos o inválidos.”

Los delitos contra el medio ambiente, se encuentran ubicados en el libro II título XIII distribuidos en cuatro capítulos:

Capítulo 1: Delitos de Contaminación (Art. 304 al 307)

Capítulo 11: Delitos contra los Recursos Naturales (Art. 308 al 313)

Capítulo 111: Responsabilidad Funcional e Información falsa (Art. 314 al 314B)

Capítulo IV: Medidas Cautelares y Exclusión o Reducción de Penas (Art. 314 C, 314 D)

El primer capítulo tipifica el delito de contaminación y sus formas agravadas. Este tipo penal ha sido totalmente modificado, pero al igual que el anterior considera la responsabilidad penal por culpa incluye un nuevo delito como es el incumplimiento de normas relativas al manejo de los residuos sólidos, pero mantiene el tipo penal para aquellos que contraviniendo leyes, reglamentos o disposiciones establecidas utiliza los desechos sólidos para la alimentación de animales destinados al consumo humano, finalmente modifica el texto del delito por tráfico ilegal de residuos peligrosos. El segundo capítulo tipifica los delitos contra los recursos naturales, su ámbito de protección a diferencia del anterior es mayor, pues, sanciona el tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre protegida; el tráfico ilegal de especies acuáticas de flora y fauna silvestre protegidas y su extracción ilegal, la depredación de flora y fauna silvestre protegida, el tráfico ilegal de recursos genéticos, sus formas agravadas, los delitos contra los bosques o formaciones boscosas, el tráfico ilegal de productos forestales maderables, la obstrucción de procedimiento, sus formas agravadas, aumenta la pena para los delitos por utilización indebida de tierras agrícolas, autorización de actividad contraria a los planes o usos previstos por la ley y la alteración del ambiente. Este capítulo incluye el tráfico ilegal de la flora, fauna, recursos genéticos y forestales, así como el delito por obstrucción de procedimiento referido al impedimento de una investigación, auditoría o inspección con relación a la flora y fauna protegidas legalmente.

El tercer capítulo modifica la tipificación de la responsabilidad de funcionario por otorgamiento de derechos, e incluye un nuevo tipo penal respecto a la responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas y la responsabilidad por información falsa contenida en informes. El último capítulo modifica el texto de las medidas cautelares otorgadas por el juez dejando abierto a discrecionalidad del juez para dictar algunas de las medidas cautelares previstas en la legislación; incluye un nuevo tipo penal respecto a la confesión sincera para los autores o partícipes otorgándole el beneficio de la reducción de la pena.

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 310 CP.⁷ DELITO CONTRA LOS BOSQUES O FORMACIONES BOSCOSAS.

“Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis y con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas el que, sin contar con permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente, destruye, quema, daña o tala, en todo o en parte, bosques u otras formaciones boscosas, sean naturales o plantaciones.”

⁷ Modificado por el D. Leg. Nro.1237 del 26 SET 15.

1.-TIPICIDAD OBJETIVA.

1.1. BIEN JURIDICO

El bien jurídico protegido es el ambiente natural o la estabilidad del ecosistema; que constituye el conjunto de las bases naturales de la vida.

Se establece así a una concepción antropocéntrica moderada de medioambiente, con fundamento en el vínculo dado por el “desarrollo de la persona” y la “calidad de vida”, que relaciona los bienes ecológicos con los intereses humanos imprimiendo así un carácter antropocéntrico e instrumental. El interés protegido no es por lo tanto una realidad ambiental en sí, en cuanto valor absoluto, sino una realidad vinculada a la realización personal, en otras palabras; moderadamente antropocéntrica⁸

En síntesis, y en palabras de Sánchez Melgar, el medio ambiente consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida⁹

1.2. SUJETO ACTIVO.

Según se desprende de los artículos 310 y 310-A del CP, estamos ante un delito común, ya que sujeto activo puede ser cualquier persona, el tipo penal no exige una cualidad especial para ser considerado agente. Sin embargo no podrá ser autor aquel que cuente con un permiso, autorización o concesión otorgada por la autoridad ambiental competente que le faculta talar o deforestar el bosque; de igual forma el sujeto que no respetase las condiciones del título habilitante para operar sobre el bosque o la formación boscosa; muy distinto es el caso en que la extracción o explotación del bosque se realice en un área distinta a la permitida o concesionada, ya que se carecería de un título habilitante¹⁰.

Se advierte que las conductas típicas que recoge el legislador en la criminalización primaria del artículo 310, constituyen actos anteriores a los que criminaliza en el artículo 310-A, esto es la tala del bosque u otras formaciones boscosas es una actividad primaria y esencial, para que se puede producir el almacenamiento, acopio, transformación o transporte de productos de productos o especímenes forestales maderables; en consecuencia podría admitirse que el mismo agente sea autor de ambos delitos, vía un concurso Real de delitos, aunque en la práctica, será por lo general una persona distinta el leñador o talador de bosques de quien se dedica a comercializar la especie maderable.

1.3. SUJETO PASIVO

Es la colectividad o sociedad en su conjunto, que puede verse afectada como

⁸Sessano Goenaga, Javier C., “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología del 20/7/02, Madrid, pág. 7.- En el mismo sentido: GARCIA CAVERO, Percy en Derecho Penal Económico parte especial volumen II pág.950- 951 2da. Edición Mayo 2015 editorial Instituto Pacifico S.A.C.; resaltando desde el punto de vista funcionalista “... que el sistema penal no es mantener la estabilidad del medio ambiente natural en los aspectos antes referidos, pues la imposición de una pena no revierte el daño producido por un delito ambiental. Al derecho penal le corresponde mantener la vigencia social de la norma que exige una explotación sostenible de los recursos naturales”

⁹ Sánchez Melgar, J., “La jurisprudencia penal en materia medioambiental”, en *incidencia medioambiental y derecho sancionador*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 54.

¹⁰.- En el mismo sentido: GARCIA CAVERO, Percy en Derecho Penal Económico parte especial volumen II pág. 967 2da. Edición Mayo 2015 editorial Instituto Pacifico S.A.C.

consecuencia de los efectos perjudiciales de las conductas típicas bajo comentario. En algunos casos la víctima o perjudicado directo con dichas conductas típicas, será la persona que ostenta el título habilitante¹¹. Sin embargo en la praxis judicial, por “razones prácticas u operativas” se estila colocar como agraviado al Estado; esto en razón de que el Ministerio Público no puede ser “juez y parte” en el proceso penal, ya que el Ministerio Público, representa en Juicio a la sociedad según su Ley Orgánica; ese es el motivo por la cual en las disposiciones Fiscales o Resoluciones Judiciales, se notifica al Procurador Público en asuntos ambientales en representación del Estado; quien es nombrado por el Ministerio del Ambiente.

1.4. OBJETO MATERIAL

Lo constituyen los bosques o formaciones boscosas, conceptos normativos que nos obligan a recurrir a la ley penal en blanco; en este caso a la ley de Flora y Fauna Silvestre Nro. 29763 del 22 JUL 2011 y su Reglamento para la Gestión Forestal aprobado mediante DS. Nro.018-2015-MINAGRI, del 30 SET 2015; donde se establece que son Unidades de ordenamiento forestal: Los Bosques de Producción permanente, Bosques locales, Bosques de Reserva, Bosques protectores, Bosques en tierras de comunidades campesinas y nativas y Bosques en predios privados. El Reglamento de Gestión Forestal establece que Bosque es: “un ecosistema en que predominan especies arbóreas en cualquier estado de desarrollo, cuya cobertura de copa supera el 10% en condiciones áridas o semiáridas o el 25% en condiciones más favorables”; Bosque Primario; es un bosque con vegetación original caracterizado por la abundancia de árboles maduros con especies del dosel superior o dominante, que ha evolucionado de manera natural; Bosque secundario, es un bosque de carácter sucesional, surgido como proceso de recuperación natural de áreas en las cuales el bosque primario fue retirado como consecuencia de actividades humanas o por causas naturales; Bosque artificial; es aquel donde el hombre ha intervenido en su nacimiento o repoblación. Se le llama también plantación forestal¹².

El tipo penal derogado protegía además de los bosques a “*otras formaciones vegetales naturales o cultivadas que están legalmente protegidas*” mientras que el actual ha suprimido estas últimas y ha incluido a las “*formaciones boscosas*”. Como es obvio, una formación vegetal es mucho más amplia que una formación boscosa, dado que tanto el bosque como la formación boscosa se refieren a tierras con cubierta arbórea...Esto significa que, al excluirse las formaciones vegetales, han quedado fuera de protección penal algunos tipos de asociaciones vegetales de productos forestales diferentes a la madera como los juncuales, o totorales; o los pastizales naturales protegidos de la ignición por la ley 25268¹³

En cuanto al término formación boscosa, este no abarca a toda plantación forestal

¹¹ Es un instrumento otorgado por la autoridad forestal y de fauna silvestre, que permite a las personas naturales o jurídicas el acceso a través de planes de manejo, para el aprovechamiento sostenible de los bienes forestales y de fauna silvestre y los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre.

¹² Plan nacional de reforestación aprobado por RS. 002-2006-AG, anexo 6 Glosario de términos.

¹³ ANDALUZ WESTREICHER, Carlos: “Manual de Derecho Ambiental” editorial iustitia 4ta. Edición 2013 Lima Perú, pág. 772.

(formación boscosa artificial), sino a las plantaciones forestales propiamente dichas, es decir aquellas que cuentan con rodales, entendiéndose por tal a la agrupación de árboles de manejo u otras plantas que ocupando una superficie de terreno determinada. Es suficientemente uniforme en su especie, edad, calidad o estado, para poder distinguirlo del bosque arbolado que lo rodea; este concepto no incluye por lo tanto, a las plantaciones forestales en linderos, en cortinas rompe vientos, cercos vivos, bermas, etc.¹⁴

Cabe aclarar que la ley de flora y fauna silvestre 29763, no considera a las plantaciones forestales en predios privados Patrimonio Forestal de la Nación; pero si considera a las plantaciones forestales en tierras del Estado Patrimonio Forestal de la Nación, conforme al artículo 4to inciso “d” y al artículo 5to. Inciso “b” de la mencionada ley¹⁵; las plantaciones forestales en tierras de propiedad privada se rigen por el DS.017-2014-MINAGRI del 03 OCT 2014; que dispone en su artículo 3 que el establecimiento y manejo de plantaciones forestales en tierras de propiedad privada, así como su aprovechamiento, no requieren de aprobación por la autoridad forestal y de fauna silvestre competente del plan de establecimiento, ni del plan de manejo forestal y no están sujetas al pago por derecho de aprovechamiento; solo se sujetan a las normas del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental (SNEIA) en lo que resulte aplicable; En consecuencia el objeto material de la acción, recae, en bosques naturales, bosques artificiales en tierras de dominio público (plantaciones forestales) y formaciones boscosas.

Significando que la octava disposición complementaria final del Reglamento para la Gestión Forestal DS.Nro.018-2015-MINAGRI de la ley de flora y fauna silvestre 29763; establece que todas las especies de flora silvestre constituyen patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación, las mismas que se encuentran protegidas por la legislación nacional, siendo de especial interés para el Estado las especies incluidas en la clasificación oficial de especies de flora silvestre categorizadas como amenazadas o en convenios internacionales, así como las especies categorizadas como casi amenazadas o como datos insuficientes o si es endémica. Esa es la razón por la cual el legislador ha criminalizado mediante el D. Leg. 1237 la modificatoria del Artículo 310 numeral 8 del CP. Como una figura agravada de los tipos penales 310 y 310-A a los productos o especímenes forestales maderables protegidos por la legislación nacional; esto es a los especímenes forestales que se encuentran comprendidos en la convención sobre comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre, CITES (Washington, 1973). O la clasificación de especies amenazadas según la Unión Internacional para la conservación de la Naturaleza (UICN) a la que se afilia el legislador peruano, conforme es de verse del artículo 139 del reglamento de la ley de flora y fauna

¹⁴ ANDALUZ WESTREICHER, Carlos: “Manual de Derecho Ambiental” editorial iustitia 4ta. Edición 2013 Lima Perú, pág. 770.

¹⁵ Artículo 11 de la ley 29763, Plantaciones forestales (se refiere a los bosques plantados en tierras del Estado); son ecosistemas forestales constituidos a partir de la intervención humana mediante la instalación de una o más especies forestales nativas o introducidas, con fines de producción de madera o productos forestales diferentes a la madera, de protección, de restauración ecológica, de recreación, de provisión de servicios ambientales o cualquier combinación de los anteriores.

silvestre¹⁶

En la legislación nacional existe el D.S. Nro.043-2006-AG que determina las especies en peligro y las modalidades de conservación de recursos de flora; y el DS.Nro.004-2014-MINAGRI de fauna.

En consecuencia a partir de la fecha todo comportamiento típico penalmente relevante señalado en los artículos 310 y 310-A; que se realice en cualquier bosque natural, artificial o formación boscosa, se encuentra incurso en el tipo base, cuya pena es no menor de 4 ni mayor de seis para el delito contra los bosques o formaciones boscosas y no menor de cuatro ni mayor de siete para el delito de tráfico ilegal de productos forestales maderables; y si el hecho se comete sabiendo que dicha especie forestal está protegida por la legislación nacional; el agente se encuentra incurso en la figura agravada del artículo 310-C numeral 8 cuya pena no será menor de ocho años ni mayor de 10 años de pena privativa de la libertad. Esto es nos hallamos ante un tipo penal cualificado y por ello doloso. Si por el contrario el sujeto que realiza la conducta correspondiente desconoce que está destruyendo, quemando, dañando o talando en todo o en parte bosques o formaciones boscosas protegidas por la legislación nacional; o el agente que adquiere, acopia, almacena, transforma, transporta, oculta, custodia, comercializa, embarca, desembarca, importa, exporta o reexporta productos o especímenes forestales maderables protegidos por la legislación nacional; no procederá la aplicación de la agravante, ya que el agente se encontraría ante un error de tipo.

1.5. COMPORTAMIENTO TIPICO DEL ARTICULO 310 CP.

Es un delito de lesión porque implica un resultado que deberá probarse, es decir el bosque natural o artificial ha sufrido un daño, en todo o en parte, por la acción de destrucción, ignición, daño o tala. Tal daño para que merezca ser evaluado en sede penal, debe ser grave¹⁷ y para establecerlo es necesario analizar aspectos tales como la magnitud del daño y su afectación al ecosistema o a las poblaciones humanas que lo habitan; la relevancia del daño económico; y el valor intrínseco de la especie afectada por ejemplo la Directiva Nro. 009-2002-INRENA-DGFFS, sobre

¹⁶ **Especie en peligro crítico (CR):** una especie o taxón está en peligro crítico cuando enfrenta un riesgo extremadamente alto de extinción en estado silvestre en el futuro inmediato.- **Especie en peligro (EN):** una especie o taxón se considera amenazada de extinción cuando sin estar en peligro crítico, enfrenta un riesgo muy alto de extinción en estado silvestre en un futuro cercano.- **Especie en situación vulnerable (VU):** una especie o taxón se encuentra en situación vulnerable cuando enfrenta un riesgo alto de extinguirse en estado silvestre a mediano plazo o si los factores que determinan esta amenaza se incrementan o continúan actuando.-**Especie en situación casi amenazada (NT):** una especie o taxón se encuentra en situación casi amenazada cuando no satisface los criterios para ser categorizada como en peligro crítico, en peligro, o vulnerable; pero está próximo a satisfacerlos o posiblemente los satisfaga en el futuro cercano.- **Especies con datos insuficientes (DD).** Cuando no hay información adecuada para hacer una evaluación directa o indirecta de su riesgo de extinción basándose en su distribución o condición de la población.

¹⁷ Las conductas típicas señaladas como destruir, quemar, dañar, talar; sino no son graves para la estabilidad del ecosistema, devienen en conductas atípicas.. El artículo 207 establece las infracciones en leves, graves y muy graves y los criterios específicos para la aplicación de las multas son: gravedad de los daños generados, los beneficios económicos obtenidos por el infractor, los costos evitados por el infractor, los costos administrativos para la imposición de la sanción, la afectación y categoría de amenaza de la especie, la función que cumple en la regeneración de la especie, la conducta procesal del infractor, la reincidencia, la reiterancia, la subsanación voluntaria por parte del infractor si es realizada con anterioridad a la notificación de la imputación de infracciones.

mecanismos para la imposición de sanciones establece que son especies forestales de muy alto valor intrínseco la caoba (*Swietenia macrophylla*), el cedro (*Cedrela odorata*), el ishpingo (*Amburanaq cearensis*) y el nogal negro (*Juglans neotropical*). Sin embargo, al mismo tiempo este elemento típico dificultará la aplicabilidad de este precepto, ya que es poco probable que cualquiera de estas conductas realizadas de manera aislada produzca un grave perjuicio para el ambiente y aunque este resultado se produjera, sería muy difícil de demostrar al exigirse (al tratarse de un delito de lesión o resultado) la constatación de la causalidad y la imputación objetiva del resultado a la conducta realizada, Y por otra parte, los problemas de deslinde entre el ilícito penal y la infracción administrativa se van a seguir produciendo en el caso de las conductas reconducibles a la infracción administrativa.

Las conductas delictivas que se incriminan en este artículo son de cuatro clases:

En primer lugar el tipo incluye una conducta destructiva de la especie, como es “*destruir*” estimamos aquella acción del agente que aniquila, demuele, provoca actos devastadores sobre las especies forestales, quebrando su integridad y armonía estructural.

En segundo lugar “*quemar*” ha de entenderse aquella acción, en mérito de la cual el agente prende fuego sobre las plantaciones boscosas, mediando el empleo de sustancias combustibles.

En tercer lugar “*dañar*” comprende toda aquella conducta que sin destruir por completo los bosques o formaciones boscosas, propicia una afectación significativa en las estructuras boscosas, debilitando su crecimiento y preservación; afectando significativamente los servicios ambientales que prestan los bosques o formaciones boscosas.

Por último la conducta de “*talar*” los árboles o formaciones boscosas, significa ya la acción natural que realizan aquellos que pretenden extraer suficiente material natural para la elaboración de productos madereros. Vía dicho comportamiento, el árbol es cortado, lo que a su vez propicia una pérdida sensible de la retención del agua, incrementándose el nivel de sequedad, lo que en otras palabras desencadena el calentamiento global.

La tala indiscriminada de formaciones boscosas implica la deforestación de los bosques, afectando la integridad de la biodiversidad, lo que en definitiva repercute en la cantidad de oxígeno que el hombre necesita para su existencia vital, es decir, indispensable para la supervivencia de la raza humana¹⁸

La modalidad para el acceso a los recursos forestales, son los títulos habilitantes, que es el acto administrativo otorgado por la autoridad forestal y de fauna silvestre, que permite a las personas naturales o jurídicas el acceso, a través de planes de manejo, para el aprovechamiento sostenible de los recursos de flora y fauna silvestre y los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre. Los títulos habilitantes: las concesiones, permisos y autorizaciones forestales y de fauna silvestre; en función a su ubicación son:

- a) En tierras de dominio público:

¹⁸CABRERA FREYRE, Alonso R. “Los delitos contra el medio ambiente”, editorial Rodhas, primera edición Marzo 2010 Lima-Perú.

- *La concesión forestal*.- es un bien incorporal registrable. Puede ser objeto de hipoteca, así como de disposición a través de la figura de cesión de posición contractual u otros actos acordes a la naturaleza del título. Las concesiones tienen una vigencia de hasta 40 años, periodo que se puede ampliar hasta por 5 años cada vez que un informe de OSINFOR, así lo recomiende. Mediante la concesión forestal, EL Estado, a través de los Gobiernos Regionales otorga, en áreas de dominio público, derecho para el aprovechamiento sostenible de los recursos de flora y fauna silvestre y derecho de uso y disfrute de dichos recursos naturales y en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos extraídos legalmente, así como para todo tipo de actividad forestal, incluyendo según los casos, la producción de madera, de productos forestales diferentes a la madera¹⁹
 - *Contrato de cesión en uso* en bosques residuales o remanentes.- Los titulares de concesiones forestales pueden ceder a terceros su posición contractual. Esta cesión procede en tanto el título habilitante está vigente y la autorice la autoridad regional forestal y de fauna silvestre considerando el estado de las obligaciones, según informe de OSINFOR, y sin el cesionario cumple con los requisitos técnicos y económicos exigidos en el concurso en el cual la concesión fue otorgada.
 - *Resolución del SERFOR* que autoriza la administración del Bosque local.- Los bosques locales se establecen en cualquier categoría de zonificación u ordenamiento forestal en tierras de dominio público, incluidos bosques de producción permanente sobre superficies adecuadas a los objetivos de cada sitio y la demanda de los usuarios.
- b) En tierras de dominio privado.
- *Permiso Forestal en predios privados*.-El aprovechamiento forestal con fines comerciales en bosques naturales en predios privados, requieren de un permiso otorgado por la autoridad regional de flora y fauna silvestre (ARFFS).
- c) En tierras de dominio público o privado, en caso de no contar con alguno de los títulos habilitantes antes mencionados:
- *Autorización para extracción de plantas medicinales*.- La autoridad regional forestal y de fauna silvestre otorga autorización, hasta por 5 años renovables para la extracción con fines comerciales de plantas medicinales y vegetación acuática emergente en bosques y otros ecosistemas de vegetación silvestre, fuera de áreas con títulos habilitantes vigentes. Cuando se trate de especies categorizadas como amenazadas, corresponde al SERFOR emitir la autorización.

El artículo 40 del Reglamento para la gestión forestal de la ley 29763; ley de flora y fauna silvestre, establece 20 actos administrativos que no constituyen títulos habilitantes, entre ellos, la autorización de desbosque, autorización de cambio de uso actual de las tierras a fines agropecuarios en predios privados, autorización para

¹⁹ Vaina de algarroba, castaña, shiringa, palminto, aguaje, ojè, lana vegetal, pijuayo, tara, copaiba sangre de grado, etc.

estudios de exploración y evaluación de recursos forestales, etc.

El OSINFOR, es la autoridad competente para declarar la caducidad de los títulos habilitantes o derechos contenidos en ellos. Constituyen causales de caducidad:

- a) La presentación de información falsa en los planes de manejo a la ARFFS, siempre que esté en ejecución o haya sido ejecutado.
- b) La extracción o movilización de recursos forestales y de fauna silvestre no autorizadas.
- c) El cambio no autorizado del uso de las tierras.
- d) Causar severos perjuicios que pongan en grave riesgo al ambiente y la biodiversidad, de acuerdo con la normativa vigente.
- e) El no pago por derecho de aprovechamiento al cual se encuentra sujeto, dentro de los plazos establecidos en el Reglamento y en el título respectivo,
- f) La realización de actividades distintas a las otorgadas en virtud del título habilitante.
- g) El incumplimiento de los compromisos de inversión acordados para el otorgamiento del título habilitante, en los casos que corresponda, salvo que se demuestre que fue causado por hechos fortuitos o de fuerza mayor.

Los títulos habilitantes o actos administrativos se extinguen por las causales siguientes:

- a) Aceptación de renuncia escrita.
- b) Resolución.
- c) Revocación.
- d) Rescisión.
- e) Declaración de nulidad.
- f) Sanción de paralización definitiva de actividades.
- g) Caducidad.
- h) Incapacidad sobreviniente absoluta.
- i) Extinción de la persona jurídica.
- j) Fallecimiento de la persona natural, salvo se haya realizado la sucesión del título habilitante.

2.- TIPICIDAD SUBJETIVA.

Todas estas conductas exigen dolo, al no existir una cláusula que tipifique el delito imprudente. El dolo debe abarcar todos los elementos del tipo, por lo que, en relación a las conductas, el sujeto debe conocer, al menos de forma eventual que se trata de bosques o formaciones boscosas que no cuentan con permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente, en este caso por SERFOR o ARFFS. Y también que con su conducta está causando un grave perjuicio a la estabilidad del ecosistema. El desconocimiento de cualquiera de estos extremos (error de tipo), determinará la atipicidad de la conducta.

Por lo que se refiere a la antijuricidad, es posible que conductas típicas se encuentren *justificadas* por razones de investigación o para evitar un riesgo mayor por ejemplo la limpieza de la vegetación bajo las líneas de un tendido eléctrico de alta tensión para evitar incendios. En estos casos serán de aplicación el artículo 20 numeral 4 (estado de necesidad) o 20 numeral 8 CP. (Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo). El error sobre la concurrencia de una

causa de justificación se tratará como error de prohibición (artículo 14 C.P.)

En el ámbito de los *concurso*s, resultan interesantes las relaciones concursales que pueden plantearse entre este delito y otros delitos que también afectan al medio ambiente.

Por otro lado la conducta “quemar” puede entrar también en el ámbito de aplicación de los delitos de incendio (Artículo 273 CP).

TRAFICO ILEGAL DE PRODUCTOS FORESTALES MADERABLES (310-A CP)

*“El que adquiere, **acopia**, almacena, transforma, transporta, oculta, custodia, **comercializa**, embarca, desembarca, importa, exporta, reexporta productos o especímenes forestales maderables, cuyo origen ilícito, conoce o puede presumir, será reprimido con pena privativa de la libertad **no menor de cuatro años ni mayor de siete años** y con cien a seiscientos días-multa”*

a) CONSIDERACIONES PREVIAS.

La tala ilegal resulta una mafia de gran envergadura, que cada vez extiende más sus tentáculos en los territorios más fecundos de la Amazonía peruana, y en los frágiles bosques secos de la costa norte del Perú; involucrando un gran número de personas. De forma símil que las mafias de narcotráfico, encontramos dos eslabones del circuito delictivo: Uno orientado a cortar árboles, que vendrían a ser los *leñadores*, quienes protegen su accionar con armas de fuego; encontramos también los individuos asalariados de los denominados *intermediarios*, quienes a su vez transportan la mercadería, confundiéndola con madera de procedencia lícita. Serán finalmente, los capos de estas organizaciones, quienes introducen la madera en las naciones extranjeras, reportándoles sumas importantes de dinero. Como sucede con los cocaleros, al encontrar una fuente de ingresos más ventajosa que otra labor eventual, estas personas (los leñadores forestales) optan por el camino de la ilicitud, por lo que este problema no puede ser enfrentado simplemente por las normas penales, sino también con otros mecanismos de control social (formales)²⁰

El tipo penal constituye un avance notable en la lucha contra la tala ilegal, pero a la vez implica que su efectividad está supeditada al desarrollo de una básica infraestructura: patrulleras fluviales, patrulleros 4x4, mayor número de puestos de control y Gps, vigilancia satelital, radios, incrustación de chips en los árboles, (trazabilidad de la madera), etc. Lo que deberá ser acompañado con el fortalecimiento de las Fiscalías especializadas en materia ambiental (FEMA) y la Policía de protección al ambiente, aumentando el número de sus miembros e incorporando técnicos especialistas, y lo propio con el equipo forense ambiental (EFOMA), perteneciente al Instituto de medicina legal y ciencias forenses del Ministerio Público.

Mediante esta tipificación se pretende cerrar el circuito delictivo, de evitar cualquier espacio de impunidad, según consideraciones político-criminales, sabedores que la industria ilegal de los productores madereros presenta diversos escalones; uno de la tala indiscriminada de árboles, y otro, el que adquiere, almacena transforma,

²⁰ PEÑA CABRERA FREYRE, ob. Cit. Pág. 229.

transporta, acopia, oculta, comercializa, embarca, desembarca, importa, exporta o reexporta productos o especímenes forestales maderables.

Después de la agricultura migratoria y en algunas regiones la minería ilegal, la acción que más daño provoca a los bosques y desincentiva a los agentes económicos que realizan actividad forestal sostenible, es la tala ilegal, y el tráfico de productos forestales maderables sin contar con la documentación oficial respectiva y si bien no cabe duda que la sanción debe recaer en el sujeto que directamente la práctica, esta actividad incluye a otros sujetos con roles claramente diferenciados y que tienen una influencia mayor en la comisión de este ilícito que el propio extractor o transportista, quien no es más que el eslabón más débil de la cadena.

Así encontramos:

- Grupos de pequeños extractores que realizan la tala y transporte de trozas hasta los puertos y centros de acopio principales.
- Habilitadores o financistas que facilitan dinero o víveres y enseres a los pequeños extractores ilegales o que compran la madera de origen ilegal.
- Empresas que facilitan los recursos económicos a los habilitadores para que acopien el volumen de comercio interno o externo comprometido.
- Funcionarios corruptos de la autoridad forestal que permiten la emisión fraudulenta de las Guías de Transporte Forestal, su “ruleteo” o el transporte sin tales guías. Muchos son cómplices de la emisión fraudulenta de GTF por los concesionarios, pues no verifican la correspondencia de lo consignado con la madera realmente extraída de la concesión en función al respectivo Plan Operativo Anual. Otros lo son por aprobar Planes Generales de Manejo Forestal y Planes Operativos Anuales manifiestamente falseados para simular mayor densidad forestal a efectos de permitir “legalizar” madera obtenida fuera de concesiones.
- Otros funcionarios públicos corruptos (policías, aduaneros, fiscales, jueces, etc.)
- Profesionales de las Ciencias forestales que formulan Planes Generales de Manejo Forestal y Planes Operativos Anuales fraudulentos.
- Intermediarios o testaferros que han obtenido concesiones forestales con el ex profeso fin de emitir Guías de Transporte Forestal para “legalizar” madera de origen ilegal.
- Propietarios de tierras de uso agrario o Comunidades Nativas, en las que existen especies forestales naturales, que gestionan permisos de extracción que se usan para transportar la madera ilegal procedente de otras áreas.

El tipo penal abarca pues, la cadena de comercialización de madera, desde el talador, pasando por el habilitador hasta el exportador, en un esfuerzo por impedir el “*blanqueo*” de la madera y solo bastará la presunción del origen ilícito de la madera para comprometerse con este delito.

b) Análisis de tipicidad

El delito de tráfico ilegal de productos forestales maderables; elevando la pena mínima de tres años a cuatro años de pena privativa de la libertad, en ambos tipos penales; de igual forma en el delito de tráfico ilegal de productos forestales maderables incorpora el verbo “*acopiar*” y en lugar del verbo “*vender*” lo reemplaza por el verbo “*comercializar*”; eliminando la frase: “*protegidos por la legislación nacional*”; derogando la parte in fine del artículo 310-A del CP.

Al ser un delito común, autor puede ser cualquier persona (*“el que...”*) Sujeto pasivo es la colectividad, ya que al tutelarse como objeto del delito los **productos o especímenes forestales maderables** (se entiende provenientes de los bosques o formaciones boscosas), se está tutelando finalmente un bien jurídico de naturaleza difusa (estabilidad eco sistémica).

No obstante, como advertimos al analizar el tipo básico, puede darse el caso que exista una superposición típica entre esta sub- modalidad y la modalidad básica (Art. 310) en el caso que se trate de la misma persona que realiza la deforestación y a la vez, comercializa el producto forestal; en cuyo caso nos encontraremos ante un concurso real de delitos.

Ahora bien, el tipo penal alcanza también al hombre de atrás (autor mediato) y al propio financista de estas operaciones; que ahora el legislador ha creído conveniente incorporarlo como una figura agravada en el artículo 310-C numeral 4 parte in fine cuando establece: *“4.- Financie o facilite la comisión de estos delitos cuya pena será no menor de 10 años ni mayor de 12 años.*

Con respecto al financista, ya hemos puesto de relieve que se trata de un cómplice primario y no un autor, ya que su contribución resulta esencial para la perpetración del hecho delictivo; no sucede lo mismo con el que *dirige u organiza* este tipo de actividades ilícitas, quien será el autor mediato, y quien además ahora con la modificatoria del D. Leg. 1237 establece también como figura agravada prevista en el artículo 310-C segundo párrafo numeral 1 que: *“1.- El agente actúa como integrante de una organización criminal²¹; igual sucede si el autor causa lesiones graves o muerte durante la comisión del hecho delictivo o a consecuencia de dicho acto, o si el hecho delictivo se realiza para cometer delitos tributarios, aduaneros y de lavado de activos.”*

Con respecto la tipicidad subjetiva, se exige dolo en la conducta del agente. En este aspecto, resulta lamentable la redacción normativa de este tipo penal cuando hace mención a actividades sobre productos o especímenes forestales maderables, *“cuyo origen ilícito conoce o puede presumir”* Situación que de *lege ferenda* debe corregirse; pues conforme lo pone de relieve muy acertadamente el desaparecido penalista peruano PEÑA CABRERA, Raúl²², citando al argentino Ricardo Núñez, *“Es menester destacar que en el caso que el autor admita que el resultado presumido tenga la probabilidad que ocurra y no obstante esta probabilidad desprecie esta advertencia y siga adelante, nos encontramos ante dolo eventual. En cambio, el deber de presumir algo sólo puede conducir a un obrar culposo ya que al no haberlo hecho, únicamente indica ligereza o descuido de proceder”* Y es que, resulta criticable que para la configuración de este delito sea suficiente con la simple presunción de la proveniencia ilícita de los productos o especímenes forestales maderables, puesto que en la gran mayoría de casos podría realizarse tal presunción, lo que elimina cualquier garantía para los ciudadanos.

²¹ Esta agravante fue introducida por la ley 30077 Ley de lucha contra el crimen organizado vigente desde el 01 JUL 2014

²² PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte especial. Ediciones jurídicas, Lima, 1995. Tomo II-A. Pág. 261.

Si estamos hablando de un estado presuntivo acerca de un deber de cognoscibilidad, lo que arribamos es a una infracción de ciertos deberes que, solo puede configurar un delito culposo. En otras palabras, como explica CABRERA FREYRE²³, lo que se reprime es la infracción del deber, de la debida diligencia, por no haberse informado adecuadamente acerca de la procedencia del bien; si estamos ante un deber cognoscitivo, que no puede ser identificado a un nivel virtual de conocimiento, concluimos que se ha incluido subrepticamente la modalidad culposa, en franca contravención a los artículos 11º y 12º de la PG del CP.

Con respecto al dolo directo, el desconocimiento de dicha licitud, nos genera un error de tipo, de acuerdo a la descripción del tipo penal, donde la licitud se constituye en un elemento normativo del tipo penal; ya que, como veremos más adelante, será la autoridad administrativa la encargada del inventario, catastro, y registro oficial de los recursos forestales; siendo a la vez, la encargada de la publicación de la información de manera oportuna y eficaz.

La exoneración de pena por la diligencia razonable, basada en información favorable por parte de la Administración, ha sido también derogada porque como expone claramente CABRERA FREYRE, nos encontramos ante una *causal de exoneración de responsabilidad penal*, venida a más por criterios de imputación objetiva, en lo que respecta a la delimitación de ámbitos de responsabilidad, en el sentido que el disvalor de la conducta, obedece a una actuación defectuosa atribuible únicamente a la esfera de competencia de la Administración. Empero, no estaríamos en tal supuesto, si de las investigaciones se comprueba que hubo un acuerdo ilegal con el funcionario público para la expedición del acto administrativo²⁴. Con la anterior redacción del tipo penal, se prestaba a que ciertos funcionarios del ex Inrena se prestaran a corruptelas, ya que una vez intervenido el traficante de madera en cualquiera de las conductas delictivas antes descritas, por la Policía Nacional conjuntamente con la Fiscalía especializada en materia ambiental, trataban de conseguir la Guía, de transporte forestal con fecha anterior a la intervención policial o fiscal y sostenían que se había olvidado o argumentaban que la Policía no les requirió oportunamente la Guía de Transporte forestal, presentando dicho documento incluso en el proceso penal con la finalidad de exonerarse de responsabilidad.

Asimismo, al hacerse mención en el tipo penal sub exámine, sobre el “origen ilícito” de estos especímenes o productos forestales; se entiende que la comercialización debe ser realizada sin contar con los permisos, autorizaciones, concesiones, etc., otorgadas por autoridad forestal competente; por lo que esta sub-modalidad debe remitirse al tipo básico (Art. 310 del CP), en dicho extremo.

²³ CABRERA FREYRE, ob. Cit. Págs. 208-209.

²⁴ CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Los delitos contra el medio ambiente. Ob. Cit. Pág. 244-245. Quien agrega “El precepto en cuestión, no condiciona la admisión de esta exención de responsabilidad, a la declaratoria de Nulidad del Acto Administrativo, lo cual resulta contrario a la valoración de este enunciado, siendo la presunción de validez, una propiedad inherente a toda resolución administrativa. Por consiguiente, las consecuencias nulificantes del Acto Administrativo, es un presupuesto necesario, para la procedencia de la exención punitiva”

Asimismo, nos encontramos ante un tipo penal en blanco, esquematizado bajo la expresión “*productos o especímenes forestales maderables*” es decir, se establece como objeto material dichos productos forestales en específico, que son objeto de acopio, almacenamiento, comercialización y tráfico ilícito por parte del sujeto activo; conceptualización que debe remitirse a la normativa extrapenal.

En tal sentido, el reglamento de la Ley forestal y de Fauna silvestre (Dec. Supremo 018-2015-MINAGRI) en su artículo 5 (definiciones) glosa los siguientes términos:

- **Producto forestal.**- Todos los componentes aprovechables de Los recursos forestales extraídos del bosque, asociaciones vegetales y/o plantaciones.
- **Producto forestal al estado natural.**- Todo ejemplar de flora maderable o no maderable, vivo o muerto, entero o en partes, y que no han sufrido ningún proceso de transformación.
- **Producto forestal elaborado.**- Piezas, partes y productos terminados resultantes de la transformación de productos forestales maderables; y otros productos del bosque obtenidos de los procesos de transformación primaria.
- **Producto forestal maderable.**- Madera, así como los productos y derivados que se obtengan de la transformación de ésta.
- **Producto forestal diferente a la madera.**- Todo material biológico de flora diferente a la madera que puede ser extraído del bosque, para su aprovechamiento.
- **Producto forestal terminado.**- Producto forestal que no requiere de más procesamiento para su uso final.
- **Producto forestal transformado.**- Son aquellos productos obtenidos de procesos de transformación para su comercialización, así como los provenientes de viveros o plantaciones forestales.

Según WESTREICHER²⁵, la mayoría de personas piensa que el producto forestal es únicamente la madera, pero el bosque nos ofrece también otros productos forestales que son diferentes a la madera, como las plantas, frutos, semillas, vainas, aceites, látex, tallos, cortezas, hojas, raíces, flores, inflorescencias, etc.; esos son los otros bienes que brindan los bosques de producción a que se refiere la LFFS.

Según el artículo 27. 1 de la LFFS- Ley Forestal y de Fauna silvestre (29763) son bosques de producción las superficies boscosas que por sus características bióticas y abióticas son aptas para la producción permanente y sostenible de madera y otros servicios forestales.

Finalmente, las conductas típicas “exportar”, “importar” y “reexportar” e inclusive “comercializar” por ser actos complejos y que requieren un entramado de relaciones sociales; pueden devenir en un delito tentado. No sucede lo mismo con los otros verbos rectores (almacenar, transportar, custodiar, acopiar, ocultar. transformar, desembarcar, adquirir) que al constituir formas delictivas de mera actividad, no admiten la tentativa.

²⁵ ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. Manual... Ob. Cit. Pág. 249. Resulta interesante la casuística de productos forestales que expone este autor.

No podemos terminar el comentario sobre este precepto, ya que al haber sido derogado la frase: “protegidos por la legislación nacional”, ahora el imputado no podrá aducir que desconocía si los especímenes o productos forestales maderables estaban protegidos o no por la legislación nacional de las conductas delictivas descritas en el tipo penal; máxime si el legislador ha criminalizado dicho comportamiento no solo con dolo directo, sino con dolo eventual, por lo que basta que el agente conocía o podía presumir el origen ilícito, de adquirir, acopiar, almacenar, transformar, transportar, ocultar, custodiar, comercializar, embarcar desembarcar importar exportar o reexportar productos o especímenes forestales maderables, para que se configure el delito.

**UNIDAD V: PRINCIPALES PARTICULARIDADES DEL PROCESO
PENAL AMBIENTAL**

1) GARCIA CAVERO, Percy, Derecho Penal Económico-Parte Especial, Tomo II, Instituto Pacifico, Lima, 2015, p.1050 – 1058.

INSTITUTO PACÍFICO

Percy García Caveró

DERECHO PENAL ECONÓMICO

Parte especial

Volumen II

DELITOS CONTRA EL LIBRE MERCADO

Consumidores, medio ambiente, fraude
financiero y colusión desleal

Segunda edición
completamente actualizada y aumentada



INSTITUTO
PACÍFICO

Primera edición: 2010
Segunda edición: Mayo 2015

DERECHO PENAL ECONÓMICO
Parte Especial
Volumen II

Autor:
Percy García Caveró

Copyright 2015
© Instituto Pacífico S.A.C.
© Percy García Caveró

Diseño, diagramación y montaje:

Georgina Condori Choque
Ricardo de la Peña Malpartida
Diego Camasca Borja
José Carrascal Quispe
Anyela Aranda Rojas
Luis Ruiz Martínez

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C. - 2015
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 332-5766
E-mail: prerensa@aempresarial.com

Tiraje: 7 000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 31501051500497

ISBN : 978-612-4265-31-0

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° : 2015-05645

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

los sujetos individuales y a nivel administrativo a la persona jurídica²³⁰⁸. Es más, la Ley N.º 29263 establece en su primera disposición complementaria que el juez penal puede notificar a la autoridad administrativa competente a fin de que le imponga una multa a la persona jurídica de hasta el doble de los beneficios obtenidos por la actividad ilícita. La falta de identidad de sujeto daría sustento a negar una situación de *bis in idem* y se pueda proceder a un procesamiento simultáneo. A este razonamiento habría que replicar que si bien no existe una situación de doble sanción, está claro que se corre el riesgo de llegar a imponer sanciones con una base fáctica distinta, lo que afecta indudablemente la seguridad jurídica²³⁰⁹. Dado que el Estado debe darle al ciudadano una respuesta unitaria, es necesario que la sanción penal y la administrativa partan del mismo hecho determinado procesalmente, por lo que el procedimiento administrativo sancionador deberá suspenderse hasta que en el proceso penal se determine judicialmente el hecho que sustentaría la imposición de la sanción administrativa.

II. Las cuestiones procesales

1. El actor civil

El carácter colectivo del daño producido por la gran mayoría de los delitos medioambientales suscita el problema procesal de quiénes pueden constituirse como actor civil en el proceso penal para resarcir dicho daño. Si la afectación ambiental se mantiene en un nivel difuso sin repercutir directamente en determinadas personas individuales, el sujeto pasivo será la colectividad representada por alguna institución estatal, como podría ser el Ministerio del Medio Ambiente o alguna otra autoridad medioambiental. Sin embargo, con la finalidad de evitar la dispersión el Ministerio de Justicia ha incorporado dentro de sus procuradores el cargo de Procurador Público Especializado en Delitos Ambientales, a quien le corresponderá defender los intereses colectivos en los procesos por delitos ambientales. Si el daño producido alcanza también a bienes jurídicos de sujetos individuales (salud

2308 Vid., igualmente, en relación con la situación legal en España, FARALDO CABANA, en *Derecho penal del medio ambiente*, Matus (ed.), p. 157; BRANDARIZ GARCÍA, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N.º 7, 2003, p. 170.

2309 Así, SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, p. 71.

individual, por ejemplo), entonces será posible la participación de cada uno de estos sujetos en el proceso penal como actores civiles por su propio derecho²³¹⁰. Dado que el daño no es el mismo en ambos supuestos, el ejercicio de estas pretensiones indemnizatorias no se excluyen entre sí²³¹¹.

En relación con el daño ambiental difuso puede ser que la participación procesal no se haga a través de alguna institución estatal, sino de asociaciones privadas sin fines de lucro, cuya finalidad social es la defensa del interés difuso de gozar de un medio ambiente saludable²³¹². El artículo 94 inciso 4 del CPP abre esta posibilidad al establecer que en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, las asociaciones podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito, siempre que el objeto social de la misma se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito objeto del procedimiento. Importante de destacar es que estas asociaciones solamente podrán tener legitimidad para participar en el proceso siempre que respondan a los intereses colectivos afectados por el delito.

2. La prueba

Uno de los temas procesales de mayor dificultad en los delitos ambientales es la prueba de la incidencia de la acción típica en el medio ambiente²³¹³, muy especialmente en los delitos de contaminación. En estos delitos se requiere probar primeramente que la acción contaminante recae sobre un elemento natural y, en segundo lugar, que tal contaminación tenga la aptitud para perjudicar el medio ambiente (modalidad de peligro abstracto) o haya creado todas las condiciones para dañar, perjudicar o alterar negativamente el medio ambiente o sus componentes (modalidad de peligro concreto)²³¹⁴. Dado que los cambios negativos en el medio ambiente se deben a un proceso

2310 Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La contaminación ambiental*, p. 208.

2311 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente*, p. 96

2312 Vid., LAMADRID UBILLÚS, *El Derecho penal ambiental*, p. 392. Muestra sus dudas sobre esta posibilidad, SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, p. 149.

2313 Vid., LAMADRID UBILLÚS, *El Derecho penal ambiental*, p. 423.

2314 Vid., igualmente la necesidad de diferenciar el delito de peligro abstracto y el delito de peligro concreto para delimitar el objeto de prueba, FRIGOLS I BRINES, en *Temas actuales de Derecho Penal*, p. 514.

complejo que no se reduce a uno o pocos factores de incidencia, resulta necesario probar de forma cierta que la conducta concreta es idónea o ha generado concretamente una condición necesaria para producir dicho cambio. De lo que se trata es de acreditar la base fáctica sobre la que se harán las valoraciones jurídicas de carácter ambiental (apoyados en el informe técnico de la autoridad ambiental) y de carácter propiamente penal para determinar la plena realización del hecho delictivo.

Sin negar que el principio de libertad probatoria rige también en estos casos, está claro que los medios probatorios más adecuados para probar los aspectos del hecho antes referidos están relacionados con pruebas técnicas²³¹⁵. En cuanto la vinculación de las sustancias contaminantes contenidas en el elemento natural con la descarga, debe acudir a una pericia que permita acreditar que la descarga contiene los agentes contaminantes detectados en el elemento natural correspondiente. Esto se materializa con el procedimiento de toma de muestras sobre el punto de descarga ubicado²³¹⁶, lo que, si bien no cuenta con una regulación específica en el Código Procesal Penal, puede englobarse dentro de lo que es una prueba pericial²³¹⁷ o, en caso de no existir aún un proceso penal, las pesquisas que permiten comprobar el estado de lugares y recoger elementos materiales útiles. Esta prueba debe ejecutarse con observancia de ciertas exigencias técnicas para su validez, en especial, la representatividad de la muestra y su conservación²³¹⁸. Por su parte, para probar la peligrosidad o el resultado de peligro es preciso la elaboración de una pericia ambiental que, con base en conocimientos especializados muchas veces interdisciplinarios²³¹⁹, permita determinar que la acción contaminante es idónea para afectar gravemente el ambiente o sus componentes o que, en el caso concreto, debió haberlos afectado. Para hacer esta evaluación se debe tomar en consideración, de manera especial, los

2315 Vid., LAMADRID UBILLÚS, *El Derecho penal ambiental*, p. 423.

2316 Sobre lo que se entiende como toma de muestras, vid., VERCHER NOGUERA, *Revista Penal* 4 (1999), p. 85, indicando que va más allá del acto material de tomar la muestra e incluye aspectos como el tipo de envases a utilizar, las personas que intervienen, la temperatura de conservación, el análisis de laboratorio para determinar la composición y contenido, entre otros aspectos.

2317 Igualmente, FRIGOLS I BRINES, en *Temas actuales de Derecho Penal*, p. 536.

2318 Vid., al respecto, FRIGOLS I BRINES, en *Temas actuales de Derecho Penal*, pp. 530 y ss.

2319 Así lo destaca CAFFERATTA, en *6to Encuentro Internacional de Derecho Ambiental*, p. 65.

fenómenos de sinergia, acumulación y adición propios de los procesos de deterioro ambiental²³²⁰.

3. La colaboración eficaz

El artículo 314 D del CP instituye la figura de la colaboración eficaz para los delitos ambientales²³²¹. Esta disposición está dirigida a las personas que se encuentran incluidas en una investigación fiscal o, de manera mucho más general, en el desarrollo de un proceso penal. En cuanto al grado de intervención en el delito, la disposición legal no hace ninguna restricción, por lo que podrá acogerse a la colaboración eficaz cualquier interviniente en el delito²³²². La amplitud del momento procesal utilizado permite que la colaboración eficaz pueda presentarse en cualquier estado del proceso penal, lo que incluye el juicio e incluso las etapas impugnativas²³²³.

Para que exista una colaboración eficaz es necesario que el investigado o imputado por el delito ambiental proporcione información veraz, oportuna y significativa sobre la realización de dicho delito, siempre que la información proporcionada haga posible cualquiera de las siguientes situaciones: a) evitar la comisión del delito ambiental en el que se interviene; b) promover el esclarecimiento del delito ambiental en el que se intervino; c) La captura del autor o partícipes del delito ambiental; o d) la desarticulación de organizaciones criminales vinculadas a la minería ilegal.

Si se produce una colaboración eficaz en los términos antes indicados, lo que procede es una reducción sustancial de la pena para los autores y una exclusión de la pena para los partícipes. En el primer caso no se establece un parámetro para la reducción, por lo que el juez cuenta con una amplia dis-

2320 Sobre estos fenómenos con mayor detalle, CARO CORIA, *Derecho penal del ambiente*, pp. 545 y ss.

2321 Vid., igualmente, REÁTEGUI SÁNCHEZ, en *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera*, Caro/Reyna (coord.), p. 268; PEÑA CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente*, p. 315.

2322 De manera mucho más restrictiva, PEÑA CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente*, p. 318, exige que se trate del miembro de una organización criminal constituida para cometer delitos ambientales.

2323 Por el contrario, REÁTEGUI SÁNCHEZ, en *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera*, Caro/Reyna (coord.), p. 269, limita el beneficio hasta antes de la sentencia.

creción que puede llevar la pena concreta hasta por debajo del marco penal mínimo previsto para el delito cometido. Sin embargo, el mismo artículo 314 D del CP establece que el beneficio por la colaboración eficaz debe ser concedido por el juez con criterio de objetividad y previa opinión del Ministerio Público. Un criterio central a tener en cuenta es el grado de consecución de los objetivos de la colaboración eficaz. El beneficio se mantiene siempre que no se cometa otro delito doloso y se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 479.2 del CPP.

4. El informe técnico de la autoridad ambiental

El fuerte contenido normativo de los delitos medioambientales hace necesario que se tenga que acudir a la frondosa regulación administrativa del medio ambiente para determinar la conducta penalmente relevante. Muchas veces no resulta fácil la interpretación de dicha regulación por parte de los actores del sistema penal que no cuentan con una formación especializada, lo que se pretende solventar por medio de un informe técnico que debe emitir la autoridad ambiental sobre la normativa ambiental relacionada con el caso concretamente investigado. Este informe tiene que ser evaluado por los órganos de persecución penal al momento de decidir la relevancia penal del hecho materia de investigación. Dada su finalidad de esclarecer el sentido interpretativo de la regulación especializada en materia ambiental, el informe técnico no puede ser tomado como un elemento de prueba²³²⁴, pues no apunta a probar el hecho investigado, sino a ofrecer los criterios adecuados para interpretar dicho hecho desde la perspectiva de la regulación ambiental. Su naturaleza estrictamente jurídica es tan clara que ni el fiscal, ni el juez están vinculados a su contenido.

En un primer momento, el informe técnico se colocó claramente como una condición de procedibilidad de la acción, por lo que el fiscal no podía formular denuncia penal si es que previamente no lo recababa y evaluaba de cara a determinar los indicios suficientes de un hecho penalmente relevante²³²⁵. Puede ser que el retardo en su elaboración y entrega por parte de

²³²⁴ De otro parecer, UGAZ ZEGARRA, en *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera*, Caro/Reyna (coord.), pp. 326 y ss.

²³²⁵ Vid., con mayores referencias, CARO CORIA, *Derecho penal del ambiente*, pp. 377 y ss.; EL MISMO, en *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera*, Caro/Reyna (coord.), pp. 307 y ss.

la autoridad ambiental competente²³²⁶ hizo que la actual regulación penal le haya quitado el carácter de condición de procedibilidad de la acción para convertirlo simplemente en un elemento de juicio que el fiscal debe tener en consideración antes de formular acusación o requerir el sobreseimiento²³²⁷. En efecto, el artículo 149 de la LGA señala que en las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días, contados desde la recepción del pedido del fiscal de la investigación preparatoria o del juez, bajo responsabilidad. Dicho informe deberá ser meritulado por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente.

Dada la existencia de diversas autoridades ambientales con ámbitos de competencia diferenciados, el D.S. N.º 004-2009-MINAM establece, reglamentando el artículo 149 de la LGA, que la elaboración del informe técnico le corresponde a la autoridad ambiental sectorial, sus organismos adscritos, los gobiernos locales y regionales, así como los organismos reguladores o de fiscalización competentes en la materia objeto del proceso penal en trámite. Sin embargo, para evitar cualquier duda sobre la autoridad ambiental competente, este mismo reglamento indica que si existe más de una autoridad ambiental competente, el fiscal solicitará el informe al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), quien podrá emitir el informe o derivarlo de inmediato a la autoridad que considere competente.

En cuanto al contenido del informe, hay consenso en señalar que el informe técnico se debe limitar a esclarecer la normativa ambiental que eventualmente se habría infringido en el caso concreto, lo que resulta razonable en un tipo penal configurado con una dosis fuerte de accesoriedad admi-

²³²⁶ Vid., esta crítica ya en CARO CORIA, *Derecho penal del ambiente*, p. 380.

²³²⁷ Vid., UGAZ ZEGARRA, en *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera*, Carol Reyna (coord.), p. 326; ÁLVAREZ DÁVILA, *Ita Ius Esto*, 8ª ed., 2012, p. 95. Por el contrario, en una interpretación que ciertamente se encuentra reñida con el tenor legal, PEÑA CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente*, pp. 111 y ss., sostiene que será el fiscal el que discrecionalmente decidirá si solicita a la autoridad ambiental correspondiente la evacuación de un informe técnico.

nistrativa. Sin embargo, también resulta indiscutido que sus conclusiones no son vinculantes para el representante del Ministerio Público²³²⁸, es decir, que no se excluye una interpretación divergente por parte del fiscal y, dado el caso, hasta del propio juez penal. Por ello, no es correcta la crítica que se hace a los informes técnicos en el sentido de constituir una arrogación indebida de la facultad exclusiva de los jueces de interpretar las leyes penales²³²⁹. El informe técnico es simplemente instructivo, de ninguna manera vinculante.

5. La imposición de medidas cautelares

El artículo 314 C del CP regula la posibilidad de que el juez disponga diversas medidas cautelares en el proceso penal por un delito medioambiental. En primer lugar, admite la posibilidad de que el juez decida la suspensión inmediata de la actividad contaminante, extractiva o depredatoria. El tenor abierto de estas medidas cautelares permite que se pueda tomar cualquier medida idónea, lo que podría alcanzar a aquellas que suponen una intervención activa en la recuperación del medio ambiente por parte de los procesados²³³⁰. Pese a que el dispositivo legal en mención no establece como requisito para la adopción de las medidas cautelares antes indicadas que sea el Ministerio Público el que las solicite, parece claro que, en un proceso acusatorio en el que es el fiscal el que tiene a cargo la investigación penal, le corresponderá a este solicitar al juez las medidas cautelares que estime convenientes²³³¹. Solamente en el proceso penal sometido al viejo Código de Procedimientos Penales inspirado en el modelo inquisitivo, podrá el juez de la instrucción tomar las medidas cautelares por sí mismo²³³². Su labor de investigación le dará los elementos de juicio suficientes para tomar la decisión de impedir cautelarmente la eventual continuidad delictiva.

2328 Vid., CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 55 (2014), p. 155; ALCÓCER POVIS, en *20 años*, Pariona (dir.), p. 525.

2329 Tal crítica la ha hecho en nuestra doctrina penal CARO CORIA, *Derecho penal del ambiente*, p. 379; EL MISMO, en *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera*, Caro/Reyna (coord.), p. 309.

2330 Así, LAMADRID UBILLÚS, *El Derecho penal ambiental*, p. 409.

2331 Igualmente, ALCÓCER POVIS, en *20 años*, Pariona (dir.), pp. 548 y s.

2332 Así, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La contaminación ambiental*, p. 193; PEÑA CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente*, p. 310.

El segundo párrafo del artículo 314 C del CP señala que el juez procederá a la incautación previa de los especímenes presuntamente ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del presunto delito. En los casos de urgencia, podrá el fiscal excepcionalmente ordenar la incautación, bajo condición de pedir inmediatamente la confirmación judicial²³³³. Si bien la incautación puede responder a una finalidad probatoria o a una finalidad de decomiso, el tipo de bienes al que el dispositivo legal hace referencia es claramente de los que son pasibles de decomiso: los objetos e instrumentos del delito. En relación con los especímenes ilícitos incautados, el dispositivo legal señala que la sentencia condenatoria puede disponer dos cosas: su entrega a una institución adecuada según recomendación de la autoridad competente o, si ello no corresponde, su destrucción. En lo que es categórico el artículo 314 C del CP es en la improcedencia absoluta de la devolución al encausado de los ejemplares ilícitos incautados.

Con la finalidad de viabilizar las medidas de investigación en el caso de flagrancia delictiva, el artículo 314 C del CP contempla también la posibilidad de que el juez ordene, a solicitud del Ministerio Público, el allanamiento o descerraje del lugar donde presuntamente se estuviere cometiendo el ilícito penal. El término “presuntamente” establece la necesidad de que existan elementos de convicción fundados de que el delito se está cometiendo en el lugar, y en virtud de los cuales el juez autoriza el allanamiento o descerraje. De no darse estos elementos de convicción, la medida cautelar será ilegítima y, por lo tanto, podría discutirse su validez probatoria incluso aunque efectivamente se estuviese cometiendo un delito. Lo usual es que esta autorización judicial contemple también la posibilidad de incautar los especímenes ilícitos o los instrumentos del delito encontrados.

De manera general, el primer párrafo del artículo 314 C del CP establece la posibilidad de que el juez penal disponga otras medidas cautelares que correspondan. Dentro de ellas cabe incluir sobre todo la imposición cautelar de las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas. Si bien el Código Procesal Penal de 2004 establece de manera explícita la posibilidad de adoptar durante el proceso penal medidas de carácter cautelar en relación con las consecuencias accesorias, la existencia de esta disposición en el capí-

2333 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente*, p. 312.

tulo de los delitos contra el medio ambiente puede explicarse en el hecho de que, al momento de su aprobación, el referido texto procesal no contaba con una vigencia general en todo el país. No existiendo una regulación general de las medidas cautelares de consecuencias accesorias en el Código de Procedimientos Penales, resulta razonable que el legislador penal lo haya hecho de manera específica para los delitos contra el medio ambiente.