



**UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**

**“CUESTIONES DEL *IUS PUNIENDI* AMBIENTAL EN EL
ESCENARIO DE LA PREVENCIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO”**

**GRANADA-ESPAÑA
MARZO 2015**

Editor: Universidad de Granada.Tesis Doctorales
Autor: Virginia de Medeiros Francilaide Campos
ISBN: 978-81-9125-080-7
URI: <http://hdl.handle.net/10481/40028>

**“CUESTIONES DEL *IUS PUNIENDI* AMBIENTAL EN EL
ESCENARIO DE LA PREVENCIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO”**

Tesis doctoral presentada por D.^a
**Virgínia de Medeiros Francilaide
Campos** bajo la dirección del
Profesor Dr. **D. Miguel Domingo
Olmedo Cardenete.**

**GRANADA-ESPAÑA
MARZO 2015**

“El hombre contemporáneo se enfrenta como depredador de la naturaleza, sin tomar conciencia que, en más o menos medida, forma parte de ella, está acogido por ella, y al desnaturalizarla y alterarla, él mismo se desnaturaliza, altera y traiciona su propia esencia”.

Silvia Jaquenod de Szögön

Dedicatoria

A mis amados padres, **Francisco Francilaide Campos** y **Maria Ângela de Medeiros Campos** por estar conmigo en todas las batallas que he enfrentado en mi vida. Porque son las personas que más amo en este mundo, merecedoras de todo mi respeto, admiración y orgullo. Por la infinita dedicación, paciencia y bondad, por regalarme siempre el amor más profundo. Por soñar conmigo, siendo testigos de cada paso dado, pues siempre estuvieron caminando junto a mi.

Agradecimientos

Agradezco primeramente a **Dios** y a mi **ángel de la guardia** por tener estas manos invisibles que me sostuvieron y que me apoyan en los momentos difíciles, por luchar conmigo en cada cruzada, siempre iluminándome con paciencia, resignación, y mucha fe. Mi inmensa gratitud por toda la protección y bendiciones brindadas.

A mi tía abuela **Ângela Cavalcanti do Amaral** (*in memoriam*) agradezco por todo lo que amorosamente me enseñó desde que era niña, sus consejos y palabras ciertas sobre la vida, éstas que me han inspirado y acompañarán para siempre. Agradezco a ti, mi querida, por todo lo que significas para mi. Sé que puedes ver, de donde estés, que yo he crecido, he superado muchas contiendas siempre acompañada de un buen sentimiento llamado “saudade”.

A mi amado, prometido y futuro esposo **Israel Ortiz Villar**, regalo que Granada tenía para entregarme en el año de 2009. Donde nuestro amor nació fuerte, dulce y maravillosamente bello. Agradezco por todo lo que representas en mi vida, por ser mi compañero, mi mejor amigo, mi confidente, por haberme escuchado en los momentos más difíciles, por nuestra sintonía indescriptible, por ser únicos, verdaderos y mantener latente la eterna búsqueda por la realización de nuestros sueños. Nosotros sabemos que conquistaremos todo lo que deseamos, porque ostentamos la superación y la alegría clavadas en nuestra mente y en nuestros corazones.

A mis hermanos, **Christine de Medeiros Francilaide Campos Lucena** y **Ângelo de Medeiros Francilaide Campos**, los testigos más fieles de mi vida. Mi inmensa gratitud por el amor, apoyo y comprensión; por todos los abrazos y palabras de ánimo, por todas los momentos llenos de alegría. Agradezco por estar conmigo en la realización de un sueño más, sueño que no es solo mío, es nuestro.

A mis sobrinos, **Felipe Campos Lucena** y **Mariana Campos Lucena** que en un mundo muy pueril, entre canciones y nuevas palabras aprendidas pudieron decirme: “te amo, tía Bibi”. Por me enseñaren un mundo distinto, en el que todo puede ser más fácil, más sencillo, más colorido y más feliz. Donde he podido alimentarme de este amor puro y quererles más cerca, con tanta fuerza, que me ha servido de motivación para seguir adelante, soñando con el día de regresar definitivamente para apenas escuchar al tocar el timbre, esta vez sin despedidas: “tía Bibi, chegou!”.

A mi cuñado **José Lucena da Costa Neto**, hermano de corazón, doy las gracias por sus consejos, preocupación, afecto y amistad.

A mi director de tesis **Dr. Miguel Domingo Olmedo Cardenete**, por su tranquilidad, paciencia en los momentos difíciles y amistad. Por su admirable compromiso y grandeza como profesional de la Ciencia del Derecho Penal.

A mi orientador académico **Dr. Marcelo Dias Varella**, por haber indicado el camino. Por la motivación que recibí para hacer este doctorado, por su atención, apoyo y amistad.

A mis padrinos **Lycurgo Nunes Terceiro** y **Fênix Serália Galvão Nunes** mi inmensa gratitud por el amor que siempre me han regalado. En especial, a mi padrino, por ser el ejemplo de un hombre recto, dedicado a la Ciencia Jurídica y a la compleja labor de juzgar.

Agradezco a mi **familia Campos** y **Medeiros**, tíos y tías, primos y primas, por acompañarme en este sendero con el único sentimiento de verme feliz y profesionalmente realizada.

A mi querida suegra **Neri Ortiz Villar** por sus cariñosas palabras, oraciones e inmenso deseo de siempre verme feliz.

A mis queridas amigas **Lis Helena Aschermann Keuchegerian**, **Cristiane Aparecida Silva de Souza**, **Elisa Ulbricht Silbernargel**, **Claudia Rose Neiman**, **Jacquelyne Guadalupe Astacio Cabrera**, **Beatriz Soler Rodríguez**, por que sin ustedes, mis días hubieran sido todavía más pesados. Doy las gracias por la amistad de cada una, por las palabras de ánimo, por los pensamientos positivos, por todo lo que representan en mi vida.

Por ultimo, un agradecimiento a la adversidad, que cada vez que se manifestaba en cualquiera de sus formas, solo contribuía a que me hiciera más fuerte y más sabia.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	7
INTRODUCCIÓN.....	14
ABREVIATURAS.....	19

PRIMERA PARTE

ASPECTOS INTRODUCTORIOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO: SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO EN ABSTRACTO Y CON LA CIENCIA PENAL EN PARTICULAR

CAPÍTULO I

EL MEDIO AMBIENTE EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA: OBJETO LATENTE DE PREOCUPACIÓN COMPARTIDA

I. Cuestiones preliminares.....	22
1. La idea de bien común: Un punto de partida para comprender la metamorfosis ambiental.....	29
1.1. Hacía una concepción de: «bien de todos».....	31
1.1.1. El bien común como bien público.....	32
1.1.2. El bien común como bien privado.....	34
1.1.3. El bien común como presupuesto para el desarrollo de la persona...	37
1.1.4. Apostar por un futuro en común: una inversión rentable.....	38
2. El medio ambiente: su acepción.....	44
3. El medio ambiente frente a una sociedad de riesgo.....	52
3.1. Distribución de las sustancias nocivas en el medio ambiente y situaciones de riesgo.....	57
3.2. La conciencia pública del riesgo: dificultad de la experiencia de segunda mano.....	59
3.3. Una perspectiva: medio ambiente y sociedad.....	61

4. La interacción entre el Derecho y el medio ambiente: ¿comienzo de una necesaria protección al ente ambiental?.....	64
4.1. Sobre el concepto de Derecho Medioambiental.....	65
4.2. Características del Derecho Ambiental.....	69
4.3. Principios rectores del Derecho Ambiental.....	75
4.3.1. Principios estructurales.....	77
4.3.2. Principios funcionales.....	84
II. El Derecho del medio ambiente en el Ordenamiento Español.....	96
1. Los antecedentes legislativos.....	96
2. Aspectos del medio ambiente en la Constitución española.....	98
3. El contenido del Derecho del medio ambiente en la Constitución española.....	103
4. El medio ambiente como interés legítimo universal: matizaciones.....	107
III. La cuestión global y su conquista en el orbe de lo jurídico-político, lo penal y lo ambiental: aliciente para una preocupación compartida sobre el medio ambiente.....	114
1. Configuraciones previas.....	114
2. Globalización y política: una dupla importante para la consolidación de acuerdos transnacionales.....	122
3. Lo global y el Derecho Punitivo.....	127
4. Medio ambiente como objeto de la globalización.....	137
IV. La complejidad de la transformación climática y su repercusión para la humanidad.....	142
1. Las causas primordiales del cambio climático.....	146
2. Los patentes efectos de la contaminación atmosférica.....	149
3. Elementos significativos acerca del cambio climático.....	153
4. Las implicaciones del modelo productivo vigente.....	165
V. Fuentes del Derecho Ambiental: instrumentos jurídicos para atenuar el cambio climático.....	175
1. Fuentes internacionales además de la Unión Europea.....	177
2. Fuentes nacionales: Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales.....	188
3. Los compromisos voluntarios.....	202

CAPÍTULO II

EL BIEN JURÍDICO Y SU CONCURRENCIA A LA PRESERVACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: UN DILEMA ENTRE ANTROPONCENTRISMO Y ECOCENTRISMO

I. Postulados preliminares.....	209
1. El medio ambiente como bien jurídico.....	213
1.1. Enfoque antropocéntrico.....	214
1.1.1 Antropocentrismo radical emanado de una exégesis personalista del bien jurídico.....	214
1.1.2. Antropocentrismo moderado emanado de una exégesis personalista del bien jurídico.....	218
1.2. Interpretación ecocéntrica.....	222
1.2.1. Exégesis substancialmente ecocéntrica.....	222
1.2.2. Una interpretación simbiótica: antropocentrismo y ecocentrismo....	226
2. Matices del medio ambiente como bien jurídico colectivo.....	230
3. La referencia al medio ambiente como interés difuso.....	241
4. El bien jurídico medio ambiente en la perspectiva administrativa.....	244
5. El medio ambiente y sus estimaciones penales como bien jurídico colectivo.....	249
II. A título de conclusión.....	253

SEGUNDA PARTE

TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS RECURSOS NATURALES Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SU TRANSGRESIÓN: ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO PENAL Y AL DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO III

LA INTERACCIÓN JUSTICIA ADMINISTRATIVA-DERECHO PENAL Y EL TRATAMIENTO DEL MEDIO AMBIENTE EN EL CPE: HACIA UNA BÚSQUEDA DE PRESERVACIÓN AMBIENTAL

I. La correlación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal en la tarea de protección al medio ambiente.....	260
1. El distintivo de accesoriedad del <i>ius Puniendi Ambiental</i>	264
1.1. Soberanía del Derecho Penal respecto del Derecho Administrativo en la protección de los sistemas naturales.....	268
1.2. Modelo penal no emancipado de los actos o normas administrativas dedicadas a la custodia ambiental.....	275
1.3. Modelo penal con “relativa” accesoriedad al Derecho Administrativo.	278
2. La remisión de los tipos penales a la normatividad administrativa: A propósito de las leyes penales en blanco.....	280
3. El medio ambiente como generador de otro debate: Las fronteras entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo.....	286
4. Miramientos terminantes.....	292
II. La observancia del medio ambiente en la legislación española: referencia preponderante al CPE.....	296
1. La tipificación del delito contra el ambiente en la LO 8/1983.....	297
2. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.....	299
2.1. El Capítulo III del CPE: «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente».....	302
3. Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre. Otra reforma al Código Penal español de 1995.....	306
4. El equilibrio de los sistemas naturales como bien jurídico protegido en el tipo genérico del 325 del CPE.....	308
5. Delitos de peligro como técnica <i>sui generis</i> del delito ambiental.....	313
6. Comprensión Jurisprudencial sobre el equilibrio de los sistemas naturales.....	323

6.1. Elucidación Jurisprudencial sobre perjudicar “gravemente” el equilibrio de los sistemas naturales.....	324
6.2. Exégesis Jurisprudencial del riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas: especial referencia a la emisión de ruidos.....	329
7. Ley Orgánica de 22 de junio de 2010 por la que se modifica los tipos de protección al medio ambiente en el CPE.....	334
7.1. Supresión del Art. 325.2 CPE.....	334
7.2. Permanencia del Art. 325 y el aumento de penas del tipo genérico....	336
7.3. Alcance de la protección del medio ambiente como bien jurídico ecocéntrico moderado en el vigente Art. 325 del CPE.....	340

CAPÍTULO IV

LA TRANSFORMACIÓN CLIMÁTICA: LA PRESENCIA DEL DERECHO PUNITIVO ANTE SUS RESPONSABLES

I. Cuestiones preliminares.....	343
II. La responsabilidad derivada de ilícitos contra el medio ambiente.....	346
1. Sobre el significado del deber e ilícito.....	347
2. Aproximación al significado de responsabilidad.....	348
2.1. Algunos tipos de responsabilidad.....	353
2.1.1. La responsabilidad espacial.....	354
2.1.2. La responsabilidad hacia las generaciones futuras.....	356
2.1.3. Responsabilidad hacia la especie humana.....	357
2.1.4. Responsabilidad referida al pasado.....	358
2.1.5. Responsabilidad de primero y segundo orden.....	359
2.2. La responsabilidad como el resultado de un acuerdo social.....	361
2.3. El punto de vista moral o de la responsabilidad imparcial.....	363
3. Sujetos de responsabilidad.....	365
4. El modelo de civilización de la modernidad.....	366
4.1. Consecuencias de la sociedad industrial: ¿Progreso?, ¿Modernidad?.	367

4.2. La dimensión política: El contrato social de los egoístas racionales..	368
Excurso. Permisi3n y prohibici3n de riesgos.....	368
5. Hacia la concreci3n de la responsabilidad.....	370
5.1. Responsabilidad por el car3cter masivo de la “clase de conducta”...	373
5.2. Responsabilidad por organizaci3n y responsabilidad institucional.....	375
5.3. Responsabilidad por atribuci3n y responsabilidad por hecho propio..	377
5.4. La individualizaci3n de la responsabilidad en el marco de la organizaci3n lesiva.....	380
5.4.1. De los superiores.....	380
5.4.2. Delegaci3n.....	382
5.4.3. Empleados subalternos.....	384
6. A cerca de los administraciones y funcionarios de control: responsabilidad institucional.....	385
7. El CPE, el sujeto activo del delito contra el medio ambiente y el principio <i>societas delinquere non potest</i>	386
7.1. Variaci3n de paradigma en el sujeto activo del delito ambiental: <i>Societas delinquere et puniri potest</i>	388
7.2. Imputaci3n directa a las personas jur3dicas en el marco de los delitos ambientales.....	396
7.3. Recuento.....	398
III. La funci3n de la pena: teor3as.....	402
1. Estimaciones previas.....	402
2. Algunas acepciones sobre la pena.....	403
3. Su fundamento y justificaci3n.....	406
4. Razones te3ricas sobre los fines de la pena.....	410
4.1. Teor3as absolutas o retribucionistas.....	412
4.2. Las teor3as de la prevenci3n o relativas.....	418
4.2.1. Sobre la teor3a de la prevenci3n general.....	420
4.2.2. Acerca de la teor3a de la prevenci3n especial.....	424
4.3. Teor3as de la uni3n, mixtas o unificadoras.....	431
4.4. Recensi3n: Una lid entre retribucionistas y prevencionistas.....	434
4.5. Adopci3n de postura.....	459

5. Referencia a las consecuencias jurídicas del delito aplicadas en los delitos ambientales: la pena, la medida de seguridad y la reparación del daño....	464
IV. Otra consecuencia jurídica del delito: Las medidas de seguridad.....	467
1. Antecedentes de las medidas de seguridad.....	468
2. Aceptación.....	470
3. Fundamento y justificación de las medidas de seguridad.....	475
4. Sobre el fin de la medida.....	481
5. Cuestionamiento al concepto de peligrosidad: “Crisis de la doble vía”...	483
6. Presupuestos doctrinales en la legislación penal española.....	488
7. Estimaciones finales.....	497
V. La reparación del daño: ¿Tercera vía en Derecho Penal?.....	502
 CONCLUSIÓN.....	 505
FUENTES DE CONSULTA.....	524

INTRODUCCIÓN

La lectura de una obra, es un placer que muchas personas osamos disfrutar, estimulante sensación que sólo puede ser superada por la apasionada y enriquecedora aventura de su escritura. En este contexto, también es cierto que en algunas ocasiones, la bien intencionada voluntad por consolidar una idea, queda en meras aspiraciones que se anquilosan en el laboratorio de la academia, pero en otros tenores, se convierte en motivo de vida, de lucha y de metas a consolidar, que encuentran su realización cuando se fusionan con la realidad social y jurídica, con el día a día del Ordenamiento Jurídico, que tiene por fin el reconocimiento de la dignidad humana, la garantía de la protección de los derechos, la protección de los intereses, pero sobre todo, de los bienes jurídicos individuales y colectivos. Bajo esta concepción, dimos inicio a la tarea de emprender la presente investigación, que versa sobre diversas cuestiones del *Ius Puniendi* ambiental en el escenario de la prevención del cambio climático.

Esta constatado que los problemas ambientales son tan ambiguos como el hombre mismo, y la realidad imperante nos muestra que no hay lugar a duda para afirmar que la magnitud en la que se presentan en nuestros tiempos es singularmente distinta. La problemática ambiental vigente por la que atraviesa nuestro planeta se deriva de una serie de perturbaciones provenientes de las actividades humanas desde tiempos muy tempranos que datan de un cumulo de épocas, sin embargo, podemos decir que fue hasta la segunda mitad del siglo pasado cuando surge la verdadera preocupación y la sensibilidad por el ente ambiental, sobre todo en países altamente industrializados de Europa y Norteamérica, debido, entre otros agentes, a la acumulación de desechos producidos por las actividades industriales. Paralelo a esto, tenemos que decir que es patente la insostenibilidad de nuestro modelo de crecimiento económico, basado en un consumo de recursos naturales no renovables, modelo que lleva aparejado una agresiva y destructiva relación con nuestro medio natural:

desforestación, calentamiento global, efecto invernadero, pérdida de la biodiversidad, grave avería de recursos naturales, daños a la capa de ozono, contaminación de suelo, aire y agua, reducción de las masas de hielo, cambio climático, etc. De esta manera, podemos asegurar que los perjuicios y alteraciones del medio ambiente no son meras hipótesis lanzadas por algunos románticos de una naturaleza perdida, sino evidencias científicamente constatadas.

Ante lo anteriormente expuesto, adquiere protagonismo la figura del Derecho Ambiental, entendido como un sistema normativo global e integrado, dirigido a la preservación del entorno humano mediante el control de la contaminación y la garantía del uso sostenible de los recursos naturales, es la respuesta jurídica para afrontar ese extraordinario reto que nos afecta a todos, individual y colectivamente. En el cabal cumplimiento de esa tarea del Derecho Ambiental, no todo está perdido; afortunadamente, tanto en el plano nacional como internacional y desde nuestra concepción aun de manera insuficiente, las normas de protección ambiental han crecido exponencialmente y con ella las categorías, los instrumentos y las técnicas jurídicas para proteger esos nuevos valores y bienes ambientales. Ninguna rama del Ordenamiento Jurídico se ha librado de este fenómeno. Desde el Derecho Constitucional (derecho al medio ambiente y la incidencia que pueden tener sobre algunos Derechos Fundamentales), al Derecho Penal (con la tipificación de nuevos delitos contra el medio ambiente); del Derecho Administrativo (que ha pasado de las tradicionales técnicas de intervención – autorización administrativa- a la “moderna” evaluación de impacto ambiental y a la evaluación ambiental de planes y proyectos, o a la permisión ambiental integrada) al Derecho Comunitario Europeo, que tiene en el medio ambiente una de sus más exigentes políticas públicas; del Derecho Civil (que de siempre ha regulado las relaciones de vecindad y responsabilidad por daños) al Derecho Tributario, que ha diseñado nuevos instrumentos fiscales para proteger el medio ambiente y, como omitir mencionar, las mismas ciencias de la naturaleza y la técnica *sui generis*, constituyen elementos para

“corregir” los daños producidos y establecer nuevas formas de energía renovable.

Entre los distintos objetivos que se acometen con el vigente trabajo doctoral, destaca el de dilucidar la valoración abstracta del medio ambiente, en su origen social-contemporáneo, conceptual y jurídico; sus complejidades en el alcance de la norma y su concreción como bien jurídico penal en los distintos ordenamientos nacionales y supranacionales; pues una vez que hayamos dimensionado esto, el panorama y las acciones que emprendamos para prevenir el tan indeseado tren del cambio climático, encontraremos la necesaria, oportuna y comprometida lucidez y verticalidad con que este fenómeno debe ser estudiado, pero sobre todo, enfrentado político-socialmente.

En efecto, no son pocos los desastres que se han suscitado en perjuicio de los sistemas naturales, verbigracia, el del Prestige ocurrido en España, en el año 2003; las explosiones de Jlin en China, en el 2005; la del Golfo de México, en el año 2010; entre otros, lo que sin duda, ha incentivado a la comunidad de la ciencia jurídico-penal a inquirir sobre el alcance del Derecho Punitivo en la protección del medio ambiente y por natural extensión, en la atenuación del cambio climático. Precisamente, en la confrontación social y jurídica de ambas realidades, se constata la existencia del bien jurídico penal protegido ante las intervenciones del hombre en un sistema natural, sobre el cual el sistema tecnológico – postindustrial se erige con hegemonía ante límites jurídicos soslayados y muchas veces, desafortunadamente “pactados”.

De esta manera y como punto de partida, en un primer capítulo, entre otras cuestiones, nos dedicaremos elucidar ¿qué es un bien común?, pues si no concebimos y dimensionamos ¿qué es algo que nos hace bien a todos?, difícilmente podremos comprender, el ¿por qué se vuelve un riesgo descuidar la observancia de ese algo?, el ¿por qué lo debemos trasladar a una frontera foránea, supranacional o global? –término comúnmente utilizado en nuestros días- y mucho menos, el ¿por qué debemos recurrir para su

protección, al Derecho en un sentido macro y en particular, a su brazo mas fuerte, cruel o agresivo como lo es el Derecho Penal o sancionador? También hablaremos del concepto de medio ambiente y su interacción en el mundo globalizado, así como lo preocupante de una transformación climática y los instrumentos normativos que han nacido para intentar contenerla.

En el capítulo segundo nos avocaremos a estudiar al medio ambiente, como bien jurídico penal, donde presenciaremos el debate latente en la doctrina penal de nuestros días entre el antropocentrismo y el ecocentrismo, como precursores de conceptos jurídicos que protegen el bien jurídico bases naturales de la vida humana y el sistema natural. Se enfocan igualmente, como conceptos principalmente vinculados a la protección del medio ambiente, las generalidades de la sociedad del riesgo y su vinculación con el principio de precaución.

Será en el capítulo tercero, donde por una parte abordaremos uno de los puntos más conflictivos que caracteriza a la protección penal del medio ambiente. Nos referimos pues, a la confluencia entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal en la tarea de resguardar al medio ambiente, desarrollado en torno a los modelos de accesoriadad del Derecho Punitivo al Derecho Administrativo, pasando por la referencia de las normas penales en blanco y las distintas teorías que abarcan el estudio de los límites entre ambas áreas del Derecho sancionador. De otro lado, también realizaremos la valoración del tipo genérico de protección del medio ambiente, contenido en el art. 325 del Código Penal español y las diferentes modificaciones de las que ha sido objeto. Del mismo modo se abarca el análisis doctrinal y jurisprudencial del equilibrio de los sistemas naturales como bien jurídico, la técnica de tipificación del delito ambiental como delitos de peligro hipotético, el alcance del riesgo grave de la salud de las personas. La estimación del medio ambiente como bien jurídico universal, supranacional e internacional y el cambio de paradigma del sujeto activo del delito contra el medio ambiente, introducidas en la última reforma de la legislación penal española.

Por último, en el cuarto capítulo, nos ocuparemos de estudiar a la responsabilidad en un sentido abstracto, pero en particular, la que deriva de lesionar al medio ambiente, ya sea una persona física o una persona jurídica. Además, como característica del *Ius Puniendi* tras decretarse ciertos elementos definidos por la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; analizaremos las posibles consecuencias jurídicas del delito a que pueden someterse los acreedores de transgredir la norma penal en esta materia.

Así, la breve y clara enunciación de la tesis doctoral desarrollada, en sus orígenes, navegó por el mar de la multidisciplinariedad que caracteriza al medio ambiente, como un interés que es objeto de estudio de numerosas ciencias y de distintas áreas del Ordenamiento Jurídico.

Su importancia estriba en que se consideró altamente necesario realizar un ejercicio de reflexión y debida reconsideración en cuanto a las acciones hasta hoy emprendidas, para configurar un digesto vanguardista y acorde a un Estado social y democrático de Derecho, que incorpora el medio ambiente como un interés de toda la colectividad, pero que aún goza de visibles y constatables lagunas jurídicas y colisión de intereses políticos, que no hacen más que inducir a mantener el *status quo* de la impunidad a los sujetos que generalmente intervienen y se convierten en autores de los delitos contra las bases naturales de la vida humana.

ABREVIATURAS

ADPCP – Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

AIDP – Asociación Internacional de Derecho Penal

art. - Artículo

arts. – Artículos

BOCM – Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

BOE - Boletín Oficial del Estado

CE - Constitución española

CEE – Comunidad Económica Europea

Cfr. - Confróntese

CH₄ - Metano

CMNUCC - Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático

Coord. - Coordinador (a)

CO₂ - Dióxido de carbono

CPE - Código Penal español

CSIC – Consejo Superior de Investigaciones Científicas

D. - Don

D.^a – Doña

DOCE – Diario Oficial de la Comunidad Europea

EEES – Espacio Europeo de Educación Superior

EEELR – European Energy and Environmental Law Review

EPC – Estudios Penales y Criminológicos

ed. – Edición

eds. - Editores

etc. - Etcétera

et al. - Y otros

FJ – Fundamento Jurídico

GCCIP – Global Climate Change Information Programme

GEI – Gases de efecto invernadero

Ibidem. - Mismo autor, misma obra, diferente página

ICTA – Instituto de Ciencias y Tecnología Ambientales

Ídem. - Mismo autor, misma obra y misma página

INACIPE – Instituto Nacional de Ciencias Penales

IPCC - Panel Intergubernamental del Cambio Climático

ITESM – Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey

LAIPPAJ – Ley por la que se regulan los derechos de Acceso a la Información, de Participación Pública y de Acceso a la Justicia en materia de medio ambiente.

LO - Ley Orgánica

LOPJ - Ley Orgánica del Poder Judicial

LRJPAC – Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/199, de 13 de enero.

LSE – London of Economic School an Political Science

NEPA – Environmental Protection Agency

No. ; n° - Número

OMM – Organización Meteorológica Mundial

ONG's – Organizaciones no Gubernamentales

Op. Cit. - Opúsculo u obra citada

p. - Página

p. ej. - Por ejemplo

pp. – Páginas

PNUMA – Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente

RDUMA – Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente
RECPC – Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RFDUGR - Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
RGLJ - Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIGA – Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental
SAP - Sentencia de la Audiencia Provincial
ss. - Siguietes
STC - Sentencia del Tribunal Constitucional
StgB – Código Penal alemán
STS - Sentencias del Tribunal Supremo
STSJ – Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
supra - Arriba
TC - Tribunal Constitucional
TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Tol - Repertorio de Jurisprudencia de *Tirant on line*
TS - Tribunal Supremo
UAB – Universidad Autónoma de Barcelona
UB – Universidad de Barcelona
UCM – Universidad Complutense de Madrid
UE - Unión Europea
Vid. - Véase
Vol. - Volumen
V.gr. - Verbigracia
Vs. - Versus/contra
VV. AA. – Varios Autores

PRIMERA PARTE

ASPECTOS INTRODUCTORIOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO: SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO EN ABSTRACTO Y CON LA CIENCIA PENAL EN PARTICULAR

CAPÍTULO I

EL MEDIO AMBIENTE EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA: OBJETO LATENTE DE PREOCUPACIÓN COMPARTIDA

I. Cuestiones preliminares

Consideramos que es indiscutible afirmar, que la época actual exige maneras distintas de pensar y sobre todo, de actuar. Al menos, nos obliga a dirigir nuestra atención hacia hechos que, o bien siempre han estado ahí pero pasaban desapercibidos para nosotros, o que son novedosos por ser consecuencia inevitable de los recientes avances de la tecnología.

No son pocas las páginas que se han escrito, ni tampoco escasas las palabras invertidas en los múltiples discursos pronunciados sobre los grandes problemas que en el presente aquejan a la humanidad, y con esto no sólo nos referimos al género humano, sino también al estado general del planeta. Cada vez hay más información sobre los peligros que implican para nosotros fenómenos como la destrucción de la capa de ozono, la contaminación en todas sus manifestaciones, la deforestación de los grandes pulmones de la Tierra, el peligro que significan los desechos radioactivos y más recientemente, las enfermedades transmitidas por los animales criados “industrialmente” para consumo humano. Pero la mayoría de esta información propone alertarnos sobre el destino que le depara a nuestra especie –carácter intimidatorio- si seguimos como hasta ahora, más que en crear una conciencia de que el deterioro ambiental que hemos ocasionado con nuestras acciones, no sólo nos afecta a nosotros, —lo cual ya es

bastante— sino que significa un daño irreversible para la naturaleza y sus habitantes no humanos.

De acuerdo con los estudiosos del fenómeno denominado cambio climático¹ -mismo que encuentra su antecedente en el calentamiento global-, tales como: geógrafos, biólogos, ingenieros ambientales, entre otros profesionales, destacan que los problemas que nacen de las emisiones de los gases que provocan el efecto estufa son considerados de repercusión muy grave a escala mundial. Afirman, que las consecuencias derivadas del aumento de temperatura del planeta es algo en que debemos poner bastante atención, que nos debe encaminar a plantearnos cuestiones de un contenido lo suficientemente sustancial para que se haga **conciencia** en lo que es esencial para la vida y perpetuación de nuestra especie.

Este tema, que por sus características naturales no escapa a la globalización, viene produciendo muchos debates a nivel local e internacional, reuniendo tanto a líderes políticos, como también, a profesionales, y expertos –incluyendo a la sociedad civil- en las causas y

¹ Sobre clima, véase: SANZ PÉREZ DE GUSMÁN, Elena. *Los cambios del clima*. Editorial Darwin. Almería, 2007, p. 14. «¿Qué es el clima? En esencia, el clima es el promedio del **tiempo atmosférico** durante semanas, meses, años, décadas, siglos, milenios e incluso eones –miles de millones de años-. En el sistema climático, la principal fuente de energía es la **radiación solar**. La cantidad de energía procedente del sol que llega a la capa externa de la atmósfera en un plano perpendicular a los rayos solares se llama **constante solar**. La superficie terrestre recibe sólo una parte de toda la radiación solar, ya que ésta se debilita en la atmósfera debido a los procesos de dispersión y absorción. Pero el sol no es el único implicado en la regulación climática. El clima es un sistema muy complejo en el que interactúan el aire, las corrientes oceánicas, el hielo, de los polos y le las altas cumbres (criosfera), la superficie de bosques y de desierto,... La actividad Volcánica y as emisiones de gases debidas a la actividad humana también afectan al balance global». Sobre cambio climático, JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Vocabulario ambiental práctico*. Dykinson. Madrid, 2007, p. 31. «Es la variación global del clima de la Tierra, debida a causas naturales y también a la acción humana y se produce a muy diversas escalas de tiempo y sobre todo los parámetros climáticos. Es un concepto moderno y de gran complejidad, referido a alteraciones climáticas tales como, por ejemplo, aumento de la temperatura media, redistribución de áreas e intensidad de las lluvias, mayor tendencia a la desertificación en ciertas zonas, frecuencia y magnitud de huracanes, deshielo, aumento del nivel del mar, entre otros. Existe un consenso científico, casi generalizado, en torno a la idea de que el modo de producción y consumo energético están impulsando (y acelerando) una alteración climática global, que podría provocar, a su vez, impactos incalculables en la Tierra, afectando profundamente los sistemas socioeconómicos actuales».

consecuencias del fenómeno etiquetado como cambio climático. La gran discusión está en conocer la variabilidad natural que el clima sufre, o sea, saber de los cambios propios de la naturaleza, de los cambios en los padrones normales para la naturaleza, como también, de la variación acelerada que está ocurriendo en los últimos años.

Como sabemos, en la evolución de la historia de la humanidad encontramos registros de una gran cantidad de alteraciones climáticas que afectaron todas las formas de vidas existente en este planeta. Las alteraciones siempre existieron y siempre van a existir. El punto crucial es saber respetar la variabilidad natural del clima y frenar todo lo que hicimos de degradante, buscando una mayor estabilidad en todo ese proceso².

Al decir de PENA-VEGA, «Las crisis de degradación del medio ambiente y las amenazas de la técnica y de la industria nos hacen tener **conciencia** de que el medio ambiente está constituido por elementos, cosas, especies vegetales y animales, manipulables y tratados de forma impune por los seres humanos»³.

Sabemos que nuestro modelo económico, el capitalismo es considerado como el principal causador de toda esta problemática. Citando las palabras de SEN: «No hace mucho tiempo, en la década de los ochenta y noventa, el capitalismo generador de riqueza parecía haber triunfado. Los negocios prosperaban en las antiguas economías capitalistas de Occidente, así como en los nuevos centros económicos de China y Asia Oriental. Los enemigos de la ideología capitalista fueron humillados y el estado de bienestar era un eufemismo del derroche, acusándosele de gastar el dinero

² Como subraya LEONARD, Annie. *La historia de las cosas: de cómo nuestra obsesión por las cosas está destruyendo el planeta, nuestras comunidades y nuestra salud. Y una visión del cambio*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2010, p. 25.: acerca de cómo actuamos despreocupadamente como consumidores «Si no redirigimos nuestros sistemas de extracción y producción, si no cambiamos el modo en que distribuimos, consumimos y desecharnos nuestras cosas – el modelo que consiste en sacar-fabricar-tirar - , la economía tal como es matará el planeta».

³ PENA-VEGA, Alfredo. O despertar ecológico: Edgar Morin e a conciencia complexa. Traducción: Renato Carvalheira do Nascimento y Elimar Pinheiro do Nascimento. Garamond. Rio de Janeiro, 2003, p. 19.

obtenido con gran esfuerzo por los ciudadanos para perseguir fugaces objetivos a un coste muy alto para los contribuyentes. La eficacia de la economía de mercado y el poder del capital habían pasado a ser el mensaje central⁴». Actualmente este modelo de economía esta siendo cuestionado y evaluado por las consecuencias dañosas a la naturaleza que fueron generadas durante todos estos años.

Hay muchas discusiones acerca del tema, como también, de la incertidumbre de los resultados de pesquisa, pero al reconocer que ese es un asunto muy delicado, donde las posibles consecuencias tienen mayúscula magnitud que no pueden ser ignoradas por nosotros, vivimos el momento oportuno de pensar en una carrera contra el tiempo y hacer el noble intento de, por lo menos, mantenernos en la situación actual. Así, comenzamos a compartir responsabilidades entre todos los países⁵ que aceptan el peligro de las transformaciones que podrán manifestarse con el calentamiento del planeta.

⁴ SEN, Amartya. *Desarrollo y crisis global*. Editorial Complutense. Madrid, 2011, p. 31-32.

⁵ Sin embargo, como apunta la: Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Nueva York , 9 de mayo de 1992. GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles; GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel Ángel y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. *Legislación sobre el cambio climático*. Tecnos. Madrid, 2009, p. 17.: «Reconociendo que la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada, de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas, sus capacidades respectivas y sus condiciones sociales y económicas». Véase, VALLS PRIETO, Javier. «Instrumentos internacionales para la protección del aire. Especial referencia al protocolo de kyoto y su asimilación en el Derecho Europeo». En, *El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas*. NURIA CASTELLÓ NICÁS (Directora). Dykinson. Madrid, 2011, pp. 115-116. «Uno de los puntos más interesantes del Protocolo es la aplicación del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados. Constituye uno de los principios del Derecho internacional del medio ambiente y ha sido en este protocolo donde ha alcanzado su máximo desarrollo. Los Estados que lo han ratificado tienen responsabilidades diferenciadas dependiendo de si es un Estado desarrollado y en transición hacia una economía de mercado o un Estado en desarrollo. Estos últimos no tendrían que reducir las emisiones pero si exigir resto de Estados las obligaciones contraídas en el mismo, rompiendo con el sistema clásico del principio de reciprocidad. El fundamento es que los países desarrollados han tenido una mayor aportación a la contaminación y, al mismo tiempo, tienen más recursos para tomar las medidas necesarias para su protección».

Sabemos que hay mucho que hacer, como también, concordando con las palabras de ASUNCIÓN sabemos que: «Existen soluciones tecnológicas para poner en marcha un nuevo modelo de desarrollo, pero se necesita **la voluntad política de llevarlo a cabo, y un cambio sociológico** que conlleve pasar de unos valores donde priman la explotación, el individualismo, el consumismo y la insolidaridad a otros basados en la ética ecológica, la sostenibilidad, el respeto y la justicia»⁶.

La gran interrogante que emana del planteamiento de la cuestión *supra* citada es: ¿por donde empezar? Al hablar de medio ambiente se establecen vínculos entre los elementos naturales y otras áreas del conocimiento, y estimamos que este vínculo debe partir, en principio, de consideraciones morales, lo que implica relacionar la ecología⁷ con esa rama de la filosofía que se ocupa del estudio racional de la moral, la virtud, el deber, la felicidad y el buen vivir: la ética. Si vamos a preguntarnos sobre la clase de relaciones que se pueden establecer con el mundo natural o qué actitudes hemos de tener hacia los no humanos, por ejemplo, lo haremos desde un marco ético, recurriendo a los valores de siempre, agregando nuevos, o redefiniéndolos para aplicarlos a este nuevo tipo de relaciones.

⁶ ASUNCIÓN, Mar. En, RIPA, Isabel. *El cambio climático: una realidad*. Viceversa. Barcelona, 2011, p. 12.

⁷ El término ecología (*ökologie*) fue acuñado en 1869 por el naturalista y filósofo alemán prusiano Ernst Heinrich Haeckel en su trabajo *Morfología General de los Organismos (Generelle Morphologie der Organismen)*; está compuesto por las palabras griegas *oikos* (casa, vivienda, hogar) y *logos* (estudio o tratado), por ello *ecología* significa «el estudio del hogar». Sin embargo la ecología nace prácticamente en este siglo, como ciencia que estudia las relaciones entre las diferentes formas de vida y de ellas con el medio ambiente. Existen una gran variedad de definiciones referidas a la temática, muchas de ellas vinculadas con la ciencias biológicas, por lo que se fracturaría su vinculación con la “economía de la naturaleza”. Esto obliga a una perspectiva multidisciplinar al no estar circunscrito a un campo específico del conocimiento.

Por lo anterior se explica que entre las definiciones con mayor aceptación por la comunidad científica y los sectores preocupados en la problemática, se encuentran las definiciones que discriminan entre una Ecología teórica y una Ecología aplicada; es esta última a la que suele aludir el gran público por ser la que más le afecta. La “ecología aplicada” está referida a la planificación física, la ordenación del territorio, la gestión, de los recursos naturales y en general a la corrección de problemas que afectan al medio ambiente. Es a esta ecología a la que se pide que haga predicciones o cambie nuestra calidad de vida. Es sobre todo ésta la que se relaciona con el medio ambiente en el imaginario popular.

A mediados del siglo pasado, el egresado de la Escuela Forestal de la Universidad de Yale y miembro del Servicio Forestal de los Estados Unidos por casi dos décadas, Aldo Leopold⁸, se refería a la ética de la Tierra⁹ como un estadio evolutivo de la filosofía moral que incluyera el tratamiento de la relación entre el ser humano y la naturaleza. Más de cincuenta años después estamos en la posibilidad de afirmar que tal ampliación de la ética comienza a producirse. Desde principios de los setenta se ha publicado en lengua inglesa, una serie de artículos y libros relacionados tanto con la ética ambiental como con un tratamiento ético de los animales. Una obra que recoge los asuntos de esta temática desde sus inicios es la revista *Environmental Ethics*, aparecida por primera vez en 1979, o *Environmental Values*, editada por primera vez en Gran Bretaña en 1992; entre las revistas que han dedicado algunos de sus números a esta disciplina, destacan también *Inquiry, Philosophy, Ethics and Environment* o *The Monist*.

Así pues, parece que después de toda una tradición filosófica que se

⁸ LEOPOLD Aldo. *Una Ética de la Tierra*. Catarata. Madrid, 1999, pp. Este libro es una traducción de la obra original: *A sand county almanac and sketches here and there: With other essays on conservation from Round river*. Aldo Leopold (1887-1948) fue un ecologista, ingeniero forestal y ambientalista estadounidense que impulsó el desarrollo de la ética ambiental contemporánea. Leopold es considerado el padre del manejo de áreas silvestres en Estados Unidos. Trabajó en el Servicio Forestal y fue más tarde profesor en la Universidad de Wisconsin. Poseedor de una extraordinaria capacidad de comunicación, escribió ensayos apelando al concepto de la tierra como organismo vivo. Su obra más conocida es: *A Sand County Almanac* que culmina con el ensayo La Ética de la Tierra. Leopold murió en 1948 de un ataque al corazón combatiendo un incendio en los pastizales de un proyecto de restauración en Wisconsin. Al parecer de Leopold, el plan de estudios existente hasta entonces (fines de 1940) se resumía en: obedezca la Ley, vote, únase a alguna organización y practique todo lo que pueda la conservación en su propio terreno: el Gobierno hará el resto. Leopold era crítico con este tipo de fórmulas. Para él, eran exclusivamente utilitarias y no abordaban cuestiones éticas relevantes. Esto lo hizo llegar a la conclusión de que las obligaciones no significan nada sin conciencia, y el problema central era extender la conciencia social desde las personas hacia la tierra. Al tiempo que escribía, estaba seguro de que, sin beneficios de la filosofía y la religión, la conservación estaba condenada a ser un esfuerzo mínimo por la lucha contra el daño a la naturaleza.

⁹ Existe un proverbio que en otrora rezara el poeta, ensayista y filósofo español, Jorge Agustín Nicolás Ruiz de Santayana: «Quien no conoce su historia esta condenado a repetirla». Y es en este momento primario del presente trabajo de investigación, que a efectos de dimensionar en donde estamos situados –literalmente- merece la pena consultar la celebre exposición sobre el origen de la Tierra que hace ERICKSON, John. *La vida en la Tierra: Origen y evolución*. McGraw-Hill. Interamericana de España. Madrid, 2006, pp. xii y ss.

negaba a considerar moralmente a la naturaleza, nos vemos obligados ahora a delimitar el marco en que se dará este nuevo tipo de relación. Esto se debe en gran medida a la enorme crisis ecológica que amenaza al planeta, y en parte también a una sensibilidad que ha venido desarrollándose por parte de grupos de la sociedad, quienes directa o indirectamente han ejercido presión para que la problemática de la naturaleza sea un tema, tanto de agendas políticas en materia ambiental, como de participación ciudadana. Si bien el inicio y constitución de la ética ambiental como disciplina tuvo sus orígenes en el mundo anglosajón, poco a poco ha ido ganando terreno en países de habla hispana y ya no es extraño encontrar seminarios, maestrías o cursos de doctorado que la incluyan.

En casi todos los intentos de justificación y fundamentación de una ética para nuestras relaciones con el entorno natural, se ha tamizado la sospecha, de que sólo una “nueva ética” puede resolver los conflictos que surgen de esta interacción. El defensor de su novedad cree que sólo ella puede responder a la necesidad de concebir a la naturaleza como algo más que un simple medio para los fines humanos (característico de posiciones antropocéntricas). Quienes defienden que la ética ambiental supone sólo una ampliación respecto a la ética convencional, postulan que la extensión de la consideración moral a la naturaleza se puede lograr sin un cambio radical respecto a la forma tradicional de hacer ética.

De otro lado, -y ya adelantando nuestra inclinación a esta idea, como una de las soluciones que pueden dar luz a la problemática ambiental- en las últimas décadas, ha germinado con fuerza el concepto de sostenibilidad¹⁰

¹⁰ BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés. *Derecho Ambiental*. La Ley. Madrid, 2014, p. 169. «La sostenibilidad tiene para los autores y el Derecho, en particular, el internacional, una dimensión ambiental (utilización racional de los recursos) y otra sócio-económica (desarrollo). El objeto de lo que se pretende que sea sostenible, o sea, duradero en el tiempo puede ser muy variado; pueden ser los recursos naturales o el mismo desarrollo. Hay una relación entre ambos objetivos (utilización racional y desarrollo sostenible) y son instrumentales o intermedios respecto del final o estratégico de la conservación de la Naturaleza para lo que, a su vez, hay que garantizar la biodiversidad. Sólo podrán perseguirse aquellos si están al servicio (funcionalizados) del objetivo estratégico. Esta reflexión es particularmente necesaria en el caso del desarrollo sostenible. El desarrollo solo

como la manera más viable de hacer uso de los llamados “recursos” naturales, sin comprometer las necesidades de futuras generaciones. Sin embargo, aunque esta noción reconoce como urgente la solución de los problemas ambientales, su implementación en la praxis no ha llegado tan lejos como debería. En general, son los gobiernos de países desarrollados quienes tienen políticas de desarrollo sostenible y esto es a veces a costa de generar insostenibilidad en los países de los cuales se abastecen. Por otro lado, el concepto de sostenibilidad no ha sido lo suficientemente inculcado en los ciudadanos, quienes consideran que su injerencia en este tema está condicionada a las decisiones y medidas que tomen los gobiernos.

Si bien el concepto mismo de sostenibilidad es de corte antropocéntrico, es decir, toma en cuenta de manera casi exclusiva los intereses humanos, al menos nos impulsa a la reflexión sobre la manera en que repercuten nuestras acciones en el medio ambiente. Lo que pretendemos es que este concepto no sea sólo visto como estrategia para seguir explotando a la naturaleza por más tiempo, sino que sugiera un cambio profundo –fundamentalmente de conciencia- en la manera de considerar al mundo natural.

1. La idea de bien común: Un punto de partida para comprender la metamorfosis ambiental

El título que damos al presente epígrafe, nos hace recordar ese tiempo - siempre escaso- que hemos invertido en la literatura –no exclusivamente en la universal, sino particularmente en la filosófica y en la política-, en el análisis de las teorías de Estado, pero sobre todo, nos invita a realizar una evaluación de las experiencias personales vividas y meditar sobre la máxima que con ilustre acierto rezara Oliver Cromwell: «Nunca se va tan lejos como cuando no se sabe a dónde se va». Y no porque precisamente seamos devotos –pues sin duda, existen méritos suficientes que se le atribuyen a su

es sostenible si contribuye a la conservación de la Naturaleza que es el objetivo que lo enmarca y lo condiciona internamente».

persona por su contribución a la historia de Inglaterra- de éste líder político y militar inglés nacido en el siglo XVI, sino porque, a propósito del ilustre proverbio del *otrora* inquilino del Palacio de Westminster (sin que en absoluto tengamos el ánimo de refutar lo contenido en el adagio, pues como queda patente, también compartimos la idea en el contenida)- es importante mencionar que, si bien es cierto que para el entendimiento y circunscripción de todo estudio, se vuelve toral conocer a donde queremos llegar, lo es también que, se convierte de singular importancia, que estemos medianamente ciertos del punto de partida en el que nos debemos situar y sobre todo, del orden –para dar sentido sustantivo y adjetivo- con que debemos abordar el análisis del fenómeno objeto de nuestra atención, pues todo ello, también servirán para dilucidar muchas de las interrogantes que con certeza se nos atravesaran en ese apasionante trayecto que representa inmiscuirse en una investigación.

Ahora sí, esbozado lo anterior e hilvanándolo con las distintas disciplinas que acometeremos en el presente trabajo de investigación en abstracto y con la etiqueta con que hemos rotulado este encabezado en particular, consideramos que, para entender las distintas problemáticas que encierran al fenómeno del cambio climático -y que decir, de los vastos y multifacéticos debates que han surgido en la periferia de éste “importante tema para la vida de la sociedad contemporánea”-, no debemos perder de vista que, comenzar por entender ¿qué es un bien común?, debe ser una labor prioritaria en nuestra agenda; pues si no concebimos y dimensionamos ¿qué es algo que nos hace bien a todos?, difícilmente podremos comprender, el ¿por qué se vuelve un riesgo descuidar la observancia de ese algo?, el ¿por qué lo debemos trasladar a una frontera foránea, supranacional o global? –término comúnmente utilizado en nuestros días- y mucho menos, el ¿por qué debemos recurrir para su protección, al Derecho en un sentido macro y en particular, a su brazo mas fuerte, cruel o agresivo como lo es el Derecho Penal o sancionador?

1.1. Hacía una concepción de: «bien de todos»

Redactado lo anterior, haremos una breve parada con el objeto de dilucidar que se entiende por bien común –desde diversas ópticas-, en la inteligencia de que esta labor, como ya adelantamos, se traduce en una premisa fundamental para poder entrar de lleno al análisis del fenómeno que encarna el cambio climático.

No solamente en nuestro tiempo, aunque si con más énfasis en esta época, debe registrarse una pluralidad de definiciones de bien y de bien común¹¹. La confusión a este propósito reina soberana. Tanto que incluso quien tiene a sus espaldas una antigua y segura tradición doctrinal muestra actualmente incertidumbres y, a veces, hasta desorientación cuando considera esta cuestión. En el curso de la historia se han ofrecido distintas -y a veces en lucha- definiciones del bien común, identificado o con un proyecto compartido por una colectividad (hoy, a la luz de esta ideología, podría identificarse bien común y patriotismo constitucional o bien común y democracia moderna); o con el bien de los más (en esta perspectiva bien y ventaja serían en último término la misma cosa, identificándose a veces -en este caso- el bien común con la igualdad, sobre todo de las condiciones económicas y de acceso a los servicios); o incluso con la libertad entendida como derecho a la absoluta autodeterminación, sobre todo individual, garantizada por un Ordenamiento liberal o promovida por un Ordenamiento Jurídico socialista: en uno y otro caso el bien común sería la libertad y la libertad liberación. Así bien, tras esta premisa, y a fin de proceder con orden, resulta oportuno considerar que en la cultura moderna y contemporánea el bien común ha sido y todavía es interpretado como sinónimo de bien público

¹¹ El autor que con mayor acierto ha considerado la cuestión del bien común es Santo Tomás de Aquino, quien en su *Summa Theologiae* lo trata en múltiples ocasiones y siempre de manera magistral. El encuadramiento tomasiano es de impronta aristotélica, pero supera la doctrina del Estagirita. Aquél no ha sido adecuada y correctamente comprendido; ni siquiera por los autores y las escuelas que dicen inspirarse en su pensamiento. Lo prueba, por ejemplo, en la época contemporánea la obra de Jacques Maritain que, a propósito del bien común, ha elaborado una singular (y que no puede compartirse) teoría según la cual el individuo humano dependería totalmente de la comunidad, pero no como persona. El debate sobre la cuestión del bien común en nuestro tiempo ha sido amplio y vivaz.

o, al revés, como sinónimo de bien privado, o incluso como el conjunto de condiciones para el desarrollo del individuo y/o de la persona humana¹².

Para ZAMAGNI, Profesor de Economía y ex Decano de la Facultad de Economía de la Universidad de Bolonia, siendo común, el bien común no atañe a la persona tomada singularmente, sino en relación con otras personas. El bien común es, por lo tanto, el bien de la relación misma entre personas, teniendo presente que la relación de las personas se entiende como bien para todos aquellos que participan en la relación¹³.

De esta forma, entendemos que el bien común no consiste en la simple suma de los bienes particulares de cada sujeto del cuerpo social. Siendo de todos y de cada uno es y permanece común, porque es indivisible y porque sólo juntos es posible alcanzarlo, acrecentarlo y custodiarlo. Ninguna forma expresiva de la sociabilidad –desde la familia, pasando por el grupo social intermedio, la asociación, la empresa de carácter económico, la ciudad, la región, el Estado, hasta la misma comunidad de los pueblos y de las Naciones– puede eludir la cuestión acerca del propio bien común, que es constitutivo de su significado y auténtica razón de ser de su misma subsistencia.

1.1.1. El bien común como bien público

La primera identificación representa el producto coherente de las teorías constructivistas de la sociedad política, esto es, de aquellas teorías que niegan la naturalidad de la comunidad política, al sostener que ésta nace del contrato y, por tanto, tiene un fin convencional. No es posible en este caso hablar propiamente de bien común, ya que el Estado -nacido del contrato- no tiene nada en común con los hombres que lo han constituido. Tanto que

¹² CASTELLANO, Danilo. “¿Qué es el bien común?” En, *El bien común. Cuestiones actuales e implicaciones jurídico-políticas*. Itinerarios. Madrid, 2013, pp. 13-14.

¹³ ZAMAGNI, Stefano. “El bien común en la sociedad posmoderna: propuestas para la acción política-económica”. En, *Revista Cultura Económica*. Ejemplar dedicado a pacto social y bien común. No. 70. Pontificia Universidad Católica Argentina. Buenos Aires, 2007, p. 23.

coherentemente se habla sólo de bien público, que propiamente es el bien privado de la persona *civitas*¹⁴. Resulta significativo el hecho de que en el lenguaje político moderno y contemporáneo se usen en exclusiva los términos bien público e interés público. Ha desaparecido hasta la huella del bien común. No se trata de un error, sino de la coherente aplicación de categorías doctrinales racionalistas que, en cuanto tales, esto es, en cuanto racionalistas, ignoran la realidad, con la pretensión de sustituirla. Rousseau, por ejemplo, es claro a este respecto: «Antes de observar -escribe en el libro V de su obra pedagógica-política- es preciso hacerse con normas para la propia observación: hay que hacerse con una escala a la que referir las medidas que se toman. Nuestros principios de derecho político son esta escala. Nuestras medidas son las leyes políticas de todo país»¹⁵. El bien, por tanto, depende del hombre. También el que se define como común. El llamado bien público se identifica, así, en el último término y desde cualquier teoría constructivista, con la conservación del Estado, en vista de la cual se entiende legítima toda acción: el fin, en efecto, justifica los medios, como teorizó Maquiavelo y como sostuvieron (y sostienen) los teóricos de la razón de Estado de todo tiempo. El Estado, su existencia, es el bien por excelencia, el bien que conservar siempre y a toda costa, el bien que permitiría una vida civil, puesto que la realidad es la creadora de la ética y el derecho. HEGEL, que no era constructivista aunque sí racionalista, señalaba que el Estado es la misma «sustancia ética consciente de sí», que reconduce todo a la vida de la sustancia universal. Para Hegel, así, el bien común es «el todo sustancial extraño a las partes de las que está construido y que, a su vez, están constituidas por él. Un filósofo contemporáneo de

¹⁴ Confróntese la tesis, presentada en CASTELLANO, Danilo. L'Ordine della política. Scientifiche. Nápoles, 1997, pp. 43-53.

¹⁵ Véase *Emilio, o De la educación* (en particular libro V), el cual es un tratado filosófico sobre la naturaleza del hombre escrito por Jean Jacques Rousseau en 1762, quien la creía la "mejor y más importante de todas sus obras", aborda temas políticos y filosóficos concernientes a la relación del individuo con la sociedad, particularmente señala cómo el individuo puede conservar su bondad natural (Rousseau sostiene que el hombre es bueno por naturaleza), mientras participa de una sociedad inevitablemente corrupta. En el *Emilio*, Rousseau propone, mediante la descripción del mismo, un sistema educativo que permita al "hombre natural" convivir con esa sociedad corrupta.² Rousseau acompaña el tratado de una historia novelada del joven Emilio y su tutor, para ilustrar cómo se debe educar al ciudadano ideal.

fuerte vocación y, sobre todo, de fuerte atención realista (Marcel De Corte), observó que esta definición de bien común no se puede compartir racionalmente, para empezar porque pretende ser la unidad en lugar de la unión y, por ello, hacerse unicidad suprimiendo la pluralidad de las realidades individuales¹⁶.

En resumen, la identificación de bien común y bien público es la negación de la posibilidad misma del bien, ya que éste viene a depender de la voluntad de la realidad que es considerada ética y racional sobre la base de la consideración de que su voluntad efectiva aporta el criterio de la racionalidad universal sólo porque es única y, por ello, general. El criterio del bien, por esto, estaría en la norma positiva que no tutela el bien, ni el moral ni el jurídico, porque el bien es ella misma: el bien es la misma *ratio* de la Ley, que –a su vez- es tal porque querida por el Estado, quien por ello nunca está sujeto a error. Nos hallamos frente a una forma de nihilismo positivo que pretende transformar en bien todo acto de voluntad positiva y, sobre todo, individuar el bien en la única realidad que tiene el poder de hacer efectiva la propia voluntad, puesto que es la condición del bien así entendido¹⁷.

1.1.2. El bien común como bien privado

La identificación del bien común con el bien privado ha sido favorecida por la reacción contra la doctrina idealista, en particular la hegeliana, irracional por su pretensión de hacer de la verdad del sistema, la verdad, y absurda por las contradicciones y aportaciones que se evidencian en su aplicación y, por tanto, en la *praxis*. La derrota de los Estados totalitarios en la segunda guerra mundial representó la fractura del sistema de Hegel y ofreció la prueba de las desastrosas e inhumanas consecuencias en las que tal doctrina debía incurrir necesariamente (como incurrió). Se difundió así muy rápidamente una teoría política de origen protestante, cuya afirmación resultó favorecida por la ilusión de que otorgaba valor al individuo, a la persona

¹⁶ Cfr. CASTELLANO, Danilo. “¿Qué es el bien común?”... *Op. Cit.*... p. 16.

¹⁷ *Ídem*.

humana, tras su sacrificio en el altar de la verdad idealista más abstracta. La difusión de las viejas (aunque presentadas como nuevas) teorías políticas liberales vino favorecida también por equívocos en el plano teórico (individuo y persona parecían a muchos términos equivalentes) y, sobre todo, por las circunstancias históricas de finales del segundo conflicto mundial: los vencedores de los regímenes definidos autoritarios resultaron ser los Estados liberales y también los comunistas, pero el liberalismo -aunque fuese la matriz del comunismo, sobre todo del marxiano- difícilmente podría convivir con el marxismo. Con el marxismo tampoco podía convivir el cristianismo, fuese en su versión católica o incluso en la protestante. El comunismo, por esto, se convirtió (y se tomó por tal) en el enemigo común. Todos se unieron en la batalla a nombre de la libertad, que no puede ser considerada el bien común ni siquiera aunque se lea como libertad responsable: aquélla, en efecto, también en este caso resulta una condición que no puede eliminarse, pero que no puede convertirse en el bien común.

Las doctrinas políticas occidentales, sobre todo las elaboradas de encargo (como, por ejemplo, la teoría política del segundo Maritain¹⁸), se empeñaron en justificar la caída de las posiciones que, particularmente en Europa, habían sido hegemónicas hasta la mitad del siglo XX. Pasó a sostenerse, así, que el bien común no era el público sino el privado. Esencial era el bien del individuo ante el que el Estado y el Ordenamiento Jurídico debían considerarse servidores. Servidores y, por lo tanto, instrumentales ante cualquier opción individual, cualquier deseo de la persona, cualquier proyecto. No sólo porque según algunas doctrinas el proyecto mostrase la misma naturaleza humana (piénsese, por ejemplo, en Sartre, para el que el hacer precede al ser y, por tanto, el sujeto es su actividad y no la condición de ésta), sino también porque se entendía que toda regla heterónoma, impuesta a la voluntad del sujeto, fuese un atentado a su libertad, un atentado fascista, del que debía tan absoluta como rápidamente liberarse. El

¹⁸ Jacques Maritain, ya con el humanismo integral (1936), pero sobre todo con las obras escritas en los Estados Unidos en apoyo del empeño aliado durante la segunda guerra mundial y –en particular- del americanismo. Propuso la democracia como esencia del Occidente y como bien común.

Ordenamiento Jurídico, para legitimarse, habría debido encontrar el consenso (entendido como mera adhesión voluntarista a cualquier proyecto) de los ciudadanos. Se convertía, por ello, en intolerante cualquier Estado que hubiese individuado la naturaleza del bien, erigiéndolo en regla de su legislación y su gobierno: el bien y el mal -se decía y aun hoy se afirma de modo todavía más decidido- pertenecen a la esfera privada; lo público no debe tener opinión alguna acerca de la vida buena, sino que al contrario debe ser absolutamente indiferente¹⁹. La nueva *ratio* que rige y anima a los Ordenamientos Jurídicos occidentales contemporáneos debe buscarse, así, en esta Weltanschauung neoliberal, que se ha expandido poco a poco y que se presenta todavía como la vía que debe recorrerse para conseguirlo. Derivó de ahí, como consecuencia del desplome de lo público sobre lo privado, la desaparición del bien (incluso del que sólo es su subrogado) y necesariamente la desaparición del bien común en sí. El único fin de la comunidad política que se considera legítimo es el de asegurar, garantizándolo en la perspectiva liberal y/o promoviéndolo en la perspectiva liberal-socialista, la libertad negaría que a su vez se convierte en liberación total en la perspectiva marxista y en la liberal-radical. Pero, como esto no es posible en absoluto, se asignó al poder la tarea de mediar entre instancias y pretensiones contrapuestas, tanto que ahora se afirma explícitamente que el Parlamento es el lugar de la composición de los intereses. El poder político, por ello, estaría legitimado por un contrato de mandato o bien por un consenso mayoritario de la sociedad civil, no ciertamente por la racionalidad del mando político, entendida la racionalidad como conformidad a la esencia y al fin natural de las personas. El Estado moderno de la vieja Europa desapareció. Se afirmó el Estado como proceso teorizado por la politología norteamericana desde finales del siglo XIX, que entiende que el poder político es un mero poder y que el conflicto es el alma de la llamada convivencia civil. Lo que implica que la realización de la voluntad, la obtención de los intereses, el agotamiento de las pasiones y los deseos tanto

¹⁹ En nuestro tiempo, esta tesis ha sido sostenida con ímpetu por los católicos liberales. En Italia, verbigracia, la propuso (mientras fue Secretario Nacional de la Democracia cristiana) hacia la mitad de los años ochenta Ciriaco De Mita. Cfr. DE MITA, Ciriaco. Intervista sulla DC, a cargo de Arrigo Levi, Bari, Laterza, 1986, en concreto, pp. 199-200.

de los individuos como de los grupos, y no –por tanto- la vida según la razón, representen el objetivo que conseguir. Esto es lo que se considera el bien, que no tiene nada de común siendo de parte o solipsista²⁰ –solamente yo existo-, en todo caso privado en el sentido moderno del término.

1.1.3. El bien común como presupuesto para el desarrollo de la persona

La tercera identificación lleva a una definición cuando menos equivocada de bien común. Aparece, en efecto fuertemente hipotecada por la doctrina liberal, aunque no venga necesaria y explícitamente por ella. Pues sostener que el bien común es el conjunto de las condiciones para el desarrollo de la persona puede conducir, de una parte, al subjetivismo, sea en la interpretación dada por un Locke (que, como es sabido, sostenía que el individuo tiene derecho a la felicidad, una felicidad que puede poner en lo que crea que le hace feliz), o sea en el sentido vitalista de un Hobhouse (para el que las condiciones sociales y jurídicas deben ser garantía de apertura de canales a la espontaneidad individual); y de otra puede llevar a sostener que las condiciones socio-jurídicas deben representar el baluarte para permitir el explicarse de la conciencia, a propósito de la cual la cultura contemporánea, por cierto, no tiene una noción unívoca: la conciencia como facultad naturalista (Rousseau) que es la premisa de la conciencia como proceso que de la certeza simple e inmediata llega a la autoconciencia como verdad que sabe, esto es, al espíritu, no es la conciencia como producto de un bloque histórico-social (Gramsci) y menos aún el recto juicio de la razón (Catecismo de la iglesia católica). La doctrina del liberalismo ético, compartida –a este respecto- también por filósofos católicos (Augusto Del Noce, por ejemplo), permanece en último término doctrina liberal, puesto que debe postular coherentemente el derecho a la afirmación de la conciencia, sobre todo cuando es cierta, aunque no sea recta. Lo que significa, en el

²⁰ Por solipsismo se entiende la teoría filosófica que postula que la realidad externa sólo es comprensible a través del yo, ya que éste es la única realidad tangible, así como la imposibilidad de conocer la realidad objetiva, en caso de que ésta fuera real, de manera consistente.

plano político, que la autoridad debe desistir siempre de ejercitar su deber-poder, máxime cuando no encuentra el consentimiento del sujeto destinatario del mando político: en la mejor de las hipótesis se le permite indicar lo que debería hacerse para obrar de conformidad con el orden natural, pero nunca podría forzar a su respeto u observancia²¹. De hecho, caerían los límites ligados al orden público informado por la justicia repetidamente invocado por el mismo II Concilio Vaticano, incluso en sus documentos más discutidos y discutibles²². En otras palabras, se terminaría por acoger las doctrinas del personalismo contemporáneo, que –mas allá de sus Versiones particulares– se ha revelado como una forma radical de individualismo.

1.1.4. Apostar por un futuro común: una inversión rentable

En los apartados previos, hemos pretendido dar cuenta de que no ha sido pacífica la situación que esa categoría de “bien común” ha tenido que sortear, mucho menos con la llegada de la modernidad. Nos damos cuenta, para ello, cómo la propia modernidad nace con el fenómeno de la mercantilización violenta de los bienes comunes, comenzando por la Tierra Viva, por Gaia. Esta mercantilización tuvo en los *enclosures* ingleses y en la conquista del nuevo mundo sus momentos fundantes. En la cultura política ilustrada, los bienes comunes no forman parte de las categorías políticas y jurídicas respetables, y son relegados al ámbito de lo premoderno, de lo salvaje y de lo medieval, tanto por quienes son favorables a la propiedad privada como por quienes se oponen a ella. Con la modernidad se produce asimismo una separación entre Política y Derecho, así como entre las diferentes disciplinas de las llamadas Ciencias Sociales. Esta separación oculta el desmantelamiento científico –político, jurídico, económico y tecnológico– de los bienes comunes. Lo común deja de ser un estatuto

²¹ La situación vigente, planteada sobre todo por la doctrina liberal (pero compartida también por la mayoría de los católicos contemporáneos), levanta problemas para los que, en último término, es imposible una solución racional.

²² Incluso la Declaración conciliar *Dignitatis Humanae*, uno de los documentos más discutidos del II Concilio Vaticano, enseña –en efecto– que la libertad encuentra estos límites. Vid. CASTELLANO, Danilo. “¿Qué es el bien común?”... *Op. Cit.*... p. 21.

epistemológico de los bienes con una dignidad comparable a la de lo público y lo privado. La llamada marca germánica, la *partecipanza* común de las tierras en Emilia, las casas de campo de Alto Adige, los usos cívicos o los *commons* ingleses se consideran residuos anacrónicos de un tiempo lejano. Los bienes –como ya hicimos alusión- pueden ser públicos –pertenecientes a organizaciones públicas como el Estado- o privados –pertenecientes a individuos o a personas jurídicas privadas-. Pero en un sistema moderno no pueden ser o permanecer durante mucho tiempo como bienes comunes: *tertium non datur*. Basta, por otro lado, leer los preceptos dedicados a lo común por cualquier Código Civil – creemos, la forma jurídica representativa por excelencia de la modernidad- para advertir la disposición contraria hacia esta forma jurídica, considerada una suerte de patología arcaica que es preciso remediar cuanto antes.

Esta Concepción de la modernidad esta basada, muy probablemente, en la remoción psicológica de la inaudita violencia generada por la acumulación originaria. Un proceso que ha tenido como cómplices a instigadores a la mayor parte de los pensadores que admiramos y que fundan nuestro imaginario liberal. Hoy tendemos a absolver a Locke o a los padres fundadores norteamericanos por haber sido esclavistas o racistas, y nos incomoda vernos forzados a reconocer que el desarrollo capitalista occidental se baso en el saqueo de los bienes comunes. Para remover esta incomodidad, precisamente, hay que proceder a deshistorificar y absolver al pensamiento liberal por los excesos cometidos por el individualismo propietario. Al dispensar a los padres fundadores de la modernidad, considerándolos hijos de su tiempo, implícitamente estamos afirmando que los excesos de la acumulación originaria –los *enclosures*, la conquista, la explotación, el esclavismo- son a su vez parte de un pasado lejano e irrepetible. Al hacerlo, no solo permanecemos ciegos al hecho de que esos excesos se siguen produciendo hoy (basta analizar las relaciones industriales de la economía globalizada). También impedimos cualquier crítica al legado cultural de la tradición moderna asumido por el constitucionalismo liberal. Parte de este legado comprende, seguramente, la

deslegitimación de los bienes comunes, que si fueran objeto de un serio análisis crítico, obligarían a rediscutir de manera radical gran parte de las categorías jurídico-políticas de la modernidad, incluidas –o mas bien, principalmente- aquellas cuestiones tabú para el Derecho y para la Economía, como la de la justa distribución de los recursos. En efecto, el Derecho y la Economía –pero también, por desgracia, la Filosofía analítica y la Ciencia Política dominantes- fundan su propia «cientificidad» en la asunción de la infame distribución de los recursos producida por los *enclosures*. Como si se tratara de un dato factico, de una especie de realidad natural, como la salida y la puesta del sol, a la que solo los utópicos –pero no científicos guiados por el supremo valor del realismo- pueden pretender poner remedio.

En la medida en que la modernidad ilustrada –y el constitucionalismo liberal- estructuran nuestro modo de pensar, sus legados culturales crean el imaginario dominante y tienen un enorme poder político de construcción de la realidad: Nuestra realidad esta construida en torno a categorías de lo posible que excluyen los bienes comunes precisamente porque su privatización continua y progresiva –en detrimento de la naturaleza y de otros seres humanos, y en nombre de objetivos de crecimiento y de desarrollo económico- se considera un dato fáctico, no solo cierto e irreversible, sino incluso deseable. Restituir, pues, dignidad política y cultural a los bienes comunes, supone fundar el discurso político y jurídico en otra realidad: la de un mundo y una naturaleza que no pueden “pertener” solo a alguien, sino que deben ser compartidos y accesibles a todos. Esto supone reconocerse, como se dice a veces, en otra narrativa. Una narrativa que tenga en cuenta, primero, los intereses de todos, humanos y no humanos, concebidos como parte de un ecosistema de relaciones de reciproca dependencia, y solo después los intereses individuales. En realidad, los individuos no son siquiera materialmente concebibles como mónadas aisladas. Por su naturaleza, de hecho, el individuo solo esté condenado a sucumbir y a morir. Desde esa perspectiva, los bienes comunes desenmascaran las premisas irrealistas del individualismo burgués. Su reconocimiento promueve la

construcción de un imaginario común en el que la libertad individual se considera parte del mundo del ser, consistente en la facultad de acceder y gozar de bienes comunes y de relaciones sociales comunitarias (y políticas) que lo hacen posible. Hoy en día, no nos queda duda que, la libertad de ser, se plantea como algo claramente distinto a la brutal satisfacción de los apetitos adquisitivos que implica tener para acumular. Una narrativa basada en los bienes comunes no admite colocar en el centro del sistema político ni la propiedad privada ni al Estado, puesto que este último, desde siempre, ha presidido la privatización de los bienes comunes y ha estado comprometido con la ampliación de la propiedad privada. En un mundo de recursos finitos²³, la acumulación solo puede producirse, lógicamente, a través de la sustracción de recursos de lo común y de **comportamientos estructuralmente antiecológicos**, esto es, contrario a los intereses de la comunidad natural. Obviamente, privilegiar la dimensión del ser sobre la del tener constituye un anatema para la estructura fundamental del capitalismo dominante, ya que supone una reducción del consumo y de la posibilidad de privatizar el excedente económico producido por la transformación de los bienes comunes en beneficio privado. En efecto, cada vez que un consumidor satisface un deseo cualquiera en el mercado –por ejemplo, cuando compra un portátil- privatiza bienes comunes, porque dicho ordenador se producirá a partir de la transformación de bienes escasos que se encuentran exclusivamente en la naturaleza como dones que ninguna tecnología puede “reproducir”. Ese portátil convertirá en beneficio privado la extracción de hidrocarburos necesaria para la producción de plástico; privatizará las grandes cantidades de agua indispensables para el enfriamiento de los procesos productivos; privatizará el uso de las llamadas tierras raras –por ejemplo, el coltan, empleado para la fabricación de microchips- que se encuentran en lugares del mundo como el Congo, devastados por la explotación brutal de estos recursos. Es precisamente esta continua acción de privatización de los beneficios que la naturaleza ha donado a todos, y no solo a quienes pueden “permitírselo” económicamente

²³ Claro ejemplo de esto, son los recursos naturales, mismos que serán protagonistas en el presente trabajo de investigación.

en el mercado, lo que erosiona de modo irreversible el gran tesoro que Gaia²⁴ esconde desde hace miles de años. Esta actividad de privatización de los beneficios es necesaria para la vida, y en este sentido puede considerarse, ciertamente ecológica, puesto que Gaia es un planeta vivo y la vida humana es parte de él. Sin embargo, debe valorarse en relación con las iguales necesidades de todos. Es lo que ocurre, de hecho, cuando somos invitados a un bufé. Tratamos de ser considerados con las exigencias del resto y evitamos atiborrarnos de manera descontrolada y en el menor tiempo posible con todo lo que el apetito nos pide. El individualismo propietario típico del pensamiento de la actualidad celebra como deseable y promueve como un ejercicio de libertades fundamentales la acumulación brutal, indiferente a las exigencias de los demás, a partir de teorías económicas inspiradas en el paradigma de un crecimiento infinito en un planeta finito.

En este tenor, recurrimos al Catedrático Italiano UGO MATTEI²⁵, quien realiza una excelsa exposición sobre “la realidad objetiva” en la que operan las teorías realistas contemporáneas, sosteniendo que se basan en tres ficciones: «la invención del dinero, la mercantilización de la tierra, convertida

²⁴ Por excelencia en este rubro, es menester citar la definición que sobre Gaia construye el destacado científico ambientalista y químico atmosférico James Lovelock. El también investigador de la Universidad de Harvard, expone que Gaia «es un delgado caparazón esférico de materia que rodea el interior incandescente; empieza allí donde las rocas de la corteza se encuentran con el magma del interior de la Tierra, a unos ciento sesenta kilómetros bajo la superficie, y se extiende otros ciento sesenta kilómetros hacia arriba, a través del océano y el aire, hasta la todavía más caliente termosfera, que linda con el espacio exterior. Incluye la biosfera y un sistema fisiológica dinámico que ha mantenido nuestro planeta apto para la vida durante más de tres mil millones de años». El Profesor Lovelock, afirma que «Gaia es un sistema fisiológico porque parece tener el objetivo inconsciente de regular el clima y la química de forma que resulten adecuados para la vida. Sus objetivos no son fijos, sino que se ajustan al medio ambiente de cada momento y se adaptan a las formas de vida que alberga en cada época». Continúa diciendo que «debemos pensar en Gaia como un sistema integral formado por partes animadas e inanimadas. El exuberante crecimiento de los seres vivos, posible gracias al sol, hace a Gaia muy poderosa, pero este caótico y salvaje poder está constreñido por las propias limitaciones de esa entidad que se regula a sí misma en beneficio de la Tierra. LOVELOCK, James Ephraim. *La venganza de la tierra. La teoría de Gaia y el futuro de la humanidad*. Traducción de Mar García Puig. Planeta. Barcelona, 2009, pp. 37-51.

²⁵ Cfr. MATTEI, Ugo. *Bienes comunes. Un manifiesto*. Traducción de Gerardo Pisarello. Trotta. Madrid, 2013, p. 64.

en un bien fungible a pesar de ser ontológicamente una, y la abstracción del tiempo-trabajo». Estas ficciones son la condición de posibilidad de comportamientos antiecológicos de acumulación cuantitativa. No es ninguna casualidad que muchas poblaciones, durante siglos, en momentos de la historia humana diversos a los de la circunscrita fase actual del capitalismo hegemónico, hayan sido capaces de vivir en un admirable equilibrio ecológico con la naturaleza. Y todo ello gracias a una inteligencia común que el individualismo posesivo de la modernidad ha deslegitimado, primero en plano teórico, para luego erosionarla progresivamente en la práctica. De este modo, cuando los bienes comunes se colocan en el centro de las escena, la *realidad* naturalizada y convertida en hegemónica por el mundo capitalista en que vivimos resulta cuestionada.

Así pues, lo común lo podemos entender como una noción que sólo puede aprehenderse de manera auténtica en clave fenomenológica y holística, una lógica incompatible con aquella reduccionista del tener (y del poder). Esta idea queda bien expresada en la locución: también nosotros somos lo común. En efecto, como dicta UGO MATTEI, «lo común no es solo un objeto –un curso de agua, un bosque, un glaciar- sino también una categoría del ser, del respeto, de la inclusión, de la cualidad. Es una categoría auténticamente relacional, construida a partir de relaciones entre individuos, Comunidades, contextos y medio ambiente. Lo común es una categoría ecológico-cualitativa y no económico-cuantitativa, como la propiedad o la soberanía estatal. Por eso, si bien lo común no puede reducirse a un derecho –que es una categoría del tener: yo tengo un derecho-, es inescindible de la posibilidad efectiva de satisfacción de los Derechos Fundamentales, una experiencia, al cabo, de satisfacción subjetiva y de participación objetiva en una comunidad ecológica. En la lógica de lo común, las barreras entre sujeto y objeto, entre naturaleza y cultura, se desvanecen»²⁶. El medio ambiente, visto como un bien común, no es una entidad estática. Es al mismo tiempo naturaleza y cultura, un fenómeno local y global, tradición y futuro. Lo común, en otras palabras, es civilización.

²⁶ *Ibidem.*, p. 74.

Dicho lo anterior, y concentrándonos en el bien común medio ambiente, adquiere relevancia el título con el que denominamos el presente epígrafe. Pues, de no hacer un intento por dimensionar y adoptar la esencia que encierran los conceptos hasta aquí dilucidados, estaríamos entrando a una grave simbiosis de “riesgos” que sería lamentable correr²⁷. Por ello y entre otras cosas, las instituciones de Gobierno democrático y ecológico de los bienes comunes sobre las que es necesario experimentar, deben estructurarse de modo tal que no puedan resultar pervertidas por la lógica primordial del poder y por la lógica predatoria y de saqueo de la que se nutre el capital. Esta lógica es la que ha penetrado como nunca en las instituciones políticas de las democracias liberales. El desafío que tienen por delante quienes de verdad quieran cambiar nuestro mundo consiste en construir nuevas y fortalecer las ya existentes instituciones *ad hoc* en cargadas del estudio y tratamiento del fenómeno ambiental.

2. El medio ambiente: su acepción

Paso ulterior, a la escala realizada para elaborar un análisis de lo que se entiende por bien común y con el ánimo de irnos perfilando en lo que simboliza el ente ambiental y las indeseables transformaciones que se han venido proliferando en este escenario, es oportuno que vayamos intimando con ciertos conceptos que nos acompañaran a lo largo de este trabajo – como es la definición de medio ambiente-, matizando desde ahora, que la intención más allá de las etiquetas que se puedan poner a uno u otro conjunto de situaciones, estriba en que al final del camino, esta modesta

²⁷ En este orden de ideas y aunque un tanto radical u objetivo-realista, depende desde la óptica bajo la cual se analice, James Lovelock vaticina: «Con sólo un suspiro, el planeta en el que vivimos puede matar a decenas de miles de personas. Pero eso no es nada comparado con lo que puede suceder muy pronto; estamos abusando tanto de la Tierra que ésta puede rebelarse y volver a la elevada temperatura que tuvo hace cincuenta y cinco millones de años. Si lo hace, la mayoría de nosotros moriremos, así como la mayoría de nuestros descendientes. Es como si hubiéramos decidido encarnar el mito que narra Wagner en: *El anillo de los Nibelungos* y ver nuestro Valhalla caer pasto del fuego que nosotros mismos hemos encendido. Cfr. LOVELOCK, James Ephraim. *La venganza de la tierra... Op. Cit...* p. 17.

investigación cumpla uno de sus fines: crear conciencia sobre donde estamos parados –el estado actual- con respecto al planeta donde vivimos y lo que puede acaecer si, desde la trinchera que nos corresponde, permanecemos estáticos en ese mismo punto.

Dicho lo anterior y *ab initio*, respaldados por la doctrina mayoritaria²⁸, nos atrevemos a afirmar que la delimitación del concepto de medio ambiente no representa un simple ejercicio teórico –tampoco ha resultado una labor pacífica doctrinalmente hablando-, sino constituye un punto de partida indispensable para identificar cuál va ser el objeto del Derecho Ambiental en general y de la entrada en escena del Derecho Penal.

La propia utilización del termino (medio ambiente), a pesar de ser la más extendida, ha sido frecuentemente criticada por su carácter redundante (de ahí que muchos estudiosos opten por recurrir a otros términos en singular: ambiente, entorno o medio; ello se extendiendo se extiende también a la propia adjetivación dada a la denominación del sector administrativo, donde el término Derecho ambiental cobra cada vez mayor peso).

El término medio ambiente (o ambas palabras por separado), por tanto, se identifica con el de entorno, haciendo todos ellos referencia a lo que rodea (primera acepción del Diccionario de la Real Academia). De acuerdo con a ALENZA GARCÍA²⁹, resulta necesario, para poder aprehender este concepto, no olvidar su componente «pasivo» o subjetivo, es decir, aquél o aquello que es rodeado. En el sentido que nos atañe, este último componente no sería otro que el ser humano y, lo que le rodea, la realidad

²⁸ Cfr. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. “El concepto de medio ambiente”. *Lecciones del medio ambiente*. 4ª edición. Lex Nova. Valladolid, 2005, p. 41. También, véase al mismo autor en: *Tratado de Derecho Ambiental*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 31. De igual forma, revítese a: SÁNCHEZ –MESA MARTÍNEZ, Leonardo J. “Aspectos básicos del Derecho Ambiental: objeto, caracterización y principios. Regulación constitucional y organización administrativa del medio ambiente”. En, *Derecho Ambiental. (Adaptado al EEES)*. Tecnos, Madrid, 2012, p. 42. En el mismo sentido: DE MIGUEL PERALES, Carlos. *Derecho español del medio ambiente*. 3ª edición. Thomson Reuters. Navarra, 2009, p. 31.

²⁹ Cfr. ALENZA GARCÍA, José Francisco. *Manual de Derecho Ambiental*. Universidad de Navarra. Pamplona, 2002, temas 1-5.

física del mismo (que, en un sentido estricto, como veremos, será la realidad natural).

De acuerdo con el Doctor Europeo en Derecho Público por la *Università degli Studi di Bologna*, SÁNCHEZ-MESA, «en los términos mas simples posibles, puede entenderse el ambiente como el conjunto de circunstancias que rodea a los seres vivos. La riqueza y complejidad de dichas circunstancias (donde se engloban no solo factores físicos de los muy diversos entornos que allí se incluyen, sino también las derivadas de las interrelaciones que se producen entre los mismos o con los propios seres vivos, así como el impacto de estos últimos sobre aquellos) han llevado a afianzar una concepción sistémica del ambiente. El ambiente es, pues, un sistema que reúne, en esencia, dos grandes subsistemas, ambos indispensables para la propia existencia de la vida (incluida la humana) y determinantes de las condiciones de la misma: 1. El subsistema de los elementos no vivientes, compuesto por el agua, el aire y el suelo y 2. El subsistema de los seres vivos»³⁰.

En similar contexto se manifiesta MARQUÈS I BANQUE, quien apoyada por la doctrina italiana, señala que «el medio ambiente queda definido a partir de los elementos que tienen relevancia y significación jurídica en orden de su protección. En otras palabras: aquellos elementos que integran el medio ambiente. En este sentido de entrada se diferencian aquellos elementos medioambientales imputados al espacio biológico en sentido estricto, a saber, el aire y el agua, de los que podría llamarse bienes ambientales bióticos, a saber, los animales, las plantas y demás seres vivos³¹».

³⁰ Vid. SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, Leonardo J. *“Aspectos básicos del Derecho Ambiental... Op. Cit... p. 43.*

³¹ Aunado a este primer concepto, agrega otro, desde una posición normativa, así, señala que: «Se puede entender al medio ambiente como la porción de espacio útil, circunscrita (o circunscritable) entre límites determinados (o determinables) en el cual el hombre actúa como integrante de una colectividad, y que aparece como el centro de imputación de los intereses a la integridad y a la conservación de dicho medio ambiente» Cfr. MARQUÈS I BANQUÈ, Maria. “La protección penal del medio ambiente”. *Estudios de Derecho Ambiental.*

Como no resulta difícil intuir, aquella realidad que constituye el entorno del hombre, no siempre (y no solo) viene dada por elementos naturales sino también artificiales (sin ir mas lejos, los entornos urbanos son, hoy por hoy, el escenario principal de la amplia mayoría de la población mundial, no olvidando tampoco, la propia incidencia transformadora de la actividad humana sobre el medio natural próximo a los ámbitos rurales poblados). Este factor incide necesariamente en el debate abierto sobre el concepto de ambiente, de modo que, en función del enfoque que se adopte, mas ecocéntrico o mas antropocéntrico, dicho concepto resultará mas o menos amplio. A reserva de que abajo no ocuparemos de lo contenido en el mandato constitucional español, adelantamos que esta dualidad se refleja en el propio artículo 45 CE: cuyo primer párrafo ofrece un planteamiento antropocéntrico al referirse a «un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona», mientras el segundo aparece presidido por una mayor atención a los elementos naturales (haciendo referencia a la utilización racional de los recursos naturales y al fin de defender y restaurar el medio ambiente). En cualquier caso, no puede olvidarse que el concepto de ambiente resulta, por sí mismo, una construcción humana, lo que va a determinar que en su configuración no pueda prescindirse de la consideración de elementos culturales, sociales o económicos que representan factores integrantes del entorno o circunstancias en las que se desenvuelve la vida humana. La opción por una concepción amplia o por una restringida plantea, en uno u otro caso, ventajas e inconvenientes para el sistema jurídico que se pretenda crear para regular el medio ambiente: mientras una concepción restringida constituye una garantía no sólo para la propia identificabilidad del sistema normativo sino también para la propia eficacia del mismo (resultaría complejo regular una realidad excesivamente plural y diversa), presentaría el peligro de dejar fuera aspectos íntimamente relacionados con la calidad ambiental y la protección de la naturaleza (elementos que sí podrían quedar comprendidos bajo una concepción más amplia del ambiente). Autores como, el *otrora* Rector de la Universidad del

País Vasco y Catedrático en la Universidad de Alicante, MARTÍN MATEO³², abogan por la adopción de un concepto restringido. Este autor, pionero entre los que abordaron el estudio de este sector, concibe el medio ambiente como «el conjunto de elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra». En una visión más restringida, el concepto de ambiente quedaría acotado por el ya referido binomio compuesto por los elementos no vivos que soportan la vida (agua, aire y suelo) y los elementos vivos (fauna y flora).

El Doctor catalán en ciencias ambientales por la Universidad Autónoma de Barcelona y miembro del ICTA (*L'Institut de Ciència i Tecnologia Ambientals*), BOADA JUNCÁ, realiza una notable síntesis de la terminología presente actualmente en la doctrina y en los distintos documentos especializados en la materia, llegando a la conclusión de que «el medio ambiente se puede definir como un conjunto de factores físicos, químicos y biológicos a los cuales está sometido un individuo vivo³³».

Otros autores son partidarios de un concepto más amplio. Entre ellos, LÓPEZ MENUDO³⁴, adopta un concepto más flexible a partir de una estructura conformada en función de círculos concéntricos, compuestos por un núcleo duro, donde se organizan los elementos básicos de la naturaleza (el aire, el agua, el suelo, etc.); un segundo nivel que comprendería

³² Cfr. MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Ambiental*. Aranzadi. 3ª edición. Navarra, 2003, p. 21 y siguientes.

³³ BOADA JUNCÁ, Martí. *El planeta nuestro cuerpo. La ecología, el ambientalismo y la crisis de la modernidad*. Secretaria de Educación Pública y Fondo de Cultura Económica. Colección la Ciencia para todos. México, D.F., 2003, p. 11. Aunado a la definición *ut supra* expuesta, para entender la acepción del medio ambiente, suma estas acepciones: «Conjunto de elementos que pueden actuar sobre el individuo»; «Conjunto de todas las formas o condiciones externas que actúan sobre un organismo, una población o una comunidad» y «Término que sirve para definir a toda la sociedad y naturaleza, hábitat, ciudades, economía, instituciones y cultura».

³⁴ Cfr. LÓPEZ MENUDO, Francisco. «Concepto constitucional de medio ambiente: el reparto competencial». Ejemplar dedicado a: Reparto competencial en materia de medio ambiente. Control medioambiental de la administración pública. En, *Estudios de Derecho Judicial*. No. 56. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2004, pp. 13-72.

elementos como la fauna y la flora, el paisaje o el patrimonio cultural; y un tercer estrato que quedaría referido al medio ambiente artificial o humano.

Por su parte –y también en una concepción lata- nos parece oportuno, exponer la opinión del Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha, ORTEGA ÁLVAREZ³⁵, quien estriba que «el concepto de medio ambiente tiene una pluralidad de contenidos que abarcan desde los recursos naturales, la fauna y la flora, hasta los conceptos de bienestar, calidad de vida y desarrollo de la personalidad, incluso la ordenación del territorio y las infraestructuras».

En un sentido omnicomprensivo, nos resultan de interés las matizaciones que hace DE MIGUEL PERALES, sobre la concepción que de medio ambiente perpetra MORENO TRUJILLO, quien sin dejar clara la dificultad de etiquetar conceptualmente al medio ambiente señala que «debemos decantarnos por un concepto razonable, ni demasiado amplio (que nos llevaría a decir que todo es medio ambiente, desde la sociología hasta la sanidad, pasando por la arqueología, la arquitectura o la psicología), ni demasiado estricto (que supondría excluir campos claramente ambientales, como el de inmisiones entre vecinos). En este sentido, quizás el concepto más satisfactorio sea el dado por la Convención de Lugano, con dos precisiones: yo excluiría el patrimonio histórico y matizaría que el paisaje no es un elemento del medio ambiente susceptible de protección *per se*, sino en la medida en que otros elementos ambientales (flora, fauna, agua, clima) se vean afectados, y sin perjuicio de que sea merecedor de protección sobre esta y otras bases (por ejemplo, la protección de los valores espirituales y los sentimientos que unen a los ciudadanos con su marco vital físico)»³⁶.

³⁵ Vid. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Lecciones de Derecho... Op. Cit...* p. 44.

³⁶ Cfr. DE MIGUEL PERALES, Carlos. *Derecho español del medio ambiente... Op. Cit...* p. 32. Las matizaciones vienen representadas por la incorporación del paisaje en el concepto de medio ambiente (véase el capítulo 14 de esta misma obra citada). En una definición de medio ambiente, referenciada a distintos documentos europeos, véase a MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. *Derecho Penal Ambiental*. Exlibris. Madrid, 2006, pp. 26 y ss.

En una acepción basada en la jurisprudencia³⁷, el Magistrado del Tribunal Supremo español, SÁNCHEZ MELGAR³⁸, sintetiza al concepto de medio ambiente, como «el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodea a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida».

Por su parte, siendo de una concepción similar al autor citado previamente³⁹, CASTELLÓ NICÁS⁴⁰, entiende que «el medio ambiente ha de circunscribirse a la atmosfera, el medio acuático, el suelo y el medio biótico, dejando excluidos todos aquellos aspectos que inventados o modificados por el hombre puedan otorgar más calidad de vida a sus existencia, pero que no procedan de la formación natural de nuestro planeta».

En este recorrido por los conceptos que del medio ambiente se recogen en la bibliografía vigente⁴¹, encontramos la opinión del Magistrado emérito del Tribunal Supremo de España y quien también fuera discípulo de WELZEL en la Universidad de Bonn, nos referimos pues a BACIGALUPO ZAPATER. El Catedrático de la Universidad Complutense y de la Autónoma de Barcelona, afirma que se debe considerar al medio ambiente como «todas aquellas propiedades de suelo, el aire y el agua, así como la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal

³⁷ Cfr. STC 102/1995 y STC 64/1982.

³⁸ Véase a SÁNCHEZ MELGAR, Julián. “La jurisprudencia penal en materia medioambiental”. *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007, pp. 53-54.

³⁹ Coincide con Moreno Trujillo, en el sentido de que ambos afirman que en el concepto de medio ambiente, no se debe de mostrar un enfoque tan restringido, ni un enfoque tan amplio. Lo que implica la exclusión de la acepción de medio ambiente, todo aquello que se debe a la actuación del hombre y que no procede de manera espontánea de la propia naturaleza. CASTELLÓ NICÁS, Nuria. “Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma 5/2010 de 22 de junio)”. *El cambio climático en España: Análisis técnico-jurídico y perspectivas*. Dykinson. Madrid, 2011, pp. 271-272.

⁴⁰ *Ídem*.

⁴¹ Sobre este amplio *ítem*, véase también a JORGE BARREIRO, Agustín. “El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”. En, *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el Ordenamiento Jurídico español*. Agustín Jorge Barreiro (Director), Manuel Cancio Meliá (Coordinador). Comares. Granada, 2005, pp. 4-5.

forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistema subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales⁴²».

Más allá de la doctrina que encontramos en nuestros días, no podemos dejar de mencionar que la jurisprudencia también pone de manifiesto aquella insalvable dualidad entre la visión ecocéntrica y la antropocéntrica, sin cerrar las puertas a una concepción más amplia del medio ambiente. En esta tesitura, la STS de 2 de febrero de 2001, dispone que la forma de comprender el medio ambiente impone «la sistematización de diferentes valore, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un espacio y momento determinados, la vida y el desarrollo de organismos Y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio con el hombre y entre los diferentes recursos. Un ambiente en condiciones aceptables de vida, no sólo significa situaciones favorables para la conservación de la salud física, sino también ciertas cualidades emocionales y estéticas del entorno que rodea al hombre». De su lado, el Tribunal Constitucional parte de una concepción reducida y transversal que entiende el medio ambiente como un elemento material o sustantivo, que integra recursos naturales, considerando a los mismos en una vertiente estática, y que deben guardar equilibrio con otras políticas sectoriales diferentes a la propia del medio ambiente. Sin embargo, entre otras precisiones, advertirá más adelante que, junto a los elementos naturales, también se incluyen dentro del concepto jurídico de ambiente «otros elementos que no son naturaleza sino Historia, los monumentos, así como el paisaje⁴³, que no es sólo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y en cada cultura».

⁴² Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”. En, *Estudios penales y criminológicos*. Nº 5. Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1981, pp. 198 y ss.

⁴³ El paisaje se define como la realidad concreta del geosistema, el conjunto de elementos abióticos –relieve, atmósfera, aguas-, bióticos –vegetación, fauna- y socioeconómicos, dotados del nivel más alto de integración, en un espacio perfectamente definido y en un tiempo determinado. Sobre esta definición, véase a LÓPEZ BONILLO, Diego. *El medio ambiente*. Cátedra. Madrid, 2001, pp. 69-70.

En la regulación vigente no se da un concepto general sobre el medio ambiente, por lo que, desde el ámbito normativo, no se cuenta con un concepto uniforme al que atenernos: se ofrecen diferentes conceptos en función de los fines que persigue cada norma ambiental. En definitiva, las diversas formas de entender el concepto de medio ambiente que se ofrecen en cada norma dependerán de factores como la concreta faceta del bien jurídico «medio ambiente» en la que aquélla incide, o la acotación de la materia que la misma regula, previamente determinada por criterios de competencia. Constatado que el medio ambiente se propone, a los ojos del Derecho, como un concepto no cerrado, voluble y también mutable en el tiempo (no es comprendido hoy como lo fuera hace unas décadas), no resulta menos cierto que dicho concepto ha tendido a ampliarse progresivamente, propiciando la paralela extensión del ámbito objetivo del Derecho Ambiental hacia materias que antes eran reguladas por otras ramas o sectores del ordenamiento administrativo, como el Derecho urbanístico o el Derecho Sanitario.

3. El medio ambiente frente a una sociedad de riesgo

Es trascendente advertir que en este trabajo de investigación y, nos atrevemos a decir que en cualquier otro de consonantes características, no es posible presentar el medio ambiente, su protección y, en concreto, la función que debe asumir el Derecho Penal Ambiental, al margen de los profundos cambios que se vienen produciendo en los últimos lustros en las sociedades contemporáneas. En efecto, aunque a menudo pasa desapercibido en nuestras vidas cotidianas, vivimos en la actualidad tiempos de cambios demasiado profundos en muy diversos ámbitos de nuestras instituciones y sociedades. Naturalmente, estos cambios afligen de modo decisivo al medio ambiente y a la definición que se hace del mismo. A la vez, estos cambios, naturalmente afectan de modo íntimo a la vida de las personas. Los mismos son tan hondos que algunos autores los equiparan o incluso los consideran más acentuados que los que tuvieron lugar, por

ejemplo, durante la revolución industrial. Son numerosos y heterogéneos los pensadores que han reflexionado sobre las sociedades contemporáneas y los cambios que están experimentando. Entre los más conocidos e interesantes se encuentran, entre otros muchos, el sociólogo, filósofo y ensayista polaco: BAUMAN⁴⁴, que habla del paso de una modernidad sólida a otra líquida y GIDDENS⁴⁵, sociólogo británico reconocido por su teoría de la estructuración, quien utiliza el término modernidad reflexiva para referirse a la nueva situación. En realidad, son abundantes las descripciones que existen de los cambios que afrontamos y de las “nuevas sociedades” hacia las que nos encaminamos. Una de estas caracterizaciones, muy extendida e influyente, se basa en el magistral trabajo del Profesor alemán de la Universidad de Múnich y de la London School of Economic and Political Science, ULRICH BECK. Aunque en obras posteriores ha extendido su análisis a otros fenómenos —la sociedad cosmopolita, la globalización, entre muchos otros- en sus primeros trabajos, como es el justamente célebre libro: «La sociedad del riesgo» de 1986, concede una importancia más que decisiva al medio ambiente y los riesgos que afronta.

Teniendo como eje rector el pensamiento de los sociólogos citados anteriormente y enfocándonos en desarrollar el título con que hemos distinguido al presente epígrafe, no podemos soslayar que en la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por lo tanto, los problemas y conflictos de reparto de la “sociedad de la carencia” son sustituidos por los problemas y

⁴⁴ El Profesor de la Universidad de Varsovia Zygmunt Bauman, entre otros de sus reconocimientos por el aporte teórico-social contemporáneo, ha sido galardonado con el Premio Príncipe de Asturias de Comunicación y Humanidades.

⁴⁵ GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Stanford University Press. Stanford, California, 1990, pp. 1-10. Giddens, adquirió gran reconocimiento debido a su intento de renovación de la socialdemocracia a través de su teoría de la Tercera Vía. Es considerado como uno de los más prominentes contribuyentes modernos en el campo de la Sociología, es autor de al menos 34 libros publicados en no menos de 29 idiomas -publicando en promedio más de un libro por año-. También se lo ha descrito como el científico social inglés más conocido desde John Maynard Keynes y actualmente, entre otras actividades, es miembro del Consejo Académico del Instituto de Investigaciones de Políticas Públicas.

conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica. Este cambio de la lógica del reparto de la riqueza en la sociedad de la carencia a la lógica del reparto de los riesgos en la modernidad desarrollada está vinculado históricamente a (al menos) dos condiciones. En primer lugar, este cambio se consuma (como sabemos hoy) allí donde y en la medida en que mediante el nivel alcanzado por las fuerzas productivas humanas y tecnológicas y por las seguridades y regulaciones del Estado social se puede reducir objetivamente y excluir socialmente la miseria material auténtica. En segundo lugar, este cambio categorial depende al mismo tiempo de que, al hilo del crecimiento exponencial de las fuerzas productivas en el proceso de modernización, se liberen los riesgos y los potenciales de autoamenaza en una medida desconocida hasta el momento⁴⁶.

En efecto, en la medida en que se presentan estas condiciones un tipo histórico del pensamiento y de la actuación es relativizado o sustituido por otro. El concepto de «sociedad industrial o de clases» que distingue Ulrich Beck (en el sentido más amplio de Marx y Weber) giraba en torno a la cuestión de cómo se puede repartir la riqueza producida socialmente de una manera desigual y al mismo tiempo «legítima». Esto coincide con el nuevo paradigma de la sociedad del riesgo, que en su núcleo reposa en la solución de un problema similar y sin embargo completamente diferente: ¿cómo se pueden evitar, minimizar, dramatizar y canalizar los riesgos y peligros que se han producido sistemáticamente en el proceso avanzado de modernización y limitarlos y repartirlos allí donde hayan visto la luz del mundo en la figura de «efectos secundarios latentes» de tal modo que ni obstaculicen el proceso

⁴⁶ Vid. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. 5ª edición. Paidós. Barcelona, 2014, p. 29. Modernización se refiere a los impulsos tecnológicos de racionalización y a la transformación del trabajo y de la organización, pero incluye muchas cosas más: el cambio de los caracteres sociales y de las biografías normales, de los estilos de vida y de las formas de amar, de las estructuras de influencia y de poder, de las formas políticas de opresión y de participación, de las concepciones de la realidad y de las normas cognoscitivas. Para la comprensión sociológica de la modernización, el arado, la locomotora de vapor y el microchip son indicadores visibles de un proceso que llega mucho más abajo y que abarca y transforma toda la estructura social, en el cual se transforman en última instancia las fuentes de la certeza de que se nutre la vida.

de modernización ni sobrepasen los límites de lo «soportable» (ecológica, médica, psicológica, socialmente)? Así pues, ya no se trata (o ya no exclusivamente) del aprovechamiento de la naturaleza, del desprendimiento del ser humano respecto de obligaciones tradicionales, sino que se trata también y esencialmente de problemas que son consecuencia del desarrollo técnico-económico mismo. El proceso de modernización se vuelve reflexivo, se torna a sí mismo como tema y problema. Las cuestiones del desarrollo y de la aplicación de tecnologías (en el ámbito de la naturaleza, la sociedad y la personalidad) son sustituidas por cuestiones de la “gestión política” y científica (administración, descubrimiento, inclusión, evitación y ocultación) de los riesgos de tecnologías a aplicar actual o potencialmente en relación a horizontes de relevancia a definir especialmente. No nos queda duda que la promesa de seguridad crece con los riesgos y ha de ser ratificada una y otra vez frente a una opinión pública alerta y crítica mediante intervenciones cosméticas o reales en el desarrollo técnico-económico. Ambos «paradigmas» de la desigualdad social se refieren metódicamente a épocas determinadas del proceso de modernización. El reparto y los conflictos de reparto en torno a la riqueza producida socialmente se encontraran en primer plano mientras el pensamiento y la actuación de los seres humanos estén dominados en los países y en las sociedades (hoy, en grandes partes del llamado Tercer Mundo) por la evidencia de la miseria material, por la “dictadura de la escasez”. Bajo estas condiciones de la sociedad de la carencia se halla y se consume el proceso de modernizable con la pretensión de abrir con las llaves del desarrollo científico-técnico las puertas de las fuentes ocultas de la riqueza social. Estas promesas de liberación respecto de la pobreza y de la dependencia que uno mismo no ha causado están en la base de la actuación, el pensamiento y la investigación con categorías de desigualdad social, y en concreto desde la sociedad de clases, pasando por la sociedad de capas, hasta la sociedad individualizada. Explica BECK⁴⁷, que en los Estados del bienestar muy desarrollados y ricos de Occidente suceden dos cosas: por una parte, la lucha por el “pan de cada día” pierde (en comparación con el abastecimiento material hasta la primera

⁴⁷ *Ibidem.*, p. 31

mitad del siglo XX y con el Tercer Mundo, amenazado por el hambre) la urgencia de un problema cardinal que deja todo en la sombra. En lugar del hambre aparecen para muchos seres humanos los “problemas” de la obesidad (en relación al problema de la “nueva pobreza”. Sin embargo, con ello se sustrae al proceso de la modernización la base de legitimación que tenía antes: la lucha contra la carencia evidente, por la que se estaba dispuesto a aceptar algunos efectos secundarios (ya no del todo) inadvertidos. En paralelo, se difunde el saber de que las fuentes de la riqueza estén “contaminadas” por las crecientes “amenazas de los efectos secundarios”. Esto no es en absoluto nuevo, pero durante mucho tiempo no se percibió en medio del esfuerzo por superar la miseria. Además, este aspecto oscuro gana en significado mediante el sobredesarrollo de las fuerzas productivas. En el proceso de modernización quedan liberadas cada vez mas fuerzas destructivas, y esto en una medida ante la que la inteligencia humana queda perpleja. Ambas fuentes nutren una creciente crítica de la modernización que determina ruidosa y conflictivamente las discusiones públicas. Argumentado sistemáticamente desde el punto de vista de la historia social, en la continuidad de los procesos de modernización mas tarde o mas temprano comienzan a solaparse las situaciones y conflictos sociales de una sociedad “repartidora de riqueza” con las de una sociedad “repartidora de riesgos”.

En suma, el Profesor de la Universidad de Múnich, con dilatada fundamentación define -en principio- a la sociedad de riesgo como aquella «fase de desarrollo de la sociedad moderna donde los riesgos sociales, políticos, económicos e industriales tienden cada vez más a escapar a las instituciones de control y protección de la sociedad industrial».

De la anterior definición, podemos distinguir las siguientes características destacadas: 1. Los riesgos causan daños sistemáticos a menudo irreversibles; 2. El reparto e incremento de los riesgos sigue un proceso de desigualdad social; 3. Riesgo, negocio con doble causa; riesgo y oportunidades de mercado; 4. Hay un vacío político e institucional. Los movimientos sociales son la nueva legitimación; 5. Las fuentes que daban

significado colectivo a los ciudadanos están en proceso de “desencantamiento”; 6. En las nuevas sociedades recae en el individuo un proceso de “individualización” a través de una desvinculación de las formas tradicionales de la sociedad industrial y una revinculación con otro tipo de modernización; 7. Las fuentes colectivas que dan significado a la sociedad se agotan y el individuo, busca de forma independiente, una identidad en la nueva sociedad. En situaciones de clase el ser determina la conciencia, mientras que en situaciones de riesgo es al revés, la conciencia determina el ser; 8. Retorno de la incertidumbre; riesgo como reconocimiento de lo impredecible y de las amenazas de la sociedad industrial. En la sociedad reflexiva, la sociedad se convierte en un problema para sí misma. La sociedad reflexiva se convierte en un concepto post-industrial del cual no habían pensado los clásicos como Max Weber⁴⁸.

3.1. Distribución de las sustancias nocivas en el medio ambiente y situaciones de riesgo

La porfía sobre las sustancias nocivas y tóxicas que contienen el aire, el agua y los alimentos, y sobre la destrucción de la naturaleza y del medio ambiente en general, sigue teniendo lugar exclusiva o predominantemente mediante categorías o formulas propias de las ciencias naturales. De este modo se ignora que las formulas de pauperización o empobrecimiento de las ciencias naturales poseen un significado social, cultural y político. En consecuencia, existe el peligro de que una discusión sobre el medio ambiente que tenga lugar mediante categorías químico-biológico—técnicas tome en consideración al ser humano involuntariamente solo como aparato orgánico. Pero de este modo la discusión amenaza con cometer el error contrario al error que con razón ha reprochado al optimismo de progreso industrial que durante mucho tiempo ha predominado: el error de convertirse en una discusión natural sin el ser humano, sin la cuestión del significado social y cultural. Precisamente las discusiones de las últimas décadas, en las

⁴⁸ *Ibidem.*, pp. 33-36.

que se ha vuelto a desplegar todo el arsenal de argumentos de crítica de la técnica y de la industria, han seguido siendo en su núcleo tecnocráticas y naturalistas. Se agotan en el intercambio y la evocación de las sustancias nocivas que contienen el aire, el agua y los alimentos, de cifras relativas de crecimiento demográfico, de consumo energético, de demanda de alimentos, de falta de materias prima, etc., con un celo y exclusividad como si nunca hubiera habido alguien (por ejemplo, un tal Max Weber) que hubiera dedicado su tiempo a mostrar que si no tomamos en consideración las estructuras sociales de poder y de reparto, las burocracias, las normas y racionalidades dominantes, todo esto es vacío o absurdo (probablemente ambas cosas). En este contexto, creemos que bajo mano se ha colado una idea que reduce la modernidad al marco de referencia de la técnica y la naturaleza en el sentido de criminal y víctima. Desde su propio punto de partida a este pensamiento (incluido el del ecologismo político) se le ocultan los contenidos y consecuencias sociales, políticas y culturales de los riesgos de la modernización.

En corolario, la discusión sobre las sustancias nocivas que tiene lugar con las categorías de las ciencias naturales se mueve entre la interferencia errónea de daños biológicos a daños sociales y una consideración de la naturaleza y del medio ambiente que excluye el daño selectivo a las personas y los significados sociales y culturales que van unidos a ello. Al mismo tiempo, no se toma en cuenta que las mismas sustancias nocivas pueden tener un significado completamente diferente para personas diferentes de acuerdo con la edad, el sexo, los hábitos alimenticios, el tipo de trabajo, la información, la educación, etc.

Particularmente grave parece el problema de que las investigaciones que parten únicamente de sustancias nocivas individuales jamás pueden averiguar la concentración de sustancias nocivas en el ser humano. Lo que puede ser “no peligroso” en relación a un producto individual tal vez sea extremadamente peligroso en el “receptáculo del consumidor final” en que se ha convertido el ser humano en el estadio avanzado de la comercialización total. Aquí tenemos un error de categorías: una análisis de las sustancias

nocivas basado en la naturaleza y en el producto no está en condiciones de responder a la pregunta de la falta de peligro o al menos no lo está mientras el “peligro” y la ausencia de peligro tengan algo que ver con las personas que tragan y respiran. Es bien sabido que la ingestión de varios medicamentos puede suprimir o potenciar el efecto de cada uno de ellos. Ahora bien el ser humano no vive (todavía) solo de medicamentos. También respira las sustancias nocivas del aire, bebe las del agua, como las de la verdura, etcétera. Con otras palabras: las ausencias de peligro se suma de una manera comprometida.

3.2. La conciencia pública del riesgo: dificultad de la experiencia de segunda mano

Para la crítica de la ciencia por la conciencia civilizatoria, lo contrario pasa por que, en último término, uno mismo tiene que remitirse a aquello contra lo que se argumenta. De ahí se deriva la propia justificación, la racionalidad científica. Tarde o temprano, uno choca contra la dura Ley que establece que mientras los riesgos no sean reconocidos científicamente éstos no existen - en cualquier caso no jurídica, tecnológica y socialmente y, por tanto, no serán impedidos, ni tratados, ni resarcidos-. Ni el rasgarse las vestiduras ni los lamentos colectivos pueden ayudar en esta situación, solamente la ciencia puede hacerlo. El monopolio del juicio científico sobre la verdad obliga, por tanto, a los afectados mismos a hacer uso de todos los medios y métodos del análisis científico para la consecución de sus pretensiones. Aunque también estén obligados a modificar los análisis inmediatamente. La desmitificación de la racionalidad científica emprendida por ellos gana en este sentido una significación altamente ambivalente para los críticos del industrialismo. Por un lado, el “ablandamiento” de las pretensiones del conocimiento científico es necesario para ganar espacio para la exposición de sus propios puntos de vista. Se aprende a conocer y a cambiar las agujas de las vías en términos de argumentación científica, que permiten marchar al

tren una vez en dirección a minimizar los riesgos y otra a tratarlos con seriedad.

En otra tesitura, junto con las inseguridades del juicio científico crece la “zona gris” de las presunciones irreconocibles de riesgos. Si de todas maneras es imposible determinar las relaciones causales de forma definitiva y determinante, si la ciencia solo es un error disimulado a la espera de nuevos datos, si cualquier cosa puede suceder, ¿de donde procede entonces el derecho a “creer” en unos determinados riesgos y no en otros? Ya que precisamente, la crisis de la autoridad científica puede favorecer una ofuscación general de los riesgos. La crítica de la ciencia también es por tanto, contraproducente para el reconocimiento de los riesgos.

Por consiguiente, la conciencia del riesgo de los afectados que se manifiesta de múltiples maneras en el movimiento ecologista y en la crítica a la industria, a los expertos y a la civilización es, en la mayoría de los casos ambas cosas: crítica y crédula respecto de la ciencia. Un antecedente sólido de la fe en la ciencia pertenece al paradójico equipamiento básico de la crítica de la modernización. De este modo, para concordancia con el presente trabajo de investigación, la conciencia del riesgo no es ni una conciencia tradicional ni laica, sino una conciencia esencialmente orientada y determinada por la ciencia. Ya que para reconocer los riesgos como riesgos en general y para configurarlos como punto de referencia del propio pensamiento y acción, es necesario creer, por principio, en las relaciones invisibles de causalidad entre condiciones objetivas, temporales y espaciales, muy divergentes en la mayoría de casos, así como mas o menos en las proyecciones especulativas, que tienen que estar directamente inmunizadas contra las siempre posibles contra argumentaciones. Empero, esto significa que lo invisible –aún más, aquello que por principio se sustrae a la observación, aquello que esta sólo conectado o calculado teóricamente- llega a ser, en las crisis de la conciencia civilizatoria, el componente del pensamiento, la percepción y la experiencia personal que no plantea problemas. La “lógica de la experiencia” del pensamiento cotidiano viene a ser en cierto modo invertida. Ya no se asciende solo desde las

experiencias personales hasta los juicios generales, sino que el conocimiento general carente de experiencias personales llega a ser el centro determinante de la experiencia personal. Fórmulas y reacciones químicas, concentraciones invivibles de sustancias nocivas, ciclos biológicos y reacciones en cadena tienen que dominar la vista y el pensamiento si se quiere ir a las barricadas contra los riesgos. En este sentido en la conciencia del riesgo ya no se trata, pues, de “experiencias de segunda mano”, sino de “imposibilidad de experiencias de segunda mano”. Además, como con gran acierto y sapiencia concluye BECK⁴⁹: «últimamente nadie puede saber a cerca de los riesgos mientras saber signifique haber experimentado conscientemente».

3.3. Una perspectiva: medio ambiente y sociedad

Con la destrucción industrial de las bases ecológicas y naturales de la vida se pone en marcha una dinámica social y política de desarrollo histórico sin precedentes y que hasta ahora no ha sido comprendida, la cual nos obliga a repensar la relación entre naturaleza y sociedad. Esta tesis precisa de una exposición teórica. En resumidas cuentas, es preciso partir de la idea de que estamos en el final de la contraposición entre medio ambiente y sociedad. Es decir: la naturaleza ya no puede ser pensada sin la sociedad y la sociedad ya no puede ser pensada sin la naturaleza. Las teorías sociales del siglo XIX (y también su modificación en el siglo XX) pensaron la naturaleza esencialmente como algo dado, asignado, a someter; por tanto, como algo contrapuesto, extraño, como no sociedad. Estas suposiciones las ha suprimido el propio proceso de industrialización, han sido falseadas históricamente. A finales del siglo XX, la naturaleza no está ni dada ni asignada, sino que se ha convertido en un producto histórico, en el equipamiento interior del mundo civilizatorio destruido o amenazado en las

⁴⁹ La muerte de los bosques lo ha hecho visible en sus primeros momentos: allí donde los riesgos de la modernización han recorrido con éxito el proceso de su reconocimiento social cambia el orden del mundo por más de que todavía no se haya actuado en consecuencia. *Ibidem.*, pp. 103 y 108.

condiciones naturales de su reproducción. Pero esto significa que las destrucciones del medio ambiente, integradas en la circulación universal de la producción industrial, dejan de ser “meras” destrucciones de la naturaleza y se convierten en un componente integral de la dinámica social, económica y política. El efecto secundario inadvertido de la socialización de la naturaleza es la socialización de las destrucciones y amenazas de la naturaleza, su transformación en contradicciones y conflictos económicos, sociales y políticos: las lesiones de las condiciones naturales de la vida se transforman en amenazas médicas, sociales y económicas globales para los seres humanos con desafíos completamente nuevos para las instituciones sociales y políticas de una sociedad superindustrializada. Exactamente esta metamorfosis de las amenazas civiles del medio ambiente en amenazas sociales, económicas y políticas del sistema es el desafío real del presente y del futuro que justifica el concepto de sociedad de riesgo⁵⁰.

En definitiva, la consecuencia central de todo esto es que en la modernidad avanzada, la sociedad, con todos sus sistemas parciales (economía, familia, política, cultura), ya no se puede comprender de una manera autónoma respecto de la naturaleza. Los problemas del medio ambiente no son problemas del entorno, sino (en su génesis y en sus consecuencias) son problemas sociales, problemas del ser humano, de sus historia, de sus condiciones de vida, de su referencia al mundo y a la realidad, de su ordenamiento económico, cultural y político. La naturaleza interior del mundo civilizado, transformada industrialmente, ha de ser comprendida como no entorno ejemplar, como medio ambiente interior frente al cual fracasan todas, absolutamente todas nuestras posibilidades de distanciamiento y de exclusión. En presente siglo XXI tenemos que decir que el medio ambiente es sociedad, que la sociedad es también medio ambiente

⁵⁰ Importante destacar, LILIE, Hans. “Sociedad del riesgo y Derecho Penal”. En, ROMEO CASABONA, Carlos María. *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*. Comares. Granada, 2010, p. 47. «Bajo el prisma de la sociedad del riesgo se buscan por ello, salidas. Una posible salida ofrecería aquí una funcionalización del Derecho Penal. Funcionalización en tanto que, como los nuevos peligros existentes no son aún comprendidos por el Derecho Penal actualmente normado, se cubren a través de nuevas formas de sanción y con ello una más amplia incriminación».

y que, en este contexto, es éste quien se ve “amenazado”⁵¹ por aquella, en donde, sin tener conciencia, magnifiquen el perjuicio que se esta generando, como con acierto y fundamentación señala LOVELOCK⁵². Quien hoy en día continua hablando de la naturaleza o medio ambiente como no sociedad habla con las categorías de otro siglo, las cuales ya no captan nuestra realidad, es decir, se ha quedado obsoleto al presente.

Por último, no es extraño ver que, como su objeto está tan cargado socialmente, los científicos de la naturaleza trabajan en un fuerte campo magnético político-económico-cultural. Observan este campo y reaccionan a él en su trabajo: desarrollando procedimientos de medición, tomando decisiones sobre los umbrales de tolerancia, persiguiendo hipótesis causales, etc. Las líneas de fuerza de este campo magnético pueden mandar sobre ellos. Ponen las preguntas en vías que sólo se pueden fundamentar en relación al contenido. Y también son la fuente de energía de la que se nutren en determinados momentos de la argumentación cuando las luces rojas señalan la parada de la carrera. Todo esto, sólo son signos de que bajo las condiciones de la naturaleza socializada las ciencias de la naturaleza y de la técnica, se han convertido, pese a conservar exteriormente toda su objetividad, en una sucursal de la política, la ética, la economía y la jurisprudencia con el ropaje de números. De este modo, desafortunadamente, las ciencias naturales se han deslizado históricamente hacia una situación de trabajo y de experiencias que ya conocían desde siempre otras ciencias -las sociales por excelencia- debido al carácter político de su objeto.

⁵¹ Es oportuno aclarar que cuando en este trabajo nos refiramos a la “amenaza” del ser humano (o sociedad en su conjunto), tenemos que darle el alcance oportuno a esta etiqueta, pues no simplemente la podemos limitar a su mera acepción gramatical, toda vez que realmente ese “mal futuro” trasciende de los límites que en su concepto engloba. Es decir, la amenaza que el hombre hace al medio ambiente, se traduce en un conjunto de acciones que de *facto* ya lo están lastimando, siendo su propia permanencia –un grado superior a lo que sería una simple posibilidad de infundir daño- lo que verdaderamente amenaza.

⁵² Véase sobre este tema, con mayor amplitud e ilustración a LOVELOCK, James Ephraim. *La Tierra se agota. El último aviso para salvar nuestro planeta*. Planeta. Barcelona, 2009, pp. 83 y ss.

4. La interacción entre el Derecho y el medio ambiente: ¿comienzo de una necesaria protección al ente ambiental?

Una vez que en el recorrido de la investigación, hemos iniciado por dilucidar que es lo que se entiende por bien común, la sociedad de riesgo en la que actualmente nos encontramos -la cual se traduce en una constante “amenaza” para distintos bienes comunes, incluido el medio ambiente- y la definición de medio ambiente, nos dedicaremos –entre otras cuestiones- a estudiar cual es la reacción del Derecho en abstracto, ante ese “amago” que el medio ambiente esta constantemente recibiendo, de manera cardinal, por el ser humano.

Ya decía el jurista alemán, fundador de la Sociología del Derecho y uno de los más brillantes filósofos del Derecho en Europa y de la historia jurídica continental, RUDOLF von IHERING⁵³, que «es la sociedad, a través de la historia y del progreso, la que construye el Derecho». Partiendo de este postulado y si, de manera obligatoria –pues tan sólo el planteamiento, debería obviar nuestro pronunciamiento- tuviéramos que dar una respuesta a la interrogante que planteamos en el compuesto que da título al vigente epígrafe, patentemente sería de carácter afirmativo, aunque este asentimiento –como veremos en el desarrollo de esta trabajo y como ya lo hemos anunciado en los planteamientos de los anteriores epígrafes- requiere ciertos matices.

Comulgando con el citado orden de ideas, tenemos que decir que la misma pluralidad de causas que afectan al medio ambiente⁵⁴, nos indican la

⁵³ Véase a VON IHERING, Rudolf Caspar. *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*. Edición de Federico Fernández-Crehuet. Trotta. Madrid, 2008, p. 11. El título original de este opúsculo es: *Über die Entstehung des Rechtsgefühles*.

⁵⁴ Verbigracia, el Estado tiene competencia de legislación básica sobre el medio ambiente, y las Comunidades Autónomas competencia exclusiva sobre agricultura. En base a ello, a la hora de regular el uso de fertilizantes, habrá que saber si esta regulación entra dentro de la competencia del Estado o es de competencia autonómica por corresponder a la materia de agricultura. También desde la óptica del ejercicio de determinados derechos de los ciudadanos con relación al medio ambiente, como es el derecho a la información, si no delimitamos qué es el medio ambiente, no sabremos si ese derecho se extiende a la obtención de información, si no determinamos que es el medio ambiente, no sabremos si

posible diversidad del contenido de las normas que regulan los procesos y las actividades humanas con el objeto de su protección. Tenemos, por tanto, que intentar delimitar, si es posible, encontrar criterios que enmarquen el conjunto de reglas jurídicas a las que podamos calificar como Derecho Medioambiental, puesto que los elementos que lo componen y los valores que pretende proteger, también forman parte de otros sectores del Ordenamiento, como pueda ser el Derecho Administrativo –por excelencia-, el Derecho Público Económico, el dominio público (que regula el uso y disfrute del agua, de las costas o de las minas) , el urbanismo y la ordenación del territorio, el Derecho de Consumo, el Derecho Sanitario, etc. La delimitación del Derecho Medioambiental tiene una indudable repercusión práctica en los países con modelos federales o de descentralización político-territorial como es el caso de España.

4.1. Sobre el concepto de Derecho Medioambiental

Como preámbulo a este segmento, es preciso mencionar que la forma de concebir al Derecho Ambiental queda en cierta forma condicionada por el concepto de medio ambiente que se adopte desde el la Ciencia Jurídica.

Partiendo de esa premisa y siguiendo a CONDE ANTEQUERA⁵⁵, podemos desprender que «el Derecho Ambiental es aquel sistema normativo cuyos fines son la preservación del medio ambiente, garantizar el uso sostenible⁵⁶ de los recursos naturales y mantener el entorno en condiciones adecuadas para ofrecer calidad de vida a las personas».

ese derecho se extiende a la obtención de la información acerca de la realidad demográfica o de la planificación industrial.

⁵⁵ Vid. CONDE ANTEQUERA, Jesús. *Algunas consideraciones sobre la inspección ambiental. Medio ambiente & Derecho: Revista electrónica de Derecho Ambiental*. Universidad de Sevilla. Nº 12-13. 2005, pp.

⁵⁶ En el animo de esclarecer el concepto manejado por Jesús Conde -y a sólo a manera de avance, pues más adelante nos detendremos con mayúscula amplitud en esta temática- podemos definir el desarrollo sostenible como «aquél que atiende a las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de atender a sus necesidades y aspiraciones». El Informe Brundtland es un documento que enfrenta y contrasta la postura de desarrollo económico actual junto con el de sostenibilidad

Por su parte, a juicio de ORTEGA ÁLVAREZ la delimitación del Derecho Ambiental no puede provenir de un acotamiento mayor o menor de las materias, porque precisamente uno de los principios rectores del medio ambiente es, -como mas abajo veremos-, el de la horizontalidad que implica la necesidad de que todas las políticas sectoriales tengan una dimensión ambiental. Desde esta perspectiva, todo sería medio ambiente. Igualmente esta perspectiva es equivocada porque las materias sobre las que se pretende proyectar el medio ambiente ya existían como cuerpo normativo antes de que apareciese la noción de medio ambiente. Así el Profesor español⁵⁷ quien ha sido invitado Universidades de Cambridge, Harvard, Dresden, Bolonia, Florencia, Roma, Oriental de Nápoles, Catania, Trento, Barcelona, Sevilla, Granada, entre otras y Director de la Academia Europea de Derecho Público de Atenas, afirma que el Derecho Ambiental «se caracteriza por la finalidad de sus normas y porque este nuevo enfoque finalista ha propiciado la aparición de principios jurídicos propios que se imponen precisamente para hacer posible la aparición de principios jurídicos propios que se imponen precisamente para hacer posible el cumplimiento de esos fines».

ambiental, realizado por la ex-primer ministro de Noruega Gro Harlem Brundtland, con el propósito de analizar, criticar y replantear las políticas de desarrollo económico globalizador, reconociendo que el actual avance social se está llevando a cabo a un costo medioambiental alto. El informe fue elaborado por distintas naciones en 1987 para la ONU, por una comisión encabezada por la doctora Gro Harlem Brundtland, entonces primera ministra de Noruega. Originalmente, se llamó Nuestro Futuro Común (*Our Common Future*, en inglés). En este informe, se utilizó por primera vez el término desarrollo sostenible (o desarrollo sustentable), definido como aquel que *satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones*. Implica un cambio muy importante en cuanto a la idea de sustentabilidad, principalmente ecológica, y a un marco que da también énfasis al contexto económico y social del desarrollo sostenible. Entre sus principales objetivos se encuentran los siguientes: 1. Llevar a cabo dos tipos de restricciones, ecológicas, es decir, la conservación de nuestro planeta Tierra; 2. Morales: renunciar a los niveles de consumo a los que no todos los individuos puedan aspirar; 3. Crecimiento económico en los lugares donde no se satisfacen las necesidades anteriores, es decir, en los países pobres; 4. Control demográfico, referido principalmente a las tasas de natalidad; 5. No poner en peligro los sistemas naturales que sostienen la vida en la Tierra; 6. La conservación de los ecosistemas debe estar subordinada al bienestar humano, pues no todos los ecosistemas pueden ser conservados en su estado virgen; 7. El uso de los recursos no renovables debe ser lo más eficiente posible. Cfr. BOFF, Leonardo. *La sostenibilidad: Qué es y qué no es*. Editorial Sal Terrae. Vizcaya, 2013, pp. 36-37.

⁵⁷ Cfr. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Tratado de Derecho Ambien... Op. Cit...* pp. 35.36.

Así, coincidimos en esta parte con quien también fuera Director General del Departamento de Asuntos Institucionales de la Presidencia del Gobierno español, cuando matiza que «se elabora Derecho Ambiental cuando se regula una materia desde una finalidad última: garantizar la supervivencia del planeta a través de la preservación, conservación y mejora de los elementos físicos y químicos que la hacen posible. Esta finalidad última se descompone en otras finalidades mediatas, entre las que se encontraría, de un lado, la garantía de los recursos y de los elementos esenciales en los que se basa la trasmisión de la vida: el aire, el agua, el suelo y las especies vivas y, de otro, la regulación preventiva de los procesos humanos y naturales que pueden poner en peligro la cadena de elementos que aseguran la vida en el planeta. Por último, podríamos encontrar unas finalidades remotas, en todas aquellas medidas que favorecen un entorno vital mas favorable para los seres vivos. De otro lado, dado que es el fin de la norma lo que permite encuadrarla dentro del medio ambiente, será la intensidad con la que se manifiesta el fin ambiental lo que permite graduar los problemas de atribución competencial, con otras finalidades que concurren en la regulación de un sector»⁵⁸. Como ha manifestado el Tribunal Constitucional (STC 102/1995), «las competencias sobre el medio ambiente se caracterizan por su transversalidad dado que inciden en otro conjunto de materias que están incluidas en el reparto constitucional de competencias, pero esta transversalidad no hace que se encuadre bajo el medio ambiente cualquier tipo de actividad relativa a los recursos naturales “sino solo la que directamente tienda a su preservación, conservación o mejora”».

Existe una definición con la que particularmente asentimos, tanto por su claridad conceptual específico, como por el **carácter preventivo** (evitar las agresiones ambientales antes de que ocurran) y reparador (ocurrida la agresión ambiental, hay que reparar las consecuencias que produce y, en la medida de los posible, hacerlo con cargo al responsable) que le da a la función del Derecho en el universo ambiental –y que sustenta uno de los destinos que pretendemos que tenga el Derecho Punitivo en la presente

⁵⁸ *Idem.*

tesis- manejada por el Abogado y especialista en temas ambientales DE MIGUEL PERALES⁵⁹, «el Derecho Ambiental puede definirse como aquella parte del Ordenamiento Jurídico destinada a la regulación de las actividades humanas que pueden tener impacto sobre el medio ambiente, así como a la protección del propio medio ambiente». Además, vale la pena resaltar una situación de singular importancia: el Derecho Ambiental así definido, puede **diferenciarse de otras ramas afines**, tales como:

- «El Derecho Urbanístico, que sólo de un modo incidental (aunque ciertamente cada vez más importante) se ocupa de cuestiones ambientales, siendo su objeto principal la ordenación del territorio, del suelo y de sus usos;
- El Derecho Médico, sanitario o higiénico, cuya principal función es la protección de la salud. En muchas ocasiones se dará la confluencia entre esta rama y el Derecho Ambiental, ya que no será en absoluto infrecuente que daños al medio ambiente ocasionen daños a las personas. De hecho, en países donde el medio ambiente no tiene una protección constitucional expresa, el derecho a la salud se ha utilizado para dar al medio ambiente una mayor o mejor protección.
- Derecho industrial, cuyo objeto primordial es la regulación y el fomento de la actividad industrial. El punto de confluencia con el Derecho Ambiental se dará fundamentalmente en materia de seguridad industrial, en la medida en que accidentes industriales puedan afectar al medio ambiente.
- El Derecho sobre la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico, que, como ya he dicho, no creemos que forme parte del medio ambiente, y ello a pesar de que este patrimonio pueda resultar protegido mediante instrumentos ambientales (principalmente la evaluación de impacto ambiental)»⁶⁰.

⁵⁹ DE MIGUEL PERALES, Carlos. *Derecho español del medio ambiente... Op. Cit...* pp. 37-38.

⁶⁰ *Ídem*.

4.2. Características del Derecho Ambiental

De manera complementaria a lo que hemos tratado *ut supra*, tenemos que decir que, por su propia naturaleza, el Derecho Ambiental es Derecho Público y, sin perjuicio de que en su conformación participen otras ramas de este último (Como el Derecho Penal o el Derecho Tributario), el indiscutible protagonista en este sistema normativo va a ser –y debería ser así- el Derecho Administrativo⁶¹. Ello resulta coherente con la caracterización que pretendemos “enfaticar” del Derecho Ambiental, como un Derecho esencialmente preventivo, y se plasma en el hecho de que la mayor parte de los instrumentos que aquél incorpora se corresponden con las herramientas clásicas empleadas por la Administración en el desempeño de su actividad de control o policía (autorizaciones, inspecciones, registros, etc.) y fomento (subvenciones y ayudas) en la propia ordenación y programación de la actividad de ejecución de las políticas públicas (técnicas de planificación). En este camino y siguiendo a SÁNCHEZ-MESA, en una primera aproximación del Derecho Ambiental como sector especial del Ordenamiento Público, resulta posible identificar una serie de rasgos esenciales que lo caracterizan:

- **El ecologismo como fundamento básico del Derecho Ambiental.** Como en otras disciplinas, este sector del Ordenamiento se halla apoyado en un fundamento ético, que cobra forma en los principios que regían aquella toma de conciencia sobre la incidencia de la actividad humana en la naturaleza. Los planteamientos ecologistas presiden, de forma preferente, las bases éticas de este sistema normativo. Sin embargo, no debe obviarse que dichos planteamientos

⁶¹ Derecho Administrativo visto como «aquella parte del Derecho Público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las Administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquéllas y otros sujetos. No sólo es un Derecho que afecta a las Administraciones públicas, sino también a las relaciones de los ciudadanos con ellas, estableciendo un régimen de garantías, derechos y deberes respecto de éstos, habiéndose destacado por tanto su carácter de Derecho garantizador». *Cfr.* FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel. *Diccionario Jurídico*. 6ª edición. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2012, p. 255. También véase a SÁNCHEZ ORTIZ, Mónica y PÉREZ PINO, Virginia. *Diccionario Jurídico básico*. 5ª edición. Tecnos. Madrid, 2012, pp. 123-124.

distan de ser homogéneos, sino mas bien lo contrario, dada la coexistencia de muy diferentes enfoques de prioridades diversas (la calidad de las condiciones actuales de la vida humana, la preocupación por las generaciones futuras, la protección de los animales, la preservación de valores estéticos, etc.). Esta multiplicidad de enfoques y posturas que, simplificando, reconducíamos antes a la dualidad antropocentrismo-ecocentrismo, se proyectan inevitablemente en la fundamentación de las distintas normas que componen el sistema normativo ambiental y se hallan, a su vez, en la base de las frecuentes contradicciones que se alumbran entre unas y otras normas ambientales.

- **Sesgo universalista.** En última instancia, el Derecho Ambiental aspira a resolver los problemas ambientales a escala global (planeamiento que fundamenta la filosofía del *thinking global, acting local*, propugnada por muchos en la gestión de lo ambiental), lo que, dicho sea, resulta *a priori* coherente con el propio carácter global de muchas de las amenazas ambientales. Este rasgo del Derecho ambiental se proyecta, como apreciábamos mas arriba, en el impulso que desde el Derecho Internacional se ha venido confiriendo al tratamiento de estas cuestiones. La paradoja se revela, sin embargo, en el dato de que los instrumentos jurídicos de Derecho Internacional son, en términos de vinculatoriedad y eficacia, los menos desarrollados.
- **Preponderancia de los intereses colectivos.** El Derecho ambiental no se configura, como ocurre en otros casos, como un sistema de protección jurídica ancorado en el objetivo de garantizar un concreto derecho subjetivo de las personas. Su aspiración trasciende –debería trascender- con mucho una simple esfera individual, pues, como decíamos, su último objetivo es lograr una protección a escala mundial de un interés que supera fronteras, sujetos e incluso

generaciones. Particularmente revelador de la especial fuerza que adquieren aquí la prioridad de los interés colectivos, es precisamente, la faceta de la necesaria consideración de las generaciones futuras: el sistema normativo ambiental toma en consideración los intereses de sujetos de Derecho que ni siquiera existen aún⁶².

- **Énfasis preventivo.** A propósito de esta característica –y como lo hemos dejado de manifiesto–, dicho sea de paso que es esta una de las particularidades que pretendemos tengan mayor ponderación, cuando de tratar de encontrar la finalidad que debe cumplir el tema normativo penal en la cuestión ambiental se trate. Así bien, aunque a cuenta gotas–, cada vez son más las voces que apuestan, porque los contenidos de las normas ambientales, como los instrumentos jurídicos en ellas contemplados para articular la intervención pública en la materia, se encuentren presididos por un enfoque preferentemente preventivo. Aunque no dejen de existir mecanismos previstos para su aplicación en los casos donde se hayan materializado daños ambientales (mecanismos *ex post*, como las sanciones o medidas de restauración ambiental –que estudiaremos *a posteriori*–), la prioridad es –o “debería” ser– evitar la producción de dichos daños (dando protagonismo, por tanto, a los mecanismos *ex ante* o previos). A ello debe mover una clara hipótesis de la que sin duda haremos referencia con mayor amplitud en el desarrollo del presente trabajo de investigación: **«en no pocos casos, el daño ambiental, una vez producido, no siempre resulta reparable»**.
- **Multidisciplinariedad.** Este rasgo es una de las inevitables consecuencias de la ya analizada amplitud de su objeto. La Multidisciplinariedad presente en este Derecho sectorial se manifiesta

⁶² Al respecto véase, entre otros a BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo... Op. Cit...* pp. 113 y ss., y 357 y ss. Del mismo modo a LOVELOCK, James Ephraim. *La venganza de la tierra... Op. Cit...* pp. 17 y ss.

en diversos niveles: en primer lugar, en relación con el concurso de otras ciencias diferentes del Derecho (Química, Física, Biología... las Ciencias de la Naturaleza, en general y otras ciencias sociales como la Economía o la Sociología), de las cuales, el Derecho Ambiental, por la propia naturaleza de su objeto y sus fines, no debe prescindir, tanto a la hora de legislar como en las tareas ejecutivas y de gestión (se trata, como veremos, de un Derecho muy tecnificado); en segundo lugar, tal y como se avanzaba *ut supra*, en relación con otras ramas del Derecho, pues aunque se trate de un Derecho fundamentalmente administrativo, no deja de recibir aportaciones de otras aristas del Ordenamiento; por último, la interdisciplinariedad también se proyecta dentro del propio Derecho Administrativo (característica denominada horizontalidad o intersectorialidad), donde el Derecho Ambiental, lejos de presentarse como un compartimento estanco, manifiesta fuertes vínculos con otros sectores de aquél, dotados de una indudable incidencia en el plano ambiental (urbanismo, ordenación del territorio, agricultura, turismo, transporte, etc.).

- **Componente técnico-reglado.** Como mencionábamos, el Derecho Ambiental constituye un Derecho muy técnico (consecuencia de la multidisciplinariedad antes aludida), lo que con frecuencia se traduce en una cierta oscuridad de sus contenidos para aquellos que no cuentan con la especialización científica o técnica en la concreta materia de que se trate (piénsese, por ejemplo, en los parámetros técnicos que plagan la normativa sobre contaminación de los diferentes medios). Sin embargo, este rasgo evidente del Derecho Ambiental debe de ser matizado en un doble sentido. En primer lugar, no todo en el Derecho Ambiental puede ni debe ser técnico: la dimensión ética del mismo –en la que abundaremos más adelante– previamente referida, impone que muchos de sus dictados sean el resultado no tanto de una valoración técnica como de una valoración adoptada desde la convención social. Por otra parte, tal y como

advierten autores como ESTEVE PARDO⁶³, tanto en éste como en otros ámbitos, comienza a afianzarse la aceptación de la incertidumbre científica: ciencia y técnica, a pesar de su desarrollo, no son capaces en muchos casos de aportar certezas exactas con respecto a determinadas cuestiones o problemas complejos (v. gr. ¿son dañinas las emisiones de las antenas de telefonía móvil?). Esta eventual carencia de verdades científicas absolutas desplaza el tratamiento de dichos casos a la gestión del riesgo incierto, abriendo la puerta a opciones o decisiones que, aun contando con una base o fundamento científico, son, a fin de cuentas, el resultado de una convención o acuerdo social.

- **Su configuración en varios niveles (afecta a todos).** La globalidad de los problemas ambientales y la propia vocación universalista del Derecho Ambiental parten de un dato en el que se ha insistido con frecuencia: **la cuestión ambiental afecta a todos**. Ello cobra reflejo en la configuración por niveles que presenta este sistema normativo, desde el más global hasta el más local. Esto se proyecta, por una parte, en la escala territorial de los organismos o centros de producción de las normas ambientales, que van desde organizaciones internacionales hasta Entidades de carácter local, pasando por todos los niveles intermedios (internacional de carácter regional, estatal o regional). De forma paralela, este rasgo se refleja en la propia estructura del ordenamiento ambiental, donde se insertan tanto normas de ámbito internacional como normas estatales y de ámbito regional y local.
- **Dispersión normativa.** Es consecuencia directa de la característica anteriormente tratada y de la propia interdisciplinariedad y horizontalidad del Derecho Ambiental: el mismo se compone de normas muy dispares en relación con los organismos que las

⁶³ ESTEVE PARDO, José. *El desconcierto de Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*. Marcial Pons. Barcelona, 2009, pp. 21 y ss.

aprueban, los ámbitos sobre los que se proyectan y la multiplicidad de sectores normativos implicados. Este rasgo incide necesariamente en su identificabilidad, operatividad y eficacia.

- **Flexibilidad.** No resulta acertado -menos aún en la actualidad- identificar al Derecho Ambiental como un Derecho que recurre preferentemente a mecanismos de policía, de control previo y limitación de la actividad privada o a aquéllos de carácter sancionador. Los mismos constituyen instrumentos importantes del Derecho Ambiental aunque no son suficientes para caracterizarlo. De hecho, ni siquiera se han manifestado como los más efectivos, en términos reales, a la hora de lograr el cumplimiento de sus fines. La proliferación y progresiva implantación de mecanismos más flexibles, de carácter negocial o autorregulatorio, orientados a estimular el cumplimiento voluntario por parte de empresas y particulares de las normas ambientales, ha cobrado tal importancia y predominio en nuestros días que muchos identifican en el Derecho Ambiental un modelo de Derecho preferentemente negocial o estimulador que prioriza la recomendación y el incentivo frente a la imposición, todo ello con el fin de ampliar su grado de eficacia y de adaptabilidad a la complejidad y mutabilidad del problema ambiental (rasgos propios no sólo de la dimensión natural de este último, sino también de la social).
- **Eficacia limitada.** La presión de intereses privados no acordes con planteamientos ambientales (en un escenario donde el desarrollo sigue pesando más que la sostenibilidad), la propia resistencia social frente a las cargas e inconvenientes que plantea modificar sus conductas, **la imperfección técnica de las normas o la permisividad de las Administraciones** son algunos de los factores que inciden en el elevado grado de incumplimiento que se manifiesta con respecto a la normativa ambiental. A nuestra forma de ver y de manera conclusiva podemos –desgraciadamente- afirmar, que, a

pesar de la abundancia de normas aprobadas (lo que, a la larga, también se ha identificado como un inconveniente), esta una de las particulares más omnipresentes unidas a la cuestión y al Derecho Ambiental, y es que su propio contenido definitorio encierra ya una serie de paradojas, que de reflexionarse, atenderse, entenderse y aplicarse – con la gran diversidad de instrumentos y mecanismos presentes en las mismas-, quizá en esta estancia, serían otros los planteamientos que estuviéramos estudiando y analizando.

4.3. Principios rectores del Derecho Ambiental

Con el objetivo de robustecer no tan sólo parte del lenguaje que se maneja en las las cuestiones jurídico-ambientales, sino para dar sustento a los postulados que en ellas se abordan y tratar de procurar el justo alcance a la problemática que constituye el centro del debate entre las caras del “*pro-ambientalismo* y *anti-ambientalismo*”, analizar los principios conforme a los que el Derecho Ambiental se estructura y actúa constituye un ejercicio sumamente útil e ilustrativo de su naturaleza. Progresivamente incorporados al Ordenamiento ambiental y recogidos, de una u otra forma, en los textos normativos (lo que no anula su valor como principios, dada la concepción que de ellos aprendimos en nuestros cursos introductorios a la ciencia Jurídica: Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de juriconsultos y tribunales), constituyen también un reflejo de la paulatina flexibilización que ha experimentado un Derecho Ambiental que partía de un modelo excesivamente centrado en la imposición a través de la intervención y el control.

Como sabemos, los principios son leyes o reglas que se cumplen o deben seguir con cierto propósito, como consecuencia necesaria de algo o con el fin de alcanzar determinada finalidad. De esta manera, podemos entenderlos como causa primaria, siendo un concepto abstracto-normativo, genérico de determinada ciencia.

Así bien, los principios construidos por el Derecho Ambiental son dinámicos y de gran importancia para la protección del medio ambiente. Presentan una coherencia con los Derechos Fundamentales, lo que a su vez hace que mantengan una condición más fuerte del significado que encierra a un ambiente ecológicamente equilibrado⁶⁴ vislumbrado como un Derecho Fundamental.

En coincidencia con lo apuntado por JAQUENOD DE ZSÖGÖN, «se expresa que ambiente es el sistema constituido por diferentes elementos, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un lugar y momento determinados de la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inherentes, en una conjunción integradora, sistémica y dialéctica de relaciones de intercambio entre el hombre y los diferentes elementos»⁶⁵.

Esa integración entre todo lo que ofrece la naturaleza, las necesidades del hombre frente a ella y cómo ocurre el aprovechamiento de la misma, no es algo simple, requiere atención, cautela y discernimiento, pues, para que podamos tener éxito con lo que ésta actualmente pide, es imprescindible una concientización general y adopción de políticas serias y asertivas.

⁶⁴ Sobre el medio ambiente ecológicamente equilibrado en el Derecho Ambiental brasileño, interesante planteamiento de GOMES CANOTILHO, José Joaquim y MORATO LEITE, José Rubens. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. Saraiva. São Paulo, 2007, p. 107. «O art. 225, *caput*, faz referência ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Trata-se de expressão cujo sentido precisa ser bem demarcado, sob pena de se perturbar a aplicação dos dispositivos constitucionais e das normas infraconstitucionais dela dependentes. O Direito Ambiental é, notoriamente, produto de orientações científicas e éticas que recebe de outras disciplinas. Equilíbrio ecológico é uma dessas noções aceitas pela norma jurídica, no caso, a constitucional, e que, *in casu*, baseia-se na idéia de que todos os organismos vivos estão de algum modo inter-relacionados no meio ambiente natural. Por outro lado, cada vez mais os cientistas se dão conta de que os sistemas naturais não são tão previsíveis como dão a entender as expressões populares, do tipo “equilíbrio ecológico” ou “equilíbrio da natureza”. Na verdade, o equilíbrio ecológico, no sentido utilizado pela Constituição, antes de ser estático, é um sistema dinâmico. Não é objetivo do Direito Ambiental fossilizar o meio ambiente e estancar suas permanentes e comuns transformações, que vêm ocorrendo há milhões de anos. O que se busca é assegurar que tal estado dinâmico de equilíbrio, em que se processam os fenômenos naturais, seja conservado, deixando que a natureza siga seu próprio curso».

⁶⁵ JAQUENOD DE SZÖGÖN, Silvia... *Op. Cit.*, p. 39.

Los principios del Derecho Ambiental sirven como apoyo para lo que refleja, un buen desarrollo económico, social y preservación de los recursos naturales existentes. Podemos estudiarlos y analizarlos concentrándonos en los casos concretos del Derecho, sea en el ámbito civil, administrativo o penal. Expuesto lo que antecede, nos avocaremos a estudiar los principios del Derecho Ambiental que tienen una mayor importancia para un buen equilibrio entre naturaleza y su tutela penal.

4.3.1. Principios estructurales

De esta forma y teniendo como referencias rectoras los estudios del miembro del Grupo Europeo de Derecho Público, ORTEGA ÁLVAREZ⁶⁶ y del Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada y especialista en temas ambientales y urbanísticos SÁNCHEZ-MESA, utilizaremos este momento, para ocuparnos de distinguir al primer grupo de principios del Derecho Ambiental: aquellos que determinan la **estructura** del Derecho Ambiental. En este entendido, enunciamos a los siguientes:

- **La globalidad** nos indica que el fin ambiental de protección, conservación y mejora de los elementos que hacen posible la vida en el Planeta tiene una dimensión mundial, que los desafíos al medio ambiente afectan al conjunto de los seres humanos, tal como se decía con el símil de que el batir de las alas de una mariposa en el Japón puede desencadenar un huracán en la costa norteamericana del Pacífico. Se trata de un interés cuya colectividad portadora es la entera humanidad. Y precisamente, este **desconocimiento que tiene el medio ambiente de las fronteras políticas**, reclama nuevas formas de organización a escala mundial, lo que pone en cuestión el dogma de la soberanía. Pero al mismo tiempo la globalidad indica la

⁶⁶ Cfr. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. "El concepto de medio ambiente". *Lecciones del medio ambiente...* Op. Cit... pp. 36-37. Al respecto, Luis Ortega Álvarez critica la posición de Ramón Martín Mateo cuando éste habla de los principios estructurales como «megaprincipios», pues aquel considera que la amplitud de estos principios no es lo único que los califica, sino que marcan las características estructurales del Derecho Ambiental.

existencia de cadenas conexas de problemas ambientales, cuya solución solo puede ser abordada desde acciones concretas, tal como reza el eslogan –y al que antes hiciéramos alusión- “pensar globalmente, actuar localmente”, pero acciones concretas que están en definitiva conexas, como, por ejemplo, sucede con los esfuerzos que se hagan en cada “localidad” respecto de la eliminación de los CFCs⁶⁷ con relación a la protección de la capa de ozono. En definitiva el concepto de globalidad tiene un interesante punto de conexión con el de subsidiariedad, en el sentido que se debe actuar en la escala político-administrativa mas adecuada, aunque el problema sea general. El artículo III-233 del Texto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa considera como uno de los objetivos de su política medioambiental «promover medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente». En el mismo sentido se contempla en el. Igualmente la Declaración de Río parte de un único reconocimiento en su Preámbulo referido a la “naturaleza integral e interdependiente de la Tierra, nuestro hogar”. Así, vislumbramos que el Derecho Ambiental no puede abandonar una necesaria visión panóptica –a propósito de Jeremy Bentham y su diseño de arquitectura carcelaria- de los problemas que aborda y debe organizarse coherentemente con la dimensión que presentan estos últimos. En palabras coloquiales, podemos sintetizar este principio con la frase: Los problemas ambientales presentan una dimensión planetaria que no entiende de fronteras.

- **La horizontalidad** hace referencia a un elemento del que ya se ha hecho mención al hablar de la transversalidad de la materia ambiental. De ahí que esta horizontalidad se manifiesta en un doble sentido, de una parte, el medio ambiente puede afectar a una gran diversidad de

⁶⁷ Los clorofluorocarburos (CFCs o CIFC) son derivados de los hidrocarburos saturados obtenidos mediante la sustitución de átomos de hidrógeno por átomos de flúor y/o cloro principalmente. JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Vocabulario ambiental práctico*. Dykinson. Madrid, 2007, p. 58.

políticas, pero, de otra, es necesario que esas mismas políticas se formulen teniendo presente el marco ambiental. En la siempre lucida opinión de SÁNCHEZ-MESA⁶⁸, encontramos definida a la horizontalidad como «una característica que consiste en que las estrategias ambientales, por su propia complejidad y su naturaleza poliédrica, no pueden adoptarse sectorialmente, sino que su éxito depende de la adecuada coordinación con los sectores que presentan alguna incidencia en el medio ambiente, que por cierto, son muchos y variados». Este principio ha ido cobrando cada vez mayor importancia en el terreno comunitario, pues como veremos en su momento, se incorporó en primer término al tercer y cuarto Programa de Acción de la Comunidad Europea, luego fue incorporado en el Tratado de la Comunidad mediante el Acta Única, y en su versión introducida por el Tratado de Niza ha pasado a constituir un principio de la Comunidad, declarándose en su artículo 6º que «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad». En el mismo sentido se contempla en los artículos II-97 (Parte II: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión) y artículo III-119 (Parte III: De las Políticas y el Funcionamiento de la Unión) del Texto del Tratado por el que se establece una constitución para Europa. Del mismo modo el Principio 4 de la Declaración de Río postula que la protección del medio ambiente debe constituir parte integral del proceso de desarrollo y que no puede considerarse de forma aislada. Estos elementos hacen la horizontalidad un principio muy relacionado con el de sostenibilidad, y que éste último solo es posible mediante una visión integrada de políticas ambientales⁶⁹. En corolario, es también el

⁶⁸ Cfr. SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, Leonardo J. *“Aspectos básicos del Derecho Ambiental... Op. Cit...”* p. 53.

⁶⁹ A efecto de consultar los documentos referidos en este epígrafe véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, *et al. Código de medio ambiente*. Thomson Aranzadi. 6ª edición. Pamplona, 2008, pp. 32 y ss. También los podemos encontrar en: GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles; GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel Ángel y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. *Legislación sobre el cambio climático*. Tecnos. Madrid, 2009, pp. 17 y ss.

Principio de integración el que interactúa con el de horizontalidad. Aquél es el que impone a las políticas desarrolladas en otros sectores con impacto en lo ambiental (urbanismo, industria, transportes, obras públicas, etc.) la obligación de ser sensibles y permeables a los dictados de la normativa ambiental y el deber de contribuir a la consecución de sus objetivos a través de su propia producción normativa.

- **Sostenibilidad.** El célebre Principio del desarrollo sostenible sale al paso de las tensiones entre las necesidades que impone el desarrollo económico y el objetivo de preservar el medio ambiente. A su amparo, la línea de máxima del Derecho ambiental será la de diseñar un Sistema Normativo capaz de compatibilizar equilibradamente ambos fines, posibilitando modelos de desarrollo que no pongan en peligro el medio ambiente, tanto a corto como a medio y largo plazo. A la luz de este principio se potencia la necesaria consideración, como sujetos de Derecho y destinatarios de las políticas planteadas, no solo a la generación actual sino también a las generaciones futuras.

El principio de desarrollo sostenible busca conciliar desarrollo económico-social con la protección del medio ambiente, revelando la idea del uso racional de los recursos naturales no renovables.

El artículo 1° de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo dice: «Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza»⁷⁰.

En este principio queda clara la tentativa de buscar un equilibrio entre lo que es considerado derecho y lo que será un deber. Entretanto, sabemos que para que las personas puedan disfrutar de un planeta

⁷⁰ Declaración de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 7 de mayo 1992.

habitabile es imprescindible la preocupación, participación y cuidado de todos⁷¹.

Podemos empezar haciendo referencia sobre la utilización de los recursos naturales y su recomposición⁷². A partir de este principio, el objetivo es que no se degrade más que lo necesario en los procesos de producción evitando también el consumo irracional. Una vez hecho el uso, que se pueda hacer su recomposición. La realidad es que el ecodesarrollo es algo que todos imaginamos y queremos, pero su construcción es un tanto compleja.

Por su parte, SERRANO MORENO define y sintetiza el principio de ecodesarrollo esbozando que «el crecimiento verdadero es igual al crecimiento aparente, menos la disminución patrimonial no contabilizada. Este principio no impugna necesariamente el paradigma de la economía estándar que sostiene que el proceso de crecimiento económico es una elevación gradual de una corriente de bienes aptos para ser consumidos, siempre que la transformación de recursos naturales se evalúe como pérdida. Aun con esta evaluación negativa, el crecimiento es posible y, por tanto, las propuestas eointegradoras no tienen por qué ser siempre propuestas de crecimiento cero»⁷³.

La sostenibilidad para ORTEGA ÁLVAREZ, «pretende modular e integrar dos valores necesarios para la humanidad: el crecimiento económico del que se derive una mejor calidad de vida material y la

⁷¹ MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 3ª edición. Revista dos Tribunais. São Paulo/Brasil, 2004, p. 148. Merece destacar la conclusión de JAQUENOD DE SZÖGÖN, Silvia. *El Derecho Ambiental... Op. Cit.*, p. 47, que dice: «Entendiendo que la realidad está constituida por lo natural y lo social en su mutua interrelación, entonces, la relación ambiente-desarrollo es ineludible, íntima e inseparable. Esto implica, necesariamente, que no es posible interpretar el fenómeno del desarrollo prescindiendo de la dimensión ambiental y, paralelamente, no será posible alcanzar objetivos y metas de desarrollo en forma separada del problema ambiental, ni considerarlos como propósitos alternativos».

⁷² Como apunta SERRANO MORENO, José Luis. *Principios... Op. Cit.*, p. 110. «Este principio encierra la propuesta de ampliación de la noción de consumo en el sentido de que no necesariamente todo objeto consumido ha sido previamente producido, sino que es posible el consumo de objetos naturales no producidos por el hombre».

⁷³ *Ibidem*, p. 107.

protección del medio ambiente. Ello tiene como consecuencia una tendencia de las normas medioambientales a regular los procesos económicos para eliminar sus efectos nocivos sobre el ambiente y, por el contrario, una depuración de las tendencias proteccionistas innecesarias que limitasen desproporcionadamente el crecimiento»⁷⁴.

Como podemos observar, el concepto de desarrollo sostenible evidencia un crecimiento económico y social paralelo a una buena gestión y aprovechamiento de la naturaleza. Así como expresa la definición *supra* citada, la idea es que el aprovechamiento sea racional y que sea posible el consumo que viene directamente de la naturaleza.

Así como expresa JAQUENOD DE ZSÖGÖN, «hace ya tiempo el hombre se ha separado de la naturaleza, y ese antiguo vínculo que les unía en armoniosa relación ha desaparecido. La tierra se encuentra superpoblada y sus recursos, agotados; la contaminación arruina el ambiente, transtorna el clima, ensombrece la visión del hombre y le impide vislumbrar un futuro de digna relación con la naturaleza, cubriendo de gris cuanto alcanza»⁷⁵.

Es imprescindible que existan políticas públicas en ese sentido. Los gobiernos deberán fomentar e incentivar el ecodesarrollo. Lo que impide de inmediato el crecimiento sostenible es un consumismo innecesario y sin medidas al cual nuestra sociedad capitalista está acostumbrada a tener.

«Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar los sistemas de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas»⁷⁶.

⁷⁴ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Lecciones de Derecho del medio ambiente*. 2ª edición. Lex Nova. Valladolid, 2000, p. 50.

⁷⁵ JAQUENOD DE SZÖGÖN, Silvia. *El Derecho Ambiental... Op. Cit.*, p. 43.

⁷⁶ Principio 8 de la Declaración de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 7 de mayo 1992.

Debemos observar todo lo que las leyes imponen como reglas y las lagunas que contribuyen para que ese principio no se cumpla. No deberemos olvidar sobre los intereses de los industriales y el contexto capitalista donde estamos insertados.

La Constitución Española expresa en el artículo 40 su deseo de crecimiento económico como también aborda en el artículo 45 las condiciones deseables de un medio ambiente para el desarrollo de las personas.

«Los marcos de un desarrollo sostenible reflejan la necesidad de conservación del medio ambiente, observados los principios científicos y las leyes naturales que dictan la manutención del equilibrio de los ecosistemas⁷⁷, la necesidad de compatibilización de las estrategias de desarrollo con la protección del medio ambiente, la adopción de medidas de prevención de daños y de situaciones de riesgos ambientales y la cooperación internacional»⁷⁸.

La cooperación de todos es considerada como requisito fundamental para la obtención del desarrollo sostenible, busca la disminución de las diferencias en los niveles de vida dentro de la sociedad, remediando los intereses del presente sin perjudicar lo que precisaremos en el futuro.

- **Responsabilidad compartida.** La responsabilidad de preservar el ambiente debe implicar necesariamente a todos los sujetos, tanto públicos como privados, desde las Administraciones públicas hasta los propios ciudadanos. De este principio se derivan, entre otras consecuencias: a) La imposibilidad de concebir los títulos

⁷⁷ Sobre ecosistema, esclarece PENA-VEGA, Alfredo. *O despertar ecológico: Edgar Morin e a ecologia complexa*. Gramond. Rio de Janeiro, 2003, p. 57, que: “El esencial de la noción de ecosistema es que ella integra la idea de que las interacciones entre los seres vivos organizan el medio ambiente en sistema. Así, el ecosistema es una noción extremadamente importante, que hace de la disciplina ecológica una disciplina de un nuevo tipo relacionada a las disciplinas clásicas”.

⁷⁸ DORNELES TRENNEPOHL, Terence. *Fundamentos de direito ambiental*. Podivm. 2ª edición. Salvador/Brasil, 2007, p. 47.

competenciales como excluyentes (coordinación, cooperación y colaboración han de ser las consignas a seguir); b) La dimensión de la solidaridad intercomunitaria (a proyectar en todas las escalas, desde la internacional a la regional o local), en virtud de la cual, ante la existencia de unos problemas ambientales de carácter global, resulta necesario tener en cuenta que no todos los posibles actores cuentan con la misma capacidad y recursos para intervenir (de modo que los que mas pueden deben sacrificar o aportar mas que los menos poderosos); c) O la necesaria implicación de los particulares y privados en la gestión ambiental (dado que los mismos también serán, en su correspondiente cuota, responsables de los efectos causados al medio ambiente).

4.3.2. Principios funcionales

Corresponde el turno, al segundo gran grupo de principios de Derecho Ambiental, nos referimos pues, a los principios funcionales. Junto con los principios estructurales que hemos estudiado, los que ahora ocupan nuestra atención se refieren a aquellos que orientan acerca de cuales deben ser los instrumentos más idóneos para lograr el fin de la protección ambiental. Siendo así, los podemos enunciar a continuación:

- **Principio de prevención.** Tanto la frecuente imposibilidad de lograr la reparación de los daños ambientales una vez producidos como los elevados costes que aquella implica en los casos en los que resulta factible, imponen al Derecho Ambiental un especial esfuerzo por la prevención, por lograr evitar la producción del daño (haciendo válido el aforismo «más vale prevenir que curar»). Ello impone, al Derecho Ambiental y a los poderes públicos que lo deben hacer efectivo, concentrarse en dar prioridad y eficacia a la intervención previa y al diseño y aplicación de instrumentos preventivos. En este sentido, incluso la intervención posterior al daño debe quedar influida por este

planteamiento preventivo (así, el mejor efecto que puede desplegar una normativa sancionadora en materia ambiental es el disuasorio). No podemos dejar de mencionar que, quizá es este principio, el que define una parte sustantiva de nuestra ideología, pues creemos que correcta y oportuna observancia, se traduciría en la solución de gran parte de los aprietos en que se encuentra nuestro medio ambiente y en consecuencia, la mayoría de los factores que contribuyen al cambio climático.

En el principio de prevención, existe la obligación de prevenir o evitar el daño ambiental cuando se pueda encontrarlo anticipadamente. Tras mayor atención al control de lo que viene a causar la degradación del medio ambiente, se aplica a los impactos ambientales conocidos y de los cuales se pueda, con seguridad, establecer un conjunto de nexos de causalidad que sean suficientes para la identificación de los impactos futuros más probables⁷⁹.

Así, pretende adoptar medidas preventivas a la ocurrencia de un daño concreto, cuyas causas son bien conocidas, es decir, tiene como objetivo evitar tales daños o disminuir significativamente sus efectos⁸⁰.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en su artículo 174.2, establece que la política ambiental se basará en los principios de cautela y de “acción preventiva”⁸¹.

Para LASAGABASTER HERRARTE, «el fundamento último del principio de prevención es el elevado grado de irreparabilidad de los daños ambientales que se producen, por su alto valor temporal y/o económico de reposición. Este factor ha de basarse en certezas científicas y tecnológicas, no en meras probabilidades. Estas últimas fundamentarán la existencia de un nuevo y distinto principio: el de

⁷⁹ Vid., DE BESSA ANTUNES, Paulo. *Direito ambiental*. 10ª edición. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 39.

⁸⁰ ARAGÃO, Alexandra. *Direito... Op. Cit.*, p. 44.

⁸¹ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. In: PAREJO ALONSO, Luciano y MORENO MOLINA, Ángel Manuel (Directores). *Código de medio ambiente*. 6ª edición. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 41.

cautela, nacido a partir de las insuficiencias del principio de prevención por su conexión a verdades científicamente probadas»⁸².

Busca un previo control de las actividades que se pretenden desarrollar, a través de estudios y análisis previos, como la evaluación del impacto ambiental⁸³, evitando los posibles daños a la naturaleza. Podemos decir que este principio ocupa un lugar de anticipación al posible perjuicio ambiental. De esta forma, actúa preventivamente, pues, es cierto que las sanciones⁸⁴ penales o administrativas, como también las indemnizaciones civiles no suplen la finalidad del principio de prevención.

- **Principio de precaución o cautela.** Este principio constituye un refuerzo ulterior del Principio de prevención. El mismo determina como deben afrontarse los supuestos de incertidumbre con respecto a la producción de daños al medio ambiente, teniendo por objetivo evitar las opciones arriesgadas (cuando no se sabe si una determinada actuación sobre aquél puede resultar dañina, lo mejor es adoptar una opción prudente y cautelosa que minimice las posibilidades de que un supuesto riesgo se transforme en daño efectivo). En la aplicación de este principio resultará clave la presencia de indicios razonables (dada la imposibilidad de alcanzar certeza absoluta). Al espíritu de este principio responden también otros (derivados del mismo) como son el

⁸² LAGASABASTER HERRARTE, Iñaki; GARCÍA URETA, Agustín y LAZCANO BROTONS, Iñigo. *Derecho Ambiental... Op. Cit.*, p. 53.

⁸³ Véase, JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Vocabulario ambiental práctico... Op. Cit...* p. 59. «Impacto ambiental es la alteración ambiental producida por, o derivada de, actividades humanas. Se mide por la modificación positiva o negativa en la calidad ambiental de un espacio en un tiempo determinado, resultante de una acción antrópica (respecto a la situación sin acción). No se aplica el concepto de impacto a las alteraciones ambientales causadas por fenómenos naturales».

⁸⁴ En ese sentido JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *El Derecho... Op. Cit.*, p. 226.: “La protección penal, administrativa y civil del ambiente es impensable, si al mismo tiempo no existen instrumentos preventivos que, por una parte, permitan detectar las infracciones reprimibles y, por otra y sobre todo, den contenido en no atenerse a las prevenciones correspondientes; conviene además recordar que las amenazas de represión penal, civil y administrativa sólo tienen razón de ser cuando poseen eficacia preventiva, en el sentido de evitar que tales infracciones acaezcan”.

Principio del elevado nivel de protección o el Principio *Stand Still* (no degradación), que imponen, como línea de máxima y respectivamente, la preferencia por la adopción del máximo nivel posible de exigencia en la protección que dispongan las medidas ambientales y el compromiso de no retroceder o rebajar dichos niveles de protección en el futuro.

El principio de precaución intenta buscar resultados que vienen de la inofensividad o de la insignificancia de los riesgos. Expresa que no se debe esperar hasta que haya prueba de un impacto negativo sobre el medio ambiente, sino lo verdaderamente importante es actuar antes que el impacto ocurra.

«La precaución permite, por tanto, acciones, mismo sin tener clara la naturaleza del daño que se intenta evitar o sobre la adecuación de la medida para evitar el daño, lo que nos pone delante de un serio conflicto entre la certeza y la seguridad jurídica, por un lado, y la evolución científica, el progreso social y el desenvolvimiento económico, por otro»⁸⁵.

A pesar de estar declarado en otros convenios internacionales, consideramos particularmente relevante a este principio, contemplado en la Declaración del Río sobre el medio ambiente de 1992.

El principio 15 de la Declaración del Río sobre el medio ambiente señala: «Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente»⁸⁶.

⁸⁵ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da união européia. En, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO y JOSÉ RUBENS MORATO LEITE (organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. Saraiva. São Paulo, 2007, p. 42.

⁸⁶ Declaración de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Rio de Janeiro, 7 de mayo de 1992. En, PAREJO ALONSO, Luciano y MORENO MOLINA, Ángel Manuel

Podemos extraer del principio *ex ante* citado, un intento de utilización amplia de cautela cuando ocurra situaciones de “peligro de daño grave e irreversible” a la naturaleza, quedando claro que la incerteza de la ciencia deberá ser analizada siempre a favor de la preservación del medio ambiente.

También denominado principio de cautela⁸⁷, está presente en los más diversos sectores de la vida, un ejemplo son los temas alimentares, como el caso de los organismos modificados genéticamente, entre muchas otras cuestiones que posiblemente van a poner en un riesgo latente al medio ambiente.

Podemos dogmatizar que su función es la de buscar garantías para que la sociedad pueda tener seguridad en cuanto al uso de determinados productos de consumo, como también para que se adopte alguna nueva medida que vaya a poner en riesgos los recursos naturales. Lo que queda un poco reticente es que ni siempre habrá certeza científica para el posible daño⁸⁸.

Encontramos también expreso en el artículo 174.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que establece: «La política de la comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio

(Directores). *Código de medio ambiente*. 6ª edición. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 36.

⁸⁷Ver el interesante planteamiento sobre el tema realizado por: LAGASABASTER HERRARTE, Iñaki; GARCÍA URETA, Agustín y LAZCANO BROTONS, Iñigo. *Derecho Ambiental. Parte General*. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 2004, pp. 54 y ss.

⁸⁸ Cfr. LAGASABASTER HERRARTE, Iñaki; GARCÍA URETA, Agustín y LAZCANO BROTONS, Iñigo. *Derecho Ambiental... Op. Cit.*, p. 55. «Por este motivo las jurisdicciones internacionales se han mostrado hasta el momento bastante reservadas en cuanto a una aplicación directa y autónoma de este principio de precaución».

ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga»⁸⁹.

La Unión Europea para regular el uso del principio de precaución, elaboró la “Comunicación sobre el uso del principio de precaución”, objetivando clarificar las condiciones y términos, estableciendo postulados para regularizar la aplicación del principio de precaución.

Conforme apunta en el documento los objetivos de la comunicación son: «exponer la postura de la Comisión ante la aplicación del principio de precaución; establecer directrices de la Comisión para su aplicación; elaborar una posición común sobre cómo evaluar, valorar, gestionar y comunicar los riesgos que la ciencia no puede evaluar todavía plenamente y, por último, evitar el recurso injustificado al principio de precaución como forma encubierta de proteccionismo»⁹⁰.

Así como destaca con acierto ESTEVE PARDO sobre el sentido y funcionalidad del principio, «en su configuración específica, tiene una significación y, sobre todo, una funcionalidad propia, distinta desde luego de la generica idea de precaución o de la virtud de la prudencia. Esa funcionalidad del principio de precaución no es otra que la que nos ocupa en este capítulo: la de fundar o habilitar una decisión de las autoridades públicas, la Administración ordinariamente, en situaciones de incertidumbre en el entorno y sobre los efectos mismos de esa decisión»⁹¹.

Podemos considerar que este principio está siempre encaminado por la protección del medio ambiente, pues cuando hay dudas sobre la peligrosidad de una determinada actividad para éste, lo priorizará y no al agente contaminante⁹².

⁸⁹ Vid. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En: PAREJO ALONSO, Luciano y MORENO MOLINA, Ángel Manuel (Directores). *Código de medio ambiente*. 6ª edición. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 41.

⁹⁰ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución.

⁹¹ ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*. 2ª edición. Marcial Pons. Madrid, 2008, p. 58.

⁹² ARAGÃO, Alexandra. *Direito constitucional... Op. Cit.*, p. 41.

Diferenciase del principio de prevención, por exigir la protección anticipada del ambiente, donde el principio de prevención busca que los riesgos existentes sean eliminados, es decir, la precaución busca evitar el peligro y la prevención busca la previsibilidad del peligro.

La aplicación de este principio está cada día más valorada. Los Tribunales pasaran a comprender la importancia que representa el hecho de tener mayores cuidados para la utilización de los recursos naturales, como también, la aceptación de lo que se descubre por la ciencia diariamente como algo aparentemente facilitador, pero que, por ejemplo, no tenemos la plena seguridad de que no habrá riesgos futuros para la salud de nosotros los seres humanos.

- **Principio de corrección en la fuente.** El mismo resulta de aplicación cuando la contaminación o daño ambiental no ha podido evitarse. Hace referencia no solo al lugar físico sino también temporal: cuando se produzca un daño, la intervención de contención y reparación debe de realizarse en la propia fuente del mismo y lo más pronto posible (con ello se logra prevenir futuras repeticiones del daño y se dificulta la posible expansión de sus efectos). Este principio cobra reflejo en otros principios o reglas más específicos, como el control y prevención integrada de la contaminación (que impone evitar la traslación de la misma de un medio a otro) o los principios de autosuficiencia y proximidad implantados en el ámbito de la gestión de residuos.

El principio de corrección surge como apoyo a los principios de precaución y prevención, cuando estos no cumplieran la función para la cual fueron diseñados, es decir, el principio de corrección trae aparejada la imposición de que se enmiende el ambiente que fue dañado, preferentemente en la fuente, y corregir los efectos que se han producido o se pudieran producir en el mismo⁹³.

⁹³ LAGASABASTER HERRARTE, Iñaki; GARCÍA URETA, Agustín y LAZCANO BROTONS, Iñigo. *Derecho Ambiental... Op. Cit.*, p. 58.

Como sabemos, tratándose de recursos naturales, lo ideal sería no utilizar ningún método que sea de reparación de los daños, pues lo verdaderamente trascendente recae en la concepción de que debemos procurar que no ocurran detrimentos y que no tengamos que utilizar la corrección, ni siquiera la que estriba en pagar por lo que fue afectado. Sabemos que la recuperación de un ecosistema es algo complejo donde en la práctica no hemos obtenido resultados positivos, toda vez que en muchos casos el daño es irreparable, sin embargo no hacer nada al respecto podría ser aun peor.

El principio de corrección objeto de estudio, es mencionado en el artículo 174.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que a la letra dice: «La política de la comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga»⁹⁴.

De esta manera comprobamos que el artículo *supra* citado hace referencia al principio de precaución, prevención y a los principios de corrección y el de quien contamina paga, objetivando la protección del medio ambiente. Para esclarecer nuestro estudio, hasta lo aquí expuesto, podemos deducir que la precaución camina en el mismo sentido que la prevención, de la misma forma que la corrección esta íntimamente racionada con el principio de “quien contamina paga”.

Como corolario a la exposición de este principio, no podemos pasar por alto lo que contempla el Código Penal Español en su artículo 339, mismo que demuestra su garantía a la acepción del ya citado principio; concretamente cuando señala que: «Los jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del

⁹⁴ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En, *Código de medio ambiente*. PAREJO ALONSO, Luciano y MORENO MOLINA, Ángel Manuel (Directores). 6ª edición. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 41.

autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título»⁹⁵.

- **Principio «quien contamina paga».** A pesar de la apariencia, no se trata de un principio de naturaleza sancionadora, sino de un principio que incide en la prevención y en la necesidad de corregir el daño en la propia fuente del mismo. Se trata de que contaminar no salga gratis, en el sentido de que no resulte, *a priori*, rentable (sino más bien lo contrario: que se presente como rentable el no contaminar). Un ejemplo simple y simplificado): ante la determinación del impuesto de circulación, resulta una decisión mas rentable adquirir un coche poco contaminante que uno contaminante, pues la cuantía del impuesto será menor (medida ambiental). Esto bien resulta coherente con el principio de responsabilidad y presenta una finalidad, insistimos, no sancionadora sino compensatoria (diferente de los costes de la eventual restauración en caso de daños ambientales). El objetivo aquí es evitar la producción del daño y, para lograrlo, se hace lo posible para no hacerlo rentable. La aplicación de este principio presenta sus peligros, dado que, de no aplicarse correctamente, puede generar un efecto contrario (especialmente cuando no se acierta en la medida adoptada y la misma no resulta adecuada para que los destinatarios perciban las acciones perseguidas como no rentables).

El principio “quien contamina paga” pretende imponer al contaminante la obligación de recuperar y/o indemnizar el daño causado. Tiene carácter preventivo y su objetivo es evitar la producción de daños ambientales. «Buscase, en el caso, imputar a quien contamina, el costo social de la contaminación por él generada, creando un mecanismo de responsabilidad por daño ecológico que engloba los

⁹⁵ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal... Op. Cit.*, p. 160.

efectos de la contaminación no solamente sobre bienes y personas, pero sobre toda la naturaleza»⁹⁶.

Considerando que para algunos sería interesante poder pagar por los daños causados, pues los beneficios financieros serían mayores que la cantidad de dinero que se deba pagar por lesionar la naturaleza, esclarece JAQUENOD DE ZSÖGÖN que, «al principio “contaminador-pagador” hay que emplearlo no en el sentido de aplicar una multa a quien, directa o indirectamente, resulte responsable de la infracción ambiental, sino a quien tiene que reparar el daño causado para que éste no se vuelva a producir»⁹⁷.

En las palabras de MARTÍN MATEO, «constituye una auténtica piedra angular del Derecho Ambiental. Su efectividad pretende eliminar las motivaciones económicas de la contaminación, aplicando a la par los imperativos de la ética distributiva. Se adoptó por la CEE en 1973 y antes lo fue por la OCDE el 26 de mayo de 1972»⁹⁸.

Está presente en la Declaración de Río, de 1992 cuando redacta en el principio 16 que: «Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debería, en principio, cargar en los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales»⁹⁹.

El Tratado de la Comunidad Europea en su artículo 174.2 trata sobre el mencionado principio cuando dice: «La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en

⁹⁶ MILARÉ, Édis. *Direito do... Op. Cit.*, p. 142.

⁹⁷ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*. Dykinson. Madrid, 1991, p. 309.

⁹⁸ MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Ambiental*. 3ª edición. Thompson Aranzadi. Navarra, 2003, p. 49.

⁹⁹ Declaración de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro, 7 de mayo 1992.

los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga»¹⁰⁰.

Procura compensar lo que fue degradado, pues el daño causado al medio ambiente es siempre colectivo, diferentemente del lucro recibido. «El fundamento del principio, por tanto, es hacer un lado el costo económico de toda la colectividad y pasarlo al particular que, de alguna forma, retira provecho del daño y de las implicaciones que el medio ambiente sufrirá con su emprendimiento»¹⁰¹.

Hay algunos puntos sobre ese principio que deben ser analizados, podemos decir que existe una línea un tanto insegura en cuanto a su entendimiento. No podemos aceptar que la finalidad preventiva a la cual está destinada ese principio sea afectada por una interpretación que descansa en el pensamiento de que se puede pagar para contaminar el medio ambiente. Otro aspecto importante es que existen bienes ambientales que no se puede poner a riesgo de una contaminación por tener **costos económicos inmensurables**.

Hablando de costos, encontramos otra tesis que merece atención. Estamos hablando sobre la valoración económica de bienes ambientales, lo que es algo complejo de ser evaluado. Dictar los casos donde apenas “pagar”¹⁰² por un daño será suficiente o cuando el daño tiene una consecuencia jurídica, siendo necesaria la utilización de medidas sancionadoras penales, administrativas o civiles.

La idea y la finalidad de prevención del principio “quien contamina paga” deberán ser preservadas para que los riesgos a la conservación

¹⁰⁰ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En: PAREJO ALFONSO, Luciano y MORENO MOLINA, Ángel Manuel. *Código de medio ambiente*. 6ª edición. Thomson Aranzadi. Pamplona, 2008, p. 39.

¹⁰¹ DORNELES TRENNEPOHL, Terence. *Fundamentos... Op. Cit.*, p. 46.

¹⁰² Interesante lo que expone sobre el tema: LAGASABASTER HERRARTE, Iñaki; GARCÍA URETA, Agustín y LAZCANO BROTONS, Iñigo. *Derecho Ambiental. Parte General*. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 2004, p. 62.

de una naturaleza saludable, por menores que sean, puedan ser evitados.

- **Principio de subsidiariedad.** En virtud de este principio, la toma de decisiones con respecto a un determinado problema ambiental debe producirse, en línea de principio, en la instancia mas próxima al problema en si, siempre y cuando la misma esté suficientemente capacitada para resolverlo. Es decir, si se trata de un problema local, la decisión ha de depender preferentemente del criterio de la autoridad local mas afectada (por ejemplo, el Ayuntamiento). Este no constituye un principio exclusivo del Derecho Ambiental (representa un principio funcional básico del Derecho Administrativo en general), pero adquiere una especial fuerza en este ámbito sectorial, resultando crucial para facilitar la aplicación de otros principios, como los de corrección en la fuente, responsabilidad compartida y participación.
- **Principio de participación y transparencia.** Igual que ocurría en el principio inmediatamente anterior, el presente tampoco resulta exclusivo del Derecho Ambiental, pero en su marco cobra una especial relevancia, dada la naturaleza colectiva de los intereses que protege este Derecho. La protección ambiental tiene a todos los ciudadanos por destinatarios y, en este sentido, resulta coherente y adecuado que se implementen al máximo los mecanismos y vías para que se haga efectiva su participación y la de las instituciones que los representan de forma mas directa. En virtud de este principio se han potenciado con especial insistencia en el marco del Derecho Ambiental los instrumentos destinados a dar publicidad a la políticas y medidas ambientales y facilitar la participación efectiva de ciudadanos, tanto individual como colectivamente (especialmente en el seno de los procedimientos administrativos: reconocimiento de la acción popular, procedimientos de información publica, accesibilidad de la información ambiental, etc.).

II. El Derecho del medio ambiente en el Ordenamiento Español

En este momento, parece ser infértil discutir sobre el orden prioritario que ocupa en casi todas las agendas político-legislativas de la mayoría de los países -o al menos esa es la percepción generalizada- el tema de la “cuestión ambiental”. Los fundamentos para que se le dedique un tiempo y un espacio en los diferentes documentos que rigen el complejo normativo de una sociedad específica, son latos y, “fundamentalmente” emanan de la preocupación que refleja una infeliz realidad, hoy imposible de esconder.

Favorablemente, España, ha entendido muy bien esa “cuestión ambiental” y lejos de preocuparse, se ha ocupado por atenderla con la debida puntualidad que esta demanda.

Expuesto lo anterior, será este epígrafe el pretexto para que nos ocupemos de analizar algunas actitudes que se han realizado por la Nación española en esta vital materia.

1. Los antecedentes legislativos

Es sabido que la primera mención conceptual del medio ambiente hay que atribuírsela al artículo 1 del Reglamento de actividades clasificadas de 1961, sin embargo, el verdadero inicio de la preocupación ambiental del legislador español hay que situarlo en la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 22 de noviembre de 1972¹⁰³, en cuya Exposición de Motivos se realiza una solemne declaración de principios: «La universalidad del movimiento en favor de una defensa sistemática de la naturaleza excluye radicalmente toda posible actitud de abstencionismo. El Estado debe asumir una posición activa respecto a estos temas y con mayor razón en aquellos países, como España en los que por el grado actual de industrialización no se han

¹⁰³ Precisamente, podemos decir que la génesis de esta Ley, fue producto de la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio humano –y de la que *infra* hablaremos con mayor detalle- existe un antecedente, celebrada en Estocolmo del 15 al 16 de junio de 1972. Véase a MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Derecho Penal del medio ambiente*. Iustel. Madrid, 2008, pp. 19-20.

alcanzado aún niveles de degradación del medio ambiente, salvo en casos muy excepcionales. Precisamente porque aún no es demasiado tarde es por lo que los esfuerzos para la protección del medio ambiente deben iniciarse sin más demora». Existe también en esta exposición una manifestación de la conveniencia de haber iniciado una ordenación general del medio ambiente y una renuncia expresa a esta perspectiva unitaria: «No cabe duda de que el criterio óptimo de actuación sería preparar una Ley general para la defensa del medio ambiente, en la que se considerasen armónicamente los problemas apuntados. Sin embargo, la presión de las circunstancias obliga a aplazar momentáneamente la antedicha solución legislativa: la falta de experiencia en no pocos aspectos, la necesaria modificación de los medios económicos¹⁰⁴ que han de afectarse a estas atenciones, el diverso desarrollo de los estudios en unos y otros temas, el diferente grado de urgencia de los problemas planteados, han aconsejado al Gobierno adoptar una actitud pragmática e iniciar sus programas de actuación con regulaciones sectoriales». Esta larga cita nos permite conocer cuales eran las preocupaciones iniciales en España con relación al medio ambiente. En primer lugar, la conveniencia de una visión unitaria del medio ambiente a través de un órgano que armonizase los distintos sectores ambientales. En segundo término, la necesidad de contar con instrumentos que posibiliten el diseño de políticas cifradas en el conocimiento de la realidad ambiental y en el impulso de estas políticas mediante la planificación económica. Ahora bien, la perspectiva de regulaciones sectoriales del medio ambiente: anunciada en la Ley comentada, tuvo su plasmación en la Ley de Espacios Naturales Protegidos de 1975, la Ley de Residuos Sólidos Urbanos de 1975 y la Ley de Sanciones a la Contaminación Marina desde Buques y Aeronaves de 1977. Además, otras leyes sin ser directamente normas ambientales, sí empezaron a hacer referencia a la protección ambiental. Éste es el caso de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, que establece como un fin del Estado el mejor aprovechamiento y conservación de los

¹⁰⁴ *Ibidem.*, pp. 21-22. Esto, porque en la época de este movimiento tintado por la creación de disposiciones específicas que atendieran el problema ambiental, coincidió con momentos de despegue económico que se entendía podría verse entorpecido por un reconocimiento de la prevalencia del medio.

recursos naturales en aguas y tierras. La Ley de Minas de 1973, por su parte, establece el principio general de compatibilidad de las explotaciones mineras con la protección del medio ambiente e impone obligaciones para el reciclaje de residuos. Por fin, la Ley de Investigación y Explotación de Hidrocarburos de 1974 exige respetar la normativa de protección y conservación del medio ambiente con relación a las actividades de transporte, almacenaje, depuración o refinado de hidrocarburos. Sin embargo, dos leyes importantes por su incidencia en el territorio como fueron la Ley de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión de 1972 y la Ley de Carreteras de 1974, no hacían referencia alguna a los problemas medioambientales. Una posición peculiar ocupó la Ley de 2 de mayo de 1975, por la que se reformó la Ley del Suelo de 1956. Esta Ley contempla la figura del Plan Nacional de Ordenación, donde, en su definición, está ausente toda mención al medio ambiente, pero ello se corrige con la sucesiva figura de los Planes Territoriales de Coordinación en los que se debían contener: «las medidas de protección a adoptar en orden a la conservación del suelo, de los demás recursos naturales y a la defensa, mejora, desarrollo y renovación del Medio Ambiente natural y del patrimonio histórico-artístico». A su vez, el Reglamento de Planeamiento de 1978 atribuía al Plan Nacional de Ordenación el «señalamiento de las áreas de conservación o mejora del medio natural¹⁰⁵».

2. Aspectos del medio ambiente en la Constitución española

La protección constitucional del medio ambiente en los países del orbe cultural europeo, se lleva a cabo, a partir de la década de los setentas del siglo XX, por dos vías:

- a) Mediante una interpretación extensiva, por parte de la doctrina o jurisprudencia, de ciertos preceptos constitucionales relacionados con Derechos Fundamentales que son reconocidos por las constituciones

¹⁰⁵ Vid. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Tratado de Derecho Ambiental... Op. Cit...* p. 43.

anteriores a la década de los setentas del siglo XX, como sucede en los casos alemán e italiano; y

- b) A través de la incorporación directa y expresa del medio ambiente a textos constitucionales más recientes, como viene a suceder en las constituciones de Grecia (art. 24 de la Constitución Griega de 1975), Portugal de 1976 (art. 66 Constitución de la República Portuguesa) y de España de 1978 (art. 45 CE)¹⁰⁶.

De esta forma, al comenzar a tomarse conciencia de que el problema ecológico es un problema social y político, España inicia el tránsito de lo que, hasta ese momento, habían sido meras participaciones en declaraciones o recomendaciones internacionales de carácter programático, sin pretensiones de auténtica efectividad, hacia la conformación de un Derecho Ambiental, hasta el punto de que en la Constitución se hace eco de ese interés, reservando un específico al medio ambiente. Se sigue así una tendencia que se encuentra en todas las modernas Constituciones de otros países.

En definitiva, la Constitución española ha introducido en su artículo 45 la dimensión constitucional del medio ambiente, siguiendo esa pauta que hemos referido siguieron otros ordenamientos que pasaron al igual que España, por un período de definición constitucional a mediados de los años setenta posteriores por lo tanto, a la aparición del medio ambiente como valor político-jurídico.

Así pues, el artículo 45 CE¹⁰⁷ aparece, dentro del Título I dedicado a los “Derechos y Deberes Fundamentales”, en el Capítulo III que trata “De los

¹⁰⁶ Cfr. JORGE BARREIRO, Agustín. “El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”. *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el Ordenamiento Jurídico español*. Agustín Jorge Barreiro (Director), Manuel Cancio Meliá (Coordinador). Comares. Granada, 2005, p. 6.

¹⁰⁷ Cfr. HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín y GIL IBÁÑEZ, José Luis. *Constitución española... Op. Cit...* p. 346. En una concepción vista desde la voz que proyecta la Comunidad Autónoma de Andalucía, véase el análisis de MÉRIDA DÍAZ, Susana. “La protección del medio ambiente desde la perspectiva del defensor del pueblo andaluz”. *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*. Nº 4. Junta de Andalucía: Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla, 2008, pp. 255 y ss.

Principios Rectores de la Política Social y Económica”¹⁰⁸ y dispone lo siguiente:

1. «Todos tienen derecho o disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de lo 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 lo Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

Esta colocación sistemática del artículo 45 CE, hace que sobre el mismo, sea de aplicación el apartado 3 del artículo 53 CE¹⁰⁹ que dispone que:

«El reconocimiento, el respeto y lo protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y lo actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

La primera consecuencia de la presencia del medio ambiente en dicho Capítulo III es su no reconocimiento como Derecho Fundamental, al efecto de interponer en su defensa el recurso de amparo (Auto del TC

¹⁰⁸ De lo estudiado hasta este momento, podemos decir que la configuración constitucional del medio ambiente como un principio rector de la política social y económica y no como un Derecho Fundamental invocable en la vía de amparo, resulta coherente con la naturaleza del, que no puede constituirse como un ámbito jurídico atribuible a la disposición individual, por las propias exigencias derivadas de sus protección como bien jurídico colectivo y por los problemas estructurales que plantea la definición de su ámbito de protección.

¹⁰⁹ *Ibidem.*, p. 358.

940/1985; STC 104/1986), lo cual implica que la regulación del medio ambiente no está sometida a reserva de Ley orgánica del artículo 81¹¹⁰. Tampoco le es aplicable el principio de reserva de Ley, ni el de la garantía de su contenido esencial, que el artículo 53.1 reserva solo a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I. Este régimen jurídico inicial hace que el legislador del medio ambiente cuente con una mayor libertad de configuración legal al no estar sometido al límite del respeto del contenido esencial, pero al mismo tiempo, la ausencia de un mandato constitucional de reserva de Ley permite su regulación mediante reglamentos independientes.

Que el medio ambiente se sitúe dentro de los “principios” económicos y sociales, no significa que el artículo 45 no sea una verdadera norma jurídica, debido al valor normativo de todos los preceptos de la Constitución¹¹¹, precisamente reconocido por el Tribunal Constitucional (STC 2 de febrero de 1981) y el Tribunal Supremo (SSTS de 25 de abril de 1989, 18 de abril de 1990 y 26 de diciembre de 1991).

Su carácter de norma jurídica le permite surtir inicialmente los efectos expresamente reconocidos en el artículo 53.3, en virtud del cual, recordémoslo, informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, con su consiguiente influencia en el terreno interpretativo de las normas. Por ello, en primer término, el artículo 45 CE puede actuar como parámetro de constitucionalidad de las leyes y de anulación o inaplicación de reglamentos y de anulación de actos que contravengan frontalmente su contenido¹¹². En segundo lugar, el medio ambiente del artículo 45 actúa como límite de otros derechos o bienes constitucionales. Así ha sido reconocido con relación al bien constitucional

¹¹⁰ MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Derecho Penal del medio ambiente... Op. Cit...* pp. 25-26.

¹¹¹ Cfr. SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, Leonardo J. “Aspectos básicos del Derecho Ambiental... Op. Cit...” p. 58.

¹¹² En un desarrollo más amplio sobre el comportamiento del artículo 45 CE, vinculado con otros preceptos de la Ley Fundamental, véase a IBÁÑEZ, MÉNDEZ, Inés. “Los poderes públicos y la defensa del medio ambiente”. *Observatorio medioambiental*. Universidad Complutense: Instituto Universitario de ciencias Ambientales. Nº 6. Madrid, 2013, pp. 49 y ss.

del desarrollo económico (STC 64/1982), al derecho de propiedad (STC 170/1989), al derecho al ejercicio de una actividad empresarial (STS de 7 de noviembre de 1990) o a la explotación económica de la industria y la energía (STS de 30 de noviembre de 1990). También ha sido utilizado como valor de legitimación para la declaración de bienes de dominio público (STC 227/1988), y constituye un título habilitante de intervención pública para la configuración de prestaciones, y criterio de interpretación y aplicación de la discrecionalidad administrativa.

Por último, hay que señalar que el medio ambiente puede aparecer protegido como Derecho Fundamental como contenido de otros derechos, lo que ha sido acogido por el Tribunal Constitucional español en la STC 119/2001, de 24 de mayo, en la que, siguiendo la línea iniciada por el TEDH en el caso López Ostra (Sentencia de 9 de diciembre de 1994), ha declarado (FJ 6) que el ruido puede afectar tanto al derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE, como al derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 18 CE. En el primer supuesto declara que «cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración de derecho a la integridad física y moral».

Un poco más reciente, ha sido el pronunciamiento del TEDH en su sentencia de 16 de noviembre de 2004, en el caso Moreno Gómez, donde ha condenado a España como consecuencia de la pasividad de la Administración ante un caso de contaminación acústica, estimando que se ha vulnerado el artículo 8 del Convenio relativo al derecho al respeto del domicilio y de la vida privada¹¹³.

¹¹³ Cfr. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Tratado de Derecho Ambiental... Op. Cit...* p. 45.

3. El contenido del Derecho del medio ambiente en la Constitución española

Si intentamos hacer una numeración de los elementos materiales que aparecen dentro del artículo 45 CE tendríamos los siguientes:

- El desarrollo de la persona
- Los recursos naturales
- La calidad de vida y
- El medio ambiente

De la misma forma que veíamos en relación al concepto del derecho del medio ambiente, esta variedad de elementos ha provocado una gran pluralidad de pronunciamientos en la doctrina española respecto de sus contenido material. El debate esencial ha estribado en dos grandes posturas, dentro de las cuales cada autor presenta una posición peculiar. Para algunos como PÉREZ MORENO¹¹⁴, la presencia de los elementos de desarrollo de la persona y de calidad de vida extienden el ámbito del artículo 45 CE al medio ambiente social o cultural. Para otros, entre los que se encuentran los principales especialistas del Derecho Ambiental, como LARUMBE BIURRÚN¹¹⁵ y MARTÍN MATEO¹¹⁶, el medio ambiente al que se refiere el artículo 45 es el ambiente natural. Hay también una coincidencia en eliminar otros valores conexos al medio ambiente por haber merecido un tratamiento diferenciado en el propio Capítulo III, como sucede con relación al propio progreso social y económico (artículo 40 CE), la salud (art. 43 CE), la cultura (art. 44 CE), el patrimonio histórico y cultural (art. 46 CE), vivienda y urbanismo (art. 47 CE) y defensa de los consumidores art. 51 CE).

¹¹⁴ Cfr. PÉREZ MORENO, Alfonso. "Las bases de un Derecho Ambiental europeo". *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi*. Coordinado por Rafael Gómez-Ferrer Morant. Civitas. Madrid, 1989, pp. 1005-1018. También véase a GÁLVEZ MONTES, Javier. "Artículo 45". *Comentarios a la Constitución*. 3ª edición. Dirigido por Fernando Garrido Falla. Civitas. Madrid, 2001, p. 55.

¹¹⁵ Vid. LARUMBE BIURRÚN, Pedro María. "Medio ambiente y Comunidades Autónomas". *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 8. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1984, pp. 9 y ss.

¹¹⁶ MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Volumen 1. Trivium. Madrid, 1991, pp. 476-478.

A partir de esta perspectiva de intentar encontrar en el artículo 45 CE un contenido material preciso, es interesante tener en cuenta el amplio *excursus* que realiza el Tribunal Constitucional en su Sentencia 102/1995 FJ 6, en la que señala lo siguiente:

«Así, el medio ambiente como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, estaría compuesto por los recursos naturales, concepto menos preciso hay que otrora por obra de la investigación científica cuyo avance ha hecho posible, por ejemplo, el aprovechamiento de los residuos o basureros, antes desechables, con el soporte físico donde nacen, se desarrollan y mueren. La flora y la fauna, los animales y los vegetales o plantas, los minerales, los tres reinos clásicos de la Naturaleza con mayúsculas, en el escenario que suponen el suelo y el agua, el espacio natural. Sin embargo, ya desde su aparición en nuestro Ordenamiento Jurídico en el año 1916, sin saberlo, se incorporan otros elementos que no son Naturaleza sino Historia, los monumentos, así como el paisaje, que no es solo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y en cada cultura».

Ahora bien, para el Tribunal estos elementos tienen entre sí una dimensión estructural que les da un componente añadido que se acerca a la idea del ecosistema:

«...el medio ambiente no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que es el entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos que, por sí mismo, tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado trascendente, más allá del individual de cada uno. Se trata de un concepto estructural cuya idea rectora es el equilibrio de sus factores, tanto estático como dinámico, en el espacio y el tiempo».

Estas definiciones del Tribunal Constitucional no hacen sino refirmarnos más en la idea de no enfocar el contenido del medio ambiente

desde una perspectiva material, algo apuntado en la doctrina por el otrora Presidente Titular del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía y Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla: LÓPEZ MENUDO¹¹⁷.

Enlazando con el concepto funcional del Derecho del medio ambiente y como lo apunto ORTEGA ÁLVAREZ, es posible realizar una lectura semejante del artículo 45 CE. En efecto, en el apartado primero se nos dice que los seres humanos tienen derecho a un medio ambiente y, de forma redundante, se nos reitera que este medio ambiente debe ser adecuado para el desarrollo de la persona. En definitiva, lo que nos señala este precepto, algo en lo que coincide LOZANO CUTANDA¹¹⁸ es la delimitación del sujeto constitucionalmente titular del derecho que se limita al ser humano y no se extiende directamente al resto de los seres vivos. Desde esta perspectiva, la Constitución no protege un medio ambiente adecuado para determinadas especies, lo cual no quiere decir que esta protección se les derive por mandato de la Ley o que la vida de esas especies forme parte del derecho al medio ambiente de los seres humanos. Ahora bien, ¿cuál es ese medio ambiente al que se refiere este apartado primero?, pues el que con un contenido funcional se define en el apartado segundo: proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente. De esta circunstancia se pueden observar dos cosas. En primer lugar el precepto no habla de “calidad de vida”, concepto ligado en el preámbulo de la Constitución al proceso de la cultura y la economía, y más próximo a la idea de nivel de vida, sino de “calidad de la Vida”, que nos sitúa en el plano de la vida biológica, calidad de la vida es, así, una calificación al alza de la forma de mantenernos vivos como especie biológica. En definitiva, “calidad de la vida” no significa otra cosa que lo manifestado en el concepto comunitario de

¹¹⁷ LÓPEZ MENUDO, Francisco. “El derecho a la protección del medio ambiente”. En, *Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Nº 10. Madrid, 1991, pp. 161-201. Véase al mismo autor en “*Concepto constitucional del medio ambiente: el reparto competencial*”... *Op. Cit.*... pp. 13 y ss.

¹¹⁸ Cfr. LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo*. Dykinson. 10ª edición. Madrid, 2009, pp. 73 y ss.

alto nivel de protección de la vida. En segundo término, aparece el medio ambiente como elemento propio del concepto.

A juicio de ORTEGA ÁLVAREZ¹¹⁹, ello debe interpretarse como el complemento de la vida en cuanto insertada en un sistema o cadena en la que la vida se desarrolla. En corolario, se identifica el derecho del medio ambiente en el artículo 45, como las normas que tienen como fin último un alto nivel de protección y mejora del ciclo de la vida y la defensa y restauración del medio en el que ello es posible. Esta lectura coincide con el mismo hecho de la aparición del propio concepto de medio ambiente como reacción a una acumulación de circunstancias provenientes del modelo de vida impuesto culturalmente, que alarmaron precisamente respecto del agotamiento de la vida en el planeta.

La mención que el artículo 45.2 hace de la utilización racional de los recursos naturales y de solidaridad colectiva, son claramente instrumentos de lo anterior. Existe una lógica científica en entender que los recursos naturales son el principal elemento material donde se debe focalizar la función de tutela del Derecho del medio ambiente, pero no son el único ámbito donde dicha tutela se debe proyectar. Baste tener en cuenta los cinco sectores priorizados en el Quinto Programa de Acción de la Comunidad Europea, titulado «Hacia un desarrollo sostenible»: industria, transporte, energía, agricultura y turismo. Sólo dos hacen referencia a recursos naturales. Igualmente, el principio de horizontalidad –del que ya hicimos referencia–, que impone una presencia transversal de la tutela ambiental hace que el ámbito material del medio ambiente lo constituya la casi totalidad de las políticas públicas.

Es verdad que el modelo de Estado Autonómico que se adopta en España basa el reparto competencial en materias. Empero, el medio ambiente constituye una materia que se superpone a otros muchos sectores de actividad. Por ello, la identificación de la norma ambiental a efectos de delimitar este título competencial debe ser identificada no por el sector donde

¹¹⁹ Cfr. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Tratado de Derecho Ambiental... Op. Cit...* p. 47.

actúa, es decir, no limitada a los recursos naturales, sino por la función de protección, defensa, restauración y mejora que se haga respecto del fin del mantenimiento de un alto nivel de protección del ciclo de la vida. No es falso que el hecho de que la protección constitucional se prolonga hasta un “alto nivel” o a un nivel de “calidad”, hace ue esta función protectora no se limite a una regulación de mínimos, pero en definitiva, el operador jurídico debería hacer a la postre una ponderación del centro de gravedad de la norma en base a la función de tutela ambiental que despliegue o en base al predominio que en la norma tiene la realización de otras políticas públicas.

4. El medio ambiente como interés legítimo universal: Matizaciones

Un último cuestionamiento que ha suscitado la lectura del artículo 45 CE, ha sido el interpretar el alcance del “derecho” al medio ambiente que se predica de “todos”, especialmente si ello constituye un derecho público subjetivo ejercitable ante los Tribunales.

En primer lugar, podemos señalar que, como es meridiano, en el artículo 53.3 la Constitución no reconoce al artículo 45 CE ningún contenido que pueda ser directamente alegado ante los Tribunales, sino a través de las leyes que desarrollen tal contenido. No cabe interpretar que el artículo 53.3 habla de principios y el 45 CE otorga expresamente un derecho, pues, además de que ello sucede también con relación a la protección de la salud (artículo 43.1) y al disfrute de una vivienda digna y adecuada (artículo 47), el artículo 53.3 hace una referencia sistemática al contenido de todo lo incluido en el Capítulo III referido genéricamente a “principios”¹²⁰. Desde la perspectiva constitucional del artículo 53.3, el artículo 45 CE no reconoce derechos. Pero, es más, pese a la calificación que éste artículo hace del medio ambiente como derecho, en su estructura interna no lo configura como tal, pues no delimita ni un espacio de libertad individual que deba

¹²⁰ Sin embargo, como señala la STC 19/1982, de 5 de mayo), el valor integrador de los principios económicos y sociales obliga además, a tener presentes estos preceptos «en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes».

permanecer incólume, ni concreta una prestación debida por algún sujeto obligado a la misma. Cuando se menciona el deber de velar por la utilización racional de los recursos naturales, en primer lugar se refiere a la generalidad de los poderes públicos por lo que, desde la Constitución, no queda determinado el sujeto obligado. Además la expresión “velarán” no concreta una actividad específica respecto de la cual se pueda reclamar el pretendido derecho.

En segundo lugar, si se pretende construir desde la legislación ordinaria un derecho público subjetivo al medio ambiente, habría que empezar por concretar que nos estaríamos refiriendo a un “derecho” a que quede tutelado en un alto nivel de protección el ciclo de la vida y del entorno en que se desarrolla. En buena medida ello se traduciría en la pretensión de que actuase el legislador en un determinado sentido, lo que sólo es posible inducir a través de las reglas del principio democrático. Cabría, no obstante, con relación a la actividad del legislador, la petición del planteamiento de una cuestión de constitucionalidad, por entender que un determinado desarrollo legislativo vulnera el estándar de protección constitucionalmente protegido. Además, la construcción de tal derecho en términos genéricos arrastra la dificultad, que antes señalábamos, de concretar la prestación a la que se tiene derecho y el sujeto obligado. Ello sólo es posible hacerlo, refiriéndonos a sectores específicos del medio ambiente, a técnicas singulares con sujetos determinados, como, por ejemplo, hace la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, derecho que se concreta en poder acceder a la información ambiental que esté en poder de las Administraciones públicas competentes. O como señala NIETO GARCÍA¹²¹, «la defensa de los bienes o intereses económicos y sociales, también llamados “derechos de tercera generación”, entre los que se incluye el medio ambiente, exige formular y poner disposición de la sociedad técnicas concretas que hagan viable la realización de los intereses colectivos, de la misma manera que ahora existe

¹²¹ Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro. “La vocación del Derecho Administrativo en nuestro tiempo”. En, *Revista de Administración Pública*. Nº 76. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1975, pp. 9 y ss.

ya para la defensa de los intereses individuales. Técnicas¹²² que han de responder a la sociedad en que nos encontramos (y no a la liberal) pero que no han de pretender imponer una forma social tecnócrata».

En realidad, cuando se reclama el carácter de derecho subjetivo del medio ambiente, se está pretendiendo el otorgamiento a los ciudadanos de una acción procesal de defensa frente a los atentados contra el medio ambiente. Pero para este propósito no es necesaria esta construcción. En este sentido, podemos observar lo que refiere LOZANO CUTANDA¹²³, «se trata de derechos que se pueden definir como “procedimentales”, en cuanto mediante ellos lo que se hace es configurar como un derecho de la legitimación de los ciudadanos para actuar administrativa o judicialmente en defensa del bien o interés colectivo medio ambiente».

El Ordenamiento, además de la acción penal que es pública, reconoce la legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa a las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo y a cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por la Ley [letras a) y h) respectivamente del artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa]. Igualmente se expresa el artículo 19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la acción popular, que, por ejemplo, se ha concretado en el artículo 109 de la Ley 22/1998, de Costas¹²⁴.

¹²² Entre las técnicas concretas que dispone actualmente el legislador para hacer efectivo el mandato de protección ambiental que le impone el artículo 45 CE está, obviamente, el reconocimiento de derechos ambientales subjetivos invocables por los ciudadanos ante los Tribunales. Como derechos específicamente ambientales se reconocen, de momento, los ligados a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, cuya introducción se ha visto impulsada por el convenio de Aarhus y las normas comunitarias dictadas para su aplicación.

¹²³ Cfr. LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo... Op. Cit...* p. 81.

¹²⁴ En este orden de planteamientos, véase la Ley 27/2006, de 18 de julio. También véase a BÁÑEZ, MÉNDEZ, Inés. *“Los poderes públicos y la defensa del medio ambiente”... Op. Cit...* pp. 61-64. En una postura crítica sobre la “cierta” unificación normativa que en materia de medio ambiente significó la Ley de referencia –Ley 27/2006– véanse los apuntes de EMBID IRUJO, Antonio. *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Iustel. 1ª edición. Madrid, 2008, pp. 60-62.

Por su parte, el artículo 31 de la misma Ley señala que el demandante puede ejercer dos tipos de pretensiones. Una, la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos administrativos y las disposiciones generales. Otra, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y, en función de su existencia, la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la internalización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

Estas peticiones las puede hacer cualquier demandante legitimado, sea por la ostentación de un derecho, de un interés legítimo o de una acción popular¹²⁵. El intento de construir el derecho al medio ambiente como un derecho subjetivo estribaría en la restricción de la petición del reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas únicamente a favor de los titulares de derechos y no de los que fuesen titulares de intereses legítimos. Este planteamiento teórico está derivado de la interpretación conjunta de los antiguos artículos 28.2 y 42 de la Ley de la Jurisdicción, superada por la propia jurisprudencia, pues, en efecto, tanto los derechos como los intereses suponen una situación jurídica individualizada. De otra parte, el artículo 24.1 de la Constitución ha equiparado los derechos y los intereses legítimos a efectos de su tutela judicial efectiva. Del mismo modo, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial otorga esta misma equiparación a los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, alertando de que en ningún caso podrá producirse indefensión y reconocimiento que los intereses colectivos, además de por los individuos,

¹²⁵ Para esto, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), en su numeral 20 señala lo siguiente: « El público (debiendo entenderse por tal, según las definiciones contenidas en la propia Ley, cualquier persona física o jurídica) que considere que un acto o, en su caso, una omisión imputable a una autoridad pública ha vulnerado los derechos que le reconoce esta Ley en materia de información y participación pública podrá interponer los recursos administrativos regulados en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y demás normativa aplicable y, en su caso, el recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Confróntese la legislación referida en: PAREJO ALFONSO, Luciano, *et al.* *Código de medio ambiente... Op. Cit...* p. 106.

pueden ser defendidos por las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción. En definitiva, hoy en día puede señalarse que también los titulares de un interés legítimo pueden pedir el reconocimiento de una situación individualizada.

El problema es el determinar si en la defensa que un individuo haga de la tutela del medio ambiente nos encontramos ante una situación de interés legítimo. Es cierto que en determinadas situaciones en las que las políticas ambientales o la actividad de la Administración en función de las mismas causen un daño a la integridad física de un individuo o a su patrimonio, éste se encontrará ante un derecho reaccional, pero derivado del derecho a la salud¹²⁶ y del derecho de propiedad, no del derecho al medio ambiente. A ello ya nos hemos referido anteriormente al señalar el reconocimiento hecho por el Tribunal Constitucional en la STC 119/2001, de que el ruido puede afectar al derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE y al respecto a la vida privada y familiar del artículo 18 CE. Lo que se actúa en la defensa del medio ambiente es la relación del hombre con su medio, pero éste, por definición, es común a todos los seres humanos, sin que se pueda pretender que ostente una situación individualizada en cuanto que única o distinta de la de cualquier otro ciudadano común, salvo en que el ordenamiento califique al sujeto como portador de un interés específico respecto a una determinada prestación ambiental como sucede en el Ordenamiento local con relación a la condición de vecino y los servicios municipales obligatorios (artículos 18 y 26 Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local).

Ahora bien, si entendemos como legitimación el que “se deriven perjuicios para el recurrente al quedar afectado de algún modo su círculo de intereses” (Auto de TC 102/1980), lo que no se puede negar es que la tutela del ciclo de vida es uno de los intereses más fundamentales de todo ser

¹²⁶ Sobre la imbricación de la defensa a la salud y la calidad del medio ambiente, véase con mayor amplitud a LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo... Op. Cit...* p. 92.

humano, aunque sea un interés compartido por el resto de la comunidad. La especial dimensión del medio ambiente, especialmente en su carácter de globalidad, hacen del individuo un sujeto universal, por lo que por definición no podría darse una relación individualizada, entendida como una situación diferente, única o distinta de la de los demás ciudadanos. Pero ello no niega que tal interés exista, ni que no esté protegido tal interés por el Ordenamiento Jurídico. Esta protección tal como señala LÓPEZ MENUDO¹²⁷ se la otorga precisamente el artículo 45 CE, cuando reconoce el peligro al deterioro del ciclo de la vida y establece incluso el deber de todos los ciudadanos de conservarlo. Este doble reconocimiento crea una inequívoca relación de interés jurídico de relevancia constitucional que no puede desconocerse por el hecho de la universalidad de su portador, antes al contrario, su desconocimiento, en términos de legitimación, causaría la indefensión que proscribe el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Desde otro punto de vista, no cabe duda de que el artículo 45 CE contiene, al menos como principio constitucional, el del interés del ser humano en la protección, conservación y tutela de su entorno vital¹²⁸. Por ello, el efecto jurídico que tienen los “principios” de informar la práctica judicial no puede sino introducir en el sistema de legitimaciones procesales una lógica propia para su protección. Esta lógica, como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 10/1982). Así, en la medida en que del artículo 45 CE se pone de manifiesto el interés no puede quedar desconocido.

¹²⁷ Cfr. LÓPEZ MENUDO, Francisco. *“El derecho a la protección del medio ambiente”... Op. Cit...* p. 161 y ss.

¹²⁸ La preocupación por la interacción entre **medio ambiente y salud** ha ido en aumento, y se ha demostrado mucho más estrecha y compleja de lo que se ha venido pensando hasta ahora. Se atendía así a los “grandes males” (como, por ejemplo, lesiones y dolencias físicas causadas por accidentes industriales, aguas contaminadas o emanaciones de gases tóxicos), pero se ha prestado poca atención a la interacción de distintas sustancias contaminantes en el cuerpo humano y el medio ambiente. Una exposición prolongada durante varias décadas, incluso a un nivel mínimo, a un “cóctel” de sustancias contaminantes en la atmosfera, el agua, los alimentos, los productos de consumo o los edificios puede tener un efecto significativo en la salud de los ciudadanos, tal y como lo expone la Comisión en su “Comunicación al Consejo, al parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre la estrategia europea de medio ambiente y salud”. Cfr. LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo... Op. Cit...* p. 93.

El artículo 45 CE consagra un interés legítimo a disfrutar de un medio ambiente adecuado del que es portador cualquier individuo, conteniendo su estructura interna normativa un mandado idéntico al que se produce cuando el legislador tutela un sector de la realidad mediante la acción con un interés personal en la demanda.

A mayor abundancia, la delimitación de una situación individualizada puede operarse en la relación que se produce entre un atentado al medio ambiente que esté localizado y el círculo de personas que se vea afectado por el mismo, como pueden ser los supuestos de contaminación de aguas, de la atmósfera urbana, de los ruidos, etc. Igualmente la acción procesal está reconocida tanto a los grupos afectados como a las entidades que estén legalmente habilitadas para la defensa de los intereses ambientales [artículo 19.1.b) LJ].

Reconocida así una legitimación de interés legítimo universal ex artículo 45 de la Constitución española, nada impide que los demandantes puedan no sólo solicitar la nulidad de otros actos y disposiciones generales que vulneren la legalidad ambiental, sino que pueden pretender el restablecimiento de los bienes ambientales dañados, mediante su reposición a su “estado original”. A nuestra consideración, para pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Así, será imposible una pretensión de este tipo respecto de la recuperación de la capa de ozono por ejemplo –y por eso las comillas cuando decimos al estado original-, pero no con relación a la reforestación de un entorno dañado por una tala ilegal, a la depuración de un lago afectado por autorizaciones de vertidos ilegales, o a la recuperación de un humedal dañado por extracciones de agua indebidamente autorizadas. Estas pretensiones se refuerzan con la posibilidad de acudir a la petición judicial de medidas cautelares, que en la nueva Ley de la Jurisdicción se extienden por efecto de su artículo 129 a “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

En definitiva, si bien el artículo 45 CE no ha recogido de forma expresa la acción popular, como sucede en la Constitución portuguesa, el

triple juego del desarrollo del concepto de interés legítimo, de la universalización (“todos”) del valor medioambiental y del efecto de los principios constitucionales sobre el resto del Ordenamiento Jurídico, genera el hecho de que en el artículo 45 de la Ley Fundamental se contengan los elementos estructurales de la acción popular, en cuanto aparece reconocido el interés de todos en el medio ambiente como un valor universal que debe defenderse independientemente del interés personal en la demanda.

III. La cuestión global y su conquista en el orbe de lo jurídico-político, lo penal y lo ambiental: aliciente para una preocupación compartida sobre el medio ambiente

Ex ante, de que dediquemos este espacio para registrar el comportamiento de lo “global”, tenemos que decir *ab initio*, que el fenómeno de la globalización ha extendido su manto sobre todos los ámbitos de la vida cotidiana de las personas y su presencia –con las repercusiones que ello implica- en las cuestiones jurídicas, penales y **ambientales** no son una excepción. A mediados del siglo pasado, la globalización únicamente se veía como un fenómeno económico que casi exclusivamente incumbía a las grandes empresas y a la macroeconomía de los Estados. Actualmente, la globalización no sólo se refiere a los intercambios económicos transnacionales, sino que, nos atrevemos a decir que, desde cualquier perspectiva y contexto que se piense, el individuo común es alcanzado por este singular fenómeno.

1. Configuraciones previas

Por un lado, la globalización permite a las personas -comunes y corrientes- acceso a la información mundial de manera rápida y fácil (por ejemplo, con el internet) o a productos iguales a los que utilizan otros individuos en cualquier parte del mundo, que son contruidos con materiales y partes de distintos países; por otro, enfrenta a dichos individuos con riesgos que son

consecuencia del mismo acceso a la comunicación (basta citar los fraudes electrónicos realizados por el propio internet).

Un gran número de estudiosos se suele ubicar su inicio a mediados del siglo XX, después de las guerras mundiales, ya que la globalización caracteriza a las estructuras de nuestra sociedad en el final de la guerra fría, pues para lograr sus metas le era necesario el desarrollo alcanzado por los instrumentos técnicos y políticos (la electrónica, la informática, la evolución de los transportes, etcétera)¹²⁹.

Otro grupo de autores considera que la globalización es más anterior, ya que el sistema siempre ha sido mundial (global), los Estados¹³⁰ siempre han constituido relaciones mutuas, la división del trabajo ha cruzado siempre fronteras, encontrándose así con mercancías que encajan perfectamente en lo que hoy se le denomina una mercancía global. En la actualidad, por ejemplo, se habla de automóviles mundiales, ya que sus partes provienen de diferentes países, de la misma manera que los barcos del siglo XIX, la única diferencia en la actualidad es la rapidez con que se transportan y reúnen dichas partes.

A pesar de dicha incertidumbre conceptual y cronológica, el Catedrático de la Universidad de Oxford y economista egresado del Instituto Tecnológico de Massachusetts JOSEPH EUGENE STIGLITZ (premio Nobel de Economía en 2001,) define a la globalización fundamentalmente como «la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios,

¹²⁹ MUTSAKU KAMILAMBA, Kande. *La globalización vista desde la periferia*. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Porrúa. México, 2002, p. 7.

¹³⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Saraiva. 27ª edición. São Paulo, 2009, p. 76. «Que é o Estado? É a organização da Nação em uma unidade de poder, a fim de que a aplicação das sanções se verifique segundo uma proporção objetiva e transpessoal. Para tal fim o Estado detém o monopólio da coação no que se refere à distribuição da justiça. É por isto que alguns constitucionalistas definem o Estado como a instituição detentora da coação incondicionada. Como, porém, a coação é exercida pelos órgãos do Estado, em virtude da competência que lhes é atribuída, mais certo será dizer que o Estado, no seu todo, consoante de Laband, tem a “competência da competência».

capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras»¹³¹.

En la expresión de ROSEMBUJ¹³², Catedrático de la Universidad de Barcelona, «la globalización se ofrece como se ofrece como la autovía, el circuito de tránsito hacia cualquier parte y en cualquier momento. Los vehículos son las empresas transnacionales, los Estados, algunas organizaciones internacionales, la criminalidad organizada. Los valores de lucro coexisten con la conquista territorial y la defensa de bienes públicos globales. No parece que pueda hablarse de un proyecto único, sino plural, a veces caótico, regido esencialmente por la oportunidad».

Por su parte, KANDE MUTSAKU¹³³, indica que es una «interdependencia cada vez más estrecha entre las economías de todos los países con respecto a la libertad absoluta de circulación de los capitales, la supresión de las barreras aduaneras, la reglamentación y la intensificación de comercio del libre intercambio». En otras palabras, se trata de una expansión a nivel mundial del capitalismo, que subraya significativamente el valor del capital, la competitividad y productividad de los mercados así como de los agentes económicos.

Pero ¿cómo llegó el capitalismo a tomar tales dimensiones? ¿en

¹³¹ STIGLITZ Joseph Eugene. *El malestar en la globalización*. Traducción de Carlos Rodríguez Braun. Taurus. México, 2002, p. 34.

¹³² ROSEMBUJ, Tulio. "Globalización". *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Comparado*. (Ejemplar dedicado a: Globalización y Cooperativismo). Nº 40. Asociación Internacional de Derecho Comparado. Bilbao, 2006, p. 17. El mismo autor afirma que la primera de las globalizaciones culminó en el crack de 1929 y la Gran Depresión. No se supo reaccionar a la defeción de los mercados, sino con instrumentos inhábiles para solventar la huida del libre albedrío. Los viejos instrumentos hubieron de abandonarse para que el sistema económico recuperase su sitio y con él el Estado en su vínculo necesario con el mercado y la sociedad civil. Esta globalización no es comparable a la de los años veinte. Por dos motivos, porque el Estado ha dejado de ser el primus inter pares y la soberanía no explica su hegemonía cada vez más recortada y, segundo, porque el acto global pasa a ser, desde su inicio, un evento transnacional e instantáneo. O sea, no hay rebote hacia fuera, sino un hecho que está perfilado para su aplicación inmediata en la vasta tierra de ninguno, que es el mundo. Es más, no es un acto o hecho físico, sino un bien inmaterial de información, de diseminación instantánea, aunque se vista de materia o recursos físicos. El acto global es tráfico de datos, de noticias, de uso totalizador por cualquiera en cualquier parte. Esa información es lo global y su contenido es el mensaje. *Ibidem.*, p. 18.

¹³³ MUTSAKU KAMILAMBA, Kande. *La globalización... Op. Cit...* p. 8.

dónde comenzó a marcar el rumbo económico de todo el orbe? ¿por qué tomarlo como referencia histórica? La respuesta a estas preguntas es simple (y la misma para todas); el mundo que hoy conocemos es producto del capitalismo gestado a lo largo de todo el siglo XX. El capitalismo comercial se encargó de unir ciudades, países e incluso continentes; el régimen de trabajo esclavizado instaurado por las colonias en el nuevo mundo creó un vínculo entre europeos, africanos y aborígenes de las colonias americanas, lo cual se tradujo en producción de mercancías, plusvalía y capitales que sirvieron para el desarrollo de las revoluciones industriales en Europa.

Fue así que se multiplicaron las naciones (siguiendo el modelo europeo), las cuales buscaban capital y su concentración a escala local, regional, continental e internacional. En este sentido, para el ilustre sociólogo OCTAVIO IANNI¹³⁴ existen tres grandes épocas o ciclos en la historia del capitalismo que, distinguibles entre sí por sus características, pueden coexistir y confundirse en algunos casos o incluso sucederse en el tiempo y el espacio.

Primero, el sistema de producción capitalista se organiza en modelos nacionales, revoluciona la forma de vida y del trabajo local, regional y feudal. Instituye la producción de mercancía y los valores de cambio que produce la disociación entre trabajadores y la propiedad de los medios de producción; de esta manera, la sociedad civil compuesta por grupos y clases, partidos, cultura, etcétera, se sintetiza en el Estado.

Segundo, el capitalismo se encuentra organizado en los fundamentos nacionales, por lo cual traspasa fronteras, mares y océanos. Se instituye el colonialismo, los sistemas económicos y las economías mundiales, centralizados generalmente en capitales nacionales dominantes (lo que Hobson, Luxemburg y Lenin categorizaron como “imperialismo”); todo ello con motivo del comercio, la búsqueda de materias primas, la expansión del mercado, y la búsqueda de variadas y novedosas fuentes de lucro.

¹³⁴ Cfr. IANNI, Octavio. *La sociedad global*. 3ª edición. Traducción de Leonardo Herrera González. Siglo XXI. México, 2002, pp. 21-23.

Tercero y último, el capitalismo alcanza una escala global, ya que además de sus expresiones nacionales, así como de los sistemas o bloques que componen regiones y naciones -países dominantes y dependientes-, el carácter global del capitalismo comienza a ser más evidente. Los procesos de concentración y centralización de capital adquieren mayor envergadura y alcance, no sólo invaden ciudades y naciones, sino continentes, así como las formas de vida y trabajo, modos de ser y pensar, etcétera.

De tal forma que las sociedades contemporáneas están articuladas en una sociedad global que incluye relaciones, procesos y estructuras sociales, económicas y culturales.

Aunque parecía que el capitalismo comenzaba a ser derrotado con la revolución soviética de 1917, en las últimas décadas del siglo XX resurgió, para comenzar con su hegemonía hasta la actualidad. Desde la inauguración de la Perestroika y de la Glasnost en 1985 por el gobierno de Mikhail Gorbachov, no sólo cayó el muro de Berlín (1989) sino que incluso todas las sociedades del antiguo bloque soviético en el Este europeo cambiaron sus gobiernos, y cambiaron la economía planificada centralmente, por los mecanismos de la economía de libre mercado.

Con posterioridad a la caída del muro de Berlín, el sistema capitalista surgió en apariencia doblemente triunfante: 1) como el único sistema de socialización, y al mismo tiempo (derivado de lo anterior), 2) como el mejor de todos los sistemas¹³⁵.

Lo anterior no significa que el socialismo haya dejado de ser un hecho en la historia, posibilidad de ser una forma de organización social de vida y trabajo. Los dos sistemas (socialismo y capitalismo) son -desde un punto de vista social- procesos civilizadores universales, en esencia antagónicos, pero recíprocamente referidos; no se puede entender al capitalismo sin el socialismo, este último no deja de ser una alternativa, es

¹³⁵ RIQUERT, Fabián Luis y PALACIOS, Leonardo Pablo. "El Derecho Penal del enemigo o las excepciones permanentes". *La Ley. Revista Universitaria*. N° 3, año V. Buenos Aires, 2003, pp. 1-9.

un sistema que está en sus inicios pero que puede tomar beneficio de las conquistas del capitalismo, desarrollándolas o recreándolas, así como engendrar nuevas¹³⁶.

Si bien el proceso de globalización puede ser tan añejo como la humanidad misma (consolidado sobre todo a partir de la caída del socialismo), en las últimas décadas ha habido factores que lo han acelerado de manera vertiginosa:

El desarrollo de nuevas tecnologías de la información y la comunicación, con una capacidad en aumento de localizar o distribuir cantidades cada vez mayores de información, en una floreciente red de usuarios, a velocidades crecientes y precios decrecientes.

La caída, primera y principalmente de la URSS y sus satélites, así como la mayor parte de los regímenes políticos, económicos y militares que aún escapaban a las directrices de las potencias capitalistas noratlánticas, abriendo así, por una parte, nuevas fuentes de mano de obra y materia prima baratas, así como nuevos mercados para esas potencias y las empresas multinacionales conectadas con ellas; y reduciendo, por otra parte, la capacidad de negociación de las naciones del Tercer Mundo y de la Europa oriental.

El ascenso y la consolidación de las empresas transnacionales extremadamente poderosas -industrias, bancos, comercios, etcétera- capaces de explotar al máximo los recursos como las debilidades de la mayor parte de las repúblicas, regiones y regímenes del globo, y, por lo mismo, capaces de definir e imponer reglas globales para el comercio y las finanzas con el concurso del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y las potencias noratlánticas (reglas que implican, demasiado a menudo, la eliminación de tradiciones y medidas destinadas a proteger la calidad de vida de trabajadores, niños, mujeres, ancianos, minorías, familias, comunidades y culturas tradicionales, el medio ambiente, empresas locales y/o mercados nacionales).

¹³⁶ *Ibidem.*, p. 10.

En opinión del prestigiado sociólogo alemán, ULRICH BECK, existen varios tipos, o mejor dicho, la globalización alcanza a heterogéneos ámbitos de la vida de las personas¹³⁷. Por ejemplo, en el terreno de la comunicación, el control de la información del Estado-Nación como parte de su soberanía política ha pasado a mejor vida: los Estados-naciones ya no tienen fronteras comunicacionales, las redes de información global -simbolizadas por satélites- han adquirido una ejemplar trascendencia. Los gobiernos ya no manejan (y manipulan) la información como antes –por lo menos, es más complicada la reserva o secreto- ya no deciden qué puede o no oír el pueblo, por lo que estamos ante una globalización informático-comunicacional.

Con motivo de la cumbre sobre medio ambiente, celebrada en la ciudad de Río en 1992, se llegó a la conclusión de que existe una crisis ecológica global, por lo que se estableció un principio de actuación denominado desarrollo sostenible que ha sido utilizado como baremo, con el cual se pueden medir y criticar las actividades, así como las conductas de los actores sociales en casi todo el mundo, y que es aplicable a casi todos los ámbitos de actuación (consumo, producción, arquitectura, transportes, derecho, etcétera). Hablamos así de una globalización ecológica.

Por otro lado, el mercado mundial ha adoptado una economía virtual de corrientes monetarias transnacionales, cada vez menos deudoras de sustratos materiales y basado en mayor medida en los sistemas informáticos. Lo anterior da como resultado un aspecto especulativo que peligrosamente hurta los controles de los Estados-naciones, quitándole a las economías nacionales sus propios cimientos, sin que se tenga a la vista un marco regulador para las economías transnacionales o globales; estamos así frente a una globalización económica.

Producto de las telecomunicaciones, y desde el punto de vista laboral, ya no se tiene la necesidad de que los operarios trabajen juntos en un lugar concreto para producir determinados bienes o servicios, con lo cual

¹³⁷ BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Traducción de Bernardo Moreno y María Rosa Borrás. Barcelona, Paidós, 1999, pp. 37 y ss.

se rompe la premisa del sistema de trabajo de las sociedades industrializadas. No sorprende ver que los empleados “cooperen” transnacionalmente o inclusive transcontinentalmente, lo que se traduce en una repartición de los procesos de trabajo y producción en todo el globo terráqueo, de tal manera que también hay una globalización de la cooperación productiva laboral con respecto a la producción, o mejor dicho una globalización laboral.

El ciclo de occidentalización que actualmente presenta el orden mundial plantea el hecho de una mundialización de la industria cultural; con la expansión de los medios de comunicación de masas y la producción de una cultura de tipo internacional-popular, se produce una globalización cultural¹³⁸.

Dicho lo anterior, podemos llegar a un concepto de globalización, recogiendo las ideas de, quizás de uno de los más destacados sociólogos de nuestra época, ULRICH BECK y su contemporáneo ANTHONY GIDDENS, donde entendemos que **globalización** significa la perceptible pérdida de fronteras del quehacer cotidiano en las distintas dimensiones de la economía, la información, la ecología, la técnica, los conflictos transculturales y la sociedad civil y, relacionada básicamente con todo esto, una cosa que es al mismo tiempo familiar e inasible -difícilmente captable-, que modifica a todas luces con perceptible violencia la vida cotidiana y que fuerza a todos a adaptarse y a responder. El dinero, las tecnologías, las mercancías, las informaciones y las intoxicaciones “traspasan” las fronteras, como si éstas no existieran. Inclusive cosas, personas e ideas que los gobiernos mantendrían, si pudieran, fuera del país (drogas, emigrantes ilegales, críticas a sus violaciones de los derechos humanos) consiguen introducirse. Así entendida, la globalización significa la muerte del aislamiento, el vernos inmersos en formas de vida transnacionales a menudo no queridas e incomprendidas o actuar y (con)vivir superando todo tipo de

¹³⁸ A cerca de este tema, véase al Catedrático de Sociología Cultural: TOMLINSON, John. *Globalización y cultura*. Traducción de Fernando Martínez Valdés. Oxford University Press. México, 2001, sobre todo el tema 1 de su opúsculo.

separaciones (en los mundos aparentemente separados de los Estados nacionales, las religiones, las regiones y los continentes)¹³⁹.

2. Globalización y Política: Una dualidad importante para la consolidación de acuerdos transnacionales

Podemos comenzar afirmando que la teoría de las relaciones internacionales ha asimilado habitualmente el orden internacional vigente en los últimos tres siglos, heredero de la Paz de Westfalia en 1648, con un estado de naturaleza hobbesiano, en el que los estados operan sobre la base de un principio estricto de soberanía y, por lo tanto, en ausencia de estructuras o instituciones superiores con autoridad¹⁴⁰.

Esta comparación, no obstante, nunca ha sido del todo bienaventurada. Los estados no operan del mismo modo en que los individuos pueden hacerlo en un estado de naturaleza, ni han sido tampoco los únicos actores en este escenario. El ámbito internacional tampoco ha sido un ámbito completamente “sin ley”. De hecho, desde la Edad Media se ha ido construyendo la noción de *ius gentium* y los últimos dos siglos han visto proliferar una creciente legalidad internacional. El proceso ha llegado a ser tan denso y significativo, que no ha faltado quien describa el sistema internacional ya como un complejo entramado de normas jurídicas y principios cuasi-constitucionales que darían cuenta de una transformación profunda de dicho sistema, de modo que si alguna vez fue acertado verlo como un estado de naturaleza hobbesiano, ya no es posible seguirlo viendo

¹³⁹ Confróntese a BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización?... Op. Cit...* p. 42. Señalando a BECK, Ulrich. *Generación global*. Paidós. Barcelona, 2008, p. 59. «La globalización, entendida en términos económicos, no sólo significa intercambio comercial y apertura de los mercados. Ocasiona también una competencia más fuerte, un ritmo más acelerado, una mayor presión innovadora; y, como consecuencia del imperativo de adaptación global, un mayor desmantelamiento de derechos sociales y garantías de protección. El enorme cambio que se ha hecho efectivo en este terreno en un lapso relativamente breve se aprecia con toda claridad si comparamos la situación actual con la que existía en las décadas de 1950, 1960 o 1970».

¹⁴⁰ Para una visión más completa de dicho orden véase a CASSESE, Antonio. *International Law in a Divided World*. Clarendon Press. Oxford, 1986, capítulo I.

así¹⁴¹.

De todos modos, la pregunta por el estado de naturaleza hobbesiano nos pone en una dirección correcta. HOBBS, el padre de la idea moderna de Estado, caracterizó célebremente el estado de naturaleza como un escenario en el que la vida humana no podía ser más que una vida de «miedo continuo, y peligro de muerte violenta; (...) una vida solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta»¹⁴². Hobbes fue el primero de una larga lista de filósofos contractualistas que examinaron atentamente el conjunto de condiciones que nos permiten identificar la necesidad de contar con un estado o, de manera más general aún, la necesidad de embarcarnos en consideraciones de justicia colectiva¹⁴³. Por su parte, RAWLS, uno de los últimos grandes filósofos en contribuir a esta línea de pensamiento, las denominó las «circunstancias de la justicia»¹⁴⁴. El punto de partida es sencillo y lo podemos reducir a razonamientos que no escapan a la vista de nadie: los seres humanos no somos ángeles altruistas que tienen como prioridad la solidaridad con los demás. De hecho, si necesitamos hablar de justicia es precisamente porque no lo somos y no tiene ningún sentido concebir las relaciones de justicia como si lo fuéramos. Eso caracterizaría una utopía irrealizable e inútil.

RAWLS, siguiendo en esto a HUME y HART, distingue las circunstancias objetivas de las subjetivas (o las externas de las internas). Entre las objetivas se sitúa el hecho de que diversos individuos cohabitan en un mismo territorio geográficamente definido. Sus capacidades y habilidades son aproximadamente iguales, son vulnerables al ataque y nadie puede imponerse a los demás por sí solo. Además, los bienes por los que luchan son moderadamente escasos.

¹⁴¹ BESSON, Samantha. "Ubi Ius, Ibi Civitas: A Republican Account of the International Community". En: Samantha Besson y José Luis Martí (eds.). *Legal Republicanism: National and International Perspectives*. Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 205-237.

¹⁴² Véase la obra mundialmente conocida: HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Traducción de Antonio. Escotado. Losada. Buenos Aires, 2003, p. 130.

¹⁴³ Cfr. HUME, David. *Investigación sobre los principios de la moral*. Prólogo, traducción y notas de Carlos Mellizo. Alianza, Madrid, 2006, pp. 33 y ss.

¹⁴⁴ RAWLS, John. *A theory of justice*. 2ª edición. The Belknap press of Harvard University Press. Cambridge, 1999, capítulo 3, epígrafe 22.

Si fueran muy abundantes no surgiría el conflicto ni la necesidad de cooperación. Si fueran dramáticamente escasos, no tendría sentido preocuparse por una regla de distribución justa. Entre las circunstancias subjetivas, se puede citar el hecho de que compartimos intereses pero al mismo tiempo divergimos en nuestros planes y objetivos, además de que competimos por unos mismos recursos. Nuestro conocimiento, nuestra capacidad de comprensión y nuestra fuerza de voluntad son limitadas. Nuestra capacidad de juicio puede verse distorsionada a menudo por la ansiedad, la presión por los recursos, el sesgo, o la preocupación por nuestros propios asuntos¹⁴⁵. Y podemos albergar en algunos momentos motivaciones altruistas, pero en muchos otros nos guiamos por consideraciones autointeresadas. En definitiva, el hecho de que luchemos por unos mismos recursos moderadamente escasos, y que por lo tanto contemos con intereses contrapuestos, enfatiza la necesidad de algún orden, de algunas reglas básicas. Pero al mismo tiempo nos necesitamos los unos a los otros, y cuando vivimos en sociedad aprendemos que podemos cooperar para satisfacer nuestros intereses comunes. Tal y como lo expresó RAWLS, siempre agudo y preciso: «una sociedad es una aventura cooperativa en beneficio mutuo», que «se caracteriza típicamente por un conflicto, y al mismo tiempo una identidad, de intereses»¹⁴⁶.

Para HOBBS, la constatación de estas circunstancias conducía a la inevitable conclusión de la necesidad de contar con un estado, un Leviatán que detentara el monopolio del uso de la fuerza y tuviera el poder y la capacidad suficientes para garantizar el más preciado de los bienes o valores humanos: la supervivencia, esto es, el orden. La necesidad de contar con dicho estado derivaba, claro, del convencimiento de que los individuos no podrían alcanzar un estado de orden y seguridad por sí solos, como tal vez los anarquistas más utópicos podrían haber pensado. Pero la justicia tal vez no se acaba con garantizar el orden y la seguridad. Como HART desarrolló más tarde en su célebre y controvertido pasaje sobre el contenido

¹⁴⁵ *Ibidem.*, capítulo 3, epígrafe 22.

¹⁴⁶ *Ibidem.*, p. 109.

mínimo del derecho natural, el examen atento de las circunstancias de la justicia nos permite dilucidar algunas de las características que deben tener el estado y el derecho una vez creados por la sociedad civil, esto es, algunas de las necesidades básicas por las que vivir conjuntamente sin una mínima organización política y jurídica no sería ni deseable, ni seguramente posible, especialmente si partimos del presupuesto de que nuestra sociedad no es «un club de suicidas», que no hemos venido aquí a identificar la forma de extinguirnos de la manera más eficiente posible¹⁴⁷. Regular el comportamiento humano imponiéndole límites dirigidos a garantizar cierta seguridad y protección personal, pactar una regla de distribución de la propiedad y de acceso a los recursos básicos escasos, hacer que dichas reglas se apliquen de manera general sin privilegiar a ningún grupo particular, etc., serían corolarios de dicho examen minucioso sobre el origen hipotético de nuestros estados y nuestros sistemas jurídicos.

Llegados a este punto, podríamos preguntarnos si en el escenario global se dan estas circunstancias de la justicia. La pregunta capital, a este respecto, no es tanto si luchamos por unos mismos recursos escasos, cosa que es evidente, o si los seres humanos somos de una determinada manera, pues lo somos precisamente en cualquier circunstancia. Lo central aquí es averiguar si en el ámbito global se da algo que en el ámbito nacional o doméstico se da por supuesto, como se da en el análisis de RAWLS: que todos vivimos en un mismo territorio geográfico¹⁴⁸. La realidad es que no podemos vivir de manera aislada, no podemos ignorarnos, no podemos organizar nuestra vida únicamente de un modo individual, sin contar con lo que los demás harán o dejarán de hacer. En definitiva, vivimos en una situación de interdependencia. y hasta hace muy poco no es claro que se diera dicha circunstancia en el escenario global. Los países han podido organizar sus asuntos propios con una relativa independencia de lo que hacían los demás. No es que hubiera una total ausencia de interdependencia, porque si así fuera, no se hubieran producido cruentas

¹⁴⁷ ADHOLPUS HART, Herbert Lionel. *El concepto de Derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1989, pp. 239-247.

¹⁴⁸ RAWLS, John. *A theory of justice... Op. Cit...* p. 109.

guerras, entre otras muchas calamidades causadas por el hombre. Pero seguramente es verdad que hasta bien entrado el siglo XX los estados – léase, los estados que en aquél momento tenían algún poder, no, claro, sus colonias– han podido organizar sus asuntos de un modo relativamente independiente. Muchos dicen que todo eso cambió con la Segunda Guerra Mundial y la creación de Naciones Unidas. Pero siempre es difícil poner fecha exacta a procesos y transformaciones que requieren de su tiempo para llevarse a cabo.

Pero ¿existe ya, en algún sentido, un determinado grupo global de seres humanos? Esta pregunta no es fácil de responder. Por una parte, la noción de grupo no resulta nada sencilla. Es obvio que, en un sentido conceptual, todos los seres humanos que habitamos el planeta formamos parte de un grupo: el grupo de los seres humanos que habitamos el planeta. Pero éste no puede ser el sentido políticamente relevante. Resulta tentador decir que la noción de grupo relevante es la de nación o al menos la de comunidad política. Pero eso presupondría precisamente lo que hay que probar: o bien que la noción romántica de nación es la que sigue siendo relevante, y entonces la respuesta al interrogante sobre la existencia de un grupo global no puede ser más que negativa, o bien que la noción de comunidad política resultaría circular respecto al interrogante sobre la existencia de un ámbito político global.

Pero las cosas pueden ser mucho más sencillas. Cuando nos preguntamos seriamente sobre si se dan las circunstancias de la política en el ámbito global, no estamos presuponiendo que ya existe una comunidad política global, como las que sí existen a nivel estatal; no suponemos que ya existe, por ejemplo, un demos global. Un demos, o una comunidad política, sólo existe en relación con un conjunto de instituciones políticas determinado, que de algún modo sirve a su vez para constituir el propio demos¹⁴⁹. Hay una circularidad ahí que es muy difícil de romper. Pero dado

¹⁴⁹ De ahí la famosa paradoja de la formación del demos. Sólo podemos identificar un demos a partir de un determinado conjunto de instituciones políticas y de su sistema jurídico. Pero ¿en qué sentido entonces podemos decir que la creación de las propias instituciones y la

que admitimos –salvo unos pocos autores, que han defendido la idea de la constitucionalización del ordenamiento internacional como una realidad– que no existe un conjunto general de instituciones globales con autoridad con un sistema jurídico global propio, por la misma razón no puede existir ningún demos global o ninguna comunidad política global ya constituida, visible, estructurada y organizada.

Al preguntarnos, entonces, sobre si en el escenario global se dan las circunstancias de la política, no podemos presuponer la existencia de ningún grupo relevante en términos políticos. Se trata, justamente, de un paso previo de la constitución de dicho grupo. Si tal grupo ya existiera, sería porque previamente se han dado las circunstancias de la política, que han permitido su creación, y no al revés. Y, por lo tanto, en el momento en el que las circunstancias de la política comienzan a darse no puede ser que ya exista una comunidad política articulada. Esto no tiene nada de extraño ni de paradójico. Si en el ámbito global se dan las circunstancias de la política, es porque la política –en el sentido anglosajón de «*politics*»– está emergiendo en dicho ámbito, y eso, a su vez, nos brinda una poderosa razón –aunque no una razón concluyente, nos tememos– para constituir una comunidad política global y un entramado institucional dotado de autoridad, es decir, para construir un sistema político –en el sentido anglosajón de «*polity*».

3. Lo global y el Derecho Punitivo

Una de las cuestiones que se presentan con mayor intensidad en el Derecho Penal del presente y del futuro es el de su mundialización o, al menos, el de su relación con el acelerado **movimiento económico de la globalización** y su incidencia en el respeto a los derechos humanos desde una perspectiva de compromiso mundial. Y ¿por qué apuntamos el tema de los derechos

fundación del sistema jurídico le pertenece al propio demos? Véase el interesante trabajo de MARTÍ, José Luis. “Política y bien común global”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. N° 16. Ejemplar dedicado a: La protección de bienes jurídicos globales. Coordinado por Carlos Espósito Massicci y Francisco José Garcimartín Alférez. Madrid, 2012, p. 24.

humanos? Sin necesidad de entrar extensivamente a la cuestión, la respuesta puede ser simple, pues como señala el reconocido penalista, Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra, SILVA SÁNCHEZ¹⁵⁰ cuando refiere en esta apartado a VON BAR: «Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedian con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempo para la libertad –pues toda Ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que han exigido de modo más ruidoso-, allí puede pensarse en la frase de Tácito: *Pessima respublica, plurimae leges*».

Semejantes cuestiones encuentran ciertas dificultades que hacen complejo su transitar e incluso cuestionan su propio fundamento. La concepción general de la globalización, su relación con el ámbito del Derecho Penal –un Derecho acostumbrado y asentado en fuertes raíces de soberanía nacional-, la desigualdad social y económica que ha de afrontar una hipótesis de estas características, son algunos de los elementos que hay que considerar para llegar a una conclusión definitiva.

No es ajena la idea de que, escribir sobre globalización en materia penal significa un reto casi para cualquier autor, incluyéndonos a nosotros, y que mejor que seguir la perspectiva del ilustre Catedrático de la Universidad de Granada: MORILLAS CUEVA¹⁵¹, para alumbrar el camino de esta significativa tarea. Pues no es poca su experiencia que tiene en las cuestiones globales en la materia penal, sapiencia adquirida no sólo a través del estudio de estas discutas, sino de conocer de cerca la realidad transnacional de distintas temáticas que engloban a la dogmática punitiva.

Así pues, en principio, es de prever que la globalización como fenómeno esencialmente económico –como lo señalamos en epígrafes

¹⁵⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 3ª edición. EDISOFER. B de F. Madrid, 2011, p. 1.

¹⁵¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*. Dykinson, S.L. Madrid, 2010, pp. 126 y ss.

anteriores- derive también hacia la mundialización de determinadas manifestaciones delictivas -como pueden ser a título de ejemplo, la delincuencia organizada en general y el terrorismo en particular- que requieran de respuestas transnacionales. Se produce, en definitiva, una globalización del crimen y una globalización de las respuestas frente al crimen. Sin embargo, esto no es tan sencillo. Y no lo es por los riesgos que presenta, por las especiales características ya señaladas del Derecho Penal y por la propia estructura social. Tal proceso se ve sometido a relevantes incidencias que pueden agotar sus pretensiones más radicales. Como bien apunta el experimentado Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz y otrora Decano de la Facultad de Derecho de la misma Institución, TERRADILLOS BASOCO¹⁵² «la globalización difícilmente permitirá hablar de una política criminal unitaria, al menos coherente y justa». La actuación político-criminal frente a la explotación de menores y mayores, frente a los atentados medio ambientales, frente a la conculcación de las libertades básicas, no ha de ser igual en los países más desarrollados que en los más pobres. Incluso dentro de la Unión Europea se detectan dificultades graves, a pesar de la mayor homogeneidad de los países miembros, para conseguir un Derecho Penal Comunitario, que avanza con excesiva lentitud más sobre la cooperación que sobre la unificación; opción ésta última que presenta problemas a los que todavía no se les ha encontrado soluciones definitivas.

Acaso un ejemplo del pensamiento jurídico-penal donde se pueden asentar muchas de las objeciones que limitan esta posición de futuro, sea la de ROXIN¹⁵³ cuando afirma que «no creo que en las próximas décadas un Código Penal europeo reemplace a los ordenamientos jurídicos-criminales nacionales. Probablemente ello no sucederá siquiera dentro de cien años, pues si bien la idea del Estado nacional no podrá asentarse en el ámbito

¹⁵² TERRADILLOS BASOCO, Juan María. “El Derecho Penal de la globalización: Luces y sombras”. Transformaciones del Derecho en la mundialización. *Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, 1999, pp. 187 y ss.

¹⁵³ ROXIN, Claus. “El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo”. *Dogmática Penal y Política Criminal*. Traducción de Abanto Vázquez. Idemsa. Lima, 1998, pp. 461-463. También en MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 4, 2002, p. 2.

militar y económico, sí lo hará con respecto a la organización de la cultura y de la sociedad. Un estado central europeo con una legislación totalmente unitaria no es un objetivo digno de ser perseguido. Pues el Derecho y precisamente el Derecho Penal es un producto del desarrollo cultural de los Estados por separado. La interrupción de este desarrollo y la imposición a los países europeos de una regulación unitaria por la vía administrativa, descuidando sus tradiciones jurídicas, no son realizables ni tampoco serán correctas. Luego, partimos de que el Estado europeo federal, que alguna vez será creado preservará la autonomía cultural y con ello también los Códigos penales de cada uno de los países».

Las argumentaciones del maestro alemán, dirigidas mas hacia la adaptación de los Ordenamientos nacionales que a la unificación, ponen de manifiesto una determinada forma de concebir el Derecho Penal y la globalización que aboca a una compleja separación entre lo económico y lo jurídico, que puede llevar a la indeseable subordinación de este a la fortaleza de las coordenadas mundializadas de la economía. Por ello parece mas razonable de futuro tratar, al menos en Europa, de conseguir de manera escalonada y progresiva una protección penal coordinada y colectiva de aquellos bienes fundamentales para el desarrollo comunitario y para las libertades y derechos de todos los ciudadanos, superando los estrictos marcos económicos, para conseguir así un Derecho Penal de carácter internacional y en el caso de la Unión Europea un Derecho Penal propio que haga frente de manera coherente a las nuevas formas de criminalidad que han de surgir e la expansión globalizadora, lo que no quiere decir que no se atienda a las peculiaridades concretas de los diversos Estados, si es ésta la formula política que se mantiene; pero, en todo caso, parece razonable, por no decir ineludible que un mercado único requiera un derecho uniforme.

Una de las cuestiones de especial relevancia en torno a la incidencia de la globalización en la esfera jurídico-penal es la de la protección de los derechos humanos. Son muchos los autores que ponen de manifiesto un cierto escepticismo de que la globalización lleve directamente a una mejor y

mayor tutela de dichos derechos. FARIA¹⁵⁴ advierte que la universalización y la realización de los derechos humanos viven hoy una situación paradójica, cuanto mas afirmados son, mas negados resultan; dado que se caracterizan por reivindicar lo no establecido, al ofrecer un sentido para los defensores de la dignidad del hombre libre y emancipado, los derechos humanos se presentan ante el siglo XXI como una simple interrogante, en ningún caso, como una certeza. Entresijo que se incrementa en su contacto con el Derecho Penal. La mundialización de la economía ha de llevar a una mundialización también de la tutela de los derechos humanos. Este es el aspecto positivo de la cuestión: la mas fácil puesta en marcha de mecanismos de control que consoliden mas intensamente dicha protección en la lucha contra los crímenes destructores de los citados derechos. Pero no puede quedar ahí la referencia, existe un lado negativo del problema. Como escribe TERRADILLOS BASOCO¹⁵⁵, si el mercado mundial propuesto por la globalización no es la panacea de la igualdad, la Política Criminal de los derechos humanos tampoco parece sentirse incómoda en esa situación, en la que se pueden marcar unos intereses que afectan a los derechos humanos y que privilegia el sistema penal de la globalización y otros a los cuales posterga. Se llega de este modo a una dicotomía expansionismo-desregulación que precisa ser concretada.

Expuesto lo que se antepone, resulta de interés recoger la opinión de quien fuera un gran penalista alemán contemporáneo y Vicedecano de Universidad de Tübingen: VOGEL¹⁵⁶, quien afirmaba que «la incidencia de la globalización en el ámbito del Derecho Penal puede estructurarse en torno a cuatro elementos: en primer lugar, en lo que se refiere a la cuestión de la

¹⁵⁴ FARIA, José Eduardo. "Democracia y gobernabilidad: Los derechos humanos a la luz de la globalización económica". *Travesías: Política, cultura y sociedad en Iberoamérica*. Nº 1. Ejemplar dedicado a: Globalización, democracia y derechos humanos). Universidad Internacional de Andalucía. Sevilla, 1996, pp. 19 y ss.

¹⁵⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. "El Derecho Penal de la globalización... Op. Cit..." pp. 214-216.

¹⁵⁶ VOGEL, Joachim . "Derecho Penal y globalización". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Nº 9. Ejemplar dedicado a: Globalización y Derecho. Coordinado por Manuel Cancio Meliá. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2005, p. 126.

criminalidad global, puede afirmarse que no sólo existen nuevas formas de criminalidad transnacional, sino sobre todo una percepción mundial nueva de la criminalidad, que implica que determinados hechos locales adquieran resonancia global. En lo que se refiere, en segundo lugar, a la política criminal, cabe constatar que existen nuevas formas de hacer política criminal, llevadas a cabo por agentes políticos ínter o transnacionales nuevos y que incorporan nuevos contenidos, sobre todo, en el ámbito de un (nuevo) Derecho Penal Internacional. La cuestión que aquí se plantea ante todo es la de la legitimidad democrática que estos procesos, realizados al margen de los procedimientos intraestatales tradicionales. En tercer lugar, también se aprecian modificaciones en la aplicación internacional del Derecho Penal: aparecen cada vez con mayor frecuencia instrumentos de cooperación judicial internacional -en particular, en el marco de la Unión Europea- que modifican la tradicional visión de este ámbito, presidida por el predominio de la noción de soberanía estatal. Finalmente, también en el ámbito de la Ciencia del Derecho Penal se percibe la nueva situación inducida por los elementos anteriores, en la que deberá abandonarse la concepción de la Ciencia Penal como conocimiento exclusivamente centrado en un determinado Derecho Positivo; en particular será necesaria una apertura metodológica que permita el intercambio entre diversas culturas jurídico-penales».

Con lo hasta aquí expuesto y después del estudio que hemos hecho sobre la “cuestión global” en general y en particular desde su arista penal, **podemos llegar a una lata conclusión**, la cual apunta a que los procesos de globalización económica, política, tecnológica y cultural han transformado el mundo de forma vertiginosa desde las dos últimas décadas del siglo pasado hasta el momento actual. Pero también han afectado decisivamente a la génesis, metamorfosis y extensión de la criminalidad y a las leyes punitivas establecidas para prevenirla y combatirla.

Estos cambios apuntados están modificando, pues a la sociedad civil y la misma configuración del Estado. También la criminalidad, como uno más de los componentes estructurales de esa sociedad civil, se ha adaptado al

nuevo modelo, y ha adquirido un relevante desarrollo a través de los tecnificados mecanismos de la era de la globalización.

Estamos convencidos de que en toda comunidad, en todo espacio geográfico y en todo momento histórico, los poderes públicos han reaccionado siempre frente al fenómeno criminal, dado que, de lo contrario, la correspondiente civilización tendría contados sus días. Así bien, la nueva conformación social, sin soslayar la observancia de uno de sus principios rectores, (*ultima ratio*), también necesita “protegerse” con el escudo del Derecho Penal.

La consideración empírica de los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo (étnica, histórica y comparativamente) constata igualmente una sorprendente coincidencia del ámbito básico de la protección penal. Con toda la relatividad de los ordenamientos jurídicos, el núcleo fundamental clásico del Derecho Penal tiene una casi absoluta validez intercultural. Todo ello se puede resumir con la idea siguiente: El Derecho Punitivo está tendencialmente acuñado por la interculturalidad. En todo caso, los ordenamientos jurídico-penales nacionales se asemejan más entre sí que sus respectivas lenguas. Pero las definiciones, los conceptos, las instituciones y los mecanismos propios del Derecho Penal sustantivo y procesal, experimentan una transformación y adaptación en vistas a reaccionar de una forma eficaz (y a veces “efectista”) frente a los nuevos retos que se derivan de esta moderna forma de agresión a bienes jurídicos fundamentales para la convivencia humana.

Por la propia naturaleza de la delincuencia de la globalización y del espacio y de la forma en que se desarrolla, el sistema penal, tanto preventivo como represivo, ya no ha podido estructurarse exclusivamente desde el modelo tradicional. Pues si bien es cierto que el Derecho siempre camina con retraso respecto de las necesidades que le demanda la evolución de la sociedad, ese retraso tiende a ser menor, y ha de disminuir al máximo, merced a los constantes y rápidos cambios provocados por las nuevas tecnologías y los nuevos procesos económicos de la era de la

mundialización.

Dichas transformaciones, por tanto, han afectado, al entero sistema punitivo. Pero también se reflejan, sin duda alguna, en las diferentes concepciones del Derecho Penal, de tal forma que se ha ido produciendo una modificación sustancial de algunas de sus metodologías. Y también han aparecido otras nuevas.

De otro lado y sin que sea momento para que profundicemos en estos terrenos, podemos decir que que la globalización está transformando algunas instituciones básicas del Derecho Penal, como los principios de legalidad, intervención mínima o culpabilidad, que ahora adolecen de un menor contenido garantista para dotarse de una (aparente) mayor eficacia. Otras categorías dogmáticas, como la imputación objetiva y la tesis del riesgo permitido son producto de los nuevos tiempos. En la Parte Especial adquieren relevancia delitos relacionados con la criminalidad organizada, con el orden socio-económico, con el medio ambiente o con la utilización de las modernas tecnologías, sin olvidar la gran importancia que representa el terrorismo global.

La ideología de la globalización se proyecta sobre algunas concepciones del Derecho Penal que aparecen en las últimas décadas del Siglo XX y que siguen desarrollándose en el momento presente.

La tesis funcionalista contempla el sistema penal bajo la perspectiva de lesividad derivada del menoscabo de competencias, de la dificultad de mantener la vigencia del ordenamiento y sus normas, del debilitamiento de la regla jurídica, del entorpecimiento de la funcionalidad institucional, de la defraudación de expectativas y de la pérdida de la confianza en el Derecho. Aquí se encuentran los postulados descriptivos y no valorativos de la realidad examinada, la búsqueda de la eficiencia y la aparente neutralidad del paradigma científico, consecuencias propias del pensamiento de la mundialización económica.

Se está imponiendo globalmente (o al menos, en la mayoría de los

Estados democráticos) el denominado Derecho Penal simbólico como tendencia a la utilización de la reforma de la legislación penal para frenar la alarma social originada ante determinados brotes de criminalidad (en muchas ocasiones –hay que decirlo y como ejemplo, es lo que acontece en la realidad latinoamericana- dicha alarma social es creada o exagerada artificialmente por los medios de comunicación). También se recurre a la reforma punitiva como mecanismo para satisfacer las demandas de conciencia de amplios sectores sociales. Este Derecho Penal simbólico encuentra su explicación en el pensamiento “efectista” de la mundialización económica. Pues aun cuando los nuevos preceptos penales resulten inapropiados para tutelar los bienes jurídicos cuya protección demanda la ciudadanía, se logra fácilmente alcanzar los beneficios esperados sin apenas costes relevantes. Se consigue simbolizar la relevancia del problema y de la respuesta contundente de los poderes públicos ante el conflicto emergente. Con ello, la posición de los medios de comunicación varía de rumbo y la crítica se transforma en opinión favorable a los gobernantes y parlamentarios. La ciudadanía se tranquiliza al percibir que las leyes se reforman, con la errónea creencia de que también la realidad social sufre el mismo cambio. Y, sin embargo, como la economía especulativa del ámbito transnacional, los preceptos continúan vacíos de contenido y los problemas siguen sin resolverse.

En el marco de la protección penal de los derechos humanos, la globalización ha provocado el surgimiento o fortalecimiento de concepciones diametralmente opuestas. Y de ahí que se pueda admitir como producto de aquélla la expresión teórica y práctica del Derecho Penal del enemigo, fuertemente restrictivo de garantías constitucionales, pero también la tendencia en el ámbito internacional a extender mundialmente la justicia penal para evitar la impunidad frente a los atentados más graves a los derechos humanos universalmente reconocidos.

Así, en efecto, en el denominado Derecho Penal del enemigo podemos reconocer ciertos rasgos del pensamiento neoliberal que atribuye a la capacidad del sujeto para ocupar una posición en el mercado y en la vida

social, la respuesta económica y jurídica que, frente a esa posición, le otorga el Estado. De este modo, quien se sitúa entonces fuera del sistema democrático y pretende su aniquilamiento, ha de esperar que el mismo poder institucional del Estado lo deje lejos de los muros que delimitan su estructura y funcionamiento. Y de nuevo la ideología tecnocrática que busca la solución rápida y contundente de los conflictos sin atender a razones relacionadas con tutela de valores, sino a otras vinculadas con la eficacia técnica, justifica desde esta concepción la calificación del sospechoso, acusado o reo como “enemigo”, “no persona” o “combatiente enemigo”, con una brutal restricción de sus derechos fundamentales, merced a su consideración de criminales altamente peligrosos para la propia existencia de la comunidad.

Pero también es cierto que desde otra perspectiva, desde la que pretende homogenizar el mundo imponiendo los valores propios de la tradición judeocristiana en el seno de la civilización occidental, se elaboran teorías interculturales del Derecho Penal que buscan lo común a todo Ordenamiento jurídico-punitivo en cualquier Estado, en cualquier cultura o ámbito geopolítico. Y la respuesta la encuentran de nuevo en una de las grandes aspiraciones de dicha civilización occidental, cual es la protección universal de los derechos humanos. Y en la era de la globalización es cuando se consigue alcanzar, aun con muchas limitaciones, la creación de un tribunal penal internacional competente para juzgar en casi todo el Planeta los crímenes más execrables contra la humanidad.

En la Tercera Revolución Industrial de nuevo se vuelve a repetir el mismo esquema de otras revoluciones industriales. El progreso tecnológico se halla al servicio de los agentes económicos para desarrollar y evolucionar el sistema de mercado imponiendo sus intereses. Para ello se crea una ideología acorde con la moderna estructura económica y las necesidades de las incipientes clases hegemónicas. Dicha ideología penetra en todos los ámbitos para amoldar el tejido institucional y transformar el Estado hacia la nueva realidad. También el nuevo pensamiento impregna a las concepciones y al mismo sistema penal, creando de este modo el escudo protector que le dote de la mayor perdurabilidad posible. Las empresas transnacionales, el

mercado global, el pensamiento tecnocrático, “efectista” y “cientifista” de la era de la mundialización responde igualmente a este esquema. Y, si hemos conseguido nuestra maquinación, queda claro que también el nuevo Derecho Penal es producto de su tiempo, de la era de la globalización.

4. Medio ambiente como objeto de la globalización

Finalmente, llegamos a este epígrafe en donde pretendemos vislumbrarlo como un corolario al apartado III y utilizarlo de pretexto para la siguiente estancia de análisis y estudio: Las fuentes del Derecho Ambiental. Pero no tan sólo eso; acometemos –de una manera sintética- aprovechar este espacio, para una vez más, destellar ideas que coadyuven a sembrar esa semilla que invite a despertar conciencias sobre la importancia que representa considerar al medio ambiente en las cuestiones globales.

Hasta aquí, hemos hablado ya, de las acepciones que se tienen de la globalización como “fenómeno” que hoy –podemos decir- esta inmerso dentro del lenguaje coloquial de la mayoría de las sociedades que integran el globo terrestre. Además, consideramos oportuno el que nos hayamos ocupado de exaltar la correlación que la “mundialización o globalización” tiene con el ente político, pues difícilmente se podría entender el impacto, el “tratamiento” en la esfera de los “acuerdos de voluntades” de naturaleza ambiental y los canales de comunicación de aquella, sin referir a la ciencia encargada del estudio del poder público y/o del Estado¹⁵⁷. Esta concepción es compartida por el insigne penalista español en otrora investigador del *Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law*, SILVA SÁNCHEZ, cuando habla sobre la globalización en la esfera punitiva y en distintos temas que son estudiados por ésta última –donde no escapa, por supuesto, el medio ambiente- de donde afirma que «frente a la naturaleza económica de los fenómenos de la globalización y la integración, el Derecho

¹⁵⁷ Cabe dilucidar que en este contexto, queremos significar a la política como aquel aparato que promueve la participación ciudadana, consecuencia de su capacidad de distribuir y ejecutar el poder según sea necesario para promover el bien común.

Penal es, obviamente, **un producto político** y, en particular un producto de los Estados nacionales del siglo XIX, que adquieren su plasmación última en las codificaciones respectivas»¹⁵⁸.

Planteado lo anterior, entramos en materia, afirmando que sobre la base de una larga tradición de estudios acerca de la relación de la humanidad con la naturaleza, el progresivo agravamiento de los conflictos ambientales ha provocado la intensificación y renovación del debate, en el contexto de la actual crisis sistémica. La escasez, el encarecimiento o agotamiento de recursos no renovables (materiales, suelos, energías fósiles) y renovables (agua, aire, productos agro-forestales, biodiversidad, calidad ambiental, paisajes) se interpreta de diferentes maneras en el marco de distintas aproximaciones a la dialéctica naturaleza-sociedad y de valoraciones contrapuestas del sistema capitalista.

En síntesis, son numerosas las voces que advierten sobre el hecho de que la Tierra y muchos de los espacios que la componen estén sumidos en un conflicto ecológico que puede cortocircuitar la sociedad humana en un futuro no muy lejano do no adoptarse acciones urgentes e inmediatas para retrotraer la Naturaleza a un estado de equilibrio más benigno¹⁵⁹. Son conocidas también las críticas a estos planteamientos desde posiciones definidas por mitologías productivistas y “tecno-utópicas”. La más renombrada en la última década ha sido la obra de LOMBORG¹⁶⁰: *El Ecologista Escéptico*, animada, según señala el propio autor, por una entrevista con el economista americano Julian Simon, con una de cuyas frases se abre el libro: «Este es, brevemente, mi pronóstico a largo plazo: las

¹⁵⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal... Op. Cit...* p. 91.

¹⁵⁹ Vid. MORAL ITUARTE, Leandro Del. “Crisis del capitalismo global y medio ambiente”. *Nuevos aires en la geografía española del siglo XXI*. Ministerio de Fomento. Madrid, 2012, p. 56. También consúltese a OLCINA CANTOS, Jorge. “Globalización y sostenibilidad: retos ambientales en un mundo globalizado. Una visión desde la geografía española”. *Nuevos aires en la geografía española del siglo XXI*. Ministerio de Fomento. Madrid, 2012, pp. 72 y ss. En la misma concepción: RODRÍGUEZ MURILLO, Juan Carlos. “Globalización y medio ambiente”. *Revista de Estudios Sociales y Sociología Aplicada*. Nº 125. Ejemplar dedicado a: Las otras caras de la globalización. Caritas española. Madrid, 2001, pp. 115-130.

¹⁶⁰ Cfr. LOMBORG, Bjorn. *El ecologista escéptico: Midiendo el estado real del mundo*. ESPASA-CALPE. Madrid, 2005, capítulo I.

condiciones materiales de la vida seguirán siendo mejores para la mayoría de las personas, en la mayoría de los países, la mayor parte del tiempo, indefinidamente. Dentro de uno o dos siglos, todos los países y la mayor parte de la humanidad estarán al mismo nivel o por encima de los actuales estándares de vida occidentales. No obstante, también creo que mucha gente seguirá pensando y afirmando que las condiciones de vida van cada vez peor». Es el mismo mensaje que trasmite Paul Roberts cuando, en su documentado estudio sobre: *El Fin del Petróleo*, dice: «En realidad, durante las próximas décadas, es muy probable que presenciemos toda clase de avances tecnológicos que no tengan nada que ver con los hidrocarburos, ni tampoco con la energía solar o eólica; avances que la mayoría de nosotros, criados en la era del petróleo, posiblemente no podemos ni llegar a imaginar, adelantos muy importantes que vendrán de ámbitos totalmente inesperados».

Desde esta perspectiva, SWYNGEDOUW¹⁶¹ denuncia que «los problemas ambientales se escenifican generalmente como amenazas universales a la supervivencia de la especie humana, anunciando el final prematuro de la civilización tal como la hemos conocido, en la línea de lo que Mike Davis denomina “ecologías del miedo”. El miedo de acuerdo con esta perspectiva, es el nodo crucial través del que se construye la mayor parte de la actual narrativa ambiental: “un miedo articulado en torno a la promesa de la desintegración socio-ecológica en algún tiempo futuro, alimentado por furiosos debates sobre la fecha exacta de su llegada». Los efectos de estos planteamientos catastrofistas, que se construyen sobre la base de una visión de la Naturaleza fuente de bienes, son perversos, según este autor: la fantasía de imaginar una Naturaleza benigna evita formular la pregunta políticamente sensible, pero vital, acerca de qué soluciones deseamos producir, cómo podemos alcanzarlas y qué clase de entornos deseamos habitar, reconociendo al mismo tiempo la contingencia radical e indecible de la Naturaleza. Una política ambiental construida sobre una visión de una

¹⁶¹ SWYNGEDOUW, Erik. “¡La naturaleza no existe! La sostenibilidad como síntoma de una planificación despolitizada”. Traducción: Álvaro Sevilla Buitrago. *Revista Urban*. NS01. Universidad Politécnica de Madrid. Madrid, 2011, pp. 41-66.

Naturaleza singular, ontológicamente estable y armoniosa es necesariamente una política que erradica “lo político” del debate en torno a que hacer con las naturalezas realmente existentes.

Detrás de estos planteamientos hay una profunda reflexión sobre la Naturaleza, con evidentes implicaciones para la política ambiental. En este debate, ULRICH BECK¹⁶², sigue siendo un punto de referencia indiscutible: «Mi tesis es que ahora tenemos una “política de la Tierra” que no teníamos hace algunos años y que puede entenderse y organizarse en función de la dinámica y contradicciones de una sociedad del riesgo global. ¿Qué es medioambiente? ¿Qué es naturaleza? ¿Qué es “tierra virgen”? ¿Qué es “humano” en los seres humanos? Estas preguntas y otras parecidas tienen que ser recordadas, replanteadas, reconsideradas y rediscutidas en un contexto transnacional, aunque nadie tenga las respuestas».

En suma y a manera de **reflexión conclusiva**, concretamos en que asistimos a un proceso indiscutible de profundo deterioro ecológico, combinado con el comienzo de una crisis social y económica que se anuncia larga y de final muy incierto. Paso a paso se confirman los augurios sobre la orientación de las dinámicas globales que empezaron a concretarse en los años 70. Desde entonces han estado parcialmente enmascarados por tres décadas de combustibles fósiles baratos y eso, unido a errores y exageraciones, ha dado cobertura a descalificaciones poco consistentes. La realidad es que, en el lado del pensamiento crítico, por contradictorios que puedan ser los enfoques esencialista-realista y constructivista en sus métodos y supuestos básicos, ambos coinciden en el diagnóstico de la situación actual: la sociedad del riesgo y de la crisis global. Para uno, son los peligros (los escenarios del desastre total) de la sociedad del riesgo global los que constituyen el centro principal de atención; para el otro, son las oportunidades, los contextos en los que actúan los actores.

¹⁶² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Siglo XXI. Madrid, 2002, p. 13. También, véase al mismo autor en: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. 5ª edición. Paidós. Barcelona, 2014, pp. 113 y ss.

La crisis energética, el cambio climático y el deterioro ecológico global están íntimamente relacionados. Desde importantes instancias de poder global, aunque no desde todas, se habla de uno de sus vértices, el cambio climático y sus consecuencias, pero se ignora casi totalmente hasta el presente, la mas inminente crisis energética global y el declive ecológico, que también esta en marcha. Es significativo constatar esta tendencia, cuando para el actual capitalismo global el declive energético es un problema mayor a corto plazo que el cambio climático, cuyas consecuencias son todavía limitadas, a pesar de su gravedad, puesto que todavía no afectan a las dinámicas centrales de la expansión y concentración del capital, aunque lo harán en el medio y largo plazo. Aunque el optimismo tecnológico sigue constituyendo el núcleo del pensamiento neo-liberal, el complejo científico-técnico es visto cada vez con mayor claridad como parte esencial del problema, no de la solución. Como dice HORACIO CAPEL: «Seguramente no necesitamos de mas estudios científicos, aunque sean útiles todos los que se realicen. Lo que se necesita **es una nueva actitud** que reconozca que no basta simplemente el conocimiento científico. Es decir un desplazamiento desde la geografía, la ecología o la economía hacia la geografía política, la ecología política y la economía política, por citar solo algunas ramas del conocimiento. O, mejor aún, simplemente a la política»¹⁶³.

El tema central todavía no abordado políticamente, de una manera explícita, es que el deterioro ecológico no se puede frenar sin limitar el crecimiento cuantitativo en los países sobredesarrollados; que esto implica reducciones de niveles de seguridad y bienestar que son mayoritariamente considerados conquistas sociales irrenunciables, en sociedades que, aunque sobredesarrolladas, son profunda y crecientemente desiguales. La necesidad mas urgente, a la que el pensamiento geográfico critico tiene que contribuir, es aportar luz sobre quién va a conducir, quién va a gobernar (mas allá de las élites, los poderes reales y sus representantes políticos que ya lo están

¹⁶³ CAPEL SÁEZ, Horacio. "La geografía y los dos coloquios sobre la incidencia del hombre en la faz de la Tierra". *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*. Volumen 8, N° 459. Departamento de Geografía Humana de la Universidad de Barcelona. Barcelona, 2003, pp. 1 y ss.

haciendo), el proceso de decrecimiento real que ya ha comenzado y que no va a terminar con una vuelta a la situación de hace diez años de una manera estable; quién va a controlar la distribución espacial y el ritmo temporal del proceso; quién va a decidir y a favor de quién la naturaleza en la que queremos o podemos habitar.

IV. La complejidad de la transformación climática y su repercusión para la humanidad

Últimamente, pasamos a escuchar en nuestros días lo que muchas veces nos puede parecer una banalidad e/o un exagero de lo que se publica por los medios de comunicación con las noticias de que la Tierra está entrando en un considerado caos por los efectos del calentamiento global. Es patente que la realidad en este tema sensible esta frente a nosotros y no la podemos negar, porque desafortunadamente no es algo que solo sea propio de un discurso progresista o preventivo demagógico, es una cuestión que se percibe por todos nuestros sentidos, nos referimos pues a que, la temperatura de la Tierra está aumentando y el nivel de los mares que sigue subiendo¹⁶⁴. Entre un sin fin de consecuencias, pasamos a ver los incendios

¹⁶⁴ Sobre la importancia de los océanos en la regulación del clima, SANZ PÉREZ DE GUZMÁN, Elena. *Los cambios del clima... Op. Cit...* p. 17.: «Los océanos cumplen un papel básico en el sistema climático porque trasladan la energía directamente desde los trópicos hasta las regiones polares a través de la **corriente del Golfo** (Atlántico) y del **Kuro-Shio** (Pacífico). Además, mediante la corriente circumpolar antártica, se aísla al resto del planeta de las temperaturas frías extremas del Polo Sur. Y eso no es todo. El principal gas de efecto invernadero generado por las actividades humanas, el dióxido de carbono (CO₂), tiene su principal reservorio en los océanos. El **fitoplancton**, o conjunto de plantas marinas microscópicas, juega un papel fundamental a la hora de regular la química atmosférica, gracias a su capacidad de transformar el dióxido de carbono en materia orgánica a través de la fotosíntesis. Esa materia, cargada de carbono, se deposita directa o indirectamente – después de ser consumida por otros habitantes del océano – en las profundidades marinas, donde permanece durante siglos o milenios. El carbono también alcanza el fondo del océano por otro proceso: la formación de carbonato cálcico, el principal componente de las conchas de los **foraminíferos** microscópicos que forman el zooplancton. De ahí que se considere a los océanos como el mayor reservorio de carbono del planeta. Por otra parte, el mar absorbe CO₂ por simple efecto físico – químico de disolución de agua. Cuanto más fría es el agua del mar tanto más dióxido de carbono es capaz de disolver. Por eso, mientras en los mares tropicales y subtropicales se libera dióxido de carbono en la atmósfera, las aguas polares de

con una mayor frecuencia, empezamos a lidiar con el riesgo de la desertificación, con las huellas de un cambio en los padrones naturales del planeta que “nos asusta” y cuyas consecuencias difícilmente podemos medir.

Podemos aceptar que los cambios del clima en nuestro planeta y todos los efectos que surgen es una preocupación de toda la humanidad, pues, por lo que nos enteramos acerca del tema, ese **calentamiento adicional** de la tierra, lo que ya debe ocurrir por las circunstancias naturales, viene a afectar a todos los ecosistemas¹⁶⁵. Sin embargo, como subraya el gran pensador LOVELOCK: «La cuestión más importante respecto al cambio climático es: ¿cuánto y con qué rapidez se está calentando la Tierra? Repito que hay un indicador fiable del equilibrio térmico de la Tierra, y es el nivel del mar. El aumento de éste es un indicador general y fiable que zanja la discusión de si unos glaciales se están fundiendo y otros avanzando y de si las nevadas excesivas compensan el exceso de agua de fusión. El nivel del mar aumenta únicamente por dos razones: por el hielo sobre tierra que se derrite y por la expansión de los océanos al calentarse. Es como el líquido de un termómetro: a medida que la Tierra se calienta, aumenta el nivel del mar»¹⁶⁶.

La contaminación del aire es un proceso aparentemente invisible, silencioso y de difícil precisión. Muchas veces es considerada por las personas como algo que no merece atención, cuidados ni credibilidad, pero, la verdad es que representa una gran amenaza para el medio ambiente y un mayúsculo maleficio para todos los habitantes del planeta Tierra.

Sólo por dilucidar algunos aspectos importantes, encontramos que el aire que respiramos está compuesto de tres tipos de gases: nitrógeno, oxígeno y argón, cada uno de ellos en su porcentaje. El nitrógeno es lo que más se encuentra presente con 78%, oxígeno con 20,9% y el argón con

Groenlandia y la Antártida disuelven grandes cantidades de este gas. Allí permanece secuestrado en las profundidades durante centenares de años».

¹⁶⁵ Vid. SANZ PÉREZ DE GUSMÁN, Elena. *Los cambios del clima... Op. Cit...* p. 87.: «Ecosistema: Sistema de organismos vivos que interactúan y su entorno físico».

¹⁶⁶ Cfr. LOVELOCK, James Ephraim. *La Tierra se agota*. Planeta. Barcelona, 2011, p. 80.

0,9%. Estos tres gases representan más de 99% del aire que respiramos. La atmósfera¹⁶⁷ absorbe todo lo que ya respiró, creció y podreó¹⁶⁸ y en consecuencia todo lo que ya vivió de una o de otra manera, es y será reintegrado a nuestro planeta.

Ab initio, a título de esclarecimiento y para precisar más en la argumentación jurídica que en el transcurso de este trabajo desarrollaremos, es importante resaltar algunos conceptos, tal es el caso de lo que significa el clima¹⁶⁹. Por lo tanto, en las palabras de SANZ PÉREZ DE GUZMÁN: «en esencia, el clima es el promedio del tiempo atmosférico durante semanas, meses, años, décadas, siglos, milenios e incluso eones –miles de millones de años-. En el sistema climático, la principal fuente de energía es la radiación solar y la cantidad de energía procedente del sol que llega a la capa externa de la atmósfera en un plano perpendicular a los rayos solares se llama constante solar. La superficie terrestre recibe sólo una parte de toda la radiación solar, ya que ésta se debilita en la atmósfera debido a los procesos de dispersión y absorción. Pero el sol no es el único implicado en la

¹⁶⁷ Sobre la polución atmosférica, DA SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 6ª edición. Malheiros. São Paulo, 2007, p 111. «O equilíbrio do ambiente atmosférico encontra-se precisamente na dosagem desigual dos elementos que o compõem. O desequilíbrio desse processo pode ocorrer por fatores naturais ou artificiais. Os primeiros são, porém, passageiros, como as grandes ventanias que atiram poeiras a enormes alturas, que, no entanto, cessada a tormenta, pousam no solo sem causar danos duradouros; tais são também as erupções vulcânicas que contaminam a atmosfera com partículas e aumento de temperatura, mas a transitoriedade do fenómeno permite a recomposição natural do ambiente. O desequilíbrio grave provém de causas artificiais, decorrentes da ação produtiva do Homem, que polui o ar mediante a emissão de variados tipos de poluentes produzidos pela combustão de madeira, de lenha, de florestas e campos, pela incineração de lixo, pela queima de combustíveis por veículos a motor, navios e aviões, pela fumaça das residências e, particularmente, por partículas expedidas pelas fábricas, etc. Tem-se, enfim, *poluição atmosférica* “quando a presença de uma substância estranha ou uma variação importante na proporção de seus constituintes é suscetível de provocar um efeito prejudicial ou de criar molestia, tendo em conta os conhecimentos científicos do momento”».

¹⁶⁸ FLANNERY, Tim. *Os senhores do clima*. Record. Rio de Janeiro. 2007, p. 43.

¹⁶⁹ Sobre el clima, JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Derecho Ambiental: El desafío del cambio global. Ocho cuestiones clave*. Dykinson. Madrid, 2009, p. 71.: «El clima es resultado del vínculo que existe entre la capa de gases que rodea la Tierra (atmósfera), los océanos (hidrosfera), las capas de hielo (criosfera), los organismos vivientes (biosfera) y los suelos, sedimentos y rocas (geosfera). Sólo si se considera al sistema climático bajo esta visión *holística* (o de conjunto), es posible entender los flujos de materia y energía en la atmósfera y, finalmente, comprender las causas del cambio global (GCCIP, 1997)».

regulación climática. Tenemos que tener claro que el clima es un sistema muy complejo en el que interactúan el aire, las corrientes oceánicas, el hielo de los polos y de las altas cumbres (criosfera), la superficie de bosques y de desiertos. La actividad volcánica y las emisiones de gases debidas a la actividad humana también afectan al balance global»¹⁷⁰.

Haciendo referencia a los documentos internacionales, consideramos necesario destacar lo que dispone sobre el tema, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992, la textualmente señala: «Reconociendo que los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad, preocupadas porque las actividades humanas han ido aumentando sustancialmente con las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, y porque ese aumento intensifica el efecto invernadero natural, lo cual dará como resultado, en promedio, un calentamiento adicional de la superficie y la atmósfera de la Tierra y puede afectar adversamente a los ecosistemas naturales y la humanidad»¹⁷¹. De esta manera, sumamos un argumento más que permite dejar constancia de que el cambio climático es una realidad. Nos queda claro, así como se expone en las palabras *supra* citadas -mismas en donde se reconoce los cambios del clima en la Tierra-, que es manifiesto la existencia de una preocupación -homologada globalmente- con las actividades humanas nocivas a la naturaleza.

¹⁷⁰ Cfr. SANZ PÉREZ DE GUZMÁN, Elena. *Los cambios del clima... Op. Cit...* p. 14. En este contexto, importante resaltar que el clima es la suma de todas las condiciones meteorológicas de un período de tiempo, de una región o del planeta como todo. FLANNERY, Tim. *Os senhores do clima*. Record. Rio de Janeiro, 2007, p. 41.

¹⁷¹ Cfr. GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles; GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel Ángel y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. *Legislación sobre el cambio climático*. Tecnos. Madrid, 2009, p. 17.

1. Las causas primordiales del cambio climático

Podemos decir, que el calentamiento global pasa a existir con el **aumento de la concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera**¹⁷². En este camino, con esa desorbitada aglomeración de vapores, evidenciamos aquel fenómeno que se centra en la retención de la energía que la superficie planetaria emite por haber sido calentada por la radiación solar, acto seguido, el calentamiento global y finalmente, la generación del tan indeseado cambio climático. Así que, para una mejor comprensión sobre este fenómeno de alteración climática es importante que sepamos lo que significan los gases que causan el efecto invernadero, el calentamiento global y, por último, el cambio climático.

De esta manera, tendríamos que abrir la siguiente interrogante: **¿Qué es el efecto invernadero?** Utilizando las palabras de SANZ PÉREZ DE GUZMÁN, quien es una de las ganadoras de la segunda edición del Premio Internacional de Periodismo Ambiental Benidorm-Casa Mediterráneo, encontramos que: «La temperatura media de la superficie terrestre se sitúa en unos agradables 15 grados centígrados. Esto es posible gracias al llamado efecto invernadero natural, que retiene en la baja atmósfera parte de la energía solar reflejada por la Tierra y evita que el calor escape. Los responsables de este efecto son, fundamentalmente, el vapor de agua, el dióxido de carbono, el metano y el óxido nitroso atmosféricos. Sin estos

¹⁷² Según, SANZ PÉREZ DE GUZMÁN, Elena. *Los cambios del clima... Op. Cit...* p. 85.: La atmósfera es «Término derivado de las raíces griegas *atmo* (vapor, humo) y *sjaira* (esfera) con el que se designa la envoltura gaseosa que rodea un planeta. La atmósfera terrestre está compuesta esencialmente por nitrógeno (78,1%) y oxígeno (20,9%). El 1% restante lo integran otros gases como el argón, el dióxido de carbono o el metano. Se organiza en cinco capas (troposfera, termosfera y exosfera). SPEDDING, D.J., *Contaminación Atmosférica*. Editorial Reverté, S.A., Barcelona, 2002, p. 1. «La atmósfera terrestre es una envoltura gaseosa, de unos 2000 km de espesor, cuya densidad disminuye con la altura hasta el extremo de que la mitad de su masa total corresponde a los cinco primeros kilómetros. La temperatura varía también con la altura, hecho que se utiliza para dividir la atmósfera en capas. Las propiedades de cada capa guardan relación con la actividad química de sus contaminantes, si bien las de mayor importancia son las de la troposfera, que contiene el aire que respira el hombre y en las que se desarrollan todos los procesos meteorológicos».

gases la temperatura terrestre rondaría los 18 grados, y la vida en la Tierra tal y como la conocemos no sería posible»¹⁷³.

En otra concepción, tenemos la que establece la ya citada Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992: «Por “gases de efecto invernadero” se entiende aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos, que absorben y remiten radiación infrarroja»¹⁷⁴.

Así bien, los gases que causan el efecto invernadero son aquellos que aprisionan el calor cerca de la superficie de la tierra y ese calor extra que es detenido lleva al calentamiento global que en seguida produce el cambio climático. Los gases que más afectan y contribuyen de grande modo en el calentamiento de la Tierra son el dióxido de carbono (CO₂), el metano (CH₄)¹⁷⁵ y óxido nitroso (NO₂)¹⁷⁶. En consecuencia, el calentamiento de la superficie terrestre ejerce una presión sobre el sistema climático, llevando al cambio climático.

¹⁷³ Vid. SANZ PÉREZ DE GUZMÁN, Elena. *Los cambios del clima... Op. Cit...* p. 16.

¹⁷⁴ GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles; GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel Ángel y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. *Legislación sobre el cambio climático*. Tecnos. Madrid, 2009, p. 19.

¹⁷⁵ Sobre el metano, véase TAMAMES GÓMEZ, Ramón. *El grito de la Tierra... Op. Cit...* p. 114. «Debe subrayarse que el Segundo factor más poderoso de la crisis climática es el metano (CH₄), cuyo volumen liberado es mucho menor que el de CO₂, pero que tiene una capacidad de atrapar el calor en la atmósfera veinte veces la del CO₂. El metano es químicamente menos activo en la atmósfera que el CO₂, pues tras un periodo de 10 a 12 años se descompone en vapor de agua y CO₂, para seguir atrapando calor, pero en conjunto se considera que el metano contribuye al calentamiento global como aproximadamente dos tercios del CO₂. Más de la mitad del metano de origen humano liberado proviene de la actividad agropecuaria, y de también la producción de petróleo, las minas de carbon, el tratamiento de desechos y la quema de combustibles fósiles».

¹⁷⁶ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Derecho Ambiental: El desafío del cambio global. Ocho cuestiones clave*. Dykinson. Madrid, 2009, p. 71. «El principal cambio en los últimos tiempos se aprecia en la atmósfera que rodea la Tierra. Se ha modificado el balance de gases que forman la atmósfera. Esto es especialmente notorio en gases de efecto invernadero claves como son el dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄) y óxido nitroso (N₂O). Estos gases naturales son menos de una décima de 1% del total de gases de la atmósfera, pero son vitales pues actúan como una “frazada” alrededor de la Tierra. Sin esta capa la temperatura media de la Tierra sería 30º más baja».

De esta manera, así como explica TAMAMES GÓMEZ, sobre lo que se produce en la atmósfera por la presencia de los gases de efecto invernadero¹⁷⁷: «El mecanismo es el siguiente: la luz y la radiación ultravioleta del sol penetran la atmósfera y calientan la superficie de la Tierra, para luego ser rerradiadas en forma de radiación infrarroja, la cual, debido a su gran longitud de onda, es absorbida por sustancias como el dióxido de carbono y los demás gases de efecto invernadero. El resultado de tal absorción es un incremento en la temperatura de la Tierra y su atmósfera, lo que se denomina calentamiento global. En definitiva, el efecto es similar al que se observa en un invernadero de plantas, dónde la luz y la radiación ultravioleta pasan a través del cristal, si bien éste retiene luego la radiación infrarroja, produciéndose entonces el deseado efecto invernadero de más calor dentro para así lograr un crecimiento vegetal más rápido»¹⁷⁸.

Por cambio climático, la CMNUCC entiende: «un cambio del clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial, y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempos comparables»¹⁷⁹.

El ecosistema por si solo, o sea, sin la interferencia de nadie, sigue su equilibrio en una constante armonía. Por ello, «El principio fundamental de la ecología está basado en la interacción, en la interdependencia. Tenemos que decir que un ecosistema es un principio dinámico (de la planta herbívora a la carnívora, del plancton al pez y al pájaro), un ciclo muy grande que engloba el conjunto de la biosfera en lo cual todas las unidades de interacción están interconectadas en una vasta y intrincada red de relaciones.

¹⁷⁷ Sobre el efecto invernadero, JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Vocabulario ambiental práctico... Op. Cit...* p. 46. «Es un proceso natural en equilibrio, resultado de la presencia de diversos gases en la atmósfera que retienen parte del calor que llega del Sol, regulando una temperatura media (15°C) que permite la vida en el planeta. Este efecto se ve incrementado de forma artificial por la adición de gases de efecto invernadero producidos por la actividad humana, con el consiguiente calentamiento global».

¹⁷⁸ TAMAMES GÓMEZ, Ramón. *El grito de la Tierra: biosfera y cambio climático*. RBA Libros, S.A., Barcelona, 2010, p. 96.

¹⁷⁹ GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles; GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel Ángel y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. *Legislación sobre el cambio climático*. Tecnos. Madrid, 2009.

Por este motivo, el ecosistema es una totalidad compleja auto-organizable y auto-organizante»¹⁸⁰.

2. Los patentes efectos de la contaminación atmosférica

Es evidente, que el clima terrestre está en constante transformación¹⁸¹ y que en los últimos años pasamos a sentir más nítidamente estas mutaciones. Verbigracia, hay lugares que ya no tienen el privilegio de vivir las cuatro estaciones del año. Nos encontramos, muchas veces, un tanto perdidos en una primavera con cara de verano o con un otoño con cara de invierno. Eso es lo que pasamos a tener como consecuencia por las alteraciones climáticas. «Entonces, ¿es cierta la sensación de que cada vez hay menos días de frío y las temperaturas invernales han subido? ¿Nos falla la memoria, o cada vez son más los días calurosos? ¿Son las lluvias más intensas y las sequías más extremas? La respuesta es, sin lugar de dudas, afirmativa. Los expertos han comprobado, por ejemplo, que el número de noches muy calurosas ha aumentado un 72%. La tendencia al calentamiento del planeta es ya un hecho, y las

¹⁸⁰ Cfr. PENA-VEGA, Alfredo. *O despertar ecológico... Op. Cit...* p. 31. Sobre ecología, interesante planteamiento de TAMAMES GÓMEZ, Ramón. *El grito de la Tierra: biosfera y cambio climático*. RBA Libros, S.A., Barcelona, 2010, p. 59: «La idea científica de la relación del hombre con su medio la desarrolló por primera vez Ernst Haeckel, discípulo alemán de Darwin, quien en 1863 creó la palabra *Ecología*, un neologismo de mucho parecido a la voz *economía*, proveniente del griego *oikos nomos* (la administración de la casa). Con *Ecología* se va más allá de las cuentas del hogar, pues se refiere al *oikos logos*, es decir, el estudio de la casa, pero la grande, la de la naturaleza, donde cohabitan las poblaciones (vegetales y animales) en el medio abiótico que componen el aire, el agua y la tierra. Aunque lo de medio *abiótico* es discutible, pues los átomos y moléculas tienen su propia vida, hasta la materia considerada más inerte».

¹⁸¹ Sobre las alteraciones climáticas es importante resaltar, SANZ PÉREZ DE GUZMÁN, Elena. *Los cambios del clima... Op. Cit...* p. 34.: «Análisis recientes confirman que las concentraciones atmosféricas de gases de efecto invernadero están aumentando a gran velocidad, y que han alcanzado cotas mucho mayores que las registradas en los últimos 65.000 años. En concreto, la concentración del dióxido de carbono (CO₂) ha aumentado en un 31% desde 1750, es decir, a partir de la revolución industrial. Por otra parte, los últimos datos aportados por los 2.500 científicos que integran el Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) indican que las temperaturas en Europa se han incrementado al menos en un grado durante el último siglo, a un ritmo más rápido que el promedio global».

variaciones climáticas que percibimos están afectando a los cinco continentes»¹⁸².

Como afirma el Doctor en Derecho y en Ciencias Económicas TAMAMES GÓMEZ, es innegable que «desde el moderno enfoque ecológico, la investigación científica se configura como el intento de conocer la propia *tecnología de la naturaleza*: tratamos de reproducir lo que hacen las plantas a través de la fotosíntesis, a partir de la luz solar, el agua, el carbono del aire y las sustancias de la tierra. Estamos tratando de averiguar cómo evolucionó el universo desde el *big bang*. Y al tiempo, escudriñamos cómo sustituir la energía de los combustibles fósiles por las renovables; e igualmente, intentamos reproducir la fusión nuclear de esa supercentral atómica que es el sol»¹⁸³.

Delante de esta problemática, el término cambio climático pasa a ser más común y utilizado en nuestro lenguaje cotidiano, donde, deja de ser algo que está muy lejos de nuestra realidad, para pasar a ser un fenómeno que existe y que debe ser cuidado. Es cierto que la degradación del suelo, la deforestación, sobreexplotación de los recursos marinos, como también, la combustión de productos como el petróleo y otros combustibles fósiles (gas natural y carbón) son los principales agentes en este proceso del fenómeno de alteración climática¹⁸⁴.

¹⁸² Vid. SANZ PÉREZ DE GUZMÁN, Elena. *Los cambios del clima... Op. Cit...* p. 34.

¹⁸³ Cfr. TAMAMES GÓMEZ, Ramón. *El grito de la Tierra... Op. Cit...* p. 60.

¹⁸⁴ Expuesto lo que se antepone, cabe agregar a nuestros conocimientos y destacar las sabias palabras de LOVELOCK, James Ephraim. *La Tierra... Op. Cit.* pp. 95 y siguientes. «Los daños más grandes que causa el calentamiento del planeta no son los dramáticos e insólitos acontecimientos climatológicos que sobrevienen repentinamente como violentas tempestades e inundaciones ocasionadas por las lluvias o el casi insoportable calor. El daño procede de la sequía prolongada y persistente. Según los pronósticos (Informe del IPCC del Grupo de Trabajo II, 2007), muchas partes del mundo experimentarán esa carencia de agua para el 2030. Las condiciones saharianas se extenderán al sur de Europa, como se experimentan en Australia y África. Habrá lluvias intensas, pero cuando el calor supera los 25°C éstas resultan poco beneficiosas. El creciente calor y la destrucción de los ecosistemas forestales para proporcionar tierras de cultivo continuarán y acelerarán la conversión de las selvas tropicales en matorranes y desierto. Siempre que haya abundante energía, el calor podrá resistirse de manera individual utilizando tecnología de refrigeración y aire acondicionado; en efecto, las condiciones de las ciudades de las regiones calientes

En suma, la gran causa del calentamiento de la Tierra está la emisión de gases que provocan el efecto invernadero estimulando el aumento de las temperaturas. «Si las emisiones de gases de efecto invernadero no disminuyen es muy probable que se produzca un incremento de la temperatura de 0,2 grados por década en los próximos 30 años, según datos del IPCC. El incremento de las temperaturas que experimente cada región dependerá en gran medida de las emisiones locales de gases de efecto invernadero y de las alteraciones concretas que sufra el clima en la zona. Pero parece que nadie escapará a los cambios que acarrearán una atmósfera más cálida en las propiedades globales del planeta»¹⁸⁵.

Poco a poco percibimos más aridez y sequía en el suelo, así como menos precipitaciones. El tiempo sigue un camino que no podemos predecir. Sentimos en nuestro día a día alteraciones ambientales que todavía, mismo quejándonos, las soportamos. Estamos perdiendo el equilibrio junto con la previsibilidad de los fenómenos de la naturaleza. «El calentamiento actual parece indudable, ya que se pueden ver sus efectos: el avance del desierto,

probablemente no serán mucho peores de como lo son ahora las de Bagdad, Alice Springs o Phoenix. La muerte sobreviene de la sequía, cuando no hay cultivos o agua disponibles. Cuando examinamos el clima previsto para el future, vemos que gran parte de las zonas continentales se volverán áridas a causa de la sequía. Eso tendrá consecuencias espantosas para países superpoblados como China, la India y algunas zonas de África. La vida en la Tierra depende completamente del agua, y tres cuartas partes del conjunto de casi todas las formas de vida son agua, Sin un abundante suministro las cosechas no crecerán, y regar toda la tierra que ahora se empapa de manera natural es tarea imposible. Habrá zonas mucho más pequeñas donde sí produzca, y éstas, como las antiguas civilizaciones junto al Nilo y al Éufrates, se convertirán en refugios. Decididamente, eso no significa que no haya nada que hacer. No tenemos que sentarnos y esperar a que vengan a rescatarnos, como aquellos desventurados que permanecieron, como se les dijo, en sus oficinas de las Torres Gemelas en el 11 de septiembre de 2001. Nosotros podemos mudarnos a donde estemos a salvo. Es evidente que buscaremos pretextos y continuaremos negando el calentamiento del planeta y tratando de convencernos de que no hay una necesidad urgente de trasladarnos, pero el ritmo creciente al que se funde el hielo polar, al que aumenta el nivel del mar y se desplazan las zonas climáticas nos avisa de que el sistema de la Tierra se está moviendo y por lo tanto pronto tendremos que hacerlo nosotros. Es más, la retroalimentación positiva observada en el calentamiento hace improbable que disminuya o se detenga antes de que se alcance el siguiente estado estable. A través de la geoingeniería puede que mejoremos algunas de las primeras consecuencias del calentamiento, pero dudo mucho que tengamos la suficiente sabiduría o inteligencia para invertirlo. Como el esquiador que accidentalmente provoca una avalancha, poco podemos hacer para detener su destructiva trayectoria».

¹⁸⁵ Vid. SANZ PÉREZ DE GUZMÁN, Elena. *Los cambios del clima... Op. Cit...* p. 35.

las sequías recurrentes, la irregularidad de los monzones, el aumento de los meteoros catastróficos, el retroceso de muchos glaciares de gran importancia económica y social, el deshielo de los inlandsis, el aumento eustático del nivel del mar, etc. Pero también se ha producido progresión de ciertos glaciares, y las mediciones de las estaciones meteorológicas diseminadas por todo el mundo no ratifican el calentamiento de manera definitiva y uniforme»¹⁸⁶.

Dicho lo anterior, el artículo 1º de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Nueva York, del 9 de mayo de 1992 define lo siguiente: «Por “efectos adversos del cambio climático” se entiende los cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bien estar humanos»¹⁸⁷.

Bien así, el Acuerdo de Copenhague hecho en 2009, sigue respetando y manteniendo que el cambio climático es uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo. Reconoce en el punto de vista científico de que el aumento de la temperatura mundial debería ser inferior a 2 grados Celsius, y basándose en la equidad y en el contexto del desarrollo sostenible¹⁸⁸.

Es indudable, como afirma LOVELOCK que: «Presiento el comienzo de una batalla en la ciencia entre los que se basan en la teoría y los que salimos a la Tierra a observar y medir. Los observadores son cenicientas de la ciencia y siempre lo han sido. Charles Darwin no viajó por el mundo para probar una teoría. Él fue el observador y naturalista por excelencia: luego se desarrollaría la teoría, parte de ella después de su muerte. Los océanos

¹⁸⁶ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Derecho Ambiental: El desafío del cambio global. Ocho cuestiones clave*. Dykinson. Madrid, 2009, p. 75.

¹⁸⁷ GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles; GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel Ángel y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. *Legislación sobre el cambio climático*. Tecnos. Madrid, 2009, p. 19.

¹⁸⁸ Cfr. TAMAMES GÓMEZ, Ramón. *El grito de la Tierra... Op. Cit...* p. 342.

verdaderamente son *aqua incognita* y de vital importancia para el clima porque retienen la mayor parte del exceso de calor del calentamiento global. Es legítimo establecer teorías sobre los océanos aunque sepamos tan poco de ellos, pero es una gran equivocación utilizarlas para diseñar políticas. Primero deben comprobarse mediante observaciones y mediciones prolongadas, y creo que ésa debería ser nuestra primera prioridad»¹⁸⁹.

3. Elementos significativos acerca del cambio climático

Expuesto lo que se antepone, queda claro que el calentamiento de la Tierra es insoslayable y que ya empezamos a sentir sus efectos, mismo, que hayan corrientes teóricas que insisten en, sino negar por completo, si atenuar mucho la responsabilidad del hombre como agente protagónico de la causa del cambio climático, atribuyendo más este estadio indeseable —el del cambio climático- a los “padrones normales” de la naturaleza. De esto último, parece baladí someterlo a discusión, pues más que cuestionable y debatible, lo podríamos llegar a considerar, incluso, un razonamiento “oscuro”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Cfr. LOVELOCK, James Ephraim. *La Tierra... Op. Cit...* pp. 80 y siguiente.

¹⁹⁰ En este sentido, es más que oportuno —a efecto de conocimiento y sustento de nuestra argumentación- esbozar la opinión de TOHARIA CORTÉS, Manuel. *El Cambio Climático y otros problemas de la humanidad*. Fundación ECOEM. Sevilla, 2010, pp. 21 y siguientes. -sin, como ya enunciamos, merezca la pena entrar al fondo de una discusión infertil. Toda vez que el especialista en Ciencias Físicas por la Universidad Complutense de Madrid, desafortunadamente para la realidad imperante en el fenómeno del cambio climático y para los esfuerzos realizados por los distintos y variados actores en el contexto nacional e internacional, sustenta sus razonamientos, predominantemente con inclinaciones de “carácter político”. En similar sentido a lo que sostenemos cfr. TAMAMES GÓMEZ, Ramón. *El grito de la Tierra... Op. Cit...* p. 105. Y esta demás aclarar -pues no son pocas las evidencias- que, cuando un tema tan sensible -como es el que ahora llama nuestra atención- en lugar de valerse de la voluntad política para su comunión y solución, se vale de aquella para imprimir sombras y justificaciones difusas, el más perjudicado de todos es y será el medio ambiente. Al respecto, merece la pena desmenuzar -literalmente- la conferencia pronunciada en el Foro Educación de la Fundación ECOEM, en Sevilla, en 13 de mayo de 2009, por el autor en cuestión: «En estos últimos años los asuntos del tiempo y del clima parecen haber recuperado un interés inusitado no

sólo en el seno de la comunidad científica sino, sobre todo, en la opinión pública. Son frecuentes las noticias de todo tipo sobre las veleidades atmosféricas, que casi siempre acaban siendo relacionadas de cerca o de lejos con un cambio climático que parece ineludible, temible, casi omnipresente; como mínimo, amenazador. Los medios de comunicación han sensibilizado de manera asombrosa a la sociedad, haciendo llegar al público, poco versado en estas cuestiones, ciertas hipótesis de trabajo cuyo análisis y difusión debería circunscribirse preferentemente, al menos en el momento presente, a laboratorios, centros de investigación y departamentos universitarios. No por secretismo, sino por el considerable margen de incertidumbre que conlleva esos estudios, sobre todo los referidos a las predicciones del clima dentro de muchos años. Todo ello derivado de un todavía notable grado de desconocimiento respecto a muchos de los mecanismos que gobiernan el sistema climático a gran escala y a largo plazo. Son muy numerosos los investigadores que han encontrado -con la mejor buena fe, eso es obvio- en el cambio climático y sus posibles efectos un campo de trabajo con enormes posibilidades científicas y económicas; algo que era impensable hace unos cuantos años. La consecuencia es la producción de un elevadísimo número de artículos científicos de nivel alto o medio, además de la edición de toda clase de trabajos monográficos en revistas de referencia, y no digamos, ya a nivel popular, de innumerables reportajes televisivos o cinematográficos -como el famoso documental de Al Gore, que mereció dos *Oscars de Hollywood*-, pasando por la publicación de diversos informes sociológicos o económicos, como el también famoso informe Stern, patrocinado por el gobierno británico hace unos años. En los escaparates de las librerías han aparecido en estos años cientos de libros, con títulos tan sugerentes como Cambio global, Planetas amenazados, Las mentiras del cambio climático, Atmósferas en peligro, Cambio climático destructivo, La Tierra sitiada por el cambio global, Guerra contra el carbono, y así sucesivamente. Entre ellos, uno muy reciente escrito por el autor de estas líneas, El clima, calentamiento global y futuro del planeta, que intenta poner algo de racionalidad en una cuestión en la que con frecuencia se mezclan el mito y la realidad, la ciencia crítica y escéptica con la creencia absoluta y dogmática... En estos tiempos parece como si cualquier episodio meteorológico de rango extraordinario solo pudiera tener como causa final el cambio climático, convertido así en popular protagonista de catástrofes anunciadas; a veces, complementado por el agujero de ozono antártico, la fusión de los hielos polares en verano -como todos los veranos, por cierto- el fenómeno El Niño del pacífico meridional... Todo eso se relaciona entre sí, y obviamente el culpable sólo es uno: el ser humano, que esta literalmente destruyendo su planeta. No importa si esos fenómenos son o no recientes, si tienen o no relación entre sí, si los conocemos suficientemente... Es obvio, para la inmensa mayoría de las personas, que estamos ante un gravísimo desarreglo de la atmósfera originado sin la menor duda por nuestros "pecados ambientales". Incluso hay quien le añade a ese cóctel los *tsunamis* devastadores o la actividad sísmica y volcánica, que de vez en cuando nos recuerdan que las fuerzas telúricas nos siguen agobiando con su potencial destructor. Aunque, por supuesto, todo ello nada tenga que ver con el clima... En España, la normalidad climática se caracteriza por una sucesión de situaciones atmosféricas mas o menos recurrentes, propias de las distintas estaciones del año, que por estar donde

estamos -zona templada, a caballo entre un mar cálido y un océano, entre África y Europa, etc.- A menudo se ven salpicadas por episodios atmosféricos excepcionales (heladas, olas de calor, lluvias torrenciales, temporales de viento, sequías...). Eso es lo normal, desde hace muchos siglos; pero sabemos que esa normalidad -es decir, lo que resulta «normal» cuando se consideran promedios a largo plazo- también cambia lentamente y al cabo de muchos más años. Bien, pues precisamente esa normalidad del clima (caracterizada por la extrema variabilidad de los climas ibéricos, o sea, por una constante y casi impredecible anomalía) es lo que parece ahora haberse convertido en algo anormal, como si antes no lo hubiera sido nunca. Así, si acontecen heladas intensísimas, como en enero de 2006, es por culpa del cambio climático. Lo mismo ocurre si hay un verano de calor agobiante, como ocurrió en 2003. O inundaciones generalizadas en Galicia en el otoño de 2006. O la extrema sequía del año agrícola 2005- 2006, o del trienio 1993-95 del pasado siglo, compensadas poco después por unas lluvias intensas que paliaron en gran parte dicha sequía... Vamos, lo de toda la vida. Aunque, eso sí, gracias al progreso gastamos ahora más agua y energía que nunca, a pesar de que nuestra disponibilidad natural -o sea, la que nos cae del cielo- es más o menos la misma que hace medio siglo, un siglo o un par de siglos, porque no ha cambiado sustancialmente. No importa. En el inicio del nuevo milenio todo el mundo da por hecho que estamos ya insertos en un proceso horrible y sin retorno, cuyas pruebas más evidentes son... los episodios atmosféricos de rango extraordinario que se producen de continuo. A pesar de que dichos episodios siempre han formado parte de la “normalidad” climática en el pasado. Dicho lo cual, debe quedar claro que los científicos hablan de otra cosa cuando expresan su preocupación por el problema del cambio climático. Porque, por ejemplo, en los tres últimos decenios parece estar registrándose un progresivo incremento térmico, de manera más continuada y acusada que el que venía produciéndose, por razones naturales, desde el siglo XVII, al acabar la pequeña edad glacial (Mínimo de Maunder) de aquella poca. Y a ello le acompaña el temor, no confirmado por ahora, de una menor pluviosidad -en España eso no está ocurriendo porque en promedio está lloviendo más o menos lo mismo que hace un siglo, aunque con notables desigualdades entre años sucesivos, como siempre ocurrió-. Lo que sí tenemos es una sensación psicológico-mediática de sequía creciente, debida obviamente a que no deja de aumentar nuestro consumo de agua. Y también subyace un temor -igualmente discutible- de creciente desertización, un proceso que tiene mucho más que ver con el mal uso del suelo que con la disponibilidad hídrica, que ya hemos dicho que no ha variado en exceso. En realidad, todo esto se traduce en un temor global a que la humanidad haya transformado el efecto invernadero natural, que hace posible la vida en la Tierra, en una especie de efecto “invernadero -en afortunada e irónica expresión formulada por el investigador Jorge Olcina, Catedrático de Geografía de la Universidad de Alicante-, caracterizado por unas temperaturas en constante y rápido aumento debido a la continua emisión de determinados gases a la baja atmósfera. En todo este tipo de problemas el error consiste en confundir lo que sabemos con lo que rememos. Sin que ni lo uno ni lo otro deban impedirnos determinar, con la mayor aproximación posible, lo que podemos hacer. Veámoslo más despacio. ¿Qué sabemos? Desde luego, existe un amplio consenso científico

acerca de cuestiones difícilmente discutibles. Ante todo, es claro que está aumentando muy deprisa la concentración de los gases de efecto invernadero. El dato, que nadie discute, es que durante el siglo XX ese incremento ha estado en torno al 30%, lo cual es mucho para un solo siglo. Por otra parte, las temperaturas parecen crecer en promedio de manera bastante clara, y de forma continuada en los últimos 30 años; aunque no sabemos explicar por qué bajaron entre los años cuarenta y ochenta del siglo pasado, cuando el CO₂ subía de manera continua. Ni siquiera sabemos por qué esa tendencia al calentamiento rápido parece estar frenándose en los tres o cuatro años más recientes... Y. Finalmente, parece claro, aunque subsisten discrepancias sobre la generalización y la intensidad del fenómeno, que los fenómenos meteorológicos extremos, es decir, las desviaciones respecto a los promedios podrían estar agudizándose, tanto en más como en menos. Esto es lo que sabemos con una cierta seguridad. Es decir, esto es lo que la inmensa mayoría de los expertos aceptan que está ocurriendo, aunque siempre existe como en cualquier disciplina científica, un margen de incertidumbre de la realidad misma de estos hechos que creemos conocer bien. Todo lo demás que difunden los periódicos, los documentales, los informes técnicos y demás medios de alerta y alarma social, son predicciones. Es decir, situaciones futuras basadas en esos supuestos y en nuestro actual conocimiento o más bien desconocimiento acerca del funcionamiento de la máquina atmosférica global. Supuestos que dan lugar, eso sí, a muy diversos temores, algunos de ellos de signo claramente catastrofista, y otros más mitigados. Desde luego, no vale afirmar que como se trata de predicciones no muy buenas no cabe otorgarles credibilidad. Esas predicciones, con sus muchas imperfecciones y elementos aun desconocidos, es lo mejor que tenemos hoy por hoy. Eso sí, tienen, obviamente, un margen de error -o, mejor dicho, de incertidumbre- que ni siquiera es fácil de cuantificar pero que en algunos supuestos podría ser considerable. Sobre todo cuando se utilizan modelos matemáticos del clima a los que se les hace predecir situaciones globales para dentro de cien años, aún a sabiendas de que existen graves lagunas de desconocimiento o de conocimiento imperfecto difíciles de acotar, incluso de identificar en la actualidad. Conviene observar la enorme cantidad de circunloquios y precauciones del lenguaje que hay que utilizar en estas cuestiones “difíciles de explicar”, “parece probable”, “cierta seguridad”, “todavía muy imperfecto”, “no fácil de cuantificar”, “incertidumbres”, “lagunas de desconocimiento”, etc. Todo ello resultaría inadmisibles en un texto periodístico, pero es necesario cuando se quiere abordar el asunto con honestidad y rigor científicos. Y es que en ciencia no existen absolutos, aunque haya muchas personas que se sientan incomodas con esta realidad. Nunca suele haber blancos o negros, sino una enorme variedad de grises. Incluso las más elegantes y funcionales leyes del Universo, como la gravitación que enunciara Newton en 1687 y que aun hoy utilizamos para poner satélites en órbita, se han visto corregidas por nuevos descubrimientos posteriores; por ejemplo, la relatividad de Einstein, que postula que el tiempo es relativo y no absoluto como suponía Newton. Abordar el tema del cambio climático desde el punto de vista científico no puede, pues, partir de premisas absolutas y disyuntivas, muy periodísticas pero poco realistas: bueno-malo, si-no, blanco-negro... Al contrario, debe atender a los muchos matices de desconocimiento, que derivan de la

indeterminación, o bien que están ligados a las leyes naturales que intervienen y cuyo devenir a largo plazo conocemos muy imperfectamente. A lo que hay que sumar la incertidumbre respecto a los mismos datos que utilizamos, sobre todo los del clima pasado, o bien respecto los métodos con los que predecimos el futuro, e incluso a las consecuencias -casi siempre negativas- que tememos. ¿Quiere esto decir que, como no estamos seguros, mejor no hacer nada? Si tienen razón los “profetas del verano carbónico” (como los llamaba una revista científica francesa hace unos años), las cosas son lo bastante graves como para que nos tomemos el problema en serio. Y es casi seguro que algo de razón han de tener porque tenemos datos y observamos sucesos que generan alerta -que no alarma- en las mentes mas informadas. Pero al tiempo se están alzando voces, no tanto en la comunidad científica -que reconoce estar preocupada, pero asume también que aun queda mucho por averiguar y por precisar- como en la comunidad política y económica del mundo entero que dicen que hay que tener cuidado, que quizá tomar medidas drásticas ahora pueda tener un coste -no sólo en dinero- excesivo de tal modo que sea peor el remedio que la enfermedad. Claro que otras voces -el informe Stern y el documental de Al Gore son representantes recientes de este estado de ánimo -claman por la urgencia de las soluciones, poniendo de relieve la terrible amenaza- “la peor catástrofe ecológica que nunca ha afrontado la humanidad” que se cierne sobre todos nosotros. Lo indiscutible, incluso lo obvio, es que cualquier postura racional en el estudio del medio ambiente terrestre debe considerar la reducción de los gases emitidos a la atmósfera por el hombre como un comportamiento irrenunciable, como una exigencia social a los gobiernos. La mayoría de los expertos opinan que la política preventiva (en forma de reducción) respecto a las emisiones de gases de efecto invernadero no puede esperar a que pasen los dos o tres decenios que quizá necesitemos para resolver algunos de los aspectos científicos y técnicos que impiden ese consenso científico sobre las proyecciones regionales del clima. Máxime cuando esas emisiones se deben en gran parte a un notable desperdicio en nuestros consumos y transformaciones industriales o domésticos. A veces, bastaría con ahorrar y ser más eficientes, y con ello reduciríamos de forma notabilísima nuestras emisiones; pero conseguir eso en el mundo dominado por la economía liberal de mercado no parece nada fácil. Pero junto a ello es necesario no caer en actitudes dogmáticas, y poner de manifiesto las relaciones reales entre la contaminación atmosférica (en particular las emisiones de gases de efecto invernadero) y el cambio climático; algo que hoy se difunde como una realidad indiscutible como premisa dogmática de un debate muy escaso de racionalidad. Lo que esta claro es que la sociedad de nuestro tiempo ha de enfrentare a una cada vez mas necesaria reducción de esos gases invernadero originados por el consumo de combustibles fósiles que son recursos naturales no renovables. Y, en paralelo, parece esencial la apuesta por otro tipo de energías menos emisoras dc gases invernadero, menos contaminantes y, a ser posible, renovables. No obstante, el debate social sobre este dilema se ha conducido por la vía del calentamiento global catastrófico y, en cambio, es escasa o nula la información que reciben los ciudadanos sobre la situación en que se encuentran la explotación de hidrocarburos y los fuertes intereses económicos que gravitan sobre estos recursos, por ejemplo. Y aun menos importante suele ser la consideración

acerca de la pobreza del Tercer Mundo y su relación con la explotación de los recursos naturales que hacemos los países ricos. Cabe recordar que el 20% de la humanidad, nosotros los ricos, consume el 80% de los recursos naturales del planeta... Es ésta una auténtica catástrofe -humanitaria y ecológica a la vez- que no parece importarle a nadie... Lo curioso es que, visto desde la óptica de un país rico, suele considerarse mucho peor, por ejemplo, el hecho de que podamos perder, a lo mejor en los próximos decenios -lo afirma el informe Stern-, una parte de nuestra renta per cápita. Claro que eso no es bueno, y aun peor ahora, por culpa de la crisis económica. Pero mientras tanto, en la actualidad -y no dentro de cincuenta o cien años- y con o sin cambio climático, conviven con nosotros mil millones de personas en la miseria más absoluta. Bien, el caso es que el cambio climático se ha hecho muy popular. A pesar de que aún sabemos relativamente poco pero, eso sí, tememos muchas cosas. Además, es frecuente que se confunda el clima, y sus cambios promediados a muy largo plazo, con el tiempo atmosférico, que como es sabido cambia constantemente de día en día, de año en año... Y, claro, no es lo mismo que vaya a haber en promedio mas sequias o más veranos tórridos dentro de un siglo, que considerar que eso es algo que ya está ocurriendo de manera poco menos que permanente, como si hubiese ocurrido de golpe y, obviamente, con consecuencias catastróficas. Frente a los supuestos de un posible cambio climático a largo plazo, que algunos se atreven a predecir con pocas dudas dentro de varios o muchos decenios, está la realidad de unos episodios atmosféricos que componen el catálogo de esos riesgos climáticos del planeta bastante habituales y bien conocidos históricamente, que vienen causando graves perjuicios económicos y, aún peor, pérdidas humanas. Las consecuencias de estos eventos motivaron la declaración, bajo los auspicios de la ONU, del periodo 1990-99 como Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales. De ello han pasado ya diez años, pero no importa: los desastres no son naturales, son debidos al cambio climático originado por la culpable mano del hombre. Un ejemplo especialmente ilustrativo de la deformación abusiva a la que suele ser sometida la información sobre estos temas del cambio climático y los sucesos extraordinarios del tiempo se dio hace muy pocos años, cuando el ciclón tropical Katrina arrasó la ciudad norteamericana de Nueva Orleáns. El famoso documental de Al Gore presenta este grave suceso como una prueba ilustrativa de lo ya se está produciendo con el cambio climático, y como una especie de anticipo acerca de los males sin cuento que nos acechan en el futuro próximo. Pero la realidad es muy otra: los ciclones tropicales llevan muchos siglos arrasando las zonas del planeta de clima muy cálido próximas a mares igualmente cálidos. Estos fenómenos se denominan castellano ciclones tropicales. (también baguíos, en Filipinas, y tifones en el Mar de China) y no huracanes, como suele afirmarse erróneamente en los medios de comunicación (huracán es una mala traducción del inglés *hurricane* porque en español un huracán es sólo un viento superior a 107 km/h). Los ciclones llevan haciendo daño desde hace mucho tiempo, y basta con ojear las hemerotecas para encontrar efectos devastadores iguales o incluso muy superiores al de Katrina. Y no ya en el Caribe sino en Asia y otras regiones cálidas del planeta. Incluso en los Estados Unidos han habido en la historia reciente al menos dos ciclones anteriores al Katrina aun más intensos, el Labor Day de 1935 -el más intenso jamás registrado en el

planeta- y el Camille en 1969. Similar al Katrina fue el Andrew de 1995, y casi iguales fueron el Indianola de 1886, y el Florida Keys de 1919. La particularidad de todos los ciclones es que nacen en el mar muy caliente, y mueren asimismo en el mar cuando su trayectoria les va llevando a aguas más frías. Algún ciclón residual llega incluso a las costas europeas como borrasca degradada. Algo relativamente frecuente el Portugal y en Galicia. Durante su vida activa, que suele durar un par de semanas, los ciclones a veces se acercan a las costas y arrasan todo lo que encuentran. Y si se adentran en tierra, mueren matando, nunca mejor dicho: mueren porque pierden su energía básica, el agua caliente del mar, y matan porque mientras pierden su energía destrozan todo lo que se pone en su camino. Eso pasó con el Katrina, con la fatalidad de caer de lleno sobre Nueva Orleans, que es una ciudad mal construida -en una zona de marisma, bajo el nivel del mar en gran parte y protegida con diques en lamentable estado de conservación, mas propios del Tercer Mundo que del país más poderoso-, en una región donde las tormentas tropicales se caracterizan habitualmente por su violencia. El riesgo climático asociado a la famosa ciudad sureña ha sido elevadísimo desde su misma creación por los franceses, en 1718. Fue francesa durante algo más de medio siglo, luego española durante treinta años, luego brevemente otra vez francesa, y por fin norteamericana desde 1803. En todo ese tiempo, la colonia asentada entre la desembocadura del Mississippi y el lago Ponchartrain fue agrandándose, ocupando zonas invadidas habitualmente por el río en sus crecidas y por el mar en sus momentos furiosos. Una tesis doctoral sobre geografía económica, de un joven doctorando del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de París, en 1954, ya expresaba bien claramente la situación, cuando escribía en uno de sus párrafos: «El Mississippi siempre le planteó graves problemas a Nueva Orleans; un simple excedente de 51 milímetros de lluvia en cuatro meses provocó en 1927 la más dañina y desastrosa inundación hasta la fecha, con crecidas en la ciudad de más de seis metros que inundaron 73, 000 km² y causaron ms de 2, 000 victimas mortales; algo que podría volver a repetirse en caso de ciclón tropical» ¿Era vidente aquel joven estudiante francés? Obviamente no, porque la cosa escaba bastante clara, especialmente cuando hacía mención al mal estado de los diques de protección. Pero aun así hubo que esperar medio siglo para que lo escrito en aquella tesis doctoral se hiciera realidad. Los periódicos franceses le dieron mucha relevancia a esta anécdota porque aquel joven estudiante se llamaba, y se llama, Jacques Chirac, y ha sido durante muchos años, hasta la llegada de Sarkozy, Presidente de la República Francesa. Por cierto, el trabajo citado de 1954 fue presentado en la primavera del 2007 en Nueva Orleans, reeditado por una empresa francófona de aquella ciudad, *Presses Universitaires du Nouveau Monde*, con el título «Nueva Orleans y su puerto en 1954». Todo esto significa que no se le pueden atribuir atribuir alegremente al cambio climático fenómenos que, de una forma u otra, se han venido produciendo desde antiguo. Podemos, sí, suponer que a lo mejor en el futuro sean mas frecuentes, o mas dañinos, o mas extensos; pero esas predicciones requieren demostración histórica rigurosa y una frecuencia de ocurrencia cada vez mas elevada. Algo nada fácil de identificar, ni mucho menos de probar. Todo eso requiere mucho tiempo por delante, y nada tiene que ver con la inmediatez de los fenómenos meteorológicos. El tiempo atmosférico es una cosa, el

clima otra muy distinta; más lenta, más promediada, siempre a largo plazo... Cuestión bien distinta es la forma de afrontar los efectos negativos más llamativos (falta de agua, campos resecos, etc.) de lo que la atmósfera y sus fenómenos nos deparan, por ejemplo de cara a la disponibilidad del agua. Unos fenómenos negativos que hoy se agudizan, incluso con lluvias normales, por el intensivo consumo del recurso hídrica para la agricultura y para usos domésticos e industriales, infinitamente superiores a los existentes hace sólo unos pocos lustros. Parece normal que no podamos seguir esperando que llueva mucho más de lo que ya venía lloviendo, en promedio. Aunque aumente, o disminuya, la lluvia, es obvio que jamás compensaremos el exceso de consumo al que nos ha llevado el desarrollo urbanístico, el turismo y, por supuesto, la agricultura de regadío, una actividad que en muchos casos es subvencionada. De cara a este problema sí que resulta, pues, imprescindible dedicar muchos más medios para evitar que se produzcan las nefastas consecuencias que nos anuncian los medios de comunicación, y que además forman parte ya habitual de la batalla política entre los grandes partidos. Porque esas consecuencias se deben, sobre todo, a unas actuaciones incorrectas del hombre por no tener en cuenta los caracteres del medio natural que habita. En todo caso, es obvio que el cambio climático futuro no incide en la cuestión. Estamos ante un problema del presente inmediato, no del futuro. Al que a lo mejor deberíamos dedicar muchos más recursos económicos para la investigación y la búsqueda de soluciones, que al cambio climático dentro de un siglo. Quizá no debiera invertirse tanto esfuerzo en intentar confirmar una hipótesis de calentamiento global -sobre la que planean algunas dudas y que, en todo caso, se produciría a largo plazo-, sino concentrarlo en mejorar nuestra a menudo absurda concepción del uso del territorio. Lo cual, aun con un horrible cambio climático del futuro, siempre acabaría por ser beneficioso, por supuesto. A corto plazo, claro, pero también a la larga. Estudiar sólo el clima del futuro sin cuidarnos de los muchos problemas que nos plantea nuestra forma de vida presente parece un sinsentido. En cuanto a lo que ignoramos acerca del cambio climático, son muchas las cuestiones en torno a las cuales no sabemos mucho, y en algunos casos incluso no sabemos casi nada o nada. Es complicado repasarlas brevemente pero tienen que ver con la relación entre los climas de la Tierra y la influencia del Sol y sus variaciones de comportamiento energético. O bien con las corrientes marinas y la forma en que distribuyen energía térmica por todo el planeta, cubierto, no se olvide, en un 70 por ciento por agua del mar. O bien con la misma forma en que se absorben y emiten los gases invernadero. Incluso con lo que hará la humanidad en los próximos decenios respecto al consumo de energía, las renovables, los recursos, el crecimiento de la población... Sin olvidar los mediocres resultados que ofrecen los programas informáticos cuando los ponemos a predecir situaciones a muy largo plazo con datos incompletos y parciales... Sabemos algunas cosas, sí; y son preocupantes, Pero ignoramos muchas más. Que a lo peor pueden resultar más preocupantes aún... Porque, como hemos visto, tenemos constancia de estar emitiendo en forma creciente demasiados gases que pueden afectar a la forma en que la atmósfera acumula calor. O sea, que las cautelas acerca de los riesgos climáticos de toda la vida no deben inducir en nosotros posturas pasivas e indiferentes ; no hay que quedarse de brazos cruzados. La

humanidad no puede seguir creciendo económicamente bajo unos principios de depredación rápida de los recursos naturales del planeta por parte de una minoría de personas ricas. Por eso se suele decir que es insostenible nuestro modelo de desarrollo, basado en un modelo energético que no podemos mantener. Con todo, la difusión exagerada que se ha hecho del cambio climático quizá tenga algún efecto positivo: cuanto menos, la llamada a la reflexión de los dirigentes mundiales para que se replanteen las bases del desarrollo económico global, y el cada vez mas insostenible modelo energético que sustenta a ese desarrollo. La nueva actitud de Estados Unidos, con el presidente Obama y su gobierno a la cabeza, es buena muestra de ello. Pero parece un claro error hacerlo desde la perspectiva de una alarma exagerada y a corto plazo, algo incompatible en esencia con los cambios climáticos, que siempre se refieren a promedios a largo plazo. Resulta mucho más inteligente dar la voz de alerta, de alerta científica, económica, social, política incluso... ¿Qué hacer, pues? Pues, por ejemplo, fomentar las energías más limpias (por ejemplo, el gas natural) como alternativa a corto plazo a la actual quema masiva de carbón y petróleo, y por supuesto la intensificación de la todavía tímida apuesta por las energías renovables (eólica y solar esencialmente), sin olvidar, también a corto plazo, el enorme avance que puede suponer un mejor control de la fisión nuclear, y a largo plazo, incluso la posibilidad de controlar la fusión nuclear. Pero sin pensar que existe una especie de panacea mundial para la energía del mundo; por mucho que fomentemos y mejoremos las formas tradicionales de obtener energía, incluso las más modernas y ecológicas, nada nos eximirá del necesario ahorro y de la búsqueda incesante de una mejor eficiencia energética en todos nuestros procesos productivos. Porque esto no sólo afecta ya a los países ricos, sino también y sobre todo a ese Segundo Mundo, esencialmente asiático -en Asia, encabezada por China e India, vive la mitad de la humanidad y, dentro de algunos decenios, se producirá bastante mas de la mitad de la riqueza del planeta-, que está dejando de ser pobre a marchas forzadas. Y ojalá afectara todo esto igualmente al Tercer Mundo, el de la miseria más agobiante; aunque en este caso el pesimismo de raíz histórica -nunca han ayudado los ricos del mundo a que los pobres dejen de ser pobres mediante un reparto más equitativo de las riquezas- impide pensar que esto sea fácil, ni siquiera posible.

De todos modos, lo esencial consiste en esa apuesta por un nuevo modelo energético, que debiera ir acompañado de severos castigos a los gobiernos que no controlen sus excesos de emisiones de CO₂-aunque, ¿cómo hacer efectivo dicho control? ¿quién tendría autoridad para castigar?, ¿y castigar de qué modo, con qué sanciones?, etc. A lo que habría que añadir una exigencia universal de mejora de la eficiencia energética y de ahorro sustancial de la energía y otros recursos desperdiciados inútilmente. Sin olvidar la profundización en los estudios, sosegados pero firmes, de los procesos atmosféricos del planeta con el fin de completar nuestro actual conocimiento parcial, y poder comprender mejor cuáles deberían ser nuestros comportamientos precisos en cada lugar y en cada instante. ¿Son imposibles semejantes medidas de cara a mantener, en el futuro, la habitabilidad de nuestro planeta y conocer mejor sus respuestas ante la acción del hombre) En todo caso, fáciles no son... En última instancia, lo que importa destacar, al margen del

problema de contaminación que padece la atmósfera terrestre -incluyendo los contaminantes dañinos y aquellos que como el CO₂ y el vapor de agua, son beneficiosos para la vida pero incrementan el efecto invernadero- es el establecimiento de una relación estrecha y directa de causa a efecto entre dicha contaminación y el calentamiento global -o cambio climático-. Relación que sospechamos, pero que no permite aún establecer predicciones precisas de cara al futuro. Ni sirve para adoptar medidas globales, a escala planetaria, mínimamente eficaces. No importa; aunque no hubiera cambio climático o incluso si este es peor de lo que hoy tememos, lo esencial es que nuestro modelo de desarrollo se basa en premisas -esencialmente energéticas, pero también de consumo de riquezas naturales de todo tipo no renovables- que no parecen ya sostenibles. Que quizá, no lo fueron nunca; pero antes no éramos conscientes de que no lo eran. La Agenda XXI de la ONU, en la reunión de Rio de Janeiro de 1992, precisaba las medidas a tomar para que los países más pobres salieran de la miseria estricta. Se trataba de aportar apenas una pequeñísima parte de la riqueza de los países más desarrollados, el 0,79% de su PIB. ¿Qué pasó con aquella excelente propuesta? Duerme el sueño de los justos... Quizá ahora, con el miedo al cambio climático, resucitemos aquellos generosos estudios. Aunque lo más probable es que el Primer Mundo siga en sus trece, incluso intentando controlar por la fuerza las fuentes de energía consideradas "estratégicas" -¿qué otro sentido tuvo, por ejemplo, la guerra de Irak, disfrazada de lucha contra el terrorismo internacional? -con tal de no replantearse un modelo que, después de todo, ha producido tanto bienestar y desarrollo a la inmensa mayoría de sus habitantes... Ricos, por supuesto. La realidad de las cosas es que los países más pobres tienen muy poco que esperar de semejantes actitudes insolidarias, que son las dominantes en el panorama internacional. Por eso resulta esencial plantearse la divulgación de estas cuestiones complejas con el máximo rigor, sin excesos catastrofistas sobre el apocalipsis que se avecina, ni engaños capitalistas sobre la inocuidad de nuestro modelo de desarrollo. Una buena comunicación al gran público, y a los dirigentes políticos y económicos, por que no, acerca de estas cuestiones sutiles y al tiempo complejas relacionadas con el cambio global, el calentamiento, el modelo energético y el tipo de desarrollo que debiéramos exportar gratuitamente al Tercer Mundo, no sólo mejorará la situación en el medio y largo plazo sino que sobre todo, hará a los ciudadanos de hoy y del mañana más libres, por contar con un mejor criterio a la hora de elegir su propio destino. Una democracia en la que eso ocurra tendrá mucho más valor, porque el voto individual será, sencillamente, un voto más informado, más consciente, más realista. Claro que uno puede plantearse una pregunta sin duda pertinente: ¿tiene el mundo voluntad, incluso capacidad económica, para frenar ese calentamiento global? Mi respuesta es sí. Aunque, como siempre cuando se intenta responder con criterios científicos, se trata más bien de un sí relativo. Que, además, tiene mucho de condicional. El calentamiento global depende de muchos factores, pero que se pueden agrupar en dos grandes bloques: los que podríamos denominar naturales, es decir, los que han influido, y seguirán influyendo siempre, en los cambios climáticos del pasado, y del futuro; y los antropogénicos, o sea los que tienen que ver con las actividades de los humanos industrializados. Los factores naturales los conocemos aproximadamente, y han

ocasionado grandes convulsiones climáticas en el pasado. Aunque -como siempre cuando se habla de clima y no de tiempo- fueron cambios muy lentos y paulatinos, a lo largo de extensos periodos cronológicos de los que sólo podemos deducir, a grandes rasgos, el promedio del comportamiento atmosférico. Es decir, si en carbonífero, que duró muchos millones de años, solemos decir que el clima fue muy cálido y lluvioso, eso no significa que no hubiera años, incluso siglos, de temperaturas mucho más suaves, incluso frías. Pero el promedio que nos ha dejado un claro registro geológico es el de un clima extremadamente cálido, sin que podamos afinar si hubo años o siglos relativamente fríos en esa tónica global de calor húmedo. Es obvio que los factores naturales -esencialmente las variaciones, por muy diversas causas, de la forma en que la Tierra recibe la radiación solar- van a seguir actuando sobre el planeta. En cuanto a los factores debidos a la mano del hombre, lo que están haciendo es acelerar procesos que de forma natural siempre se han producido de manera muchísimo más lenta. Al quemar carbón y petróleo para obtener el 80% de la energía que utilizamos, estamos devolviendo a la atmosfera carbono e hidrógeno fósiles en forma de óxidos. Que ya antes estuvieron en el aire sólo que fueron retirados a lo largo de millones de años (por ejemplo, en el Carbonífero), y fueron luego mantenidos bajo tierra a lo largo de muchos más millones de años. Ahora los emitimos en la atmósfera en apenas un siglo, que es como un instante fugaz en esa escala temporal... Lo cual puede acelerar de manera quizá nunca vista en la Tierra el efecto invernadero, responsable del calentamiento global. Éste depende, pues, de la cuantía de esas emisiones de gases de efecto invernadero, y también de la rapidez con la que los producimos, puesto que eso condiciona la forma en que la Tierra, en su conjunto, las digiere, por así decirlo. Por lo tanto, para evitar el calentamiento global debemos fijarnos en este fenómeno, y tratar de combatirlo. Es decir, debemos reducir nuestras emisiones de gases de efecto invernadero y, además, debemos extenderlas hacia el futuro lo más posible, de tal modo que su incremento en la atmósfera sea lo más lento posible. Eso no es lo que estamos haciendo. Por eso hay que reducir las emisiones, lo cual es posible, aunque de manera condicional. Porque son decisiones que no pueden ser individuales sino colectivas. Si hablamos de un problema global, sólo podremos encararlo con soluciones globales. En cuestiones ambientales es famosa la máxima que impone pensar globalmente y actuar localmente. He ahí una buena pista para lo que podemos y debemos hacer: tomar medidas locales, pero a ser posible en todas partes. O sea, establecer marcos jurídicos internacionales, con todas las dificultades que eso conlleva, para acordar convenios vinculantes de reducción de emisiones. Como el Protocolo de Kyoto, que fue un buen primer paso, aunque tímido y no siempre bien secundado incluso por sus defensores. Cuando acabe su plazo, en 2012, será urgente un segundo Kioto más exigente y más coercitivo, implicando en él a las inevitables ayudas que habrán de aportar los países más ricos a los menos ricos, como China e India... En ese caso, sí será posible combatir el calentamiento global, aunque quizá no podamos evitarlo. Probablemente, sería suficiente que fuéramos capaces de reducirlo a cifras más o menos compatibles con los ritmos naturales del planeta. Aunque, no hay que engañarse: esa propuesta, que es muy moderada, parece difícil de alcanzar. En esto del cambio climático, a poco que uno se informe de verdad, parece difícil ser optimista. Y no tanto porque se vayan a

Así lo dejaran patente los distintos razonamientos doctrinales y científicos que sustentan el estudio que se desarrolla en el presente trabajo doctoral, donde nuestra intensa y dilatada convivencia con leyes nacionales y extranjeras, tratados internacionales y acuerdos que aceptan y defienden el razonamiento impregnado en la existencia de variaciones climáticas que provocan daños a la humanidad, ya nos permiten adoptar y afirmar una clara posición respecto del fenómeno en comento.

Bosquejado lo anterior, queda claro que muchos son los factores que coadyuvan a actualizar el tan indeseado cambio climático. Podemos empezar con la causa primera, que sería la alteración natural del clima, pero, en pleno siglo XXI, después de una larga historia de la humanidad -entre

producir supuestas “olas de calor” en pleno mes de julio -en realidad eso es lo que antiguamente llamábamos «verano», no hay que acudir a exageraciones absurdas, sino sobre todo por los problemas que ya hemos citado y que se resumen en una mas que probable incompatibilidad entre el desarrollo industrial humano, tal como lo conocemos, y el mantenimiento en términos sostenibles de nuestro entorno natural. Lo que significa, en plata, que en la ecuación Desarrollo mas Medio Ambiente igual a X, los primeros términos son tan incompatibles que esa X podría muy bien ser un número imaginario. Dicho en plata, imposible. O Desarrollo, o Medio Ambiente. ¿No hay más? A lo mejor tenemos que empezar a pensar en centrar nuestros esfuerzos en preparar a las generaciones futuras para unas condiciones climáticas diferentes a las actuales. Y, de paso, invertir mucho mas esfuerzo y dinero en repartir mejor las muchas riquezas que malgastamos los ricos, ayudando de manera más eficaz a los países más pobres. De todos modos, no caminamos hacia ningún tipo de catástrofe. A no ser que consideremos la situación actual del mundo como catastrófica (razones hay para ello, pero no precisamente de tipo climático). La amenaza del cambio climático se cierne, a largo plazo, sobre unas generaciones futuras que van a recoger lo que habrán sembrado antes que ellas las generaciones anteriores: desde al menos el siglo XIX... Una amenaza mucho menos preocupante para los países ricos. Que siempre encontraran dinero y tecnología para minimizar los daños, que para los demás. ¿Todo esto es política, y no ciencia? ¡por supuesto que sí! Los estudiosos del clima poco pueden hacer para dictar normas limitadoras, para fomentar conductas más sostenibles, para divulgar correctamente lo que se puede y lo que se debe hacer en estas cuestiones. Son los poderes públicos, a todos los niveles (internacional, europeo, estatal, autonómico y local) los que tienen que servirnos de guía a los ciudadanos, los que han de impulsar una diseminación de los mensajes básicos -de conocimiento y de actitudes- que ayuden a entender de verdad que esto es grave, y que hemos de contribuir todos a que lo sea un poco menos en el futuro.

ganancias y pérdidas relacionadas a todo lo que disfrutamos de una naturaleza sana- no es posible que nos detengamos apenas en ésta causa, cuando sabemos que la “mano del hombre” no es solo un mayúsculo, sino también solido elemento, con responsabilidad protagónica en las consecuencias generadas por el consumo irresponsable de la materia prima –v. gr., tala de arboles, contaminación industrial, explotación marítima, entre otros-, la degradación del medio ambiente y, consecuentemente, el multicitado y temido cambio climático.

Por consiguiente, ahora concentrándonos en los efectos de este indeseado fenómeno, tenemos que decir que nos deparamos con innumerables alteraciones en los más diversos hábitats. Ya no es de extrañar, cuando por cualquier medio nos enteramos de los datos científicos que apuntan el deshielo en el ártico, como también, el aumento de las sequias, desertificación¹⁹¹, suelos infértiles, extinción de animales, alteraciones en los mares y una larga lista que nos llevaría un lato espacio, sin enumerar aquellos que escapan hoy día a nuestra vista o a nuestros sentidos, pero lo suficientemente capaces de poder ser imaginables de acuerdo a los estudios que emanan de la investigación científica y tecnológica. Todas estas mudanzas relacionadas al clima nos perturban –o deberían de hacerlo- a todos los seres humanos, comprometiendo nuestra salud, nuestro bien estar, evolución y sobre todo, nuestro futuro inmediato.

4. Las implicaciones del modelo productivo vigente

No podemos negar que la preocupación ambiental ha aumentado gradualmente de acuerdo con la evolución social. Con el pasar del tiempo, el ser humano ha comenzado a despertar su conciencia que lo lleva a consentir

¹⁹¹ Sobre la desertificación, JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Vocabulario ambiental práctico... Op. Cit...* p. 42. «Es la degradación y pérdida de calidad ambiental de un territorio, en cuanto a vegetación y características del suelo por acciones humanas (deforestación, monocultivo,...) que lo hacen evolucionar hacia el sistema de desierto».

su dependencia con la naturaleza¹⁹². Los cuidados que debemos tener con ella, están directamente relacionados a la necesidad de mantener vigente la reflexión de como producir y consumir, sin afectar negativamente al medio ambiente.

No esta demás decir, que la naturaleza muerta no sirve al hombre. Para que tengamos una vida digna, los recursos naturales deberán ser inteligentemente utilizados, de forma que el interés común de la sobrevivencia de la humanidad, prepondere sobre el ciego y egoísta interés económico de algunos cuantos¹⁹³.

Utilizando las ilustradas palabras de JAQUENOD DE ZSÖGÖN: «El entramado de la vida se encuentra en permanente movimiento, dinámica que genera cambios, grandes o pequeños, que van modificando los diferentes entornos. A medida que cada ser cambia en el mundo, y condiciona a los demás con sus transformaciones, todo el sistema, en alguna medida también se va modificando. De esta manera, los vínculos se multiplican y se vuelven más complejos. En toda esta trama de relaciones, los recursos naturales constituyen el sustento diario que es necesario cuidar, para que la “despensa” (*sic*) mantenga siempre una cantidad y calidad mínima necesaria de provisiones»¹⁹⁴.

En la historia de la humanidad y del desarrollo de las civilizaciones podemos encontrar diversos momentos que contribuyeran para esta actual constatación de degradación de la naturaleza. Comenzamos a citar los conflictos territoriales, sociales, ideológicos, lo que reflexionaron en muchas luchas y guerras, en la destrucción desmedida de la naturaleza de un modo

¹⁹² Sobre el tema, *vid. a*: JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Derecho Ambiental*. 2ª edición. Dykinson. Madrid, 2004, p. 22. «La concepción de la preocupación ambiental no ha sido asumida de igual modo por todos los pueblos, como tampoco ha tenido lugar en períodos idénticos. La preocupación por proteger los bienes naturales ha sido progresiva, evolucionando de forma casi paralela al desarrollo de las civilizaciones».

¹⁹³ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. Revista dos Tribunais. 3ª edición. São Paulo, 2004, p. 50.

¹⁹⁴ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Derecho... Op. Cit.* p. 23.

general, pues, todo lo que sigue en contra al flujo natural de la vida es considerado dañoso al medio ambiente¹⁹⁵.

Luego, nació la “era de la industria”, a partir de mediados del siglo XIX, como un marco y un divisor de aguas en nuestra historia, donde vino a explotar aún más la naturaleza en un proceso de industrialización que implica la extracción de los recursos naturales no renovables con la intención de un crecimiento basado en el desarrollo científico y tecnológico para la generación de nuevos productos con la creación de todo lo que viene a “facilitar” la vida de las personas. La revolución industrial viene acompañada por el modelo capitalista, o sea, un modelo que tiene la intención de generar riqueza decurrente del consumo de productos.

Podemos decir que la “era de la industria” puede ser considerada como un periodo de gran avance para nuestra sociedad. Muchas son las comodidades que vinieron con ella, mucho nos podemos permitir utilizando las creaciones que hasta menos de un siglo sería difícil imaginar que iban a existir. Lo que nos da pena es saber que posiblemente todo este conjunto de aparatos -que disfrutamos en nuestros días para tenernos una vida más cómoda- están hechos de forma comprometedora con la naturaleza y que consecuentemente afecta el calentamiento de la Tierra.

De acuerdo con lo *supra* citado, afirma TAMAMES GÓMEZ que: «La acumulación de gases de efecto invernadero crecieron por razones antrópicas desde el último tercio del siglo XVIII, a causa de la Revolución Industrial, por el creciente consumo de carbón para la industria y la calefacción en los hogares, y ya en el XIX también por el aumento del transporte por ferrocarril y la navegación a vapor. Luego llegó el avance industrial y la motorización, con un mayor volumen de emisiones de gases de

¹⁹⁵ Vid. LÓPEZ TOBAJAS, Agustín. *Manifiesto contra el progreso*. José J. de Olañeta, Palma, 2013, p. 14. «Fiel a la egolatría cultivada con esmero durante varios siglos, el hombre contemporáneo se considera a sí mismo el punto culminante de la historia – no hay síntoma mas inequívoco de necesidad de alardear de sabio – y contempla el devenir humano como una trayectoria ascendente en cuya cumbre, y sin la menor muestra de pudor, coloca con orgullo la grotesca caricatura de hombre universal en que él mismo ha llegado a convertirse».

efecto invernadero; sobre todo con la Segunda Guerra Mundial, en el contexto del esfuerzo bélico hasta 1945, y por la aceleración del crecimiento (el keynesianismo de 1948-1973), derivado de políticas de incremento del PIB en su búsqueda del pleno empleo; con fuertes elevaciones de GEI medidos, según se aprecia por su evolución, en partes por millón en volumen (ppm)»¹⁹⁶.

Por lo que se refiere a explotación de los recursos naturales, podemos decir que la concepción humana siempre fue siguiendo una línea muy constante de pensamientos y actitudes, con el fuerte objetivo de generar nuevas cosas, descubrir anónimos métodos, creando nuevas necesidades. Podemos percibir, que en la historia de la humanidad poco hemos avanzado para tener una verdadera concientización en *pro* de mantener nuestro medio ambiente saludable. Cuando citamos la palabra **conciencia**, queremos evidenciar y destacar que infelizmente el hombre sigue enraizado en la “teoría” –por cierto errada- de que los recursos que nos ofrecen la naturaleza son infinitos. Actualmente, muchos son los discursos que nos dan a entender que el “mundo” está lleno de buenas intenciones para frenar todo lo que parezca comprometedor con el futuro de la humanidad, pero la verdad es mas que sombría cuando nos enfrentamos a ella y encontramos que su cauce natural bien podría adquirir la etiqueta de “mucho hablar y poco hacer”, en lugar de la deseada que descansaría en “menos palabras y más acciones”.

Estamos acostumbrados a sernos estimulados constantemente a adquirir nuevas “cosas”, a tener una vida utilizando bienes que no son necesarios. Este estímulo ocurre diariamente y en las más sencillas situaciones de nuestro cotidiano. Pasamos a nos sentir obligados a acompañar los avances de la tecnología, de las nuevas invenciones, los nuevos aparatos que surgen con la finalidad de facilitar nuestras vidas y así, delante de ese contexto, pasamos a perder la noción de lo que realmente precisamos y del que podemos considerar un exceso. Todo eso contribuye

¹⁹⁶ Cfr. TAMAMES GÓMEZ, Ramón. *El grito de la Tierra... Op. Cit...* p. 114.

para el estímulo de la producción aliada al interés de las industrias por expandir sus ventas, obteniendo la generación de más y más lucro¹⁹⁷.

Cuando pensamos en producción luego viene la idea de todo lo que es preciso tener y hacer para obtener el resultado final: el producto. Pensamos en la naturaleza de un modo general, como la fuente de todas las cosas que tenemos y todas las cosas que podemos crear con sus recursos, pensamos en la materia prima bruta y en todo lo que es necesario para conseguirla, como por ejemplo, el acceso a los recursos naturales, a la mano de obra a ser utilizada. Pensamos en el tratamiento de la materia prima bruta y en todo lo que es necesario transformar para obtener el resultado final que será la cosa producida. Así que, estamos metidos en una complejidad de cosas, factores y movimientos.

En estas líneas, podemos empezar desarrollando sobre el modelo al cual estamos inseridos, donde, posiblemente, ya no sabríamos vivir sin él, pues estamos conscientemente o inconscientemente condicionados, acostumbrados y totalmente vinculados a esta forma de vida¹⁹⁸. Mirando por este ángulo, nos perdemos, no podemos saber quién es el más grande responsable por la explotación de la naturaleza¹⁹⁹. Por otro lado, vemos exactamente la cuestión de la consciencia de las personas que de cierta

¹⁹⁷ Sobre el sistema capitalista: BOFF, Leonardo. *La sostenibilidad: Qué es y qué no es*. Editorial Sal Terrae. Vizcaya, 2013, p. 85. «En el sistema capitalista, lo que cuenta es la propiedad privada y la aprobación individual de los beneficios del desarrollo. Lo cual ha estado vigente durante siglos, y solo ha visto refutadas sus tesis a partir de la Gran Recesión de 1929 y, más recientemente, con la crisis del sistema económico-financiero de 2008 y 2011».

¹⁹⁸ Así, como destaca BOFF, Leonardo. *La sostenibilidad... Op. Cit...* p. 86. «El mundo se ha transformado en una especie de supermercado, de inmenso Centro Comercial en el que se ofrece todo tipo de bienes materiales a quienes pueden adquirirlos. Se ha creado una cultura del consumo de bienes materiales. Las dimensiones espirituales y profundamente humanas, como es preguntarse por el sentido de la vida y el destino del universo o plantear el problema de la Fuente originaria de todo ser – otra forma de llamar a Dios -, se dejaron al margen o, simplemente, quedaron relegadas al ámbito de lo privado».

¹⁹⁹ Para reflexionar un poco: LEONARD, Annie. *La historia de las cosas... Op. Cit...* p. 31. «Resulta que un análisis riguroso del modo en que fabricamos, usamos y desechamos las cosas, revela algunos problemas bastante profundos causados por las principales funciones de un sistema económico llamado *capitalismo*. No hay vuelta que darle: el capitalismo, tal como funciona en la actualidad, no es sostenible».

forma nacen, crecen en una vida educada con la mentalidad de la necesidad del consumismo a cualquier coste.

Está cierto que la concientización humana es algo fundamental en todo este proceso de frenar las alteraciones climáticas, pero, infelizmente, está siendo poco estimulada. Seguimos viviendo un gran desconocimiento sobre la ciencia del clima, lo que complica cualquier mudanza benéfica. Las sociedades están acostumbradas a la comodidad generada por los inúmeros ítems que el comercio nos ofrece²⁰⁰.

Ese proceso de concientizarse está siendo, aunque de manera gradual, adquirido y analizado por la humanidad ya que el hombre pasó a tener una mayor percepción del todo, o sea, de su dependencia integral con los elementos de la naturaleza. Y, cuando hablamos de los elementos que están íntimamente relacionados a la naturaleza y al hombre, llegamos a una visión amplia de lo que sería medio ambiente. Esa visión revela una interacción entre los elementos naturales, artificiales y culturales que propician el equilibrado desenvolvimiento de la vida.

De esta manera, como bien refiere BECK: «Llamo sociedades de riesgo a aquellas sociedades que, al principio de manera encubierta y luego cada vez más evidente, están enfrentadas a los desafíos de la posibilidad de autodestrucción real de todas las formas de vida de este planeta»²⁰¹. Sin

²⁰⁰ Así, como afirma, RIPA JULIÁ, Isabel. *El cambio climático: una realidad*. Viceversa. Barcelona, 2011, p. 25: "Por eso es necesario reducir las causas, frenar el cambio climático y, aún mayor, restaurar el sistema. Todo esto supone modificar nuestra forma de producir y consumir, nuestra manera de movernos. Tenemos que cambiar, tenemos que evolucionar hacia un modelo de sociedad 'amiga del clima', y para que esto ocurra son necesarios el apoyo y la participación de cada uno de nosotros. Los gobiernos pueden aprobar políticas y normativas a favor del clima; las empresas, crear productos y servicios 'amigos del clima', pero somos nosotros, los ciudadanos, con nuestros votos, con nuestras decisiones en nuestra vida privada y profesional y con nuestro consume los que podemos impulsar estas transformaciones. Para ello, debemos tomar conciencia de la realidad del calentamiento global. Y, de alguna forma, esto todavía no ha sucedido".

²⁰¹ Cfr. BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. El Roure. Barcelona, 1998, p. 120. Para Beck, hay valorar dos fases distintas: «La primera, en la que vivimos bajo la amenaza de la autodestrucción, pero en la que seguimos pensando y actuando dentro de las categorías de la sociedad industrial –respecto a lo científico, jurídico, económico, político-. Al principio, esto sucede, probablemente, de forma no intencionada, prolongando lo comúnmente aceptado, pero más

embargo, es exactamente este punto que nos hace frágiles y dominados por una política que está interesada apenas en lo que se puede tener de ganancia en el presente dejándonos inseridos al que podemos llamar de “sociedad de riesgo”.

El futuro pasa a ser algo olvidado, dónde las personas siguen creyendo que todo estará igual, o, quizás, mejor de lo que tenemos en lo que llamamos de presente y seguirán viviendo el llamado progreso ilimitado. Así, como afirma BOFF; «Lo que mueve a las personas y a las sociedades son los sueños y las utopías que proyectan, así como los esfuerzos que hacen para traducirlas en realidad. Los modernos imaginaban que la vocación del ser humano es el desarrollo en todos los ámbitos, y que ello se traduce en un proyecto de progreso ilimitado. Sería ilusorio. Pero sí ha propiciado un sistemático pillaje de los recursos de la naturaleza (empezando por la madera), la explotación despiadada de la fuerza de trabajo y la colonización, por parte de las potencias europeas, de casi todo el resto del mundo,

adelante se convierte en algo estratégico porque la confusión de los siglos parece reforzar la estabilidad de lo viejo ante el ataque de lo nuevo. Va tomando cuerpo una variante “tecnocrática” de la sociedad de riesgo en la que las incertidumbres implícitas en el sistema se perfeccionan como camino tecnocrático hacia el poder. Los riesgos y las catástrofes son ensayos de asimilación a la cultura de la minoría de edad. Sólo aparentemente se pone en entredicho la credibilidad de los expertos a causa de los accidentes; por el contrario, sirven de hecho para la expansión del poder de la élite tecnocrático industrial. Según esta variante del desarrollo, la revuelta en la opinión pública después de Chernóbil fue el último temblor de la democracia después de su final. La segunda fase va tomando forma en la medida en que se impone y reconoce la mecánica de la sociedad del riesgo que, gracias a la propia represión, se hace realidad. Y el problema principal de la evolución política desputa en la concreción de imputaciones y responsabilidades, dentro del ‘sistema de mando impersonal’ carente de responsabilidades, que nació con el industrialismo. Esta transición tiene que realizarse esencialmente por medio del conocimiento, en la recuperación de la capacidad de aprendizaje, y de manera alguna se operará de forma determinista, sino sólo cuando sepan interpretarse los peligros ecológicos como autoamenazas colectivas y se descubran recursos para frenarlos y contenerlos mediante innovaciones institucionales. **Las amenazas para las plantas y los animales, el agua y la salud humana se convierten en amenazas para la propiedad y el rendimiento de mercado; son, pues, peligros inmanentes. El fin de la ecología es el principio de la ecología política que comprende la metamorfosis de los peligros mortales universalizados en los sistemas de economía, ciencia, derecho, etc».**

superexplotando a los pueblos y secuestrando, sin posibilidad alguna de devolvérselas, sus riquezas»²⁰².

Como trata el filósofo alemán SCHMID, «Hoy en día es cada vez más extremo el abismo entre una clase planetaria alta, o sea, los habitantes de los países ricos, y una clase planetaria baja, formada por los habitantes de los países más pobres, que son mucho más numerosos y cuyo llamamiento a favor de una sociedad mundial más justa no debemos pasar por alto. La opinión pública planetaria en ciernes, a la que contribuyen sustancialmente los sistemas de comunicación asistidos por satélite, nos hace más conscientes de estas relaciones en el globo terráqueo»²⁰³.

Cuando pensamos en cambiar nuestro estilo de vida, adoptando comportamientos más comprometidos con la naturaleza sana, nos chocamos con nuestros hábitos, con las cosas que están en nuestro día a día y nos cuesta mucho pensar en cambiarlas. Imagínense hacer el verdadero cambio invirtiendo en el **desarrollo sostenible**²⁰⁴ de las sociedades con una visión más amplia de una economía ecológica²⁰⁵.

²⁰² BOFF, Leonardo. *La sostenibilidad: Qué es y qué no es*. Editorial Sal Terrae. Vizcaya, 2013, p. 82.

²⁰³ SCHMID, Wilhelm. *El arte de vivir ecológico: lo que cada uno puede hacer por la vida en el planeta*. Pre-Textos. Valencia, 2011, p. 133 y 134.

²⁰⁴ Sobre la historia de la sostenibilidad, interesante destacar el planteamiento de BOFF, Leonardo. *La sostenibilidad: Qué es... Op. Cit...* p. 36 y siguientes. «El nicho a partir del cual nació y se elaboró el concepto de “sostenibilidad” es la silvicultura, el cuidado de los bosques. En todo el mundo antiguo, y hasta los albores de la edad moderna, la madera era la principal materia prima en la construcción de casas, muebles y aperos agrícolas, así como en combustible para cocinar y calentar las viviendas. Fue ampliamente usada para fundir metales y construir los barcos que, en la época de los “descubrimientos/conquistas” del siglo XVI, surcaban todos los océanos. Su uso fue tan intensivo, particularmente en España y Portugal, las potencias marítimas de la época, que los bosques comenzaron a escasear. Pero fue en Alemania en 1560, concretamente en la provincia de Sajonia, donde irrumpió por primera vez la preocupación por el uso racional de los bosques, de forma que pudieran regenerarse y mantenerse permanentemente. En este contexto surgió la palabra alemana “nachhaltigkeit”, que puede perfectamente traducirse como “sostenibilidad”. Sin embargo, no fue hasta 1713, y de nuevo en Sajonia, cuando la palabra “sostenibilidad” se transformó, gracias al capitán Hans Carl von Carlowitz, en un concepto estratégico. Se habían creado hornos de minería que requerían un abundante uso de carbón vegetal, el cual se extraía de la madera. Consiguientemente, se abatían los bosques para atender a esta nueva fuente de progreso. Fue entonces cuando Carlowitz escribió un verdadero tratado en la lengua

Todo eso nos costará mucho por que somos constantemente estimulados a consumir algo más moderno. Diariamente nos es presentado algo que nos parece absurdo no tener, donde estas necesidades son creadas por aquellos que quieren obtener más y más dinero a través de nuestras fragilidades, quieren obtener ganancias a partir de nuestro consumo, así, somos motivados, como también, programados a consumir cosas por tener la sensación de que precisamos del producto.

Todos aquí sabemos como es bueno descubrir lo que hay de nuevo y más cuando los tiempos actuales nos piden que estemos actualizados sobre todo lo que se pasa en el mundo. Hablar sobre este aspecto es muy complejo, pues, nos deparamos con un laberinto difícil de encontrarnos la salida. Lo ideal sería nos educarnos a enfrentar el problema con conciencia,

científica de la época, el latín, sobre la sostenibilidad (*nachhaltig wirtschaften*: organizar de forma sostenible) de los bosques, con el título *Silvicultura Oeconomica*. Insistía en proponer el uso sostenible de la madera. Su lema era: “debemos tratar la madera con cuidado” (*man muss mit dem Holz pfleglich umgehen*), pues de lo contrario se acabará el negocio y cesará el lucro. Pero, más directamente decía: “córtese únicamente la cantidad de leña que el bosque pueda soportar y que permita la continuidad de su crecimiento”. A partir de esta conciencia, los poderes locales comenzaron a incentivar la replantación de los árboles en las regiones deforestadas. Tales consideraciones siguen conservando su validez en nuestros días, pues el discurso ecológico actual emplea prácticamente los mismos términos de entonces. Algunos años después, en 1795, Carl Georg Ludwig Hartig escribió otro libro, “Indicaciones para la evaluación la descripción de los bosques” (*Anweisung zur Taxation und Beschreibung der Forste*), donde afirmaba: “es una sabia medida evaluar del modo más exacto posible la deforestación y emplear los bosques de tal manera que las generaciones futuras gocen de las mismas ventajas que la actual” (cfr. En Internet *Danzer Group ou U.Grober*, “Modewort mit tiefen Wurzeln; kleine Begriffsgeschichte von Beck, München 2002, pp. 167-175). La preocupación por la sostenibilidad (*Nachhaltigkeit*) de los bosques fue tan grande que dio origen a una nueva ciencia: la silvicultura (*Forstwissenschaft*). En Sajonia y en Prusia se fundaron Academias de Silvicultura a las que acudían estudiantes de toda Europa, de Escandinavia, de los Estados Unidos y hasta de la India. El concepto se mantuvo vivo en los círculos ligados precisamente a la silvicultura y se dejó oír en 1970, cuando se creó el Club de Roma, cuyo primer informe versó sobre *Los límites del crecimiento* y que suscitó acaloradas discusiones en los medios científicos, en las empresas y en la sociedad».

²⁰⁵ Señalando lo que afirma TAMAMES GÓMEZ, Ramón. *El grito de la Tierra... Op. Cit...* p. 60. «En la Economía Ecológica, todo pasa por la relación sociedad/naturaleza, y cualquier acción humana tiene un impacto en el medio que es preciso considerar. De ello se deriva que hay unos límites al crecimiento que vienen impuestos por la propia biosfera; una serie de constricciones a nuestras permanentes aspiraciones de expansión sin fin. Por tanto, de cara al futuro, hemos de desarrollarnos de forma distinta de como hicimos hasta ahora, para lejos de seguir con nuestro ciego propósito de crecer a costa de todo, adaptarnos armónicamente a la naturaleza y mantener así el soporte de la vida misma, en vez de destruirlo irreversiblemente».

estar en la constante búsqueda del equilibrio entre verdaderas necesidades y la aplicabilidad del **desarrollo sostenible**²⁰⁶. Buscando siempre disminuir los impactos al medio ambiente, trabajando en conjunto con la evolución de la ciencia y tecnología, evaluando los padrones de producción y consumo en cada país.

La naturaleza necesita ser cuidada para que nosotros, como seres humanos, podamos seguir disfrutando de sus dádivas. Todo lo que engloba percepción, valores y la tutela del Derecho en general es algo de total relevancia para que así busquemos un punto de equilibrio y una mejor gestión y protección del medio ambiente²⁰⁷.

De esta manera, creemos importante y oportuno destacar el pensamiento de LOVELOCK cuando afirma que: «Nuestra civilización industrial contemporánea no está en absoluto preparada para sobrevivir en un planeta superpoblado y con recursos limitados, y que se engaña pensando que el progreso y los inventos ingeniosos nos proporcionarán el calzador que nos ayude a adaptarnos a nuestro nicho imaginario. Creo que es mejor que aceptemos y comprendamos cuán escasa es la probabilidad de nuestra supervivencia, pero confiemos en el hecho de que nuestra especie es de una fortaleza excepcional, ha sobrevivido a siete grandes catástrofes climatológicas en el último millón de años, y nos es probable que se extinga

²⁰⁶ Vease DIAS VARELLA, Marcelo. "O surgimento e a evolução do Direito Internacional do meio ambiente: da proteção da natureza ao desenvolvimento sustentável". En, DIAS VARELLA, Marcelo y BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. *Proteção Internacional do meio ambiente*. Unitar, UniCEUB e UnB. Brasília, 2009, p. 25. «a construção normativa do Direito Internacional Ambiental caminha para a construção e estruturação do conceito de desenvolvimento sustentável. A lógica dessa construção continua a ser difusa, nem antropocêntrica, nem biocêntrica. As fontes da estruturação desse "Direito do Desenvolvimento Sustentável" são as mais variadas, não havendo uma concentração de fontes emanadoras do direito. O grande obstáculo hoje é a concretização dos direitos construídos em face da pouca coercibilidade do Direito Internacional Ambiental frente aos outros ramos do Direito Internacional e Nacional, mas isso é algo a ser ainda construído».

²⁰⁷ SERRANO, José Luis. *Princípios de Derecho Ambiental*. Trotta. Madrid, 2007, p. 13.: "Por gestión ambiental entenderemos aquí toda intervención que busque la adecuación en las relaciones entre la sociedad y su entorno natural, con independencia de los programas concretos que utilice para ello y, por lo tanto con independencia de que los instrumentos gestores pertenezcan a la economía, la política, la ciencia, el Derecho o la administración ambiental.

en la que se avecina. Los genetistas, interesados en la evolución de los seres humanos, han observado que en algún momento de último millón de años atravesamos un cuello de botella genético en el que nuestros antepasados no debían de superar los 2.000. Afortunadamente, Gaia es mucho más fuerte y como planeta vivo lleva existiendo una cuarta parte de la edad del universo»²⁰⁸.

En nuestras circunstancias actuales, nos parece un poco utópico tratar sobre este tema con optimismo, teniendo en cuenta que nos parece muy lento este **despertar de conciencia** al cual necesitamos para que ocurran verdaderos cambios, estos, indudablemente imprescindibles para una vida más armoniosa entre hombre y naturaleza.

En este sentido, con lo que precede, cabe destacar las sabias palabras de BECK cuando dice que: «¿Cómo sobrevive la fe en el “crecimiento económico” y en el “bienestar” si simultáneamente se socava y destruye la propiedad y la base de la existencia de ramos enteros de actividad detrás de las ‘mamparas’, cada vez más finas, de la “destrucción medioambiental”? ¿Cómo consigue mantenerse en pie la autoridad política teniendo que hacer frente a la desbordante conciencia de peligro con afirmaciones de seguridad, pero colocándose gracias a ello en la situación de acusación permanente y poniendo, con cada accidente o síntoma de accidente, en juego toda su credibilidad?»²⁰⁹»

V. Fuentes del Derecho Ambiental: instrumentos jurídicos para atenuar el cambio climático

Estancia posterior a la de haber estudiado el comportamiento del medio ambiente en el Ordenamiento Jurídico español, es necesario conocer las diversas “fuentes” que en el animo de consolidar la protección del compuesto medio ambiente-ser humano –dicha relación vista desde un sentido macro-

²⁰⁸ Cfr. LOVELOCK, James Ephraim. *La Tierra... Op. cit...* pp. 92-93.

²⁰⁹ Cfr. BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo... Op. Cit.*, p. 124.

nutren al Derecho Ambiental. Ello es imprescindible desde un punto de vista sistemático, y también práctico: pues como con acierto señala DE MIGUEL PERALES²¹⁰, «el jurista que vaya a trabajar con el Derecho Ambiental debe conocer de donde afloran las distintas normas con que trabaja, para así poder solucionar los problemas que, sin duda, se le plantearan, tales como determinar qué norma es de aplicación preferente, o a qué autoridad hay que acudir en supuestos de conflicto».

Así, en primer término tenemos que partir de lo que encierra la acepción de fuente del Derecho, y para ello FERNÁNDEZ MARTINEZ²¹¹ señala que «son los hechos o formas mediante los que la sociedad establece o exterioriza sus normas jurídicas; esta descripción se refiere al contenido formal del concepto, si bien el profundo posee un profundo sentido material, que evoca la idea sobre el propio origen, función y fin de Derecho».

En la concepción más amplia que aprendimos en nuestra formación como juristas, entendemos a la fuente del Derecho como el órgano de creación de las normas jurídicas.

De acuerdo con el Sistema Jurídico Español y siguiendo a SERRANO TARRAGA²¹², es el órgano donde emanan las normas, y en virtud del principio de división de poderes, el poder legislativo es el que tiene atribuida la competencia legislativa, representado por el Parlamento de la Nación. Tras la aprobación de la constitución española de 1978, se reconoce competencia legislativa a las Comunidades Autónomas, por lo que comparten con el Estado la potestad de dictar normas con fuerza y valor de Ley. Así bien, se tienen dos sistemas de fuentes: el estatal y el autonómico. Las leyes de las Comunidades Autónomas son una manifestación del principio de autonomía, y son de igual naturaleza y rango que las leyes

²¹⁰ DE MIGUEL PERALES, Carlos. *Derecho español del medio ambiente... Op. Cit...* p. 39.

²¹¹ Por ello –continúa el autor– la división más importante a la hora de clasificar las fuentes del Derecho es la que distingue entre fuentes formales, consideradas como objetos u órganos de creación de normas y materiales, que son los elementos o factores que contribuyen a fijar el contenido de la norma jurídica. *Cfr.* FERNÁNDEZ MARTÍNEZ. Juan Manuel. *Diccionario Jurídico... Op. Cit...* p. 344.

²¹² *Vid.* SERRANO TARRAGA, María Dolores *et al.* *Tutela Penal Ambiental.* Dykinson. Madrid, 2009, p. 61.

ordinarias que emanan de los órganos centrales del Estado. No obstante el Estado tiene la competencia legislativa sobre determinadas materias, recogidas en el artículo 149 de la Constitución.

1. Fuentes internacionales además de la Unión Europea

La interdependencia de las relaciones jurídicas en un ámbito superador de fronteras entre estados ha venido a consagrar la realidad de una verdadera comunidad jurídica supranacional asentada en Tratados y Convenios internacionales, de modo que el Derecho de cada país no puede concebirse como simple resultante de parciales actividades legislativas de los estados, sino que, sobre la base del principio de solidaridad e interdependencia en las relaciones internacionales, se ha venido a reconocer y a configurar una nueva concepción de la idea de soberanía asentada en las ideas de integración y acatamiento de principios y normas de ámbito supranacional. Tal es, en realidad, el fundamento justificador y básico del Capítulo 3 del Título III de la CE, que dando reconocimiento a los Tratados y Convenios Internacionales, los incorpora al Ordenamiento interno una vez que, válidamente celebrados, hayan sido publicados íntegramente en el BOE. En esta secuencia de ideas y a propósito de este primer epígrafe, que de entrada nos conduce a ese ámbito exterior de nuestro terreno esencial de estudio, es considerable que de manera previa, resaltemos el fundamento que “habilita” a los documentos que emanen de sede distinta a la legislación local. De esto, en relación con el artículo 96 de la Constitución Española²¹³ tenemos lo siguiente:

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados eficazmente en España, formarán parte del Ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

²¹³ Cfr. HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín y GIL IBÁÑEZ, José Luis. *Constitución española... Op. Cit...* pp. 408-409.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

En materia de medio ambiente, entre otros, España ha suscrito convenios internacionales en materia de protección y preservación del medio marino; contaminación²¹⁴ del mar por hidrocarburos, sustancias distintas a hidrocarburos, buques o residuos; contaminación atmosférica; movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, y su eliminación; guerra y sus incidencias ambientales; vida silvestre y medio natural; energía nuclear; y medio ambiente laboral, entre otros. De acuerdo con el artículo 96 de la CE – y como ya mencionamos-, estos convenios, debidamente publicados en el BOE, son normativa española, y como tal, plenamente aplicable. Su aplicación práctica, en cambio, se reduce estrictamente a los campos que regulan, que no son de lo más importante en la práctica diaria del Derecho Ambiental²¹⁵.

Así forjado, tal y como avanzábamos, podemos percatarnos que el Derecho Ambiental constituye un fenómeno relativamente reciente cuyo origen se ubica temporalmente en la segunda mitad del siglo XX y que cobra especial fuerza en las dos últimas décadas como consecuencia tanto de los avances del conocimiento científico con respecto al deterioro del medio ambiente como de la creciente sensibilización social con respecto a los problemas ambientales (el efecto invernadero, el avance de la desertización, la pérdida de la biodiversidad, la aceleración del cambio climático, etc.).

²¹⁴ Sobre contaminación véase, JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Vocabulario ambiental práctico... Op. Cit...* p. 37. «Del latín “*contaminatio*”. En, el Digesto Romano (533 d. C.) aparece el término “*contaminaverit*”. Es la alteración nociva de las condiciones normales de cualquier medio por la presencia de agentes físicos, químicos o biológicos ajenos al mismo (sustancias o formas de energía). La contaminación puede clasificarse: por el medio donde se manifiesta (atmosférica, hídrica, edáfica), por la incidencia espacial (descarga de agua caliente de una central térmica, ruido, etc.), por el origen (química, energética, etc.)».

²¹⁵ Para una óptica más amplia sobre los acuerdos ambientales multilaterales véase a LAVRANOS, Nikolaos. “Multilateral Environment Agreements: Who makes the binding decision?” *European Energy and Environmental Law Review*. N° 2. February 2002, pp. 44-50.

Esbozado lo que se antepone, resulta conveniente adquirir una sumaria perspectiva histórica de la progreso que ha tenido el Derecho Ambiental en su óptica internacional, para lo cual se presenta la siguiente cronología que comprende los principales hitos históricos de dicha evolución²¹⁶. La relevancia de palparlo en el presente estudio, se deriva de que en la consulta de la misma –lista cronológico- puede apreciarse la singular importancia adquirida en este sector por los instrumentos de Derecho Internacional, no solo como reflejo de una toma de conciencia mundial (adecuada a la globalidad del problema abordado) sino como punto de partida y estímulo para la configuración y desarrollo de los sistemas normativos nacionales referidos al fenómeno ambiental.

Bien así, en el contexto de lo que expusimos de manera previa inmediata, encontramos lo sucesivo:

CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA CONSERVACIÓN Y UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS (1949)

Aunque sus resultados fueran limitados, a raíz de la misma quedo determinada la implicación y competencia de Naciones Unidas en materia ambiental (en su seno, ya entonces, adquiriría protagonismo la problemática de las relaciones entre desarrollo y conservación del medio ambiente). En este sentido, la conferencia fue precursora de una inercia que desembocaría en otras Conferencias posteriores de mayor importancia e impacto (Estocolmo y Rio de Janeiro).

APROBACIÓN EN USA DE LA *NATIONAL ENVIRONMENTAL POLICY ACT* (NEPA) (1969)

En la misma se formula por vez primera el principio de unidad de gestión en materia ambiental, dando lugar a la creación de la Agencia Federal de

²¹⁶ Cfr. SÁNCHEZ –MESA MARTÍNEZ, Leonardo J. *“Aspectos básicos del Derecho Ambiental... Op. Cit...”* pp. 46-48.

Protección Ambiental. Constituye también el antecedente mas lejano de la metodología de evaluación de impacto ambiental y su punto de partida. En ella se impuso por vez primera, una obligación generalizada de someter a una evaluación ambiental previa tanto proyectos públicos como privados. Se trata de una disposición pionera en su momento y que después resultaría modélica para la implantación y desarrollo en otros países de una herramienta fundamental del Derecho Ambiental.

CONVENCIÓN RELATIVA A LOS HUMEDALES DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL (CONVENIO DE RAMSAR) (1971)

La Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, firmada en Ramsar (Irán) tiene por objetivo esencial «la conservación y el uso racional de los humedales mediante acciones locales, regionales y nacionales y gracias a la cooperación internacional, como contribución al logro de un desarrollo sostenible en todo el mundo».

CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO HUMANO (CONFERENCIA DE ESTOCOLMO) (1972)

La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada al objeto de discutir el estado del medio ambiente mundial, fue la primera gran conferencia de la ONU sobre cuestiones ambientales internacionales, y marco un punto de inflexión en el desarrollo de la política internacional del medio ambiente, reconocido como el arranque de la conciencia moderna política y pública de los problemas ambientales globales. La misma tuvo un impacto especial en las políticas medioambientales de la entonces Comunidad Europea.

CREACIÓN DEL PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA) (1972)

Programa de las Naciones Unidas que coordina las actividades relacionadas con el medio ambiente en múltiples campos (protección de la atmósfera, ecosistemas terrestres, promoción de las ciencias medioambientales, emergencias relacionadas con desastres medioambientales, etc.), asistiendo a los países en la implementación de políticas medioambientales adecuadas así como en el fomento del desarrollo sostenible.

PROTOCOLO DE MONTREAL RELATIVO A LAS SUSTANCIAS QUE AGOTAN EL OZONO (1985)

Es un tratado internacional diseñado para proteger la capa de ozono reduciendo la producción y controlar el consumo de las sustancias que se consideran responsables de su deterioro. Este tratado ha sido alabado como ejemplo de cooperación internacional en materia ambiental por su alto grado de aceptación e implementación.

INFORME BRUNDTLAND (1987)

Como ya habíamos adelantado, el Informe socioeconómico elaborado por distintas naciones en 1987 para la ONU, por una comisión encabezada por la doctora G. H. Brundtland, donde se utilizó por vez primera el término desarrollo sostenible, definido como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones. Implica un cambio muy importante en cuanto a la idea de sostenibilidad, principalmente ecológica, y a un marco que da también énfasis al contexto económico y social del desarrollo²¹⁷.

²¹⁷ Cfr. BOADA JUNCÁ, Martí. *El planeta nuestro cuerpo... Op. Cit...* pp. 23-26.

Al respecto, BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés. *Derecho... Op. Cit...* p. 179. «El informe de la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del desarrollo, más conocido como informe de

DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO (1992)

Adoptada en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro, en junio de 1992, la misma aportó un conjunto de principios sin fuerza jurídicamente vinculante con el fin de reafirmar y desarrollar la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo 1972). Dichos principios ofrecen una base sobre la que conjugar el derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza, con el derecho soberano de los Estados para aprovechar sus recursos naturales y su responsabilidad aparejada de velar por la conservación del medio ambiente, evitando los daños para otros Estados. La Declaración recoge propuestas de acciones a adoptar en el ámbito social, económico, cultural, científico, institucional, legal y político²¹⁸.

Brundtland, del año 1987, fue el que contribuyó decisivamente a la consolidación del Nuevo paradigma, aunque decantándose por la vertiente económica-ambiental de lo sustentable. El informe definió el desarrollo sostenible como aquél que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las futuras para satisfacer las suyas. Este enfoque encierra dos conceptos fundamentales: (i) el de las necesidades, en particular, las esenciales de los pobres, a los que se debe otorgar prioridad; y (ii) el de las limitaciones que imponen los recursos naturales, el estado actual de la tecnología y de la organización social y la capacidad de la biosfera de absorber los efectos de las actividades humanas». Véase, DIAS VARELLA, Marcelo. "O surgimento e a evolução do Direito Internacional do meio ambiente: da proteção da natureza ao desenvolvimento sustentável". En, MARCELO DIAS VARELLA y ANA FLÁVIA BARROS-PLATIAU. *Proteção... Op. Cit...* p. 16. «O Relatório Brundtland foi a base da segunda grande Conferência do Rio de Janeiro em 1992. O documento deu o tom, pedindo a união necessária entre desenvolvimento e meio ambiente. Não trazia nada de novo sobre o estado da questão, mas reuniu as principais teorias que demonstravam a possibilidade de desenvolvimento sustentável e as consequências de sua não adoção. Contribuiu, portanto, à valorização da proteção do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável no âmbito das Nações Unidas e, sobretudo, junto às agências mais ligadas ao comércio, como o Banco Mundial, que criou, mais tarde, divisão encarregada de tratar o meio ambiente como importante elemento a levar em consideração o financiamento de projetos de desenvolvimento, modificando, assim, a política anterior».

²¹⁸ Sobre la Declaración de Río, BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés. *Derecho Ambiental*. La Ley. Madrid, 2014, p. 179-180. «La Declaración de Río sobre el medio ambiente y el

CONVENIO SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA (1992)

Constituye el primer acuerdo global para abordar todos los aspectos de la diversidad biológica (recursos genéticos, especies y ecosistemas), donde se reconoce, por vez primera, que la conservación de la diversidad biológica es «una preocupación común de la humanidad» y una parte integral del proceso de desarrollo. Sus disposiciones sobre la cooperación científica y tecnológica, el acceso a los recursos genéticos y la transferencia de tecnologías ambientalmente sanas, son la base de la asociación entre Estados que el mismo propugna.

PROTOCOLO DE KYOTO SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO (1997)

Protocolo adaptado en el seno de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) que comprende un acuerdo internacional de carácter vinculante cuyo objeto es reducir las emisiones de los principales gases de efecto invernadero que causan el calentamiento global conforme a unos porcentajes máximos a escala global, pero vinculando a los Estados firmantes a unos porcentajes propios de emisión que deben disminuir.

desarrollo de 1992 dio status oficial al desarrollo sostenible como directriz y objetivo de los Estados para asegurar la integridad del sistema ambiental pero sin poner en cuestión el desarrollo mundial para proveer la satisfacción de las necesidades, así como las aspiraciones al bienestar de todos los seres humanos, en particular, de los menesterosos. En la Declaración de Río, el desarrollo sostenible es un objetivo que condensa cuatro elementos: (i) la necesidad de preservar los recursos naturales para el beneficio de las generaciones futuras (principio de la equidad intergeneracional); (ii) la explotación de los recursos naturales conforme a los criterios de sostenibilidad, prudencia, racionalidad y juicio (principio del uso sostenible); (iii) el uso equitativo de los recursos que implica que el uso que un Estado hace toma en cuenta las necesidades de otros Estados (principio de uso equitativo o de equidad intergeneracional); y (iv) la necesidad de asegurar la integración de las consideraciones ambientales en los planes, programas y proyectos, y que las necesidades de desarrollo deben tener en cuenta la aplicación de los objetivos ambientales (principio de integración)».

CUMBRE MUNDIAL SOBRE DESARROLLO SOSTENIBLE (JOHANNESBURGO) (2002)

Con independencia de su impacto efectivo y sus limitados logros como instrumento de coordinación internacional, este encuentro constituyó un reflejo de la necesidad de implicar a todos los posibles actores en el objetivo del desarrollo sostenible, razón por la cual no quedé limitado a la participación de los Estados, sino también a la de ONGs, asociaciones ecologistas, periodistas y empresas.

Por lo que se refiere a la UE como fuente de Derecho Ambiental²¹⁹ y paralelo a lo que analizamos en el epígrafe previo, debe decirse que, originalmente, el medio ambiente no era una materia a regular por la relevancia que pudiera tener en sí mismo, sino como medio para conseguir los objetivos propios de la entonces Comunidad Económica Europea, esto es, promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armónico de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad. Con el paso del tiempo se puso de manifiesto la necesidad de llevar a cabo acciones en materia ambiental, para conseguir alguno de los objetivos implícitos en el general antes descrito, tales como la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los ciudadanos europeos, y, mas importante (desde la óptica de las instancias comunitarias), procurar un desarrollo armónico de las actividades económicas y una expansión continua y equilibrada, todo ello en un marco de libre competencia que podía verse afectado por normas de protección ambiental.

Todo lo que precede propicio a que en octubre de 1972 los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Europea, en una reunión celebrada en París, pusieran de manifiesto la necesidad de llevar a cabo, a nivel

²¹⁹ Cfr. Art. 93 CE. HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín y GIL IBÁÑEZ, José Luis. *Constitución española*. 5ª edición. Colex. Madrid, 2010, p. 405.

comunitario, en coordinación con los Estados miembros, la política de medio ambiente²²⁰.

Con anterioridad, en el mismo año 1972, se había celebrado en Estocolmo la Conferencia de la ONU de lo que resultó la Declaración sobre el hábitat humano (16 de junio de 1972), en la que se había señalado la necesidad de que todos los ciudadanos, colectivos y organizaciones colaborasen en la tarea de proteger y mejorar el medio ambiente.

En la Cumbre de París se declaró expresamente que la expansión económica, que no es un fin en sí misma, debe prioritariamente atenuar la disparidad de las condiciones de vida, a lo que deben coadyuvar todas las fuerzas sociales. Ello debería conducir a una mejora de la calidad y del nivel de vida.

La dificultad posterior de poner en práctica estos principios sería de naturaleza puramente jurídica, ya que el medio ambiente no aparecía expresamente como objetivo de la Comunidad Económica Europea. De ahí que la promulgación de normas comunitarias ambientales se justificará sobre la base de dos apoyos indirectos: por un lado, en 1ª previsión contenida en el Tratado de la CEE, de acuerdo con la cual los representantes de los Estados miembros aseguran, mediante una acción común, el progreso económico y social de sus respectivos países, fijando como fin esencial de sus esfuerzos la constante mejora de las condiciones de vida de sus pueblos; por otro lado, en la aspiración de los Estados miembros de lograr, entre otros, el objetivo de un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, y una elevación acelerada del nivel de vida. De hecho, según el TJCE, las medidas ambientales establecidas por los Estados pueden gravar a las empresas, y si no existe coordinación al respecto entre los Estados

²²⁰ Esta reunión entre Jefes de Estado también se le denominó Cumbre de París. Para una mayor amplitud de lo abordado ahí, véase a PLAZA MARTÍN, Carmen. "Medio ambiente en la Unión Europea". *Tratado de Derecho Ambiental*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 82-85.

miembros, puede producirse una distorsión de la competencia contraria a la finalidad del mercado común (sentencias –dos- de 18 de marzo de 1980).

Para evitar esto se utilizaran dos vías: los artículos 100 (aproximación de las legislaciones de los Estados miembros) y 235 CEE (ampliación de poderes de la Comunidad ante un determinado vacío en el Tratado).

Como concluye AGUDO GONZÁLEZ²²¹ el Tratado de Amsterdam dispone de dos bases jurídicas que forman parte de una única materia «medio ambiente», que se distinguen según su finalidad: la protección del medio ambiente en sí misma, y la protección del medio ambiente a través de normas armonizadoras que fundamentalmente pretenden el establecimiento y funcionamiento del mercado interior²²².

Esta situación cambiara formalmente en 1987 con el Acta Única Europea²²³ («DOCE» de 29 de junio de 1987), en la que el medio ambiente aparece ya como objetivo comunitario considerado como principal por sí mismo, y se ratifica en 1992 con el Tratado de Maastricht.

En 1987 se publicó el informe titulado *Our Common Future*, mas conocido Como Informe Brundtland (apellido de la Primera Ministra de Noruega que dirigió su elaboración) , mismo que –como ya hicimos referencia antes- recogía el principio del desarrollo sostenible. La plasmación práctica de las instancias de la UE Como fuente de Derecho Ambiental se halla básicamente en el colosal numero de Directivas y algún que otro Reglamento que se ha dictado sobre la materia.

De otro lado tenemos, el que, vino a ser la consolidación de la política ambiental comunitaria -considerado así por un sector de la doctrina y por la

²²¹ AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. “Las competencias de la Comunidad Europea en materia medioambiental y su incidencia en el ejercicio de las competencias en el ámbito interno”. *RDUMA*. Montecorvo. Año 33, Nº 172. Madrid, 1999, pp. 138-139.

²²² *Cfr.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Unión Europea, Derecho Penal (ambiental) y Derecho comunitario”. *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al Profesor Josep Miguel Prats Canut... Op. Cit...*, pp. 80-81.

²²³ Cabe resaltar que esta entro en vigor el 1 de julio de 1987. Para un detalle lato confróntese a: PLAZA MARTÍN, Carmen. “Medio ambiente en la Unión Europea”. *Tratado de Derecho Ambiental... Op. Cit...* pp. 85-88.

política en la materia-, nos referimos pues al Tratado de Maastricht. Con el Tratado de la Unión Europea –cuya negociación coincidió con la preparación de la Conferencia Nacional de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible celebrada en junio de 1992, la que a su vez dio lugar a la Declaración de Río y a la Agenda 21-, se incorpora por primera vez la protección del medio ambiente entre objetos previstos en la primera parte del Tratado de la Comunidad Europea.

Entre otras de las novedades importantes introducidas por este documento de carácter internacional, podemos apuntar que se modifica el art. 130 S. 5 para incluir la posibilidad de que el Consejo UE acuerde apoyo financiero a cargo del Fondo de Cohesión -creado con el Tratado de Maastricht²²⁴— cuando una medida adoptada sobre la base del apartado 1 del mismo artículo implique costes que se consideren desproporcionados para las autoridades públicas de un Estado miembro. Y con ello se va a constitucionalizar, tal y como ha señalado ALONSO GARCÍA²²⁵, una vía de excepción al principio de quien contamina paga“.

También, se modifican los procesos de toma de decisión comunitarios en materia de medio ambiente, imponiéndose en la adopción de medidas basadas en el art. 100. A (armonización de legislaciones para el mercado interior) el denominado “procedimiento de codecisión”, regulado en el entonces artículo 189 B, en el que la posición del Parlamento en el proceso legislativo comunitario se va a ver fortalecida de manera esencial, en la medida en que va a posibilitar por vez primera que la medida propuesta por la Comisión no pueda ser aprobada si existe la oposición final del Parlamento (este procedimiento, recogido tras el Tratado de Amsterdam en el art. 251 TCE, era en esencia similar al actual “procedimiento legislativo ordinario” regulado en el art. 294 TFUE). Al mismo tiempo, en el marco del Título de Medio Ambiente se va a prescribir el uso del procedimiento de

²²⁴ Firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

²²⁵ ALONSO GARCÍA, Enrique. *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. Volumen I. El marco constitucional de la política comunitaria de medio ambiente. Aplicación de la legislación ambiental comunitaria*. Civitas, Madrid, 1993, 103 y ss.

cooperación (antes reservado para las medidas adoptadas sobre la base del art. 100.A). No obstante, en el marco del Título de Medio Ambiente determinadas materias seguirán siendo adoptadas por decisión unánime del Consejo puesto que en el apartado 2 del art. 130 S (que permaneció en términos similares tras los Tratados de Amsterdam y Niza como art. 175.2 TCE) se reservó a tal procedimiento las “disposiciones esencialmente de carácter fiscal”, las “medidas de ordenación territorial y de utilización del suelo con excepción de la gestión de los residuos y las medidas de carácter general, así como las medidas relativas a la gestión de los recursos hídricos”, y las “medidas que afecten significativamente a elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético”.

2. Fuentes nacionales: Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales

Al hablar de las fuentes nacionales del Derecho Ambiental español, debemos atender a lo que establece la CE sobre reparto de competencias en materia de medio ambiente.

No es superfluo adelantar que -tal y como nos hemos percatado después de estudiar este apartado- en ocasiones, el sistema de distribución de competencias ambientales entre el estado y las Comunidades Autónomas puede generar incertidumbre y, por ende, inseguridad jurídica. Uno de los problemas que se suscitan con relativa frecuencia, es que las comunidades autónomas proceden a dictar normas en materia de legislación básica estatal, normalmente por transposición de directivas comunitarias (en ocasiones, por el retraso imputable al legislador estatal) y, con posterioridad, cuando se dicta la legislación básica, las normas autonómicas han de entenderse desplazadas por ésta, pero no siempre se procede a su derogación expresa, creando una situación de inseguridad jurídica.

De lo anterior, tenemos que el artículo 148.1²²⁶, en sus reglas 3ª, 8ª, 9ª, 10ª y 11ª, establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de gestión de ordenación del territorio, urbanismo, vivienda (3ª), montes aprovechamientos forestales (8ª), protección del medio ambiente (9ª) proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de la comunidad autónoma (10ª), y pesca en aguas interiores, marisqueo, acuicultura, caza y pesca fluvial (11ª).

Por su parte, según el artículo 149.1, reglas 19ª, 22ª y 23ª, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las Comunidades Autónomas (19ª), legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una comunidad autónoma (22ª), y legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección (23ª).

La Ley orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 CE, viene a completar este panorama, al ceder a estas Comunidades Autónomas competencias exclusivas en materia de ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran íntegramente por el ámbito de la comunidad autónoma, e industria [(arts. 2 a) y g), 6 y 9], y desarrollo legislativo y ejecución en materia de normas adicionales de protección del medio ambiente [art. 3.c)]²²⁷.

Por su lado, el artículo 25.1 de la Ley 7/ 1985, reguladora de las bases del régimen local, establece que el Municipio, para la gestión de sus intereses) y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer

²²⁶ HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín y GIL IBÁÑEZ, José Luis. *Constitución española... Op. Cit...* pp. 521 y ss.

²²⁷ Con mayor extensión sobre las competencias autonómicas en materia de medio ambiente véase a DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael. "El problema de la articulación competencial en materias de medio ambiente: el problema institucional de la gestión ambiental". *RIGA*. La Ley Actualidad. Año 3, Nº 29. Madrid, 2001, pp. 1-24.

las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, y en su número 2 que el Municipio ejercerá en todo caso competencias, en las términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias... d) ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística... f) Protección del medio ambiente... l) Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales...

El artículo 26 de esta misma Ley establece que:

1. Los Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

- a) En todos los Municipios: recogida de residuos, limpieza viaria...alcantarillado...
- b) En los Municipios con población superior a 5. 000 habitantes, además: ...tratamiento de residuos...
- c) En los Municipios con población superior a 50. 000 habitantes, además: ...protección del medio ambiente.

A esta normativa debe añadirse la Ley 14/ 1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que establece (principalmente en su artículo 42) diversas competencias locales relacionadas con el medio ambiente (control sanitario del medio ambiente, y de industrias y servicios, entre otros)²²⁸.

De esta normativa ya aparecen las líneas generales sobre los papeles de cada uno de los poderes públicos territoriales en materia de medio ambiente: las facultades de dictar normas corresponden, en esencia, al Estado (legislación básica, incluyendo la civil y la penal) -art. 149.1. 6ª y 8ª- y a las Comunidades autónomas (en esencia, legislación de desarrollo); a los municipios les quedan aquellas otras normas de desarrollo (básicamente ordenanzas) en el marco de legislación estatal y autonómica

²²⁸ RODRÍGUES-ARANA MUÑOZ, Jaime. "Medio ambiente y Administración Local". *RDUMA*. Montecorvo. Año 35. Nº 188. Madrid, 2001, pp. 183-184.

De acuerdo con al STS de 26 de julio de 2006, un Ayuntamiento puede asumir las competencias ejecutivas en materia de medio ambiente que no se están aplicando en su término municipal por la comunidad autónoma, siempre que no contradiga la legislación aplicable.

Es también interesante leer, en materia de competencias municipales las SSTS de 24 de enero de 2000 y 18 de junio de 2001, en relación con instalaciones de telecomunicaciones. De su lectura se deduce que la existencia de un reconocimiento de la competencia en una materia como exclusiva de la Administración del Estado no comporta, por si misma, la imposibilidad de que en la materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los entes locales, por lo que éstos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones (en los casos concretos analizados por las sentencias, condiciones para las redes de telecomunicaciones) y contemplar exigencias y requisitos tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos [art. 25.2.a) de la Ley 7/1985], ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas [art. 25.2.b)], protección civil, prevención y extinción de incendios [art. 25.2.c)], ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística [art. 25.2.d)], protección del medio ambiente [art. 25.2.f)], patrimonio histórico-artístico [art. 25.2.e)] y protección de la salubridad pública [art. 25.2.f)]. El ejercicio por los entes locales de estas competencias no puede, por supuesto, entrar en contradicción con el ordenamiento, ni traducirse en restricciones absolutas a desarrollar la actividad de que se trate, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

También en relación con las potestades de los entes locales, esta vez en relación con la actividad de construcción y mas centrado en la defensa de un medio ambiente sano y no deteriorado por la contaminación acústica, ver STSJ Baleares de 1 de junio de 2001. En materia de ruidos, véase la STC 16/2004.

Mas en abstracto, la STS de 10 de julio de 2002 recuerda el carácter transversal de las competencias medioambientales del Estado y las Comunidades Autónomas, que les facultan para dictar la normativa medioambiental que les permita ejercer las funciones de supervisión y control de los actos de los entes locales cuando éstos puedan afectar a la preservación, conservación o mejora de intereses supramunicipales.

Volviendo alas competencias del Estado, debe quedar clara la idea de que lo que sea «básico» no quedara al arbitrio del legislador estatal, sino del Tribunal Constitucional. En esta materia el TC no ha mantenido una posición constante.

Así, en un principio el TC afirmaba que corresponde al Estado 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 en esta materia, así como la exigencia de la indispensable solidaridad colectiva a que se refiere el artículo 45.2 CE (STC 64/1982, de 4 de noviembre)²²⁹.

La primera modulación a esta opinión se dará en la STC 170/ 1989, cuando el TC afirmará que lo básico debe entenderse no como uniformidad relativa, sino como ordenación de mínimos que han de respetarse en todo caso, de tal modo que, a partir de ahí, las Comunidades Autónomas con competencia en la materia puedan establecer niveles de protección más altos que no entrarían solo por eso en contradicción con la normativa básica del Estado.

Esta línea se concretará de una manera muy especial en la STC 149/1991, donde el TC afirma que el constituyente no ha pretendido reservar a la competencia legislativa del Estado solo el establecimiento de preceptos básicos necesitados de ulterior desarrollo, sino que, por el contrario, ha entendido que debía ser el Estado el que estableciese toda la normativa que considerase indispensable para la protección del medio ambiente, sin

²²⁹ Al respecto, véase a LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo... Op. Cit...* p. 114 y ss.

perjuicio de que ese nivel de protección fuese mejorado por las Comunidades Autónomas. El TC estaba concediendo así el máximo nivel de competencias estatales sobre protección del medio ambiente .

La consecuencia directa derivada de este criterio sería entonces que cabría considerar que las leyes básicas, en la medida en que vienen a fijar el alcance preciso del ámbito en que las Comunidades Autónomas pueden ejercitar legítimamente sus competencias, operan como canon en el control de constitucionalidad de las leyes autonómicas²³⁰.

La doctrina anterior daría un giro radical en la STC 102/1995, que expresamente contradice los razonamientos expuestos. En esta ocasión, el TC manifiesta que en materia de medio ambiente el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica para la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, no puede llegar, frente a lo afirmado en la STC 149/1991, a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido.

En nuestros días, nos encontramos con una doctrina del TC con la cual, para que la normativa básica pueda ser reconocida como tal deben concurrir ciertos requisitos de orden formal (por todas, ver STC 101/2005).

En cuanto a los requisitos materiales, la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, esos principios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente; y si bien las Cortes deben establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será el TC el competente para decidirlo, en su calidad de intérprete supremo de la CE.

Por lo que respecta a los requisitos formales, el TC ha prestado atención a una exigencia cuya finalidad esencial es la de excluir la incertidumbre jurídica que supondría que el Estado pueda oponer como norma básica a las Comunidades Autónomas, sin previa advertencia,

²³⁰ *Cfr.* Las SSTC 60/1993, 61/1993 y 163/1995.

cualquier clase de precepto, legal o reglamentario, al margen de cual sea su rango y estructura. Así, dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la es, según el TC, la Ley, ya que solo a través de este instrumento normativo se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas. De suerte que la propia Ley puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica.

El propio TC ha admitido que esta exigencia formal no es absoluta, de tal manera que excepcionalmente pueden considerarse básicas algunas regulaciones no contenidas en normas con rango legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases.

La doctrina del TC sobre las exigencias y características de la normativa básica se completa con otros criterios. El primero de estos criterios, ya citado antes, se concreta en que en materia de medio ambiente el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, no puede llegar a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido. El segundo criterio consiste en que lo básico, como propio de la competencia estatal en esta materia, cumple mas bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección mas altos. No son, por tanto, lo genérico o lo detallado, lo abstracto o lo concreto de cada norma, las piedras de toque para calificarla,

o no, como básica, sino su propia condición de tal a la luz de lo ya dicho (*sic*).

El tercer criterio que establece el TC constitucional a tener en cuenta es el relativo al alcance de la afectación transversal que las directrices básicas medioambientales pueden tener, no ya sobre las normas de desarrollo legislativo y la ejecución en la propia materia de medio ambiente, sino sobre las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas con las que se entrecruzan y que están directamente implicadas (ordenación del territorio, caza, pesca fluvial y lacustre, pesca en aguas interiores, marisqueo, turismo, ocio y tiempo libre, desarrollo comunitario e investigación, entre otras).

La afectación transversal del título competencial del Estado, que se ciñe al ámbito de lo básico (art. 149.1. 23ª CE), será conforme con el orden constitucional de competencias, en su condicionamiento de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas, cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón a la apreciable repercusión negativa que el ejercicio ordinario de la actividad sectorial de que se trate pueda tener para el medio ambiente. Cuando así ocurra, los límites impuestos podrán calificarse de normas básicas ex art. 149.1. 23ª CE.

Por el contrario, la afectación transversal de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas resultara vulneradora del orden competencial cuando la normativa estatal comporte, mas que el establecimiento de limitaciones específicas o puntuales de las actividades sectoriales, una regulación de mayor alcance, incluso aunque dicha regulación presente una finalidad de protección ambiental. En estos casos no estaremos ante normas básicas del medio ambiente, sino ante verdaderas normas encuadrables en la materia sectorial que en cada caso corresponda.

Además de todo lo precedente, el TC ha subrayado (STC 33/2005) que el contenido normativo de lo básico en esta materia no significa la exclusión de otro tipo de actuaciones que exijan la intervención estatal, entre

las que pueden incluirse funciones ejecutivas; ésta es una solución excepcional a la cual solo podrá llegarse cuando no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas, o cuando además del carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él y, aun en este caso, siempre que dicha actuación tampoco pueda ejercerse mediante mecanismos de cooperación o de coordinación y, por ello, requiera un grado de homogeneidad que solo pueda garantizar su atribución a un único titular, forzosamente el Estado, y cuando sea necesario recurrir a un ente supraordenado con capacidad de armonizar intereses contrapuestos de sus componentes parciales, sin olvidar el peligro inminente de daños irreparables, que nos sitúa en el terreno del estado de necesidad. Se produce así, según el TC, la metamorfosis del título habilitante de tales actuaciones, cuyo asiento se encontraría en la competencia residual del Estado (art. 149.3 CE), mientras que en situación de normalidad las facultades ejecutivas o de gestión en materia de medio ambiente corresponden a las Comunidades Autónomas dentro de su ámbito espacial y no al Estado. En esta misma línea, dice el TC (sentencia 38/ 2002) que aunque las competencias de las Comunidades Autónomas se circunscriben a su ámbito territorial, ello no impide que el ejercicio de las competencias de una comunidad pueda tener repercusiones fuera de ella. El ejercicio de una competencia atribuido a una comunidad autónoma debe tener como soporte y presupuesto el territorio en el cual esa comunidad ejerce sus potestades, de suerte que éste opera como límite para aquél, ya que, si no se respetara tal ámbito competencial, podría invadirse indebidamente el de otra comunidad con olvido de lo que el mismo TC ha denominado la territorialidad de las competencias autonómicas.

En materia de derecho sancionador²³¹, la STC 156/ 1995 declara, con apoyo en la doctrina de la STC 102/ 1995, que, con la finalidad de

²³¹ Esto, sin soslayar que la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas está sometida al principio de legalidad, como en general toda su actuación: artículos 103 y 106 CE. La jurisprudencia del TS se ha referido, en numerosas ocasiones, a las potestades sancionadoras de la Administración, y ha determinado que debe realizarse a través de la Ley:

garantizar unos mínimos comunes de protección del medio ambiente en todo el territorio nacional, el Estado puede establecer con carácter básico un catálogo de infracciones -ampliable por el legislador autonómico- que en todo caso se deberían considerar sanciones administrativas.

Por otro lado, la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de desarrollo legislativo ambiental queda bien resumida por la STC 196/1996: «en el ámbito del artículo 149.1. 23ª CE la legislación básica posee la característica técnica de normas mínimas de protección que permiten normas adicionales o un plus de protección, de forma que la legislación básica del Estado no cumple en este caso una función de uniformidad relativa, sino mas bien de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las comunidades autónomas, con competencias en la materia, establezca niveles de protección mas altos, que no entrarían solo por eso en

La atribución a las Administraciones Públicas de la facultad para sancionar ha de realizarse a través de la Ley formal y con este estricto significado ha de entenderse la palabra “legislación vigente” utilizada por el artículo 25 CE, estando sometida al principio de legalidad, entendido de esta manera, no solo la investidura o habilitación de la potestad sancionadora, sino también la tipificación de las infracciones y la determinación de las sanciones: SSTS de 20 de enero y 26 de junio de 1987, 18 de enero de 1990, 7 de noviembre de 1991 y 24 de septiembre de 1992) .En el mismo sentido las SSTC 3 de octubre de 1984, 7 de abril de 1987 y 17 de julio de 1995). La potestad sancionadora de la Administración esta sujeta a una reserva de Ley que es incompatible tanto en la regulación reglamentaria de las infracciones y sanciones carentes de habilitación legal, como con la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras por norma de rango legal vacía de contenido material propio. Es pues, el legislador el que tiene la obligación de regular los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes para dar cumplimiento al principio de reserva de Ley. En el ámbito local, el ejercicio de la potestad sancionadora por los Ayuntamientos a través de ordenanza (norma reglamentaria), ha de someterse a la reserva de Ley del artículo 25 CE, en el sentido matizado por el Tribunal Constitucional, quien deriva de este precepto dos exigencias mínimas: 1. De una lado, la Ley debe fijar los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales los ayuntamientos pueden establecer tipos de infracciones; se trata de criterios y no de definición de tipos. 2. De otra parte, la Ley reguladora de cada materia, ha de establecer las clases de sanciones que puedan establecer las ordenanzas municipales; no se exige tampoco que la Ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de posibles sanciones que cada Ordenanza puede determinar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma especifica. *Vid.* TORRES LÓPEZ, María Asunción. “El Derecho Sancionador: ámbito penal y ámbito administrativo”. *Derecho Ambiental. (Adaptado al EEES)*. Tecnos, Madrid, 2012, pp. 165-166.

contradicción con la normativa básica del Estado sobre protección del medio ambiente, siendo el sentido del texto constitucional el de que las bases estatales son de carácter mínimo y, por tanto, los niveles de protección que establecen pueden ser ampliados o mejorados por la normativa autonómica. En definitiva, la protección concedida por la Ley estatal (o, en su caso, por la normativa europea²³²) puede ser ampliada y mejorada por la Ley autonómica; lo que resulta constitucionalmente improcedente es que resulte restringida o disminuida (por ejemplo, por imponer un menor plazo de prescripción de las infracciones, o por establecer multas de cuantía sensiblemente inferior a las establecidas en las normas estatales (consúltese entre otras, las SSTC 102/1995, 156/1995, 196/1996, 16/1997 y 166/2002).

Junto a la distribución de competencias sobre la base del artículo 149.1. 23ª CE, ya se ha visto que deben tenerse en cuenta los llamados títulos competenciales afines y colindantes, dado el carácter polifacético y transversal de las competencias sobre medio ambiente. Entre los primeros cabría citar el régimen de las zonas de montaña y los espacios naturales; entre los segundos, estarían aquellas materias en las que las competencias ambientales inciden al tener como objeto elementos integrantes del medio (aguas, atmosfera, fauna y flora, minerales) o ciertas actividades humanas sobre ellos (agricultura, industria, minería, urbanismo, transportes) que a su vez generan agresiones al ambiente o riesgos potenciales para él. Esta incidencia, no obstante, no justifica una *vis expansiva* de las competencias ambientales, sino solo, como se ha dicho, en lo que directamente se refiera a su preservación, conservación o mejora²³³.

En esta misma línea, el TC (y el TS -por ejemplo, sentencia de 26 de octubre de 2005-) ha determinado que la titularidad del dominio público no puede considerarse como título de atribución competencial. Esto es

²³² Confróntese a lo expuesto por el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid: AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. *“Las competencias de la Comunidad Europea en materia medioambiental... Op. Cit... pp. 166 y ss.*

²³³ Cfr. PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María. “Preferencias, coordinación y prevalencia en el ejercicio de competencias concurrentes”. Nº 149. *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999, pp. 131 y ss..

especialmente importante en materia de dominio público hidráulico y dominio público marítimo-terrestre, donde la confluencia de competencias estatales y autonómicas ha creado verdaderos «malabarismos» jurídicos que tratan de conjugar unas y otras, lo cual es muy difícil de conseguir sin detrimento de nadie, ya sea el Estado (p. ej., SSTC 227/1988, 149/1991 y 102/1995) o las Comunidades Autónomas (como eventualmente podría derivarse de las SSTC 13/1998 y 101/2006, y más claramente de la STC 38/2002, de 14 de febrero)²³⁴.

En todo caso, y como muy juiciosamente expone la STS de 8 de julio de 1997, el ejercicio de las facultades atribuidas en el caso de competencias concurrentes se ha de dirigir a posibilitar y propiciar la defensa de las competencias atribuidas a cada una de las Administraciones implicadas, pero no a impedir sin más el ejercicio de las potestades que la otra tenga. Esta misma idea debería también prevalecer cuando se trata no de colisión de competencias, sino de lesiones causadas a una Administración por el ejercicio que otra Administración hace de sus propias competencias (consúltese sobre este tipo de situaciones la STC 195/2001, de 4 de octubre). Por fin, todo lo anterior debe completarse con el principio de lealtad institucional (que engloba, entre otras ideas, la de respeto y cooperación entre Administraciones públicas) a que se refiere el artículo 4 de la Ley 30/1992.

Junto con lo hasta aquí enunciado, deben aún destacarse otros dos conceptos relevantes tratados por la jurisprudencia constitucional, relativos a las potestades de coordinación del Estado, y al principio de cooperación.

El TC, en su sentencia 194/ 2004, recuerda que la coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían la realidad misma del sistema. Aunque

²³⁴ Al respecto, véase a: ALONSO GARCÍA, Ricardo; PLAZA MARTÍN, Carmen y LOZANO CUTANDA, Blanca. “El medio ambiente ante el Tribunal Constitucional: problemas competenciales y ultraeficacia protectora”. *Revista de Administración Pública*. Nº 148. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999, pp. 185-187.

constituye un reforzamiento o complemento de la noción de bases, la coordinación es una competencia distinta a la fijación de bases, que presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas, que el Estado, al coordinarlas, debe respetar. En consecuencia, la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema.

Como complemento de esta noción general de coordinación, el TC añade en tres ideas lo siguiente:

La primera: La coordinación es una facultad que guarda estrecha conexión con la competencia normativa (general, y no solo de bases), de modo que el titular de esta última ostenta aquella facultad como complemento inherente. Resultan así posibles formas de intervención normativa que establezcan reglas que cumplan una función coordinadora de las Administraciones autonómicas entre sí y con el Estado.

La segunda: La coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado.

La tercera: La facultad de coordinación no otorga a su titular competencias que no ostente y, en concreto, facultades de gestión complementarias. Ni la planificación autorizan al Estado para atraer hacia su órbita de actividad cualquier competencia de las Comunidades Autónomas por el mero hecho de que su ejercicio pueda incidir en el desarrollo de las competencias estatales sobre determinadas materias. La coordinación no supone una sustracción o menoscabo de las competencias de las entidades sometidas a ellas: antes bien, presupone lógicamente la titularidad de las competencias a favor de la entidad coordinada, por lo que no puede servir de

instrumento para asumir competencias autonómicas, ni siquiera respecto de una parte del objeto material sobre el que recaen.

Por lo que se refiere al principio de cooperación, el TC afirma que e encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la CE, pues entronca con la necesidad de hacer compatibles los principios de unidad y autonomía. Mientras que la coordinación se conecta con la idea de imposición, la cooperación lo hace con la idea de la voluntariedad. Por ello la cooperación no permite alterar las competencias de los sujetos llamados a cooperar.

La cooperación no prejuzga cual debe ser la correcta técnica para su aplicación, si bien el TC ha entendido que puede satisfacerse generalmente, ya dando entrada a representantes o comisionados de las Comunidades Autónomas en los órganos del Estado, ya integrando alas comunidades autónomas en el curso de los procedimientos públicos que sean ejecutados por la legislación estatal. Así pues, el TC reconoce un margen ele discrecionalidad en la determinación de los específicos mecanismos cooperativos, lo que no implica que dicho margen se conciba como un espacio totalmente inmune al control jurisdiccional.

Junto a las competencias legislativas deben considerarse las ejecutivas. En materia de medio ambiente, la gestión corresponde esencialmente a las comunidades autónomas y, en menor medida (aunque no menos importante en la practica), a las entidades locales, sin perjuicio de que, como se ha visto en los párrafos anteriores, en algunos casos tal tipo de competencias pueda corresponder al Estado²³⁵. En concreto, y de acuerdo con el TC (sentencia 194/ 2004) la intervención de carácter ejecutivo o aplicativo que el Estado puede desempeñar con carácter básico debe tener carácter puntual y concreto, esto es, ha de dirigirse a la puesta en práctica de medidas específicas, puesto que la aplicación ordinaria y general de la

²³⁵ Cfr. VERA JURADO, Diego José. “La evaluación de impacto ambiental y las competencias ejecutivas en materia de medio ambiente: Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Administración Pública*. Nº 148. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999, pp. 182-185.

normativa básica deben realizarla las comunidades autónomas; además, ese ejercicio por el Estado de medidas puntuales y concretas debe tener carácter excepcional, de modo que solo se produzca cuando la aplicación por las Comunidades Autónomas de las medidas de que se trate no garanticen de modo suficiente la preservación de la norma básica, esto es, su efectividad homogénea en el conjunto del territorio nacional²³⁶.

En este ámbito hay una cuestión que puede resultar especialmente problemática. Nos referimos pues a la validez de las autorizaciones que de una Comunidad Autónoma en el resto del Estado, por ejemplo en materia de residuos. Desde un punto de vista práctico la respuesta que se dé es muy relevante: no es lo mismo decir a un gestor de residuos que debe obtener una autorización, o que debe obtener dieciocho.

3. Los compromisos voluntarios

En un primer término y paso previo a que nos ocupemos sustancialmente de algunos tópicos que se han puesto en el escenario donde se debaten las ideas con relación a esta materia, es menester que -a efecto de conocer cual será nuestro punto de salida- nos concentremos en el significado o lo que se debe entender por el concepto de “acuerdos voluntarios”. De esta forma, al amparo de la terminología y sustancia del Derecho Comunitario y siguiendo a SÁNCHEZ-SÁEZ²³⁷, tenemos que «los acuerdos medioambientales o “acuerdos voluntarios” son aquellos negocios jurídicos celebrados entre un órgano directivo de la Comunidad, generalmente la Comisión, y un grupo de empresas, asociaciones de empresas o sectores industriales, generalmente, por medio de los cuales, y previa negociación, aquél “intimida” (con medidas legislativas, reglamentarias o sancionadoras), estimula o reconoce a éstas para que se comprometan a modular o a condicionar su actividad propia de modo que reduzcan, a lo largo de un tiempo determinado, la contaminación

²³⁶ Véase, además, lo que se ha reproducido anteriormente de la STC 33/2005.

²³⁷ SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José. Los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente. *Revista de Administración Pública*. Nº 163. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004, pp. 279-278.

que producen, con la intención de redundar en una mayor protección del medio ambiente. Los acuerdos voluntarios son la categoría más importante de lo que hemos venido en llamar “instrumentos paccionados” para la protección del medio ambiente²³⁸».

Apuntado lo anterior, tenemos que decir que la protección del medio ambiente es una cuestión lo suficientemente relevante, complicada y costosa como para que los distintos agentes económicos y sociales afectados (incluyendo las autoridades administrativas) se hayan dado cuenta de que, con toda seguridad, la vía de la imposición no es la única y probablemente no es la mejor. Además, en el caso concreto de la industria, parece obvio que al ser una de las principales fuentes de contaminación debería estar involucrada en los medios para encontrar soluciones a ciertos problemas ambientales. De todo ello surge la idea de los acuerdos voluntarios, que supone un entendimiento o acercamiento de posiciones entre las autoridades.

DE MIGUEL PERALES²³⁹, en una concepción crítica-constructiva y con una objetividad que le caracteriza, señala que «estos acuerdos no tienen por que referirse a consecuencias ambientales adversas, sino que pueden

²³⁸ Es oportuno matizar que en el presente trabajo de investigación que demanda nuestra ocupación, disponemos del término “acuerdo voluntario” por estar generalizado entre la doctrina y la legislación internacional y nacional española. En abstracto, existe gran confusión sobre el empleo del adjetivo «voluntario». La gran mayoría de los autores que encontramos en la doctrina consideran que se denominan así los acuerdos en que nadie obliga a las partes a suscribirlos. A nosotros, sin embargo, tal explicación nos parece tautológica, porque la expresión en sí misma es un puro oxímoron, esto es, resulta redundante, dado que todos los acuerdos se firman “voluntariamente”, incluso cuando existen incentivos o “presiones” por parte de la Administración que lleven a ello (existen, eso sí, algunos casos marginales en que las normas obligan a las partes a ponerse de acuerdo en algo, pero no son casos imaginables en sede de protección ambiental). Por el contrario, el adjetivo voluntario parece hacer referencia, más bien, a la no vinculatoriedad de los compromisos a los que se obligan las empresas que los firman, ya que son pocos los acuerdos ambientales de tipo contractual. Pero, como quiera que también existen acuerdos vinculantes, la denominación nos sigue pareciendo errónea. Habría que abogar, tal vez, por el uso de un vocablo jurídicamente más estricto, como acuerdos ambientales o convenios ambientales.

²³⁹ Véase a: DE MIGUEL PERALES, Carlos. *Derecho español del medio ambiente... Op. Cit...* p. 52.

tener otro tipo de finalidades, tales como mejorar la protección ambiental en casos concretos a partir de una situación inicialmente aceptable».

En este sentido, y aunque sabemos que desde una perspectiva purista podría parecer impropio incluir los acuerdos voluntarios dentro de este apartado –fuentes del Derecho Ambiental-, se ha realizado porque consideremos que en una importante medida, pueden incidir en la regulación de Derecho positivo Ambiental, ya sea antes de la promulgación de normas como complemento de éstas.

De hecho, en alguna Directiva comunitaria se prevé expresamente la posibilidad de alcanzar estos acuerdos. Así, la Directiva 85/339, de 27 de junio, relativa a los envases para alimentos líquidos.

En la misma forma, dentro del Informe del Estado del Medio Ambiente preparado por la Comisión UE con ocasión del Quinto Programa de Acción Comunitaria en materia del Medio Ambiente²⁴⁰, se hace referencia a este tipo de acuerdos. Por su parte, el Comité Económico y Social de la UE, en su dictamen sobre este tipo de acuerdos (DOCE de 22 de septiembre de 1997), confirma que pueden sustituir total o parcialmente a una norma jurídica, aunque también pueden referirse a una obligación unilateral de la industria, o a desarrollar la legislación ambiental; se considera, por el contrario, que no cabe incluir dentro de este concepto de acuerdos voluntarios los acuerdos o declaraciones sin fuerza jurídica, tales como los llamados códigos de conducta.

²⁴⁰ Este Quinto Programa, adoptado poco antes del Tratado Maastricht, se va a centrar en el concepto de desarrollo sostenible que fue relanzado a escala mundial en 1992 por la Cumbre de Río. Este programa, que va a ser el vehículo elegido por la Comunidad para aplicar la Agenda 21 en la Unión, intenta poner los fundamentos para eliminar la dicotomía entre protección del medio ambiente y desarrollo económico. El Quinto Programa va conseguir también el principio de responsabilidad compartida, que preconiza que los objetivos y metas establecidos en dicho programa, así como su finalidad última –impulsar un modelo de desarrollo sostenible-, sólo puede ser alcanzado mediante la acción concertada de todos los actores implicados (las administraciones comunitarias, nacional, regional o local, las empresas públicas o privadas, y el público en general en su calidad de ciudadanos, inversores, consumidores, etc.) Cfr. PLAZA MARTÍN, Carmen. “Medio ambiente en la Unión Europea”. *Tratado de Derecho Ambiental... Op. Cit...* pp. 127 y 128.

El objetivo de estos acuerdos es alcanzar unos niveles de protección ambiental satisfactorios que, a la vez, sean asumibles por los que deben soportar las correspondientes obligaciones y su coste. La mayor o menor definición de estos niveles dependerá del caso concreto, esto es, mayor o menor dificultad de solucionar el problema desde el punto de vista de cada uno de los sujetos implicados.

Algunas de las ventajas de los acuerdos voluntarios pueden ser el hacer más diligente y simple el proceso legislativo, ya que la norma cuenta con un consenso social amplio; por esa misma razón, las autoridades pueden conseguir una más fácil y mayor aplicación de las políticas ambientales. Además, los particulares pueden conseguir unas normas (o, en su caso, una aplicación de esas normas) de más fácil cumplimiento para ellos, al haber participado en su preparación. Por último, las empresas participantes pueden hacer pública su participación en el acuerdo, lo cual, desde el punto de vista de su “imagen”-que a nuestro parecer poco y nada debería ser esto relevante-, puede resultarles muy “lucrativo”

Como desventajas pueden citarse, el hecho de que, en estos convenios, no se tengan en cuenta en muchas ocasiones a terceros que puedan estar interesados²⁴¹, el que el convenio devenga inútil por normas posteriores (verbigracia impuestas por la UE) ,y el escaso o nulo valor que den los tribunales a estos convenios. Este tipo de acuerdos requieren unos presupuestos previos necesarios, tales como un marco jurídico previo, una voluntad real los particulares de dar cumplimiento a las normas ambientales, una visión no excesivamente jerarquizada de las relaciones entre Administración y administrado, y desde luego una preocupación por todos los implicados de que las normas que se dicten se apliquen realmente.

Observando al Dictamen del Comité Económico y Social antes citado, algunas de las condiciones necesarias para que se dé un acuerdo voluntario efectivo son las siguientes:

²⁴¹ Sobre los Programas de acción ambiental, véase en especial a ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. “Comunidad Europea: Los programas de acción ambiental, el Sexto programa vigente”. *Diccionario de Derecho Ambiental*. Iustel. Madrid, 2006, pp. 305 y ss.

- Que la duración de su vigencia vaya acompañada de medidas preventivas particulares, en especial aquellas que impidan que, en caso de denuncia del acuerdo, surja una situación de indefensión jurídica para la protección del medio ambiente.
- Que por ambas partes existan ventajas garantizadas mediante el acuerdo, y que sus derechos y obligaciones estén equilibrados. Dichos derechos y obligaciones deben estar, además, establecidos concretamente en términos prácticos y de calendario.
- Respeto alas disposiciones del Tratado UE, y en especial a sus principios de política ambiental²⁴².
- Que el acuerdo no conduzca a una privatización de la política ambiental. Esto significa, entre otras cosas, que los objetivos y valores limite fijados en esta política no pueden ser objeto de acuerdos voluntarios.
- Donde sea posible, debe darse participación a todos los interesados, según la cuestión objeto del acuerdo sea mas o menos concreta (en aquel caso, vecinos; en éste, grupos sociales).
- El acuerdo debe ser revisable de acuerdo con las experiencias practicas, el desarrollo tecnológico y los conocimientos ecológicos.
- El cumplimiento del acuerdo debe controlarse de modo igual o similar al control sobre las disposiciones legales o administrativas.
- El contenido del acuerdo debe quedar sujeto a las normas sobre acceso a la información ambiental.

En Derecho comparado es frecuente citar el caso de Alemania, donde el “punto verde” de los envases (*Grüne Punkt*) tuvo su origen en un acuerdo ambiental, que dio lugar al DSD (*Dualen Systems Deutschland*)²⁴³.

No obstante es Holanda, probablemente, el país europeo donde los acuerdos ambientales han sido mas frecuentes, distinguiéndose tres tipos generales: acuerdos sobre los aspectos ambientales de productos, acuerdos

²⁴² Hay autores que aunado a esto añaden el respeto a las normas nacionales aplicables en cada momento, empezando por la CE.

²⁴³ DE MIGUEL PERALES, Carlos. *Derecho español del medio ambiente... Op. Cit...* p. 54.

sobre los aspectos ambientales de emisiones y acuerdos sobre medidas de ahorro de energía²⁴⁴.

En Suecia también se han dado ejemplos de este tipo de acuerdos, destacando el referido a los productores de detergentes para limitar el uso de sustancias tóxicas para peces y organismos acuáticos. En Japón esta práctica es igualmente habitual²⁴⁵.

En Francia pueden citarse los llamados *contrats de branche*, suscritos entre el Ministerio encargado de las cuestiones ambientales y los representantes de los sectores industriales más contaminantes (p. ej., papel, azúcar).

En España este tipo de acuerdos ya no es un fenómeno extraño. Como ejemplo relevante, pueden citarse los que en su tiempo se conocían como planes de descontaminación gradual en materia de vertido de aguas residuales, y que tras discusiones sobre su legalidad, pueden hoy considerarse confirmados por el artículo 100.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, de acuerdo con el cual la autorización de vertido puede establecer plazos y programas de reducción de la contaminación para la progresiva adecuación de las características de los vertidos a los límites que en ella se fijen²⁴⁶. También pueden citarse los esfuerzos realizados por las Administraciones públicas y las empresas para alcanzar acuerdos al amparo de la Ley 11/1997, de Envases y Residuos de Envases. De este esfuerzo han nacido los sistemas integrados de gestión de residuos («SIGs») que, empezando por los residuos de envases, se han generalizado y aplicado a otros tipos de

²⁴⁴ GLAZNER, Paul. "Competition and the Environment". *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. Nº 171/2. Springer. Max Planck Institute for Innovation and Competition. Germany, 1993, pp. 12.

²⁴⁵ *Ídem*.

²⁴⁶ Sobre el Derecho de aguas, véase el interesante trabajo de ORTEGA NAVARRO, Asensio. "Derecho de aguas". *Derecho Ambiental. (Adaptado al EESS)*. Tecnos, Madrid, 2012, pp. 316 y ss. En una visión más jurídico-penal, con la especial maestría que le caracteriza, véase a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "El agua como objeto de protección penal en su vertiente ambiental". *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al Profesor Josep Miguel Prats Canut*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, pp. 1067 y ss.

residuos (de aceites usados, de neumáticos, o de aparatos eléctricos y electrónicos, entre otros).

Como último ejemplo, puede citarse el artículo 20 de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, de acuerdo con el cual los acuerdos voluntarios que las Comunidades Autónomas suscriban con los agentes económicos y particulares tendrán fuerza ejecutiva cuando su objetivo sea la reducción de la carga contaminante emitida en condiciones más estrictas a las previstas en la legislación que sea de aplicación, tales como el cumplimiento de unos valores límite de emisión más estrictos que los establecidos legalmente, o el cumplimiento de los valores límite de emisión en un plazo inferior al que, en su caso, establezca la normativa. Estos acuerdos voluntarios se publicarán en los respectivos Diarios Oficiales y los resultados obtenidos serán objeto de publicidad y de seguimiento periódico por las Comunidades Autónomas²⁴⁷.

²⁴⁷ Cfr. DE MIGUEL PERALES, Carlos. *Derecho español del medio ambiente... Op. Cit...* p. 55.

CAPÍTULO II

EL BIEN JURÍDICO Y SU CONCURRENCIA A LA PRESERVACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: UN DILEMA ENTRE ANTROPONCENTRISMO Y ECOCENTRISMO

I. Postulados preliminares

Tan sólo el planteamiento del tema que da título al presente capítulo, nos invita, por un lado a pisar el acelerador a nuestra imaginación, pero por otro, también a nuestra conciencia, sobre las innumerables disputas doctrinales que tan sólo en las últimas décadas se han escenificado en la Ciencia Jurídica en abstracto y en la Ciencia Penal en particular teniendo como protagonista de por medio al ítem del bien jurídico²⁴⁸.

²⁴⁸ Al respecto, véase el recorrido doctrinal que recoge ROXIN, Claus. “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. *RECPC*. No. 15. Universidad de Granada, 2013, pp. 2-3. No es baladí, plantear una de las hipótesis fundamentales que el ilustre jurista alemán expone en este estudio. De esta forma, considera que «el primer presupuesto de un reconocimiento de la función limitadora del Derecho Penal del pensamiento de la protección de bienes jurídicos está, como es natural, en que se reconozca que la protección de bienes jurídicos es el cometido del Derecho Penal. Ya este punto de partida no es pacífico. Günther Jakobs y sus discípulos sostienen la opinión de que el Derecho Penal no protege bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma. Así, por ejemplo, lo relevante de un homicidio para el Derecho Penal no es “la lesión de la carne de la víctima o la extinción de su consciencia, sino la afirmación, contenida de modo concluyente y objetivada en el hecho, de no tener que respetar la integridad física y la consciencia. Mediante esa afirmación, se pone en tela de juicio la norma. El delito, por lo tanto, es desafiar a la norma.” En consecuencia, no se protege lo que llamamos bien jurídico, esto es, la vida como hecho empírico, sino exclusivamente la prohibición de matar (la vigencia de la norma). El hecho es lesión de la vigencia de la norma; la pena es su eliminación.” Sin embargo, esta visión se apoya en un normativismo exacerbado. Ciertamente, la pena contribuye a la estabilización de la norma, aunque ello – en contra de Jakobs– no sea su único fin. Pero la estabilización de la norma no es un fin en sí mismo, sino que está destinada a contribuir a que en el futuro no se produzcan lesiones reales, individuales o sociales (esto es, lesiones de bienes jurídicos). En consecuencia, sirve, en última instancia, a la protección de bienes jurídicos, y carecería de sentido sin ese fin». *Ibidem.*, pp. 3 y ss.

Precisamente por ello -y dejando patente que si solo obedeciera a la voluntad intelectual e investigadora propia no sería así- seremos cautos y procuraremos la objetividad y circunscripción al ámbito penal-ambiental, el análisis, estudio y tratamiento de este tema insigne en el *Ius Puniendi*, pues realizar lo contrario desorientaría los objetivos que hemos delineado para una investigación de las características que ahora nos ocupa.

Planteada así la cuestión y sistemáticamente valiéndonos de las aportaciones del otrora Catedrático de la Universidad de Múnich, ROXIN²⁴⁹, hay que dejar claro que el punto de partida que no debemos pasar por alto, es que cuando de hablar del bien jurídico se trata, el matiz esencial «consiste en reconocer que la única restricción dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por lo tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo a través de los cuales se les marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas a finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de fines o para el funcionamiento del propio sistema».

Así bien, igualmente tenemos que decir que el estudio de la teoría del bien jurídico se enlaza con diversos tópicos de la dogmática penal, siendo tal vez el principal de aquellos el referido a la posibilidad de limitar mediante este concepto el ámbito de lo legítimamente criminalizable. Esta necesidad de limitar al legislador, creemos que fundamentalmente se explica en el temor de que el poder del Estado destruya esa libertad que por naturaleza debería de resguardar.

Por otra parte, ya hacíamos cierta referencia a lo “sensible” y “multifacético” que puede ser la labor de trabajar sobre el bien jurídico²⁵⁰. En

²⁴⁹ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General... Op. Cit...* pp. 55-56.

²⁵⁰ Creemos que esa “sensibilidad” se puede atribuir a lo que ROXIN denomina la «mutabilidad del concepto del bien jurídico», pues si bien la concepción del bien jurídico es

esta concepción, abordar la concreción del ambiente como bien jurídico penal ha resultado complejo para la doctrina, pues, determinar qué deberá entenderse por bien jurídico²⁵¹ medio ambiente y de qué debe protegerse, no es una tarea acabada sino constante de esta disciplina. De esta forma, este bien jurídico penal de titularidad compartida se convierte en la piedra angular de toda la porfía política-dogmática que se ciñe a dos corrientes fundamentales a) El clásico Derecho Penal, o denominado también Derecho Penal nuclear; b) El Derecho Penal moderno, o Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho²⁵². La primera corriente caracterizada por su reticencia a la incorporación de los bienes jurídicos de titularidad compartida en los Códigos penales, y la segunda, en cambio, propone la tutela autónoma de tales bienes jurídicos, como es el caso del ambiente, entendido en este marco como sistemas o bases naturales²⁵³.

normativa, no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales –y por excelencia en el tema toral de este trabajo de investigación- esta abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico. *Ibidem.*, p. 58.

²⁵¹ Véase, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición. Tecnos. Madrid, 2014, p. 36. «Actualmente, no existen grandes dudas sobre qué comportamientos deben ser perseguidos penalmente, y caules no, a pesar de algunas tendencias moralizantes que se detectan. El principal problema a la hora de introducir nuevos delitos en los Códigos penales estriba en la necesidad de contemplar *nuevas formas de atentar contra bienes jurídicos tradicionales difíciles de configurar por su complejidad* (lejanía de su núcleo de protección: la protección penal del medio ambiente, por ejemplo, es necesaria para preservar la vida humana) y *una tendencia social un tanto irracional a introducir en el Código Penal todo aquello que represente un conflicto social, sea cual sea su importancia*, sin tener en cuenta que a lo mejor basta para resolverlo con otros instrumentos menos drásticos que la pena, como la sanción administrativa o la mera responsabilidad civil».

²⁵² Sobre esta cuestión in extenso véanse las consideraciones de DONINI, Massimo. “El Derecho Penal diferenciado: la coexistencia de lo clásico y lo postmoderno en la penalidad contemporánea”. *Revista General de Derecho Penal*. No. 8. Iustel. 2007, pp. 1 y ss. En este estudio el autor analiza la situación del Derecho Penal actual, caracterizada por el tránsito de un modelo ideal clásico de una justicia como tratamiento igualitario, como *agilité*, como respuesta segura y preconstituida para cada caso, hacia un sistema cuyo rasgo principal es el de una diferenciación de paradigmas, culturas políticas, sistemas de intervención que permite hablar de un nuevo modelo de intervención penal: el de un Derecho Penal diferenciado. No obstante, el viejo Derecho Penal no ha desaparecido por completo, sino que se presenta junto a subsistemas, dado que proliferan diversos estatutos: lo viejo se mezcla a lo nuevo siguiendo un proceso de diferenciación.

²⁵³ Resulta de especial interés, consultar las aportaciones “clásicas” que hiciera el Profesor emérito de Derecho Penal de la Universidad de Toulouse Roger Merle. Sobre todo porque aborda el tema en el seno del debate de la dogmática penal. Así, afirma que el Derecho

En virtud de estos paradigmas, cuando hablamos de este bien desde la perspectiva penal entran en juego la valoración de un entramado de conceptos de carácter metapenal. Y así, la definición de ambiente, ecología y recursos naturales utilizados en el contenido de los tipos penales que despliegan la protección de este bien jurídico de titularidad deferida, son colegidos de conceptos sociológicos derivados del ambientalismo y el ecologismo. Estos a su vez proporcionan los dos conceptos esenciales para interpretar este bien jurídico, el antropocentrismo y el ecocentrismo²⁵⁴; referidos en el capítulo previo.

Resulta indiscutible que todo un conjunto de conceptos e interpretaciones jurídicas y metajurídicas engloban el ambiente para ser concebido como un bien jurídico susceptible de protección por el Derecho Penal²⁵⁵. Pero debemos recordar que las interpretaciones dogmáticas y

Penal clásico «es el que pone de manifiesto entre las soluciones representativas del problema criminal, la solución retributiva. Pero su complejidad aparece cuando se trata de captar los múltiples aspectos –políticos, criminológicos y técnico-jurídico- que ha gravado en su estructura una larga evolución». En este contexto, considera además que «Beccaria, Bentham y Feuerbach han dotado a este sistema de su armazón político-liberal. Partiendo de las premisas del contrato social, han forjado íntegramente, o, en su caso, revigorizando, los principios constitucionales que han modificado la relación de fuerzas entre el Estado justiciero y los justiciables». Cfr. MERLE, Roger. “Confrontación del Derecho Penal clásico con el de la defensa social: el punto de vista doctrinal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 1, fasc-mes 1. Ministerio de Justicia. Madrid, 1968, pp. 157-158.

²⁵⁴ Conforme explica el jurista brasileño Doctor SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. Saraiva. 4ª edición. São Paulo, 2011, p. 45. «Antropocentrismo, ecocentrismo e biocentrismo são concepções genéricas atribuídas pelos cientistas em face da posição do homem no meio ambiente. O antropocentrismo coloca o homem no centro das preocupações ambientais, ou seja, no centro do universo. O ecocentrismo, ao revés, posiciona o meio ambiente no centro do universo. O biocentrismo, por sua vez, procura conciliar as duas posições extremas, colocando o meio ambiente e o homem no centro do universo. É importante ressaltar que não só o homem é o destinatário da proteção ambiental, mas todas as formas de vida (art. 3º, I, da Lei n. 6.938/81)». En la misma línea, NOVO, María. *La educación ambiental: bases éticas, conceptuales y metodológicas*. Editorial Universitas. Madrid, 2012, p. 106. «Lo cierto es que el antropocentrismo sigue vigente en la mayor parte de nuestras sociedades y, con frecuencia, se manifiesta en la comunidad planetaria como verdadero *etnocentrismo*. Algo que se hace visible cuando comprobamos que un veinte por ciento de la humanidad consume el ochenta por ciento de los recursos del planeta, o cuando nos detenemos a observar los fenómenos de aculturación e invasión tecnológica que los países industrializados realizan sobre los países en vías de desarrollo».

²⁵⁵ Cfr. Cuello CONTRERAS, Joaquín. “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho Penal”. *ADPCP*. Tomo 34ª, fasc- mes 2-3. Ministerio de Justicia. Madrid, 1981, pp. 466-484.

político-criminales de este bien jurídico de titularidad compartida tienen como pasado, presente y futuro a las concepciones sociológicas (del ambiente y la ecología), pues éstas dan el carácter real y originario que deben ser plasmadas en los proyectos de Ley conforme a la realidad de cada sociedad. Sin embargo, la valoración de la realidad social no se concreta cuando sólo se emulan las normas modélicas, y se deja arbitrio el análisis político-criminal y social, que subyace a toda norma.

1. El medio ambiente como bien jurídico

No es desconocido, que en el contexto de la protección jurídico penal del medio ambiente, existe un alto grado de eclecticismo entre las acepciones provenientes del ecocentrismo, antropocentrismo y la teoría del bien jurídico respecto a sus diferentes funciones, clasificatoria, sistemática, dogmática y crítica²⁵⁶. Precisamente las contrariedades que hasta hoy presenta el medio ambiente como bien jurídico y contenido material del injusto penal, se reflejan en las numerosas interpretaciones de carácter amplio, restringido y ecléctico, derivadas del concepto propio de medio ambiente y de las concepciones propias sobre el bien jurídico. En la doctrina española, a este bien jurídico se lo encuadra con diferentes nomenclaturas, como bien jurídico social o universal, supraindividual, intermedio, macrosocial y colectivo, entre

²⁵⁶ Como señala ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Giuffrè. Milano, 1983, pp. 11 y ss. Así afirma que el desarrollo histórico dogmático del bien jurídico ha dado nacimiento a diversos conceptos referentes a las funciones que comúnmente le son asignadas, siendo estas: «**1) Clasificatoria**: de naturaleza eminentemente práctica. Sirven para encasillar de manera coordinada los bienes jurídicos. **2) Sistemática**: ante la variedad de los contenidos de los tipos penales, la doctrina del bien jurídico proyecta dos direcciones: **a)** recaba del complejo de las normas a través de grados de generalización siempre más abstractos, una noción unitaria del bien jurídico conciliable con toda la realidad normativa presente. **b)** recaba a partir de una totalidad sistemática menos estricta, dedicándose más concretamente a descripciones sobre los contenidos particulares de tutela. **3) Dogmática**: es de carácter inductivo y consiste en recabar del cuerpo de las normas penales vigentes los objetos de tutela. **4) Crítica**: sigue el procedimiento inverso establecido en la dogmática, recaba los objetos de tutela de un catálogo ideal más allá de lo jurídico (naturaleza de las cosas, tradición) o normativo (la constitución)».

otros. Por ello en este momento de la investigación, abordaremos las diferentes denominaciones que pueden ser aplicables al medio ambiente como bien jurídico y cuál es la más correcta para otorgar autonomía en la protección y determinar su afección.

1.1. Enfoque antropocéntrico

En la esfera de lo antropocéntrico se abordan básicamente dos interpretaciones. Por una parte la exégesis que tipifica las agresiones al medio ambiente como protección de los bienes jurídicos individuales: vida, integridad física y salud; donde la lesión o puesta en peligro de estos bienes individuales se configura como un delito ambiental y convierte al medio ambiente en un instrumento de ataque para los bienes contenidos en el Derecho Penal nuclear²⁵⁷. Hecho que no permite elevar el medio ambiente al rango de bien jurídico por su propio valor. De otro lado, la clásica exégesis que simbólicamente reconoce el valor del medio ambiente como un bien supraindividual complementario, y al mismo tiempo sostiene que la protección tiene fundamento porque aquel sirve a los intereses del individuo.

1.1.1 Antropocentrismo radical emanado de una exégesis personalista del bien jurídico

Al partir de un concepto antropocéntrico radical se sostiene que la tutela penal del medio ambiente debe ser entendida como la protección de los bienes jurídicos individuales de vida y de salud²⁵⁸. Así, la contaminación del

²⁵⁷ En un punto de vista considerado desde la interacción hombre y medio ambiente, véanse las estimaciones de SÚAREZ RODRÍGUEZ, Ernesto *et al.* “¿Qué motiva la relación del medio ambiente?: La relación del ecocentrismo y del antropocentrismo con la motivación interna y externa”. *Revista de Psicología Social*. No. 3. Volumen 22. Fundación Infancia y Aprendizaje. Madrid, 2007, pp. 235-244. También, en la misma línea, confróntese a CUERVO-ARANGO, María Américo. “Medio ambiente y comportamiento humano”. *Revista Internacional de Psicología Ambiental*. Nº 3. Volumen 10. Resma. La laguna. 2010, pp. 217-234.

²⁵⁸ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “La Ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente”. *Cuadernos de Política*

suelo, aire y agua será digna de criminalización cuando los elementos integrantes del medio ambiente pongan en peligro la vida o la salud de las personas. Esta interpretación encierra una visión personalista de bien jurídico, esto es, la protección indirecta del medio ambiente ante la protección inmediata de los señalados bienes jurídicos individuales.

Aunque esta tesis haya sido abandonada por la doctrina a finales de la década de los setenta²⁵⁹, con posterioridad fue recuperada por HOHMANN²⁶⁰. Para este autor no existe un bien jurídico autónomo medio ambiente, puesto que su tutela acaba reduciéndose a la protección de bienes jurídicos individuales como vida y salud, lo cual no es otra cosa que la manifestación de una concepción personal y reduccionista del bien jurídico colectivo. De esta forma el medio ambiente solo podrá ser concebido como bien jurídico de una norma si constituye un presupuesto y condición para el desarrollo del hombre²⁶¹.

La concepción pura o radicalmente antropocéntrica –a la que nosotros nos oponemos- no puede ser admitida en la actualidad, porque niega el valor autónomo del medio ambiente en cuanto bien jurídico protegido por el Derecho Penal. Esta negación del *Ius Puniendi* a intervenir ante los atentados más graves contra este **bien jurídico de titularidad compartida**, permite que los potenciales autores de estos delitos quienes se caracterizan generalmente por su formación cualificada (delincuentes de cuello blanco), queden impunes y protegidos legalmente ante tal vacío jurídico.

Criminal. No. 18. EDERSA/Universidad Complutense: Instituto Universitario de Criminología. Madrid, 1982, p. 651.

²⁵⁹ En lo que al Derecho Penal respecta, el Consejo de Europa por resolución de 28 de setiembre de 1977 (adoptada por el Comité de Ministros), propone la intervención del Derecho Penal para proteger la salud de los seres humanos y el medio ambiente, ante el alto nivel de contaminación proveniente del desarrollo tecnológico industrial. Igualmente en el XII Congreso Internacional de Derecho Penal de la AIDP celebrado en Hamburgo a fines de 1979, también se propone la intervención del *Ius Puniendi* para proporcionar una protección eficaz al ambiente (valores como el agua, aire, suelo), la vida humana, y la salud.

²⁶⁰ *Vid.* MULLER-TUCKFELD, Jens Christian. “Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente”. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (edición española). Comares, Granada, 2000, p. 509.

²⁶¹ *Cfr.* ALASTUEY DOBON, María del Carmen. *El delito de contaminación ambiental: (Art. 325.1 del Código Penal)*. Comares. Granada, 2004, pp. 15 y ss.

Esta postura radical e inaplicable en el contexto del Estado social, se erige sobre la concepción personalista del bien jurídico postulado por HASSEMER, pero con un fundamento enraizado en el Derecho Penal constituido en los albores de la Ilustración. Donde el carácter limitativo y legitimante del contenido material del ilícito penal se enfoca exclusivamente a los bienes jurídicos individuales constituidos en el contexto del Estado liberal. En esta línea, dentro del marco de la doctrina española, se pronuncia HORMAZABAL MALARÉE²⁶² al hacer referencia a los bienes jurídicos colectivos de carácter macrosocial, y sostiene que para que éstos «no se transformen en una mera protección de intereses colectivos propios de regímenes totalitarios... exigen en su núcleo la protección de un bien jurídico individual»; valoración que denota una clara postura antropocéntrica radical que hasta podemos decir excluye el carácter social del bien jurídico medio ambiente.

La visión «no social del bien jurídico»²⁶³ excluye la legitimación de los bienes jurídicos colectivos propios de un Estado social, caracterizado por la simbiosis existente entre la postindustrialización y el riesgo grave que de él emerge y que atenta contra el equilibrio de los elementos integrantes de las bases o sistemas naturales. Es así, como se comprende claramente que el Estado social a diferencia del Estado liberal, no se abstiene respecto del sistema de necesidades de la sociedad, más bien ejerce con su intervención un notable control social con leyes y técnicas que se despliegan más allá de los derechos y libertades individuales, de la valoración de los bienes jurídicos individuales.

²⁶² HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. “El principio de lesividad y el delito ecológico”. *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1419-1920.

²⁶³ Para mayor abundancia sobre el punto, véase a HASSEMER, Winfried. *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pp. 26 y 27, para quien un concepto de bien jurídico que legitime la protección penal de los bienes jurídicos colectivos, podría convertirse en un elemento disolvente de los principios iluministas propios del Derecho Penal. En consecuencia, podría transformarse en una máquina instrumental utilizada por el Estado para la criminalización de cualquier conducta que atente contra él mismo.

Al postular la supresión conceptual del bien jurídico colectivo y por tanto del medio ambiente como bien jurídico autónomo, se participa de lo que se ha denominado por PADOVANI «metáfora conceptual». Lo que significa que los bienes jurídicos colectivos no son nuevos bienes jurídicos, sino son «nuevas formas de protección de bienes jurídicos individuales ante las formas cada vez más sofisticadas de ofensa». Es por ello que el fin que encierra la norma en este caso, es la protección del medio ambiente ante conductas criminosas que lo puedan lesionar, y que puedan poner en peligro los bienes jurídicos individuales como la vida, integridad física y salud²⁶⁴.

Inversamente a lo señalado, la creciente aparición de nuevos tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos trae aparejada como *conditio sine qua non* la tipificación de los delitos contra estos bienes jurídicos como delitos de peligro²⁶⁵; conceptuados estos como la

²⁶⁴ Cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Centro de Estudios Judiciales. Madrid, 1993, p. 31, describiendo el concepto de bien jurídico colectivo de Padovani. Véase, FERNANDES NOGUEIRA DA CRUZ, Ana Paula. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008, p. 74. «A criminalização do perigo, no Direito Penal Ambiental, reflete os princípios de prevenção e da precaução, à medida que, ao antecipar a punição de uma conduta potencialmente danosa ao bem jurídico tutelado –o meio ambiente ecológicamente saudável- dispensa a produção do resultado –o dano- e promove a tutela preventiva do bem ambiental por não esperar a ocorrência efetiva da lesão».

²⁶⁵ Sobre los delitos de riesgo, veamos el posicionamiento de QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal Ambiental*. Tirant lo Blach. Valencia, 2013, p. 77. «El CP de 1995 creó una gran cantidad de delitos de riesgo, especialmente en los campos del medio ambiente, la protección de la flora, fauna y recursos naturales, la seguridad colectiva, y a buen seguro que la tendencia en el terreno de esta clase de tipicidades es el crecimiento imparable. No obstante, la persecución de estos delitos solo se produce cuando ya haya pasado algo: si se repasa la relación de fallos dictados por los Tribunales en aplicación de los tipos que describen delitos de peligro, la práctica totalidad son casos en los que ya se percibían efectos dañosos en personas, animales o la naturaleza. Es posible, a la vista de ello, que los delitos de peligro subsistan por razones de simbolismo, pues en la práctica solamente se actúa. Bien es cierto que el Derecho Penal tiene también un carácter simbólico, pero no se puede utilizar exclusivamente por ese carácter simbólico, sino que es preciso reconocer la clamorosa ineficacia del adelanto de la intervención del Derecho Penal. Suponer, entonces que el Derecho penal nos preserva de los riesgos es en verdad una ingenuidad». Véase también ESTEVE PARDO, José. «Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido». En, PÉREZ ALONSO, Esteban; ARANA GARCÍA, Estanislao; MERCADO PACHECO, Pedro y SERRANO MORENO, José Luis. *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, p. 276. «Por definición, el riesgo tiene su origen en la actividad humana; en esto radica la diferencia con otro concepto, el peligro, que convencionalmente se adscribe a procesos naturales al

manifestación de la anticipación a la intervención penal. Esta técnica es considerada por numerosos autores²⁶⁶ como un elemento legitimador de los bienes jurídicos colectivos, pues se sostiene que solo a través de la estructuración de los delitos de peligro se podrá hacer frente a los ataques más graves contra los sistemas naturales.

1.1.2. Antropocentrismo moderado emanado de una exégesis personalista del bien jurídico

Por su parte, esta interpretación al igual que la antropocéntrica radical, tiene como matriz al concepto personal del bien jurídico defendida por la Escuela de Frankfurt²⁶⁷. Las opiniones vertidas por esta corriente son numerosas, pero como ya señalamos, se caracterizan fundamentalmente por el concepto de bien jurídico ligado al Estado liberal y que no legitima la intervención del Derecho penal en un modelo de Estado que interviene en la vida

margen del dominio humano. Detrás de cada riesgo existe una actuación y una decisión humana que podrán advertirse e identificarse con más o menos nitidez según los casos. Desde el momento en que el riesgo se sitúa de lleno en el radio de la disponibilidad humana, es entonces perfectamente posible decidir sobre los riesgos que se generan, se aceptan o se rechazan. Es más, la disponibilidad humana sobre el riesgo le convierte de inmediato en materia del Derecho».

²⁶⁶ Entre otros, consúltese al Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona, MORALES PRATS, Fermín. *“La estructura del delito de contaminación ambiental... Op. Cit... pp. 239.* El penalista señala «que la estructura del peligro abstracto es lo más coherente con las necesidades de protección de un bien jurídico colectivo e institucional como el medio ambiente» *vid.*, «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro». ROXIN, Claus. *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el proceso penal*, (Traducción al español por Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, introducción de Francisco Muñoz Conde). Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pp. 90 y 91, en este sentido el ilustre maestro alemán, coincidiendo con los dogmáticos orientados a la Política Criminal como Schünemann y un funcionalista sistémico Jakobs, sostiene que los delitos de peligro – poniendo el ejemplo más común, el de la persona que ingiere alcohol y utiliza un vehículo automotor- no deben rechazarse porque su aplicación solo permite reaccionar con «éxito en el momento en que aún no ha pasado nada».

²⁶⁷ *Cfr.* HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”. *Doctrina penal*. Año 12, abril-septiembre. Buenos Aires, 1989, pp. 282 y ss; En contra de la postura radical de ceñirse al clásico Derecho Penal nuclear: ROXIN, Claus. *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el proceso penal... Op. Cit... p. 90.* SCHÜNEMANN, Wolfgang Bernward. “Sobre la Dogmática y la Política Criminal del Derecho Penal del medio ambiente”. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Tecnos. Madrid, 2002, p. 219.

económico-social, de donde emergen circunstancias que se convierten en realidades sociales cuya protección deben ser concretadas.

La exaltación del Derecho Penal nuclear radica en la naturaleza de los bienes universales y su forma de tipificación a través de los delitos de peligro que conllevan, según esta corriente, a crear en el contexto del Derecho Punitivo delitos sin víctimas o víctimas difuminadas, así como bienes jurídicos indeterminados²⁶⁸. Sin embargo, estas mismas objeciones se han convertido en objeto de análisis que han sido expuestas a través de numerosas monografías que contribuyen a que la dogmática pueda ofrecer «al legislador y al juez» soluciones respetuosas «del mandato de efectiva protección de bienes jurídicos y de limitación de la pena adecuada al Estado de Derecho»²⁶⁹.

La proposición antropocéntrica de esta corriente admite la tutela penal del medio ambiente frente a las agresiones sobre los objetos de las bases naturales de la vida humana (aire, agua, suelo...) siempre y cuando tales ataques impliquen un atentado mediato o indirecto a la vida o la salud humana. Es decir, solo merecen protección en tanto sirvan a los intereses del individuo, por tanto si los ataques contra los elementos ecológicos no afectan de manera mediata a los bienes jurídicos individuales, no se configura el delito porque no se concreta dependencia del bien jurídico colectivo al bien jurídico individual. De esta forma se orienta a que la protección del medio ambiente sea exclusivamente del Derecho Administrativo²⁷⁰.

Es aquí donde precisamente aparece, y con mucha fuerza, el concepto personalista de bien jurídico como idea absoluta y reticente a intervenir a la protección de nuevas realidades. Esta corriente propone crear un «Derecho de intervención» para regular los problemas procedentes de las

²⁶⁸ HASSEMER, Winfried. *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal... Op. Cit...* p. 56..

²⁶⁹ ROXIN, Claus. *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el proceso penal... Op. Cit...* p. 93

²⁷⁰ SCHÜNEMANN, Wolfgang Bernward. «Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta». *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Tecnos, Madrid, 2002, p. 60. También véase a ALASTUEY DOBON, María del Carmen. *Delito de contaminación ambiental... Op. Cit...* pp. 20 y ss.

sociedades modernas y que en palabras de HASSEMER se «han metido en el moderno Derecho Penal». Este Derecho de intervención «estaría ubicado entre el Derecho Penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho Civil y el Derecho Público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho Penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos»²⁷¹. Derecho que más allá de convertirse en el más adecuado para responder a los problemas específicos de las sociedades modernas, se presenta con «menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos» que habitualmente son potenciales autores de los delitos contra el medio ambiente. Autores que generalmente sobresalen por su cualificación y que son denominados por SUTHERLAND delincuentes de *cuello blanco*, quienes se caracterizan por su poder e influencia en el orden institucional económico y político legítimo, para obtener beneficios a título personal o corporativo²⁷². Este concepto que responde a la teoría de *White collar crime*, del referido autor, no implica sin embargo que su valoración en esferas del Derecho Penal represente una mirada hacia el Derecho Penal de autor, más bien

²⁷¹ HASSEMER, Winfried. *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal... Op. Cit...* p. 72. Por parte de la doctrina española, merece la pena consultar a Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales... Op. Cit.*, pp. 178-182. propone un Derecho Penal de dos velocidades, en donde la segunda velocidad estaría orientado para regular la protección de los bienes jurídicos no tradicionales como el medio ambiente.

²⁷² SUTHERLAND, Edwin. *El delito de cuello blanco*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969, p. 12. Es significativo recordar que el penalista, criminalista y jurista español, responsable de introducir el positivismo en España, DORADO MONTERO, ya hablaba de *la defensa de los intereses de clase* y sostenía que «Que la primera preocupación de cuantos han ejercido o ejercen el poder, y en general de todos los que ocupan una posición, preeminente, ha sido y es asegurar su dominación y privilegio. Para ellos, el orden, el orden prescrito por la razón, es el orden presente, y a mantenerlo dirigen ante todo sus esfuerzos, teniendo por delincuentes a aquellos que practiquen o intenten practicar alguna acción encaminada a destruirlo, cambiarlo o conmoverlo», véase en DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para un nuevo Derecho Penal*. 9ª edición (con prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba). Depalma. Buenos Aires, 1973, p. 22. El autor, con su pensamiento social y correccionalista del Derecho Penal, ya indicaba que «Hay por tanto, un muy crecido número de “delincuentes honrados”: delincuentes de hecho, honrados legal y aparentemente. Las sanciones penales de la ley no les alcanzan, pero la justicia y la moral no les absuelven» en *Nuevos derroteros penales* Jiménez Gil. Barcelona, 1999. (Versión de la editorial Henrich y Cía de 1905) p. 45.

representa un aporte de la criminología que permite considerar aquellos elementos vinculados a la política y la economía, y que podrían influir en que algunas conductas se vuelvan potencialmente peligrosas y lesivas. Lo que lleva por tanto a considerar que el fundamento que esboza el Derecho Penal nuclear, podría acarrear consecuencias que van más allá de la opción por un concepto personalista antropocéntrico de bien jurídico (que se manifiesta como la reticencia de la teoría dogmática liberal del bien jurídico) que finalmente podría decantar por la descriminalización de los delitos contra el ambiente.

A esto obedece, que un concepto estrictamente antropocéntrico del ambiente no es favorable para una argumentación de la creación de tipos que sanciona penalmente los graves hechos perpetrados en detrimento del equilibrio de los sistemas naturales. Razón por la que cabe preguntarse en qué radica la diferencia entre el antropocentrismo radical y el moderado, ya que la supuesta legitimación otorgada por este último a los bienes jurídicos colectivos, es igualmente considerada una clara y llana funcionalización de aquellos a los bienes jurídico individuales. De esta forma, las dos interpretaciones del medio ambiente (radical y moderada) tienen por fundamento el mismo concepto antropocéntrico que deriva de una teoría personalista monista del bien jurídico, donde el carácter colectivo del bien se subroga y fusiona con el individual convirtiéndolo en un solo bien. Pero se diferencian en que el antropocentrismo radical subroga el bien jurídico vida al medio ambiente, y el antropocentrismo moderado valora el medio ambiente en función de la protección de la vida y la salud de las personas.

El concepto antropocéntrico moderado, poco asumido en el contexto de la doctrina²⁷³, no otorga autonomía a la protección del medio ambiente como bien jurídico penal. Por lo cual, para interpretar el medio ambiente como bien jurídico, es imprescindible recurrir a un concepto dogmático que reconozca el contenido y la importancia autónoma de este bien de titularidad compartida y valore los contenidos de carácter meta-penal, como el

²⁷³ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Bosch. Barcelona, 1975, p. 48; también a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1982, p. 276.

antropocentrismo y el ecocentrismo. Según sea el concepto que se le otorgue al bien jurídico, se podrá abarcar la protección de nuevos bienes y en este caso del medio ambiente, ante las graves y nuevas formas de criminalidad. Del mismo modo, según sea el concepto de bien jurídico medio ambiente se procederá a su tipificación. En este contexto nos encontramos entonces ante la tipificación del delito ambiental como un delito de peligro, que tiene por fin proteger la puesta en peligro de los sistemas naturales, las bases de la naturaleza humana, la vida y la salud de las personas.

1.2. Interpretación ecocéntrica

El concepto ecocéntrico, a diferencia del antropocéntrico, resulta fundamentalmente de las ciencias ecológicas que describen al ambiente natural como realidad física; por lo cual propone la tutela de la ecología en función a su valor inherente, es decir, al valor de su propia existencia, dado que conoce las bases naturales de agua, aire y suelo, que constituyen un sistema de factores bióticos junto a la flora y la fauna, que se interrelacionan con los factores abióticos, como el clima lluvia, aire y ubicación geográfica²⁷⁴. Sin embargo, ante las críticas que se han esbozado contra este concepto en el terreno de lo penal, surgen dos interpretaciones: por una parte el concepto esencialmente ecocéntrico y por otra el concepto ecléctico que busca fusionar unitariamente las acepciones antropocéntricas-ecocéntricas.

1.2.1. Exégesis substancialmente ecocéntrica

Esta concepción ecocéntrica definida como pura y antagónica al esencial concepto del antropocentrismo que protege al medio ambiente en función a los bienes jurídicos individuales salud y vida, ha recibido una hospitalidad un tanto hostil en el contexto del Derecho Penal porque pretende prescindir de la conexión existente entre el ser humano y el medio ambiente, y fundamentar la protección ecológica sobre la base de la ética ecológica y su

²⁷⁴ Cfr. VIZCAÍNO SÁNCHEZ – RODRIGO, Paz. *Introducción al Derecho del medio ambiente*. CTO Medicina, Madrid, 1996, p. 5.

valor en sí mismo considerado como un bien ideal²⁷⁵. Las críticas igualmente han sido manifestadas porque el concepto ecocéntrico desde el contexto penal proporciona un significado indeterminado y difuso, lo cual conlleva a confusiones y deficiencias a la hora de aplicar el tipo penal que protege tales bienes jurídicos de titularidad compartida. Sin embargo, **en este trabajo se admite** que el concepto que valora la esencia del ecocentrismo, sin perder de vista el referente teleológico y axiológico del sistema jurídico, y en este caso del Derecho Penal, no se aparta de una interpretación del bien jurídico medio ambiente adecuado al ordenamiento jurídico penal.

En este sentido, en el contexto de la doctrina alemana se pronuncia ESER, para quien es posible desde el Derecho Penal la tutela de los bienes ambientales en razón de su valor intrínseco, pues estos bienes «constituyen por la necesidad de su conservación, por su aguda puesta en peligro y por su creciente significación para la conciencia pública, campos de intereses supraindividuales suficientemente delimitables y desarrollados de manera autónoma, lo que podría justificar su reconocimiento como bienes jurídicos independientes»²⁷⁶.

Del mismo modo, en el marco de la doctrina española, se pronuncia BACIGALUPO ZAPATER, quien parte de un concepto penal del medio ambiente valorado como un bien jurídico autónomo, y entendido como «el mantenimiento de las propiedades del aire, el agua, el suelo, así como de las condiciones de vida de la flora y la fauna, de manera que el sistema ecológico no sufra alteraciones perjudiciales»²⁷⁷. En esta misma línea encontramos a CONDE-PUMPIDO, quien afirma que «El medio ambiente se protege penalmente por sí mismo y no en función del daño que su

²⁷⁵ Vid. JORGE BARREIRO, Agustín. "El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995". *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el Ordenamiento Jurídico español*. Agustín Jorge Barreiro (Director), Manuel Cancio Meliá (Coordinador). Comares. Granada, 2005, p. 41.

²⁷⁶ BLANCO LOZANO, Carlos. *La protección del medio ambiente en el Derecho Penal español y comparado*. Comares, Granada, 1997, p. 29 y a ESER, Albin. "Derecho Ecológico". *Revista de Derecho Público*. 2ª época. XI, volumen III-IV. Traducción de Julián de la Cuesta Arzamendi y Ángel Sanz Morán. Edersa. Madrid, 1985, pp. 603 y ss.

²⁷⁷ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente"... *Op. Cit...* pp. 200 y ss.

perturbación pueda causar a otros valores como la vida humana, la salud pública o individual»²⁷⁸, pues estos son bienes jurídicos ya protegidos en otros tipos penales reconocidos en el contexto del clásico Derecho penal o Derecho penal nuclear. Con similar concepción podemos nos deparamos con TERRADILLOS BASOCO, para quien la autonomía de la protección del medio ambiente se basa en el «equilibrio de los sistemas naturales» o «el equilibrio ecológico»²⁷⁹.

Tras haber concebido las matizaciones previas por estos autores, nos lleva a analizar si las definiciones ecocéntricas caracterizadas según la doctrina por su radicalidad, responden verdaderamente a un ecologismo fundamentalista o a una interpretación adecuada a un concepto ecléctico de bien jurídico y comprendida originalmente entre los bienes jurídicos de titularidad compartida que contienen un sustrato autónomo y propio. En este sentido es claro, que la característica ecocéntrica del bien jurídico no sólo deriva del estudio de la ecología como tal, sino de la simbiosis existente entre ésta y el concepto o función crítica que se le confiere. No obstante, desde una perspectiva meta-jurídico penal, se esbozan fundamentalismos que no debieran tener cabida en el contexto del Derecho Punitivo. Verdaderos radicalismos que escapan de la función crítica del bien jurídico y que solo pretenden que la intervención del *Ius Puniendi* se concrete para sosegar con efecto inmediato los temores de la sociedad²⁸⁰.

Por ello, pensamos que debemos excluir la aspiración de llevar al contexto penal la protección de intereses que no cumplen con los mínimos para ser valorados como bienes jurídicos (a- Debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades del sistema social en su conjunto; superando, por tanto, el mero conflicto entre autor y víctima; b- Que sus consecuencias puedan ser constatadas en la realidad social a

²⁷⁸ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. "Introducción al delito ecológico". *El delito ecológico*. Trotta, Madrid, 1992, p. 16.

²⁷⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. "Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español: Luces y sombras".... *Op. Cit...* p. 301.

²⁸⁰ Véase el pensamiento de HERZOG, Felix. "Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo" *Revista Penal*. Nº 4. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 55.

través de la valoración de la sociología y la política criminal)²⁸¹, afirmación ésta que no tiene alcance al medio ambiente, puesto que el Derecho Penal debe intervenir y proteger este bien jurídico fundamental por su valor como tal y por la función que cumplen para las generaciones presentes y futuras. Debiendo siempre excluir toda fundamentación que solo responda a manifestaciones sociológicas que no determinan precisamente el contenido y alcance del bien jurídico.

Por lo menos, del contexto de la doctrina penal española contemporánea se puede inferir que las valoraciones que responden a un concepto más bien ecocéntrico del medio ambiente como bien jurídico no responden a un fundamental y radical ecologismo desmedido que no encuadra con el Derecho Penal, pues por el contrario, como ya refiriéramos, responde a un concepto de bien jurídico que responde a juicios jurídico-penales y político-criminales. Ahora bien, la crítica a valoraciones fundamentalistas del medio ambiente son utilizadas por algún sector de la doctrina para escarchar y desvalorar al medio ambiente como bien jurídico, postulando de esta forma su exclusión del Derecho Penal como bien tutelado.

Como manifiesta TERRADILLOS BASOCO: «Es inadmisibile una política penal ignorante de los costes sociales de la no intervención en un ámbito caracterizado por la irreversibilidad de buena parte de los perjuicios causados. Por otra parte la irreversibilidad chocaría con postulados elementales del Estado democrático de mantener el sistema penal para las formas tradicionales de delincuencia y recurrir aquí solo a mecanismo de índole resarcitoria. Precisamente es frente a estos delitos donde el Estado demuestra su voluntad democrática de no amparar situaciones de privilegio, dejando constancia de que también los poderosos están expuestos a la pena cuando esta sea necesaria»²⁸². Es por ello que la reivindicación de una intervención penal eficaz en la protección del medio ambiente, no puede

²⁸¹ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "El Bien Jurídico protegido en un Derecho Penal garantista". *Jueces para la Democracia*. Nº 30. Madrid. 1997, pp. 17 y ss.

²⁸² Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Derecho Penal de la empresa*. Trotta. Valencia, 1995, p. 198.

confundirse con la denominada inútil huida del Derecho administrativo al Derecho Penal.

En suma, tenemos que en la esencia de la valoración ecocéntrica del medio ambiente, subyace por tanto la verdadera protección de los elementos que conforman la ecología, que son protegidos para mantener el equilibrio de los sistemas y subsistemas ecológicos subordinados, bajo la observancia substancial del principio rector del Derecho Penal, el principio de la dignidad humana. Esta condición que debe ser observada para la concreción de todo bien jurídico penal, no quiere significar que los bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente dependan de los individuales para su reconocimiento como un bien jurídico de titularidad compartida y para que se constate la perpetración del delito contra las bases naturales de la vida humana.

1.2.2. Una interpretación simbiótica: antropocentrismo y ecocentrismo

Si bien hemos señalado en el epígrafe anterior que no existe precisamente en el contexto de la doctrina penal española la apuesta por un ecocentrismo radical, la doctrina sin embargo habla de un concepto «ecocéntrico moderado» que surge en contraposición de las concepciones puramente ecocéntrica y antropocéntrica desarrolladas en el marco del Derecho Penal. Se ha buscado con ello un concepto que delimite materialmente la protección del medio ambiente como bien jurídico y que, al mismo tiempo y como *conditio sine qua non* para su configuración como bien jurídico, sea respetuoso del principio de dignidad humana.

Este “concepto” es denominado en este trabajo de investigación como «interpretación simbiótica», pues refiere a la fusión de los conceptos que fueron contrarios de maneras casi antagónicas a fin de delimitar el alcance de la ecología y el medio ambiente como bien jurídico. De esta forma, el eclecticismo aquí abordado entre ecocentrismo y antropocentrismo permite la construcción de un concepto que reconoce la protección determinada e independiente del medio ambiente como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal, por lo cual no se estaría subordinando la protección del medio

ambiente a la tutela de los bienes jurídicos individuales de vida y salud, sino que se reconocería la autonomía de los bienes ecológicos. Por tanto, su afectación se concreta en el sustrato material de dicho bien jurídico colectivo (delitos de lesión), o en la estabilidad existente en los subsistemas naturales (delitos de peligro) y no en la de los bienes jurídicos individuales (vida y salud), puesto que dicha afectación produce el desequilibrio de los sistemas o las bases naturales.

En esta ideología encontramos el distinguido y referente trabajo que sobre la materia que nos ocupa, realizó la Catedrática de la Universidad de Granada, CASTELLÓ NICÁS, en donde afirma que «la protección del medio ambiente debe tener una visión ecléctica, econcéntrica-antropocéntrica, que a la vista de la protección de los elementos de nuestro medio natural, de nuestro planeta (bien jurídico medio ambiente), tome como perspectiva mediata de la misma la salvaguarda de la especie humana, y por ello de las generaciones venideras²⁸³». Como consecuencia de esto, la especialista en el tema jurídico-penal-ambiental, nos aclara el camino sobre la posición del *Ius Puniedi* en la esfera ambiental, señalando que «el Derecho Penal debe intervenir cuando se produzca una lesión al medio ambiente, esto es, una mutilación de las condiciones naturales del medio natural que pueden afectar al ser humano como genero y a su hábitat, ya sea al ser humano presente o futuro, entendido éste como colectivo, y por consiguiente, si conectar ello a bienes jurídicos de naturaleza personal o individual»²⁸⁴.

De otro lado y en el marco de este orden de razonamientos, no es desechable la valoración que realiza DE LA CUESTA AGUADO, en cuanto a la diferenciación entre afección o lesión a los elementos que integran el medio ambiente, y el medio ambiente como bien jurídico. Por ello, afirma que no debemos confundir «bien jurídico medio ambiente y elementos que lo

²⁸³ Véase *in extenso* a CASTELLÓ NICÁS, Nuria. “Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma LO 5/2010 de 22 de junio)”. *El cambio climático en España: Análisis técnico-jurídico y perspectivas*. Nuria Castelló Nicas (Directora). Dykinson. Madrid, 2011, p. 285.

²⁸⁴ *Ídem*. Sobre esta concepción, es muy interesante para la “posición simbiótica” o ecléctica que mantenemos, la reflexión con la que concluye Nuria Castelló Nicas: «Preservando de modo directo nuestro medio natural, garantizamos la viabilidad del ser humano».

integran»²⁸⁵. Así, los elementos que lo integran «abarca el conjunto de relaciones, de reglas naturales, bióticas, biológicas, ecológicas, etc.»²⁸⁶ que permiten el desarrollo del hombre y la aparición y el mantenimiento de la vida en el planeta Tierra». De esta forma el medio ambiente se convierte en el presupuesto de la vida en sociedad, por lo cual el equilibrio entre todos estos factores (equilibrio ecológico o equilibrio de los sistemas naturales) es lo que finalmente constituye el medio ambiente como bien jurídico²⁸⁷. No obstante, aunque se observe influencias de un concepto amplio del medio ambiente y del carácter antropocéntrico contenido igualmente en este concepto ecléctico, de ninguna manera implica que la afección a la vida, la salud y la integridad física de las personas configuran el delito contra el medio ambiente. Más bien refiere a la naturaleza antropocéntrica del contenido de las legislaciones, y, en este caso, de la legislación penal.

En este contexto de la interpretación ecléctica o ecocéntrica moderada del bien jurídico medio ambiente, son valorados sus diversos caracteres fundamentales. Por una parte, el carácter autónomo que se le confiere a este bien jurídico desde el marco del Derecho Penal, pues, como hemos reiterado, el *Ius Puniendi* interviene porque existe una realidad socialmente valorada ante los atentados graves, y, por tanto, debe intervenir para proteger las bases o sistemas naturales, por su valor en sí mismo, y en razón al principio de la dignidad humana. De esta forma el carácter autónomo del bien jurídico medio ambiente está vinculado al carácter teleológico y también al axiológico del bien jurídico. Al primero por la función que el Derecho Penal cumple con la sociedad (protección de bienes jurídicos); al segundo porque, no solo la norma penal le confiere legitimación, sino igualmente, el Tratado de la Unión Europea y la propia Constitución española de 1978.

Por otra parte, el carácter autónomo desemboca asimismo en el carácter colectivo del bien jurídico, pues el reconocimiento de que su

²⁸⁵ Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Respuesta penal al peligro nuclear. Promociones y Publicaciones Universitarias*. Barcelona, 1994, p. 92.

²⁸⁶ *Ídem*.

²⁸⁷ DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 66.

protección se concreta en una realidad socialmente valorada por sí y en razón de, conlleva igualmente a reconocer su titularidad compartida; es decir, la sociedad toda se convierte en el sujeto pasivo de este bien jurídico de gran calado y trascendencia²⁸⁸. No obstante el carácter colectivo de este bien, no siempre garantiza una interpretación o reconocimiento del medio ambiente como bien jurídico colectivo. Esto se verifica con las múltiples acepciones de bien jurídico colectivo esbozadas por la doctrina y por las formas de tipificación derivadas de los contenidos de los tipos penales de protección ambiental.

Es así que el carácter autónomo y colectivo del bien jurídico medio ambiente, derivado en este contexto de un concepto ecléctico o también denominado por la doctrina ecocéntrico moderado, no solamente es protegido por el Derecho Punitivo como el resultado del contenido puramente ecocéntrico y antropocéntrico del bien jurídico, sino igualmente como el producto de la vinculación de la teoría constitucional amplia o de referente constitucional del bien jurídico, con influencias sociológicas específicamente funcionalista²⁸⁹.

²⁸⁸ En una significación ilustre, como es característico del Profesor alemán Claus Roxin, véanse las concepciones que plasma en un trabajo intelectual que elaborara el año pasado; en donde a partir del planteamiento de la interrogante: ¿Es la finalidad del Derecho Penal la protección de bienes jurídicos? Se desprenden diversas ideas para que bien darían luz a las no estrechas discusiones dogmáticas respecto al tema. ROXIN, Claus. "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen". *Revista Electrónica de Ciencia Penales y Criminología*. N° 15. Universidad de Granada, 2013, pp. 2 y ss.

²⁸⁹ En un análisis sobre el bien jurídico y su interacción con la Ley Fundamental véase a: ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos". *Estudios penales y criminológicos*. N° 29. Universidad Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2009, pp. 61-106. Véase, también, sobre la Directiva 2008/99 CE, RAMOS TAPIA, María Inmaculada. "La Directiva relativa a la protección penal del medio ambiente", En, PÉREZ ALONSO, Esteban. *Derecho, globalización... Op. Cit...* p. 653-654. «En la contraposición clásica entre concepciones antropocéntricas y ecocéntricas en la protección del medio ambiente, puede decirse que la Directiva adopta una concepción ecocéntrica moderada o mixta, según la cual, aunque con la protección del medio ambiente se persigue en último término la protección de bienes jurídicos personales como la vida o la salud humana, debe reconocerse también una protección autónoma del medio ambiente natural, no condicionada a la posible afectación de bienes jurídicos personales (dimensión ecocéntrica)».

2. Matices del medio ambiente como bien jurídico colectivo

El reconocimiento del medio ambiente como un bien jurídico de carácter ecocéntrico-antropocéntrico o ecocéntrico moderado, no solo nos remite a la nos lleva a hurgar en la legitimidad del carácter colectivo que se le confiere al bien jurídico objeto de nuestra investigación. Así, como punto de partida y en consonancia con lo anterior, con la claridad expositiva que le caracteriza y la solides en los fundamentos que da a sus postulados, coincidimos con CASTELLÓ NICÁS, cuando en referencia a HEFENDEHL, asegura que «no puede ponerse en cuestión que el concepto de bien jurídico -en abstracto- sirve como base y esencia del Derecho, ni que dicho concepto abarque la protección de bienes jurídicos de naturaleza colectiva como lo es el medio ambiente»²⁹⁰.

Así bien, hemos venido enunciando que, el paso de un Estado liberal a un Estado Social y Democrático de Derecho, caracterizado por la conjunción entre desarrollo tecnológico y riesgo, ha originado nuevas formas de delincuencia e incriminación de conductas que atentan contra la sociedad. Esta realidad social se ve hoy protegida con la concreción de la intervención penal a través de la estructuración de tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos.

La intervención penal del Estado ha de entenderse –como lo hemos dejado patente en diferentes pasajes de esta investigación- como *última ratio*; esto significa que solo debe recurrirse a él cuando “hayan fallado” todos los demás controles. Como argumenta BUSTOS, la intervención penal

²⁹⁰ CASTELLÓ NICÁS, Nuria. “Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma LO 5/2010 de 22 de junio)”... Op. Cit... p. 278. La referencia a Roland Hefendehl que hace la Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, es a propósito de la discusión generada en la doctrina –aunque afortunadamente no por la dominante o la de mayor peso específico- a partir de la obra que el alemán denominara: “La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?, en donde es el bien jurídico y su función sustancial en la Ciencia Jurídica, quien resulta protagonista de ese debate. También, sobre el bien jurídico, véase el ilustre trabajo de la misma autora: “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”. *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Lorenzo Morillas Cueva (Coordinador) y Carlos Aránguez Sánchez (aut.). EDERSA. Madrid, 2002, pp. 53-80.

«solo está justificada en la medida en que resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática»²⁹¹. Esta necesidad o principio de intervención del Derecho Penal encuentra su fundamento en los bienes jurídicos, pues con su contenido legitiman la intervención penal que debe fundamentalmente respetar los principios constitucionales que rigen al Derecho. En otras palabras, el instrumento sancionador penal interviene porque la protección de los bienes jurídicos colectivos se erige en función de toda una sociedad, y, además, porque aquellos se revelan como consecuencia inevitable de las exigencias que emanan de un Estado social.

Según lo revelado, hacemos alusión al proceso de adquisición del contenido material del bien jurídico, cuya evolución va pareja a la histórica transformación del Estado y a la legitimación de la protección de los bienes jurídicos colectivos. Así, la transición desde un Estado liberal hacia un Estado Social y Democrático de Derecho,²⁹² refleja en la Constitución el reconocimiento de nuevos derechos de contenido social, que tienen como propósito asumir una tarea asistencial y generadora del desarrollo social, en condiciones de igualdad y solidaridad e interviniendo en los desequilibrios que genera el sistema social. De este contexto deriva la legitimidad constitucional de los bienes jurídicos de carácter colectivo²⁹³. Aunque esta justificación no es totalmente criticada por los autores de la doctrina penal, se convierte en motivo de controversia cuando se equipara derecho social a contenido material del ilícito en los bienes jurídicos de titularidad compartida.

²⁹¹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1994, p. 104.

²⁹² En un repaso histórico que va dotando de significado a los conceptos de Estado, modelo social, democrático y su interrelación con el Derecho, véase el estudio de BASTIDAS MORA, Patricia. “El modelo constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso”. *Revista Via Iuris*. Nº 7. Fundación Los Libertadores. 2009, pp. 45-59. También, en el mismo orden y desde la perspectiva constitucional exclusivamente española, véase a GRANADOS CALERO, Francisco. “El Estado Social y Democrático de Derecho”. Nº 15. (Ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución Española). *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*. Cortes Valencianas. Valencia, 2004, pp. 367-390.

²⁹³ En este sentido, véase a CASTELLÓ NICÁS, Nuria. “Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma LO 5/2010 de 22 de junio)”... *Op. Cit...* pp. 282-283.

Los derechos de segunda generación que engloban los derechos sociales, económicos y culturales, y los de tercera generación o solidaridad, considerados derechos de la autodeterminación de los pueblos y el medio ambiente²⁹⁴, se encuentran consagrados en muchas constituciones modernas, como «principio rector de la política económica y social», o bien como Derechos Fundamentales.

Con independencia que más adelante dediquemos más tiempo a esta cuestión, a pesar de lo ya referido en otro momento *supra*, cabe destacar que la Constitución Española de 1978 concibe el derecho de protección del medio ambiente, no como un Derecho Fundamental sino como «principio rector de la política económica y social», contenidos en los arts. 39 al 52, del Capítulo III de dicha Ley Fundamental.

Las apariciones de estos derechos sociales a partir del siglo XX y su reconocimiento en las constituciones van implícitamente ligadas al reconocimiento de los bienes jurídicos colectivos como interés de tutela penal. Sin embargo, el referente axiológico que se erige como legitimación y reconocimiento de los derechos del ciudadano no se concreta ni convierte en contenido material del injusto, pues este se encuentra determinado por dos elementos de la teoría del delito: la tipicidad y la antijuricidad. La primera, la explicamos como la adecuación de una conducta (supuesto de hecho fáctico) al supuesto de hecho legal (modelo general y abstracto que la ley crea para su señalización). La segunda se corresponde con las valoraciones que giran en torno a las afecciones producidas en el bien jurídico colectivo, pues esta afección es la que concreta el injusto material del delito.

²⁹⁴ JIMÉNEZ, Eduardo Pablo. *Los Derechos humanos de la tercera generación*. Sociedad Anónima. Buenos Aires, 1997, pp. 54, 55 y 82, el autor reconoce la autonomía de los Derechos de tercera generación, al no ubicarlos entre los Derechos de segunda generación. La diferencia entre ambos Derechos radica en que los derechos políticos, económicos y sociales, surgen como consecuencia del exceso de la ideología individualista, mientras que los Derechos de la solidaridad y el medio ambiente, surgen en el contexto del Estado social. Con ciertas diferencias, se pronuncia PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de Derechos Humanos*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 29-36, para quien los derechos de tercera generación también podrían ser reconocidos entre los derechos de segunda generación. Sin embargo, reconoce a la calidad de vida como derecho de tercera generación, e incluye en este ámbito al medio ambiente y la ecología.

Aquí radica el punto medular de los bienes jurídicos colectivos, su legitimación penal a la vista de los principios fundamentales que conforman el Derecho Penal: intervención mínima (del que derivan los principios de subsidiariedad y fragmentariedad), seguridad jurídica y lesividad. Algunas corrientes doctrinales²⁹⁵ opinan que estos principios son transgredidos por las nuevas figuras penales, porque recurren generalmente a la utilización de la técnica de delitos de peligro abstracto, a la que un sector de la doctrina la descalifica porque se encuentran vinculados a bienes jurídicos con difusa entidad material, y que por tanto para la concreción de su tutela, necesitan de una técnica que permita adelantar la barrera de protección, en base a un juicio de probabilidad de que un determinado bien jurídico pueda ser lesionado.

En este orden, emerge la valoración del *principio de intervención mínima*, que refiere al límite del poder punitivo estatal y que se justifica en la propia finalidad del Estado, que es velar por la seguridad y el orden social. Este principio planteado en otrora por BECCARIA en los albores del Estado moderno, limita al poder estatal para que intervenga solo cuando los bienes jurídicos no son eficazmente protegidos por otros instrumentos que conforman el ordenamiento jurídico.

Por tanto, el poder (que confiere el pueblo al Estado, a través del sufragio) debe ser utilizado respetando los límites establecidos en la intervención del Derecho Penal. Esta intervención que se produce cuando los bienes jurídicos son atacados por conductas socialmente dañosas o, dicho de otra manera, ante ataques muy graves, determina el carácter fragmentario del Derecho Penal. No obstante, persiste un problema crucial desde la perspectiva fragmentaria²⁹⁶ del Derecho penal, que radica en la

²⁹⁵ En la doctrina española, referente importante de la crítica a la utilización de los delitos de peligro abstracto, MUÑOZ CONDE, Francisco; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 8ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, pp. 303-306. En este sentido, también confróntese: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo. El Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha. Cuenca, 2003, pp. 191 a 225. La Escuela de Frankfurt, ha criticado la decisión de que el Derecho penal extienda su objeto más allá de los límites que tradicionalmente han acompañado a la protección de los bienes jurídicos clásicos.

²⁹⁶ Fue BINDING quien habló por vez primera del carácter fragmentario del Derecho Penal

falta de delimitación de «los ataques más intolerables» contra bienes jurídicos colectivos. Es decir, ¿cómo podríamos saber cuándo un ataque produce un riesgo mayor para el bien protegido penalmente? Pues en caso de no ser un riesgo grave no se justificaría la intervención del *Ius Puniendi* estatal.

La enunciación de esta falta de delimitación constituye la problemática constante en la confluencia del Derecho Penal y el Derecho Administrativo en la protección de bienes jurídicos colectivos, porque se sostiene que imposibilita una distinción ontológica entre el injusto penal y el injusto administrativo. En este sentido, la doctrina penal a través de las tesis cualitativas y cuantitativas ha realizado grandes aportes para determinar los límites objetivos entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. Punto sobre el que nos referiremos más adelante, pero consideramos que la teoría cualitativa justifica la intervención penal para la protección de los bienes jurídicos colectivos, puesto que la función inmediata de tutela de bienes jurídicos relevantes, no encuadra con la sanción administrativa. Esta tiene por función regular una actividad prescindiendo del concepto de lesividad o de afección, propias de la configuración del ilícito penal (estructuradas como delitos de lesión o de peligro), e interviene por la simple violación de una norma que regula comportamientos referentes a actividades objetivas.

Se habla igualmente de la perspectiva subsidiaria del Derecho Punitivo, expresión que pareciera dar la idea de un orden previo y principal, aunque precisamente no es la significación que lo caracteriza. Podemos afirmar que su contenido es parecido al principio de *última ratio*, pues la protección de bienes jurídicos no se realiza solo mediante el Derecho Penal. Únicamente se debe recurrir al *Ius Puniendi* cuando las demás posibilidades de regulación fracasan. A modo de ejemplo debemos recordar, que el Derecho Administrativo como portador hegemónico de la protección del

como un defecto a superar, complementando la protección de los bienes jurídicos. Aunque bien sabemos -y como en el último capítulo de esta investigación tendremos la oportunidad de abundar- que este postulado dio un giro que se vio reflejado por el paso de una concepción retribucionista a otra basada en una estricta necesidad de la prevención. Véase: MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. B y F. Buenos Aires, 2002, p. 108.

ambiente, las bases o los sistemas naturales, no tiene alcance eficiente para tutelar estos intereses o bienes jurídicos de titularidad compartida, ante los hechos más graves que atentan contra los mismos. Esto se constata con el análisis sociológico y político criminal de las sociedades primermundistas y tercermundistas, donde la necesidad de la incriminación de conductas que atentan contra este bien jurídico se han originado por la gravedad de las acciones a nivel postindustrial (emisión o inmisión de contaminantes) y nivel del agro (contaminación del suelo, agua, atmósfera por aspersion de agroquímicos o elementos químicos no permitidos). Situación que ha originado la configuración de la protección penal del medio ambiente en los contextos nacionales. Sin embargo, esta tutela sólo es eficaz en aquellos sistemas jurídicos, donde el previo reconocimiento y la aplicación de los principios de precaución²⁹⁷ y prevención contenidas en las normas administrativas ambientales, no se convierten en meras apologías sino en realidades, para cada caso concreto.

En cuanto al principio de seguridad jurídica²⁹⁸, se encuentra relacionado con el principio de taxatividad²⁹⁹ a través del cual se reserva al legislador la garantía en la definición de delitos y penas. También se lo considera quebrantado desde la configuración de los bienes jurídicos colectivos cuando la ley no cumple con la función de establecer de forma clara y concreta la definición del ámbito punible. Sin embargo los numerosos debates de la doctrina han aportado elementos normativos que ayudan a demarcar el ámbito de lo punible. Sea esta una interpretación ecocéntrica o antropocéntrica, sea esta una interpretación amplia, intermedia o restrictiva

²⁹⁷ Sobre el principio de prevención y precaución, TELES DA SILVA, Solange. *O Direito Ambiental Internacional*. Del Rey. Belo Horizonte, 2009, p. 107. «Enquanto o princípio da precaução visa realizar a gestão de situações de incertezas científicas, o princípio da prevenção aplica-se em situações nas quais há o conhecimento da relação de causa e efeito, o risco é certo, quer dizer, um dano sera produzido se nada for realizado para impedir a sua concretização».

²⁹⁸ Explícitamente consagrado en el art. 9.3 de la Constitución Española. *Cfr.* HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín y GIL IBÁÑEZ, José Luis. *Constitución española*. 5ª edición. Colex. Madrid, 2010, p. 34.

²⁹⁹ *In extenso* confróntense las consideraciones de GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel. «¿Nullum crimen sine lex certa? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad». *Jueces para la Democracia*. Nº 62. Madrid. 2008, pp. 57-91.

del medio ambiente o la ecología. Todos estos conceptos determinan el ámbito y el alcance del bien jurídico protegido y de lo punible.

Ahora bien, si se constata la vaguedad en las definiciones penales, se origina la disminución o eliminación del principio de seguridad jurídica, al que igualmente se halla vinculado el principio de lesividad, que, como sabemos, ha marcado el paso de una antijuricidad meramente formal a una material, que se traduce en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico o en la dañosidad social del mismo. El principio de lesividad se ha sintetizado en el tradicional aforismo liberal «no hay delito sin daño», que equivale a la no existencia de la conducta punible sin amenaza concreta o real para el bien jurídico tutelado, la que a su vez debe plasmarse en la inequívoca dañosidad social del comportamiento. Esta ha establecido como presupuesto fundamental a ser observado a la hora de incriminar una conducta, que debe tratarse de una conducta que afecte a las necesidades del sistema social en su conjunto y cuyas consecuencias puedan ser constatadas en la realidad social. Partiendo de estas dos columnas fundamentales para incriminar la conducta, se lograría hablar de afectación a un bien jurídico colectivo.

Ahora bien, ¿cabría en este marco hablar de legitimidad o legitimación de los bienes jurídicos colectivos? Respecto a la diferencia entre legitimidad o legitimación, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ³⁰⁰ señala que con la «legitimación se hace referencia a la adhesión de los ciudadanos al Estado, situándonos en el plano fáctico de la confianza de los ciudadanos hacia los gobernantes». Por el contrario, señala la autora, que la legitimidad, alude «al plano teórico de la justificación legítima y ética del propio Estado y de la actuación política y jurídica de sus gobernantes». De esta forma, no sólo se puede afirmar la legitimación social de los bienes jurídicos colectivos, sino también su legitimidad jurídica, pues estos se establecen en una sociedad marcada por el proceso de transición de un Estado liberal a un Estado Social, que si bien tiene por función garantizar los derechos considerados fundamentales para mantener el nivel de vida y permitir la participación de las personas como miembros de la sociedad, también observa y permite la conjunción compleja de factores tecnológicos que se instalan y se desarrollan en un contexto

³⁰⁰ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Colex, Madrid, 2001, p. 33.

donde el riesgo constante responde a demandas sociales de un Estado de bienestar, y origina realidades hasta hoy desconocidas, pero que a su vez producen singulares formas de criminalidad que exige la intervención del *Ius Puniendi*. Es por ello que la creación de un Derecho Penal de intervención³⁰¹, no es precisamente la respuesta más eficaz, pero sí la más tolerante con la delincuencia de cuello blanco, ya que sólo se conseguiría evitar la imposición de sanciones penales a conductas que efectivamente podrían afectar gravemente a bienes jurídicos colectivos, como el equilibrio de los sistemas o bases naturales.

A la luz de las anteriores matizaciones, podemos concretarnos material y formalmente al estudio del análisis del carácter colectivo que se le adjudica al medio ambiente y *ab initio* tenemos que decir que esa etiqueta, hoy en día casi innegable³⁰². Su propia naturaleza, como valor emergente en un Estado Social, que lo define como derecho social de tercera generación («Medio ambiente y autodeterminación de los pueblos») donde el Estado no sólo interviene para velar por Derechos y bienes personales sino por los de la sociedad en conjunto, es el legitimador de su carácter colectivo y protección que se le otorga como tal³⁰³.

Debemos no obstante remarcar que al hablar de derechos y en este caso derechos sociales, no estamos haciendo alusión a los bienes jurídicos colectivos concretamente, sino refiriéndonos a su marco axiológico, puesto que la configuración de los delitos ambientales no se concreta por la violación de los derechos sociales de los cuales goza la sociedad, sino por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico colectivo ambiente, que se concreta por la afección o desequilibrio del sistema natural.

³⁰¹ Considérense los distintos postulados que rigen el pensamiento plasmado en la obra de: MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. “Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente”. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Comares, Granada, 2000. Sobre todo la parte inicial del opúsculo.

³⁰² Siguiendo este orden ideológico, véase STS 327/2007 de 27 de abril.

³⁰³ Sobre el reconocimiento de los Derechos de la solidaridad y el medio ambiente como Derechos de tercera generación originados en el contexto del Estado social, véase, JIMÉNEZ, Eduardo Pablo. *Los Derechos humanos de la tercera generación... Op. Cit...* pp. 54, 55 y 82.

En los últimos años la doctrina penal continental ha trabajado el concepto de bienes jurídicos colectivos, al igual que el concepto de supraindividuales –ya referido- y el concepto difuso de bien jurídico del cual nos ocuparemos *a posteriori*-. Sin embargo, en el contexto del medio ambiente enmarcado a una interpretación ecléctica, esto es, antropocéntrica-ecocéntrica, la concepción de colectivo no solo se materializa por ser indivisible e indistribuíble, sino fundamentalmente porque su titularidad compartida recae sobre toda la sociedad y no sólo sobre un sector específico, exclusivo o particular de la misma.

En efecto, la principal característica común otorgada a los bienes jurídicos colectivos es su **titularidad compartida**³⁰⁴, es decir, que todos los ciudadanos como miembros de la sociedad en su conjunto son sujetos titulares de este bien. No obstante, para algunas corrientes doctrinales, dicha titularidad no es compartida por todos los ciudadanos, sino por una colectividad de personas, quienes finalmente gozan de una protección individual³⁰⁵. Este sería el caso de los delitos contra la salud pública, los consumidores y los trabajadores, en donde la lesividad o puesta en peligro

³⁰⁴ En la doctrina alemana fundamentalmente sobre este punto véase: la obras del Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Dresden y especialista en la materia penal-ambiental: HEFENDEHL, Roland. “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”. *RECPC*. Nº 4. Universidad de Granada. 2002, p. 9. “El bien jurídico como eje material de la norma penal”. *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons/Ediciones jurídicas y Sociales. Madrid, 2007 p. 189. Desde la perspectiva española, sobre los bienes jurídicos colectivos, puede consultarse a SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*. Comares. Granada, 2003, pp. 200-213. La misma autora en, “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”. *ADPCP*. Tomo LVIII. Ministerio de Justicia. Madrid. 2005, p. 887. Sobre este tema, la Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Málaga, considera que «los bienes jurídicos colectivos no son susceptibles de división en partes atribuibles individualmente, sobre las que se reconozca libertad de disposición, en base a esta nota de indivisibilidad, considera que no tienen una autentica naturaleza colectiva aquellos bienes jurídicos que se pueden descomponer y encuentran su esencia en una pluralidad de intereses individuales, como es el caso, ene especial, de los implicados en los delitos contra la seguridad colectiva». También véase a: ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos”. *Revista Penal*. Nº 32. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 23-40

³⁰⁵ Vid. SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Dikynson. Madrid, 2000, p. 77.

afecta generalmente a un colectivo de personas, entendido como un grupo de personas determinadas, que viene realmente a ser valorado como bienes jurídicos difusos. Esta interpretación del concepto colectivo entendido como un sector, no puede ser aplicado desde ningún punto de vista al medio ambiente como bien jurídico, pues por su propia naturaleza denota un carácter colectivo general que abarca toda la sociedad³⁰⁶, la que se convierte en sujeto pasivo del bien jurídico constituido por los sistemas naturales.

La afirmación, por tanto, de encuadrar el medio ambiente por su propia naturaleza como un bien jurídico colectivo de titularidad compartida, lleva a concluir que no se convierte en un bien disponible como ocurre con los bienes jurídicos individuales, cuya naturaleza relacionada a los bienes del individuo y no de toda la sociedad, faculta al sujeto a disponer o no de tales bienes. Por tanto, la indisponibilidad³⁰⁷ es igualmente característica del bien jurídico colectivo medio ambiente, pues nadie tiene capacidad individualmente para disponer de él.

Empero, BONET ESTEVA y SOTO NAVARRO señalan que las corrientes que reconocen como bienes jurídicos colectivos a aquellos intereses que están vinculados a los derechos personales, o a los bienes jurídicos individuales, consideran que estos pueden ser objeto de libre disposición, porque estos bienes jurídicos «se materializan a través de individuos concretos»³⁰⁸ y «por el consentimiento de todos los cotitulares en

³⁰⁶ HEFENDEHL, Roland. “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”... *Op. Cit...* p. 3. Schünemann y quien además, es especialista en el tema de bienes jurídicos colectivos, ya desde las investigaciones realizadas en la realización de sus tesis doctoral «la definición puede precisarse aún más acudiendo a los conceptos de “no exclusión en el uso” y de “no rivalidad en el consumo”. La seguridad colectiva de un Estado se trata, con perdón de la redundancia, de un bien jurídico colectivo, puesto que, en primer lugar, nadie puede ser excluido de su uso y, en segundo lugar, porque el uso o disfrute de ese bien por un individuo A no perjudica ni impediría el de un individuo B. Para la delimitación entre bienes jurídicos colectivos e individuales se utiliza el concepto adicional de “no- distributividad”. Puede decirse que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un individuo.

³⁰⁷ Cfr. SEGURA GARCÍA, María José. *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 125.

³⁰⁸ Cfr. BONET ESTEVA, Margarita. *La víctima del delito: (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*. McGraw-Hill/Interamericana de España. Madrid, 1999, pp. 191 y 114- 120.

la lesión o puesta en peligro del bien jurídico»³⁰⁹ respectivamente. Ambas autoras sin embargo sostienen, que los bienes jurídicos que por naturaleza son colectivos, son verdadera y absolutamente indisponibles. Valoración ésta, que se adecua al medio ambiente como bien jurídico penal, puesto que estamos hablando de un bien cuya titularidad recae sobre toda la sociedad, lo cual podemos afirmar que imposibilita la consideración de todos los titulares para su libre disposición.

Además de las características señaladas es considerada característica principal de los bienes jurídicos colectivos «la no distribuidad», que quiere significar que el bien jurídico será colectivo si es disfrutado por cada miembro de la sociedad y no únicamente por un sector de la misma. De esta forma, adquiere la cualidad de indivisibles o *no distribuibles*. En este sentido el maestro en la materia, HENFENDEHL, concluye que «Un bien jurídico será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividirlo en partes y asignar una porción de este a un individuo»³¹⁰.

El también Profesor del Instituto de Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Ludwis-Albert de Friburgo, define claramente que es un bien jurídico colectivo y lo encuadra en el medio ambiente como tal. Así, considerando las características propias y la naturaleza, precisa que el medio ambiente es un «bien de consumo para toda la sociedad», señalando que «por ello no es posible relacionarlo en todo o en parte a un único sector de la misma. De la seguridad en el tráfico monetario, así como de la seguridad interior del Estado se beneficia cada ciudadano en igual medida»³¹¹.

³⁰⁹ Véase a SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna...* Op. Cit... pp. 196-197. También véase la insigne y referente obra que tradujera el Catedrático de la Universidad de Granada, Miguel Domingo Olmedo Cardenete: JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General...* Op. Cit... pp. 399 y ss.

³¹⁰ Consúltese a HENFENDEHL, Roland. «¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto»... Op. Cit... p. 4.

³¹¹ *Ídem*.

3. La referencia al medio ambiente como interés difuso

No podemos soslayar que otra de las problemáticas de importante trascendencia jurídico-penal en las sociedades industrializadas de nuestros tiempos es la que se refiere a los intereses difusos y la búsqueda de mecanismos eficaces para su tutela. Los intereses difusos, que bien pueden llamarse asimismo intereses de “pertenencia difusa”, porque pertenecen a muchos en común, integrando todos ellos un conjunto difuso, con lo que difuso es el grupo humano que coparticipa en el interés, y no tanto el interés mismo, que se puede percibir como concreto, se confunden con frecuencia con los intereses colectivos; en ambos casos, el bien jurídico protegido es indivisible, mientras entre los titulares de un interés difuso no existe relación jurídica alguna (pensemos por ejemplo en los consumidores y usuarios, si bien es cierto que últimamente han surgido organizaciones de tales, o en quienes reclaman que cesen las agresiones al medio ambiente), sí que existe una relación de base entre los titulares de un interés colectivo, relación que viene dada por la vinculación directa de los miembros del colectivo (una asociación o un conjunto de asociaciones) o por un vínculo jurídico que les relaciona con la parte contraria³¹².

En una obra clásica sobre este tema, VINCENZO VIGORITI³¹³ distingue los intereses colectivos de los intereses difusos, a partir de la *existencia de una organización* en los primeros. En ambos tipos de intereses hay una pluralidad de personas, pero en el caso de los intereses colectivos esa pluralidad tiene una organización establecida para la obtención de un fin

³¹² Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La tutela de los intereses difusos”. *Revista chilena de Derecho*. Volumen 20. No. 2-3. Pontificia Universidad Católica de Chile: Facultad de Derecho. Santiago, 1993, p. 251. También véase a: ALMAGRO NOSETE, José. “Protección procesal de los intereses colectivos o difusos en la Ley de Enjuiciamiento”. *Actualidad Civil*. Nº 1. La Ley-actualidad, 2004, pp. 5-12.

³¹³ Así el jurista italiano señalaba que «Las dos fórmulas conciernen a procesos de agregación de los intereses individuales e indican dos estadios diversos de fenómenos homogéneos en la sustancia. A nivel simplemente difuso faltan los mecanismos de coordinación de las voluntades, no se han establecido los vínculos que pueden dar un carácter unitario a un conjunto de intereses iguales; a nivel colectivo existe en cambio una organización, en el sentido de que existen instrumentos de dirección y de control, y la dimensión supraindividual de los intereses adquiere su precisa relevancia jurídica». Cfr. VIGORITI, Vincenzo. *Interessi Colettivi e proceso: la legittimazione ad agire*. Giuffrè. Milano, 1970, pp. 42-44.

común. El Catedrático de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia afirmaba que tanto los intereses colectivos como los difusos se referían a una pluralidad de situaciones de ventaja de carácter individual, pero que en los primeros existía una organización, como expresión de la estructura tendencialmente unitaria del colectivo, que aseguraba unicidad de tratamiento de esos intereses y uniformidad de efectos de la resolución jurisdiccional; en tanto que los segundos estaban considerados todavía en forma atomística, por lo que carecían de los instrumentos para una valoración unitaria.

Expuesto lo anterior, tenemos que el concepto de bien jurídico acuñado como interés difuso, subyace en la doctrina italiana y se le atribuye a SGUBBI³¹⁴. Este concepto parte del adjetivo «difuso» que desde una interpretación gramatical y lógico-lingüística, hace referencia a todo aquello que es considerado como «poco preciso», indeterminado, borroso. El autor utiliza esta nomenclatura para denominar a los nuevos intereses jurídicos vinculados al desarrollo económico y técnico de los últimos decenios. La titularidad de los intereses difusos no recae precisamente sobre la generalidad o toda la sociedad, sino, sobre un colectivo de personas, es decir, un grupo de personas determinado.

Este es el caso de los derechos del consumidor y del trabajador, que a diferencia del bien jurídico medio ambiente (cuya titularidad recae sobre toda la sociedad) no poseen un sustrato material, pues están caracterizados por concretarse como un bien jurídico de directa interpretación constitucional, o incluso de clara interpretación al estilo del filósofo y criminalista alemán: FEUERBACH³¹⁵, que consideraba «que el delito supondría la violación de un

³¹⁴ Cfr. SGUBBI, Filippo. "Tutela penale di interessi diffusi". *La Questione Criminale: Rivista di ricerca e di dibattito su devianza e controllo sociale*. N° 3. Bologna, 1975, pp. 439 y ss.

³¹⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho Penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 18. Inspirado en las ideas de Hegel, es uno de los máximos representantes de la teoría relativa de la pena o teoría de la prevención general negativa, es decir que ésta debe tener una función más preventiva de delitos que correccional, ejerciendo una coacción tanto física como psicológica sobre el delincuente y en un grado más elevado, la sociedad en general.

derecho subjetivo» –no de un bien jurídico- pero en este caso supondría la violación de un derecho social.

Si bien en la doctrina española varios autores han aludido al concepto de interés difuso empleado por SGUBBI, no por ello han asumido dicho concepto para encuadrar a los bienes jurídicos emergentes en el Estado Social. Al contrario, se ha recurrido a conceptos diferentes para contener a los nuevos bienes jurídicos, como el concepto bien jurídico colectivo (descrito precedentemente), pues para SGUBBI, el interés difuso hace referencia a nuevos intereses de un sector de la población.

En el contexto de la doctrina española, sin embargo, PÉREZ ÁLVAREZ³¹⁶ parte de una valoración «equiparable» entre bienes jurídicos difusos y colectivos, aunque reconoce igualmente ciertas diferencias de carácter formal. Estos bienes tienen en común la titularidad compartida, es decir, se trata de bienes jurídicos que «pertenecen a diversos sujetos» y en «esencia no tienen naturaleza económica», característica asimilable a un concepto de bien jurídico medio ambiente interpretado como colectivo y de vertiente conservacionista. En cuanto a sus diferencias, se concretan como señaláramos, en que en el bien jurídico colectivo la titularidad recae sobre toda la sociedad y en el interés o bien jurídico difuso recae sobre un sector de aquella. De esta forma, queda distinguida la valoración del medio ambiente como un bien jurídico colectivo y no como un interés difuso.

Además, cabe hacer mención distintiva que, las normas penales generalmente no utilizan la nomenclatura de «intereses difusos» para referirse al medio ambiente, la ecología o los recursos naturales, pues en efecto, se podría caer en el vacío de contenido, indeterminación del bien jurídico penal, se y conculcaría fundamentalmente el principio de lesividad, porque los intereses difusos, a nuestro juicio, vinculan el reconocimiento constitucional de los Derechos sociales con el contenido del bien jurídico. Lo cual obstaculiza la constatación de la afección o también denominada lesión o puesta en peligro del bien jurídico y por ello, de la antijuricidad material.

³¹⁶ Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor: salud pública y alimentación: análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo*. Praxis, Barcelona, 1991, p. 49.

4. El bien jurídico medio ambiente en la perspectiva administrativa

El otro concepto de bien jurídico medio ambiente es el concebido desde la esfera del Derecho Administrativo. Concibe a la función administrativa o desobediencia de la Administración como el bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente³¹⁷. Interpretación que deriva de la dependencia o accesoriedad del Derecho Punitivo respecto al Derecho Administrativo en la protección de dicho bien jurídico. Aquí debe ser deslindada la exégesis referente a la infracción de las disposiciones o autorizaciones administrativas. Pues, por una parte, podría ser interpretado como un requisito para la configuración del injusto penal y por otra, como un elemento normativo del tipo penal cuya vulneración no constituye el injusto penal y, menos aún, se convierte en condición objetiva de penalidad. De esta manera, el injusto penal se constituye por la lesión o puesta en peligro de los sistemas naturales.

La configuración de los tipos penales de protección ambiental se caracteriza fundamentalmente por la necesaria e ineludible remisión de estos a normas de carácter administrativo (integradas a su vez por normas comunitarias, estatales, autonómicas y locales). Este envío constante de normas meta-penales es un punto neurálgico en el contexto jurídico. Es así como se objeta el carácter de *última ratio* del Derecho Penal en cuanto a su intervención en la protección del medio ambiente, ya que este bien jurídico de titularidad compartida se encuentra regulado y protegido por el Derecho Administrativo. Este es valorado por un sector de la doctrina como el único y el más eficiente despliegue de normas en la tutela ambiental. Con ello,

³¹⁷ Cfr. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *El medio ambiente en la crisis del Estado social. Su protección penal simbólica*. Comares, Granada, 2006, pp. 408-409. La autora postula por la tesis institucional o formal del bien jurídico en los delitos ambientales. Esta destaca la relevancia que en la protección ambiental tienen las facultades gestoras de las administraciones públicas.

afirman que el Derecho Administrativo es el portador hegemónico de la protección del medio ambiente³¹⁸.

Aunque el parecer de la doctrina mayoritaria es que la confluencia entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo en la estructuración de los tipos penales, permite la intervención penal a una realidad de constante variación, el entorno medio ambiental. El legislador introduce en el medio ambiente los nuevos bienes jurídicos o de nuevo cuño, sin que los mismos obstruyan la unidad del Ordenamiento Jurídico y permitan así, un sistema ordenado y global. A pesar de ello, esta dependencia o accesoriedad del Derecho Penal al Derecho Administrativo es tomada en cuenta como un problema principal en los delitos contra el hábitat. Como también se deja entrever dicha conflictividad al concebir al plan administrativo como objeto de tutela, con lo cual el injusto penal se configuraría por el incumplimiento de las normas administrativas.

De esta forma, solo se acabaría sancionando penalmente la inobservancia de normas meramente organizativas y no la realización de hechos socialmente dañosos. En consecuencia, los medios propios del Derecho Penal servirían únicamente para reforzar el carácter intimidatorio de una disciplina preventiva ya estructurada en el Derecho Civil o por el Derecho Administrativo³¹⁹. En este orden, se advierte conflictividad al determinar si se trata de un injusto administrativo o de un injusto penal; igualmente, al intentar resolver si estamos frente a la accesoriedad relativa o absoluta del Derecho Penal o del Derecho Administrativo³²⁰. Estas

³¹⁸ Véase por todos a: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales...* Op. Cit... pp. 130 y ss., en especial la idea contenida en el razonamiento 13 de la p. 142.

³¹⁹ Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. "Principios básicos del Derecho Penal y Art. 325 del Código Penal"... Op. Cit... p. 45.

³²⁰ REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal do ambiente*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 99. «Em particular na área pertencente aos bens jurídicos metaindividuais, *in casu* o ambiente, a intervenção penal legalizada se faz, em geral, de forma subsidiária e acessória. Decorre primordialmente "de razões político-criminais de eficácia, pois é tão complexa e normativizada a orbe ambiental que a lei penal só será aplicável se operar com apoio de leis e regulamentos administrativos, que, de modo claro, determinem entre outras coisas o âmbito do lícito e do ilícito. (...) Aliás, esse é o sistema adotado pelo legislador brasileiro, a exemplo do alemão, do austríaco e do espanhol. Vale dizer: a tutela penal é relativamente dependente da normativa de cunho administrativo. Isso significa que na

características conflictivas del Derecho Penal del medio ambiente son adjudicadas a la utilización de la técnica de Ley penal en blanco. Paralelamente, de ella se infiere si el legislador se ha decantado por una *completa autonomía del Derecho Penal respecto al Derecho Administrativo*, por una *autonomía relativa* o por una *completa dependencia del Derecho Penal hacia el Derecho Administrativo*.

Estos tres arquetipos diferentes que nos llevan a reflexionar sobre el conflicto existente en la confluencia de las normas administrativa y penal, han sido siempre observados por la doctrina y muy incisivamente cuestionados, en el momento de interpretar las normas penales de protección ambiental. Pues tienen importantes consecuencias en el plano aplicativo, como por ejemplo: cuál sería el bien jurídico protegido (el plan administrativo o el medio ambiente propiamente) o si la autorización administrativa desempeña un papel en el plano de la tipicidad (en tal caso tendría efecto en materia de error). Así, al hablar de un *modelo autónomo o independiente de Derecho Penal en la protección del medio ambiente* estamos haciendo alusión a una tutela penal en cuyos preceptos normativos (casi en su totalidad) se describe la conducta que se estima digna de sanción, pero sin remisión alguna a conceptos administrativos (como es el caso del vigente y controvertido art. 328.1 del CPE³²¹). Con lo cual, el Derecho Penal regulará de forma independiente la protección del bien jurídico medio ambiente atendiendo a los ataques “más graves”.

Cuando nos referimos a un modelo de Derecho Penal que se configura de forma absolutamente dependiente de los actos o normas administrativas, estamos mencionando el precepto penal puramente en blanco, cuyo contenido carece de cualquier elemento definidor relacionado con el objeto inmediato de tutela penal, para castigar todo incumplimiento de

proteção do bem jurídico ambiente, a lesão à norma administrativa integra o tipo de injusto como um de seus elementos».

³²¹ Art. 328.1 CPE: «Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años quienes establezcan depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas». Cfr. DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio. *Código Penal y legislación complementaria... Op. Cit...* p. 200.

las normas o directrices administrativas³²². La función del Derecho Penal en esta situación radica en asegurar la eficacia de la normativa administrativa y no la protección autónoma del bien jurídico medio ambiente. Con lo cual la sanción será aplicada a todo sujeto cuya conducta atente contra la gestión ambiental de la Administración Pública. Este modelo es aplicado en legislaciones como las de Inglaterra, Estados Unidos y Francia. Asimismo, lo encontramos también en el art. 326 del Código Penal español como agravantes del tipo básico³²³.

Así, tenemos que resaltar que el Derecho Penal relativamente subordinado a la normativa o a la actuación administrativa, es el modelo más utilizado en la legislación española. En él se produce una descripción general del comportamiento que puede inculparse penalmente, valorando la remisión a la regulación administrativa como un elemento normativo para la concreción del injusto. Pero en el texto penal español encontramos por una parte, la configuración de tipos penales de protección ambiental con dependencia relativa del Derecho Administrativo (art. 325 delito ecológico), por otra parte, la de absoluta dependencia del derecho administrativo (Art. 328.4 delito de gestión de residuos) y aquellos tipos penales que denotan un carácter de absoluta autonomía respecto al derecho administrativo (el art 328.1 delito de gestión de residuos). Respecto a lo que aquí atañe, no se consideran como merecedoras de pena a las infracciones de las normas

³²² HEINE, Günter. *“Accesoriedad Administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente”...* Op. Cit... p. 294.

³²³ Artículo 326 CPE: Se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.
- b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.
- c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.
- d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.
- e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.
- f) Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones. Cfr. DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio. *Código Penal y legislación complementaria...* Op. Cit... p. 199.

administrativas, sino a las conductas ilícitas con consecuencias relevantes para el medio ambiente. Aun así, la sanción penal en los delitos ambientales puede ser interpretada como un refuerzo orientado al cumplimiento de normas administrativas³²⁴, o en sentido contrario³²⁵.

Es así que la remisión normativa o Ley penal en blanco, objetada por su carácter lesivo al principio de legalidad, es admisible según el pronunciamiento del Tribunal Constitucional español, siempre que se den los siguientes requisitos: «Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal. Que la Ley además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o 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». Quedando de esta forma establecida, que son constitucionalmente posibles las leyes penales en blanco, utilizadas como técnicas para proteger al medio ambiente.

Resulta por tanto debidamente delimitado el injusto en el vigente tipo genérico, al igual que lo estuvo en el derogado 325.1 y 347 *bis*, donde la remisión administrativa se concreta a los efectos de especificar ciertos elementos que deben ser necesariamente valorados, porque la propia naturaleza de este bien jurídico lo requiere. De este modo no hay nada que objetar a la técnica legislativa, puesto que la tipificación sin los elementos que proporciona la normativa extrapenal carecería de determinación y se prestaría a poder considerar arbitrariedades.

³²⁴ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *“La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”... Op. Cit... p. 220.*

³²⁵ En esta línea véanse las consideraciones de QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. Aranzadi. Pamplona, 2011, p. 1271.

5. El medio ambiente y sus estimaciones penales como bien jurídico colectivo

Es incuestionable que la doctrina ha trabajado arduamente el tema referente a los bienes jurídicos colectivos, pues protegen los nuevos intereses emergentes de la realidad social. Del mismo modo, aún existe resistencia a la legitimación penal de los bienes jurídicos colectivos por parte de aquellas corrientes que optan por un Derecho Penal clásico, pues estos autores de una u otra forma no coadyuvan desde su paradigma a la concretización de los bienes jurídicos colectivos. Permutando este paradigma, el Derecho Penal paralelamente tendrá alcance para proteger de los “ataques más graves” que son originados en un contexto tecnológico y científico del mundo contemporáneo, que si bien representan el avance y la respuesta a la sociedad que los subyace, también permiten permear graves riesgos y peligros que llegan a convertirse incluso en lesiones que afectan concretas realidades.

La primer estimación implica la utilización y aplicación de las estructuras clásicas, pues «los conceptos fundamentales de la Parte General siguen siendo adecuados –aún más, irrenunciables- para tratar y penetrar en estas nuevas manifestaciones jurídico-penales»³²⁶. Esta afirmación esgrimida por GIMBERNAT, valora como idóneo al pensamiento del Derecho Penal denominado nuclear o clásico, para asumir los no tan nuevos retos sociales. En este sentido, es irrefutable la necesidad de la intervención del Derecho Penal para proteger como instrumento de *última ratio* del sistema jurídico, al medio ambiente, pero las contrariedades se presentan cuando esta protección no se concreta de manera autónoma, sino más bien subordinada a otros bienes jurídicos individuales.

³²⁶ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?: Responsabilidad por el producto, accesoriad administrativa del Derecho Penal y decisiones colegiadas”. *ADPCP*. Tomo 52, sas/mes 1-3. Ministerio de Justicia. Madrid, 2000, pp. 51 y ss.

Siguiendo en este orden, en el contexto del famoso aforismo de «sociedad del riesgo» que fuera acuñado por BECK³²⁷ con el propósito de caracterizar a las sociedades post-industrializadas, se propugnan corrientes detractoras de la protección de los bienes jurídicos colectivos. Este es el caso de la Escuela de Frankfurt³²⁸, que llanamente propone la creación de un «Derecho Penal de la intervención a caballo entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal», que con un carácter más laxo o flexible abordaría los casos emergentes de la realidad social actual. Si bien en páginas anteriores nos hemos referido a esta Escuela, corresponde señalar que la propuesta otorgada no es la más viable para que el Derecho Penal cumpla con su función de protección de bienes jurídicos en estos tiempos. Esta corriente nos propone claramente una protección antropocéntrica radical del medio ambiente, pues como señaláramos, postula la concreción del tipo penal, del injusto ambiental condicionado a la afección de los bienes jurídicos individuales vida y salud, al punto de vaciar de contenido autónomo al medio ambiente y sugerir su abolición como bien jurídico penal³²⁹.

En la doctrina española, SILVA SÁNCHEZ³³⁰ en postura similar a JAKOBS³³¹, plantea un Derecho Penal de dos velocidades. Por un lado,

³²⁷ Véase a BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. 5ª edición. Paidós. Barcelona, 2014, pp. 29 y ss. El mismo autor en: "Generaciones globales en la sociedad de riesgo mundial". *Revista CIDOB d'affers Internacionals. Fronteras: Transitoriedad y dinámicas interculturales*. No. 82-83. Fundación CIDOB. Barcelona, 2008, pp. 20 y ss.

³²⁸ HASSEMER, Winfried. *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal...* Op. Cit... p. 72.

³²⁹ Cfr. MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. "Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente"... Op. Cit... pp. 509 y ss.

³³⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales...* Op. Cit... pp. 183-185.

³³¹ JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Civitas, Madrid, 2003, pp. 42, 59 y 86, quien desde el paradigma del Derecho Penal del enemigo concibe al individuo como alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva a través de su conducta. Sin embargo, propone que al ciudadano que no conoce delitos se le aplique el Derecho Penal, al que conoce delitos se le aplique el Derecho Penal del enemigo. Derecho que se caracteriza por tres elementos: a) amplio adelantamiento de la punibilidad, pues se observa el futuro y no el hecho cometido; b) las penas previstas son desproporcionadas; c) determinadas garantías procesales son relativizadas o suprimidas. Plantea la legitimación material del derecho penal desde la vigencia de la norma y no desde

propone que se mantengan rigurosamente los «principios políticos criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales», para los casos en que las sanciones penales deriven en prisión. Por otro lado, para los casos en los que no deriven en prisión, sino en penas de privación de derechos o privación pecuniaria, propone «aquellos principios y reglas» que podrían ser flexibilizadas en proporción a la menor intensidad de la sanción. Este modelo propone la utilización de un Derecho Penal de menor intensidad, configurado como un instrumento no intimidatorio pero preventivo, para ser aplicado a los delitos propios del de la sociedad de la información, de la tecnología y la globalización, entre los que se encuentra el delito ambiental. Este sería entonces objeto de aplicación de un «Derecho Penal con reglas de imputación y principios de garantías a dos niveles»³³².

Otras opiniones, como el caso de CORCOY BILDASOLO³³³, intentan conciliar principios limitadores del *Ius Puniendi* con el reconocimiento de la necesidad de protección de intereses sociales no estrictamente individuales. La mencionada autora aboga por el cumplimiento con las garantías procesales y materiales e igualmente, propugna el reconocimiento de los bienes jurídicos colectivos y la modernización del sistema judicial. De esta forma se podrá entonces superar los problemas procesales y se deberá proporcionar preparación a los que apliquen las normas penales, puesto que los delitos cometidos en detrimento del bien jurídico colectivo como el medio ambiente, deberán ser valorados cualificadamente para la correcta aplicación de los nuevos tipos penales. Por lo tanto, consideramos acertada la percepción de la también Directora del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona, en cuanto su reconocimiento a los bienes jurídicos supraindividuales, a la protección autónoma del medio ambiente como bien jurídico penal y su opción por conciliar los preceptos de lo nuevo y lo viejo, ya que ello contribuiría al

el bien jurídico.

³³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales...* Op. Cit... pp. 183 y ss.

³³³ Véase a CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Límites objetivos a la intervención penal en el control de riesgos”. *Política Criminal y Reforma Penal*. Santiago Mir Puig (Director), Víctor Gómez Martín (Coordinador). B de F. Edisofer. Barcelona, 2007, pp. 33 y ss.

reconocimiento y la aplicación de un Derecho Penal dinámico y flexible, que con la cooperación de la sociología y la política-criminal proporcionaría resultados eficaces.

Otra concepción que comparte la intervención del Derecho Penal ante los nuevos desafíos, es la adoptada por GRACIA MARTÍN³³⁴, quien con la denominación de modernización del Derecho Penal aborda las nuevas figuras delictivas introducidas en las legislaciones penales. Pues estas, en todos los casos, tienen la intención de extender la intervención penal a conductas y ámbitos de la realidad social del presente, que estaban excluidas de la punibilidad en el sistema tradicional de la parte especial. Estos planteamientos se hallan relacionados con la sociedad del riesgo³³⁵ que se caracteriza por el control, prevención y gestión de riesgos generales asumidos por el Estado.

La otra estimación que propugna la asunción de los bienes jurídicos colectivos es la propuesta por DÍEZ RIPOLLÉS³³⁶, quien desde una realidad dinámica y no inmóvil del Derecho Penal, proyecta estrategias que promueven la flexibilización del Derecho Penal. Estas estrategias deben estar orientadas a la delincuencia, cualificada y generalizada, a partir de un Derecho Penal bienestadista o postulados del Estado Social, que no consideran necesaria la renuncia del Derecho Penal maduro y la opción por un modelo de Derecho Penal, capaz de demostrar que es más eficaz que el Derecho Penal de la seguridad. De esta forma, se podrá dar reconocimiento

³³⁴ Véase a GRACIA MARTÍN, Luis. “¿Qué es modernización del Derecho Penal?” *Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Coordinado por José Luis Díez Ripollés. Tecnos, Madrid, 2002, p. 349 y ss.

³³⁵ PÉREZ ALONSO, Esteban. “Expansión, riesgo y principio de precaución en el Derecho Penal”, En, PÉREZ ALONSO, Esteban; ARANA GARCÍA, Estanislao; MERCADO PACHECO, Pedro y SERRANO MORENO, José Luis. *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, p. 397. «Es claro que la sociedad del riesgo exige un papel más activo del Estado en la evaluación y gestión de los nuevos riesgos, así como en la provisión de seguridad propia del Estado del bienestar. En ese contexto se produce una fuerte demanda específicamente de la normativa de seguridad que se dirige, además de forma prioritaria, al Derecho Penal. Con ello surge el modelo político criminal y penal del riesgo: un “Derecho Penal asegurador del futuro”, dice Stratenwert; un “Derecho Penal de la seguridad”, dice Kindhäuser».

³³⁶ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La nueva Política Criminal española”. Las recientes reformas penales: algunas cuestiones. Universidad de Deusto. Bilbao, 2004, pp. 11 y ss.

a la asunción de los nuevos tipos penales y hacer frente a los delincuentes de cuello blanco, quienes generalmente participan en la perpetración de los delitos ambientales. Esta postura no pretende seguir contraponiendo un modelo garantista al modelo de política-criminal ciudadano, sino, busca aplicar un Derecho Penal que parta de la realidad social y busque la eficacia en su aplicación, a partir de estudios empíricos sociales que permitan trabajar sobre las causas de los hechos punibles y no sobre los efectos.

Estos efectos en los delitos contra el medio ambiente son generalmente irreversibles, razón por la que el detrimento contra el medio ambiente cuyo contenido se traduce en subsistemas naturales, agua, aire, suelo, fauna y flora, deben ser protegidos como un bien jurídico penal autónomo, puesto que la intervención del Derecho Penal se convierte en un instrumento idóneo para alcanzar el fin perseguido. Por ello, aunque existan críticas respecto a la asunción del medio ambiente como bien jurídico penal, no se puede negar que este constituye una realidad de la que debe hacerse cargo el Derecho Penal de nuestros días, poniendo al servicio de su preservación, medios y técnicas que resultan apropiados y eficaces, como lo hiciera la reciente reforma penal sobre los preceptos que protegen al medio ambiente, específicamente con la introducción del art. 327 que en concordancia con el art. 31 *bis*, permite la sanción a las personas jurídicas³³⁷.

II. A título de conclusión

Una vez que hemos concebido el comportamiento que tiene el bien jurídico en el escenario de la protección al medio ambiente, somos capaces de

³³⁷ Artículo 327 CPE: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años.
- b) Multa de uno a tres años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 *bis*, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33». Confróntese DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio. *Código Penal y legislación complementaria... Op. Cit...* p. 200.

señalar que los diferentes conceptos que encierran la conceptualización de ambiente, ecología, recursos naturales y medio ambiente, aunque no siempre son consideradas en el marco del dogmatismo del Derecho Positivo, representan sin embargo la fuente de los conceptos utilizados en el Derecho, y en este caso de los conceptos utilizados en el marco de los delitos contra el ambiente y la ecología. Empero, como hemos visto, existen corrientes detractoras y abolicionistas que pretenden por una parte, prescindir del contenido metapenal de ambiente y ecología, y por otra parte, propugnar la exclusión del ambiente como bien jurídico protegido por el *Ius Puniendi*.

En cambio las posturas que afirman que es necesaria la remisión a conceptos extra penales relacionados con el ambiente, sostienen de hecho que es ineludible la intervención penal para concretar su protección en tiempos actuales, donde indefectiblemente la turbulencia del postindustrialismo además de reflejar el desarrollo y avance tecnológico, se imbrica con el ambiente de manera que causa daños casi irreversibles, al punto que los costes y beneficios entran en colisión irreparables. Por ello, la recepción del ambiente como bien jurídico en el Derecho Penal es acertada y absolutamente justificada, puesto que ha quedado demostrado que la intervención de las otras áreas del Derecho “no son suficientes para concretar su protección”.

De acuerdo con la línea anterior, son de gran relevancia las conclusiones de OLMEDO CARDENETE-RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, quienes señalan que «sólo desconociendo la gravedad de los peligros que la sociedad postindustrial genera para el medio natural puede entenderse que el ser humano sólo queda afectado como individuo concreto en una situación determinada. No únicamente porque el deterioro conjunto del medio ambiente afecte a una colectividad indeterminada actualmente existente, sino porque, en última instancia, está en juego también la propia supervivencia del género humano y la calidad de vida de las generaciones futuras. Esta es precisamente una de las dimensiones esenciales de la solidaridad colectiva aludida en el artículo 45.2 CE». Advierten que: «el único modo efectivo de preservar el medio para las generaciones venideras es el mantenimiento de su integridad cualitativa, al margen de la concreta y actual

afectación de la vida o la salud de personas determinadas»³³⁸. En la conclusión de estos referentes autores españoles, consideran que el debate real no es tanto si existen valores colectivos dignos de tutela y si el medio ambiente es uno de estos valores, sino «si el Derecho Penal ha de tutelar tales valores colectivos sin funcionalizarlos a intereses estrictamente individuales»³³⁹, a lo que su respuesta es afirmativa.

De este modo la concepción de ambiente –como hemos visto en el capítulo anterior de esta investigación- que tiene alcance real a todos al sistema o las bases naturales, es el concepto intermedio, que permite valorar las propiedades del agua, el aire, el suelo, así como la fauna y la flora, y eleva el equilibrio de los sistemas naturales o la estabilidad las bases naturales de la vida humana, como bien jurídico autónomo. En este, desde una línea, se interpreta que subyace el sustrato material determinado por la unidad y entidad que recae en cada subsistema componente del sistema natural, y que permite la constatación de la afección en los objetos sobre el que recae una acción delictiva, lo cual facilita la valoración de la afección al bien jurídico que requiere de la producción de un resultado para la configuración del delito. En cambio, desde otra arista, y sobre la cual postulamos en este trabajo, se valora igualmente la entidad propia del contenido del bien jurídico medio ambiente, pero se constata su afección a través del grave riesgo para el equilibrio de los sistemas naturales o la incolumidad de las bases naturales de la vida humana. Para lo cual se requiere de la idoneidad de la conducta para que se constate la afección o puesta en peligro el bien jurídico protegido.

La opción sobre la concepción de ambiente, permite igualmente determinar la concepción del ambiente como bien jurídico. Así, si se optara por una concepción absolutamente antropocéntrica, se observará la estructuración de un tipo penal que despliega su protección en primer lugar sobre los bienes jurídicos individuales vida y salud, y condicionará la configuración del delito contra el ambiente a la pluriofensividad de bienes

³³⁸ Cfr. OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. “Art. 325”. *Comentarios al Código Penal*. Segunda Época. Tomo X. Volumen II. Libro II Manuel Cobo del Rosal (Director). Madrid, 2006, p. 189.

³³⁹ *Ibidem.*, p. 190.

jurídicos. Valoración esta que se funda en la interpretación personalista del bien jurídico, y que se manifiesta en el campo de la protección penal al ambiente a través de la concepción antropocéntrica radical, que no reconoce la entidad y autonomía de aquellos bienes jurídicos que no responden al paradigma del Derecho Penal liberal. Así lo dicho, el ambiente no es un bien jurídico con sustantividad propia, sino es un bien jurídico subordinado a la entidad de otros bienes jurídicos que responden efectivamente al Derecho Penal nuclear, a los bienes jurídicos individuales.

Si se decantara por una concepción antropocéntrica moderada del ambiente, se estaría igualmente ante una concepción, que si bien reconoce y legitima la protección de los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal, sin embargo los subroga a los bienes jurídicos individuales para concretar su protección. Razón por la que se los considera bienes jurídicos complementarios de los individuales o nuevas formas de protección de los bienes jurídicos del Derecho Penal nuclear, que son igualmente reconocidos como bienes jurídicos intermedios por no proporcionar autonomía al ambiente como bien jurídico. Puesto que no valora efectivamente la entidad, el sustrato que posee el ambiente como bien jurídico y finalmente lo funcionalista a los bienes jurídicos individuales.

La concepción intermedia de ambiente, no obstante, se entronca realmente con la concepción ecocéntrica, que a diferencia de la antropocéntrica, parte de la ciencia ecológica que describe al ambiente natural como realidad física. Valoración que es utilizada como fundamento de la tutela autónoma de la ecología, y que promueve la protección en función a su valor inherente, es decir, al valor de su propia existencia, que se encuentran contenidas en los elementos naturales de agua, aire y suelo. Estas interaccionan como unidad de subsistemas subordinadas al sistema natural, que están constituidos por los sistemas de factores bióticos (derivados de las plantas y de los animales) y factores abióticos (clima, lluvia, aire y ubicación geográfica). Sin embargo, esta consideración más bien radical del ecocentrismo, no es aplicada en el marco del Derecho Penal, donde realmente se adecua la interpretación de un concepto ecléctico que abarca las acepciones antropocéntrica-ecocéntrica, también conocida como

ecocéntrica moderada. Esta, bajo la observancia substancial del principio de la dignidad humana, principio rector del Derecho Penal, protege los subsistemas ecológicos subordinados para mantener el equilibrio de los sistemas.

El eclecticismo aquí abordado –posición adoptada– entre ecocentrismo y antropocentrismo permite entonces la construcción de un concepto que reconoce la protección determinada e independiente del ambiente como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal, por lo cual no se estará subordinando la protección del ambiente a la tutela de los bienes jurídicos individuales vida y salud, sino que se reconocerá la autonomía y entidad de los bienes ecológicos³⁴⁰. Este reconocimiento lleva a valorar al ambiente como un bien jurídico colectivo, que se caracteriza porque su propia entidad material es imposible dividirla en partes, al igual que su concepto real y jurídico; así como también es imposible asignarlas en partes iguales a cada individuo, en razón a que su titularidad recae sobre toda la sociedad. Por ello, no es acertado interpretar al ambiente como un bien jurídico intermedio, puesto que este concepto no reconoce la entidad propia y autónoma del ambiente como bien jurídico, y por ende de su titularidad compartida³⁴¹.

La disertación sobre el ambiente como bien jurídico, abordado en este capítulo, tiene precisamente como uno de sus objetivos reafirmar que el ambiente es indefectiblemente un bien jurídico colectivo cuya concepción permite que el Derecho Penal reconozca legítima la protección de esta

³⁴⁰ Sobre esta misma línea, resulta interesante la Sentencia de 30 de diciembre de 2008 (RJ 2009/1380) donde se realiza un estudio exhaustivo del artículo 325 del CPE sistematizando la jurisprudencia existente al respecto. Así, señala que «Para encontrar el tipo medio de la gravedad a la que se refiere el art- 325 del Código Penal habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, como las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro. En los mismo términos se pronuncian las resoluciones de 27 de enero de 1999 (RJ 1999/826); 30 de enero de 2002 (RJ 2002/3065); 30 DE JUNIO DE 2004 (RJ 2004/5085).

³⁴¹ En este orden de ideas, véanse el trabajo de: OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. “Art. 325”. *Comentarios al Código Penal... Op. Cit...* pp. 190 y ss. Así como la obre de: CASTELLÓ NICÁS, Nuria. “Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma LO 5/2010 de 22 de junio)”.... *Op. Cit...* pp. 286-288.

realidad social emergente del contexto postmoderno, pero que finalmente se convierten en un bien jurídico con entidad propia y autonomía para que el *ius Puniendi* tenga alcance sobre él; sin que ello obste que existan otros bienes jurídicos colectivos sin entidad propia, o bienes jurídico colectivos propiamente dicho, que realmente son bienes jurídicos de carácter intermedio.

El reconocimiento de las características del bien jurídico colectivo y en consecuencia de su interpretación como tal, no sólo posibilita que el Derecho Punitivo asuma los nuevos retos emergentes de la realidad social, de la política criminal posmoderna, sino también que este instrumento de *ultima ratio* del sistema jurídico intervenga ante el grave detrimento al ambiente, cuya afectación se concreta de forma directa en el sustrato material de dicho bien jurídico colectivo y no en la de los bienes jurídicos individuales, e incide por ende sobre algún factor ambiental que produce el desequilibrio de los sistemas naturales o del ecosistema.

Si bien de la protección que el CPE despliega sobre el ambiente como bien jurídico, deriva una interpretación ecocéntrica moderada, que se constata con la descripción del equilibrio de los sistemas naturales como bien jurídico, se observa igualmente la utilización de conceptos como medio ambiente y recursos naturales, para enmarcar la protección de este bien jurídico de titularidad compartida. Conceptos estos cuyo significado es extraído fundamentalmente de áreas de conocimiento extra penal, conforme lo podemos constatar en el contenido de todo

el discurso que sobre el tema ha pronunciado la doctrina española. La utilización de medio ambiente, denota una visión antropocéntrica moderada, que tiene alcance a la protección del ambiente natural que procura el desarrollo sustentable o desarrollo de la tecnología sin perjudicar al ambiente natural y preservando este para las generaciones futuras. En cambio, la utilización de recursos naturales se encuentra fundamentalmente vinculado a una concepción más limitada y restringida del ambiente natural, del que se puede deslindar una interpretación claramente economicista si se valora la potencialidad económica del uso de los recursos naturales, y ecocéntrica, si

se concibe claramente a los medios naturales que conforman la ecología, como subsistemas contenidos en un sistema natural.

Así, son considerados subsistemas el agua, el aire y el suelo, subordinados en un sistema natural que debe mantenerse equilibrado para lograr su incolumidad. De allí que en el art. 325 del Código Penal español se observa una protección genérica y autónoma del medio ambiente como bien jurídico colectivo. Se constata una protección genérica porque en un sólo tipo penal encierra la protección de los diferentes subsistemas subordinados, que se manifiesta como el equilibrio de los sistemas, pues el tipo tiene por bien jurídico a los sistemas naturales, razón por la cual se precisa de la protección de su equilibrio para que la norma cumpla con su fin, puesto que el Derecho Penal interviene para proteger el ambiente cuando existe un grave riesgo para el equilibrio de los sistemas. Protege por tanto de manera autónoma al bien jurídico ambiente, ya que no se necesita de *prima ratio* la lesión o puesta en peligro del bien jurídico individual vida y salud para la configuración del delito contra el ambiente³⁴². Sin embargo, la intervención del Derecho Penal se realiza igualmente cuando la agravante del 325 *in-fine* entra en juego ante la pluriofensividad de los bienes jurídicos ambiente y salud³⁴³.

³⁴² *Ibidem.*, p. 291. Coincidimos con la Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada cuando afirma -en distintos pasaje de su referido estudio- que «la protección del medio ambiente es la protección del planeta y, por ende, es la protección de la humanidad, del ser humano indeterminado y no concreto. El hombre como punto de referencia no deja de estar presente, pues el perjuicio a los ecosistemas naturales supondría simultáneamente un daño al hombre considerado como generalidad».

³⁴³ *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos contra el medio ambiente*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pp. 96-99. El Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, señala que «Desde el punto de vista teleológico, la consideración del inciso último del art. 325 como un tipo básico implica no condicionar la protección de la salud humana frente a actividades contaminantes a la producción de una afectación de los sistemas naturales y, en el caso de que tengan lugar afectaciones a la una y a los otros, que ello tenga su traducción penológica en un concurso de delitos». También véase al mismo en: «Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente». *La reforma de la justicia penal: (estudios en Homenaje al Prof. Klaus Tiedmann)*. Coordinado por Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac. Universitat Jaume I. Castellón de la Plana, 1997, pp. 151-182

SEGUNDA PARTE

TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS RECURSOS NATURALES Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SU TRANSGRESIÓN: ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO PENAL Y AL DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO III

LA INTERACCIÓN JUSTICIA ADMINISTRATIVA-DERECHO PENAL Y EL TRATAMIENTO DEL MEDIO AMBIENTE EN EL CPE: HACIA UNA BÚSQUEDA DE PRESERVACIÓN AMBIENTAL

I. La correlación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal en la tarea de protección al medio ambiente

Es toral que comencemos señalando que hasta lo aquí estudiado, no podemos negar que el medio ambiente como objeto de estudio, interés y bien jurídico protegido, se caracteriza por su carácter multidisciplinar, porque en él confluyen diversas áreas (comprendan estas las ciencias naturales, ciencias sociales, entre otras) para la concreción de su protección, así bien, es el Derecho Administrativo quien adquiere protagonismo –o por lo menos debería, esto, en una animo de sofocar el expansionismo del Derecho Punitivo-, puesto que la hegemonía de las regulaciones que permiten la preservación y conservación de los subsistemas naturales que componen el sistema natural, yace en la protección de *prima ratio* desplegada por el conjunto de normas de este Derecho. Esta concentración de la protección ambiental en el Derecho Administrativo, no obsta a que el Derecho Penal - caracterizado por ser la *ultima ratio* con la que cuenta el sistema jurídico, para concretar la protección de los bienes jurídicos- no deba intervenir en la

protección del ambiente³⁴⁴.

En este orden de ideas y como ya lo hemos aludido en otra instancia previa, el Derecho Positivo constitucional español consagra en su art. 45 explícitamente el mandato de proteger administrativa y penalmente el ambiente³⁴⁵, lo que determina la observancia del principio de legalidad de los delitos y de las penas, la valoración formal del rango de Ley Orgánica requerida para legitimar la intervención del *Ius Puniendi* en la protección del medio ambiente, y la prohibición de la doble sanción u observancia del principio *non bis in idem*³⁴⁶. Esta legitimación constitucional de la intervención administrativa y penal en la protección del referido bien jurídico de titularidad compartida, permite la necesaria concurrencia entre dichas normas, porque ambos tipos de sanciones coexisten en la misma materia y conforman una protección global, complementándose y reforzándose mutuamente. Esta es una característica del Derecho Penal español y del Derecho Penal brasileño, en el que se observa un modelo penal relativamente dependiente del Derecho Administrativo en la tarea de protección del ambiente.

Por tanto, ya no nos encontramos ante la interrogante respecto a la legitimidad o no, justificación o no, de la intervención del Derecho Penal para asistir a la salvaguardia del medio ambiente, más bien nos hallamos ante lo que diversos autores denominan: las luces y sombras que caracterizan a la

³⁴⁴ En una concepción similar, véase a MÜLLER-TUCKFELD, Jens. Christian. "Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente". *La insostenible situación del Derecho Penal*. Comares, Granada, 2000, pp. 510 y ss.

³⁴⁵ En este sentido, OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. "El mandato constitucional de protección del medio ambiente y su plasmación en el Código Penal de 1995". En, *Estudios de Derecho Público: homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Volumen I. Tecnos. Madrid, 1997, p. 690. «Ahora bien, no se trata de subordinar todas las actividades del ser humano al respeto absoluto del medio ambiente, sino que es necesario encontrar un punto de equilibrio que concilie el crecimiento económico y el desarrollo técnico e industrial, con la conservación de un medio ambiente" adecuado para el desarrollo de la persona" (art. 45.1 CE). Se considera así necesario un progreso programado y planificado, que erradicando la expansión económica a toda costa, pondere los costes medioambientales que tal impulso genera».

³⁴⁶ Para un estudio específico de este singular principio característico e inmerso en la Ciencia Jurídica y su comportamiento en la LRJPAC, véase a LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo... Op. Cit...* pp. 497-499.

accesoriedad del Derecho Penal al Derecho Administrativo, y su función en la protección del equilibrio de los sistemas o bases naturales. Consideración que nos sitúa fundamentalmente en la relación del Derecho Punitivo y el Derecho Administrativo, y en la frontera, en la delimitación que deviene entre el *Ius Puniendi* y el Derecho Administrativo sancionador³⁴⁷.

Bien así, la constante vinculación del Derecho Penal y el Derecho Administrativo es la característica por antonomasia de la protección que el sistema jurídico despliega sobre el medio ambiente. De allí, que en la relación existente entre las referidas áreas de la Ciencia Jurídica, encargadas de la protección, el control y la regulación de este interés y bien jurídico compartido, se observen igualmente una transformación propiciada por la institucionalización del contenido y sentido del riesgo en el marco de la sociedad postmoderna y tecnocrática.

En efecto, el Derecho Penal como *última ratio*³⁴⁸ del sistema jurídico, y el Derecho Administrativo como "*prima ratio*", participan de la constante utilización y remisión a normas técnicas o estándares que los expertos elaboran para ser consideradas como baremos que dan contenido, y establecen los límites de las normas administrativas³⁴⁹. Estas a su vez, se convierten en elemento normativo del tipo penal, cuando este así lo requiere³⁵⁰, por medio de la etiquetada y ampliamente discutida técnica de Ley penal en blanco.

³⁴⁷ En este rubro, resulta de interés consultar la perspectiva que hace: DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. "La protección penal del medio ambiente como bien jurídico protegido". *Lecciones de Derecho del medio ambiente*. Lex Nova. Valladolid, 1998, p. 467. También, consúltese el estudio del MUÑOZ LORENTE, José. *La nueva configuración del principio non bis in idem (Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito ambiental)*. Ecoiurus, Madrid, 2001, pp. 73-82.

³⁴⁸ Sin que sea el mejor momento para abundar en ello, no podemos soslayar mencionar que desde nuestra ideología, esta característica tan importante en el Derecho Punitivo, hoy en día parece más una apología "política", que un objetivo por el que verdaderamente se pregone al momento de que los legisladores –como principales "responsables en la construcción normativa- dan génesis a las políticas criminales de los Estados.

³⁴⁹ ESTEVE PARDO, José. *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*. Ariel, Barcelona, 1999, p. 22.

³⁵⁰ Como ocurre con el tipo genérico 325 del CPE, que exige contravenir «Las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente».

A pesar de ello, la relación e incidencia del Derecho Administrativo sobre el Derecho Penal es determinante, cuando son valoradas las autorizaciones administrativas como causa de exclusión de la ilicitud, en el hipotético caso que el autor de la conducta típica cuente con una autorización administrativa para la realización de actividades relacionadas con el ambiente. Puede igualmente ser considerada como una circunstancia agravante³⁵¹ la ausencia de la autorización administrativa que permitan el funcionamiento de establecimientos industriales y otras actividades relacionadas con el ambiente³⁵².

Esta relación de incidencia del Derecho Administrativo sobre el Derecho Penal, constituye el denominado sistema de accesoriadad que rige a la protección del ambiente, donde aquel actúa como presupuesto de la intervención penal, considerando que ante las contravenciones en materia ambiental, al Derecho Penal le correspondería aplicar criterios de agravamiento de esas conductas constitutivas de infracción administrativa, que ameritan por tanto recibir sanción penal³⁵³.

Es por ello, que el propio concepto de ecosfera, que fundamenta igualmente al concepto de ambiente desde una postura ecocéntrica moderada, y su constante colisión con la denominada tecnosfera, conduce a que el Derecho Penal de carácter estático recurra a un Derecho Administrativo de carácter más dinámico, para mantener la protección del ambiente, al tiempo que el desarrollo postindustrial pudiera afectar gravemente a los elementos que conforman el sistema ecológico. Por tanto

³⁵¹ Verbigracia, podemos citar el contenido del art. 326 del CPE: «a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización; b) que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades; c) que se haya falseado y ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma». Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal y legislación complementaria*. Thomson Civitas. 36ª ed. Pamplona, 2010, pp. 199-200.

³⁵² MUÑOZ LORENTE, José. "Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Revista del Poder Judicial*. No 67. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2002, pp. 100 y ss.

³⁵³ ESTEVE PARDO, José. "Protección penal y accesoriadad administrativa en la nueva regulación para la protección del medio ambiente". *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007, p. 122.

resulta inexorable que las leyes penales protectoras del ambiente, deban necesariamente referirse a las autorizaciones y prohibiciones administrativas, a los límites y pautas reglamentarias de los vertidos y emisiones, por medio de la utilización de la Ley penal en blanco³⁵⁴, que técnicamente se manifiesta en los tipos penales al cumplimentar la norma incompleta.

1. El distintivo de accesoriadad del *Ius Puniendi Ambiental*

Si bien los estados han incorporado a sus Ordenamientos Jurídicos normas cuya finalidad explícita es preservar, conservar e impedir agresiones contra el ambiente, han precisamente propiciado del mismo modo el surgimiento del hoy conocido Derecho Ambiental. Por tanto, podríamos encuadrar a la sanción administrativa y penal como elementos constitutivos del Derecho Ambiental, así como podríamos abordar la protección del ambiente en el contexto -“alternativo”- administrativo y penal, proponiendo de esta forma dos modelos en la construcción de la protección del ambiente. Así -de acuerdo con nuestras aulas de la Teoría Política del Estado- según sea el modelo adoptado por la política jurídica general para orientar la protección del medio ambiente, se influirá y determinará en la interpretación de las normas jurídicas.

Empero, en los modelos asumidos por España y varios de los países de linaje latinoamericano, encontramos la protección penal del ambiente dentro de los respectivos códigos penales, y la protección administrativa ambiental en un sin número de leyes dispersas y casuísticas -“problematizando” su intimación-, que actúan previamente a la intervención del *Ius Puniendi*, conformándose de esta forma la denominada accesoriadad del Derecho Penal al Derecho Administrativo en la concreción de la protección del

³⁵⁴ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: “Alternativas de la protección ambiental”. *Cuadernos de Política Criminal*. Universidad Complutense de Madrid. Instituto de criminología. Madrid, 1983, p. 146.

ambiente³⁵⁵. En este sistema de accesividad, confiamos en que es fundamental que se respeten los torales principios de subsidiariedad y mínima intervención, para que en el momento de la aplicación de las normas no se produzca la colisión de normas sancionadoras, sino más bien se manifiesten de manera armónica y eficaz en el momento de su aplicación³⁵⁶.

Es por ello el parecer de un sector importante de la doctrina³⁵⁷, que la

³⁵⁵ Importante destacar que la “Constituição Federal Brasileira de 1988”, en su artículo 225, párrafo 3º, menciona la protección penal del medio ambiente cuando dice: «As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções **penais e administrativas**, independentemente da obrigação de reparar os danos causados». Véase a OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. “El mandato constitucional de protección del medio ambiente... Op. Cit... p. 701. «Ahora bien, el Derecho Penal no es ni podrá serlo nunca la solución a las infracciones medioambientales. Somos conscientes de que la labor más eficaz debe de ir por otros derroteros, y en este sentido sólo la elaboración de programas dirigidos a la conscientización de la población, una eficiente actividad de policía administrativa (controles previos, licencias, catalogaciones, etc.), medidas fiscales (extensiones y bonificaciones), y otras medidas de carácter económico que fomenten el respeto a nuestros recursos naturales (créditos especiales, subvenciones), podrán conseguir una mejor prevención de las conductas contaminantes».

³⁵⁶ Cfr. PÉREZ FERRER, Fátima. “Derecho Penal *versus* cambio climático”. En, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Nº 12. Granada, 2009, p. 265. «El grado de deterioro ambiental es tal, que la lucha contra la misma requiere de todos los instrumentos jurídicos al alcance de la sociedad, y entre ellos, los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, cuando los demás controles sociales y legales falten o resulten insuficientes. Los riesgos que potencial y materialmente surgen en este ámbito, hacen necesario y legitiman que el Derecho Penal intervenga, protegiendo bienes jurídicos amenazados».

³⁵⁷ Entre otros, PRATS CANUT, Josep Miguel. “Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el proyecto de Código penal de 1980”. *Estudios jurídicos en honor al Prof. Octavio Pérez de Vitoria*. Bosch, Barcelona, 1984, pp. 751-752; MORALES PRATS, Fermín. “La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro”. *La protección jurídica del medio ambiente*. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 237-239; TERRADILLOS BASOCO, Juan María. “Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español: Luces y sombras”. *Estudios penales y criminológicos*. No. XIX. Universidad Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1996, pp. 300, 304 y ss. DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. “Configuración como Ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente”. *Estudios jurídicos (en memoria del profesor Dr. D. Ramón Casabó Ruiz)*, primer volumen, Universidad de Valencia. Valencia, 1997, pp. 577 y ss; el mismo, “La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídicos penales de carácter supraindividual”. En, López Barja de Quiroga/Zugaldía Espinar. *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid. Instituto universitario de investigación Ortega y Gasset. Marcial Pons, 2004, pp. 483-504. MUÑOZ LORENTE, José. *La nueva configuración del principio non bis in...* Op. Cit... pp. 76-79; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Medio ambiente y funcionarios públicos*. Bosch. Barcelona, 2000, pp. 126 y ss.; ALENZA GARCÍA, J. F. “Las sanciones

confluencia entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo en la estructuración de los tipos penales, permite la intervención penal a una realidad de constante variación: *las bases o sistemas naturales*. El legislador introduce el ambiente como uno de los nuevos bienes jurídicos, sin que los mismos obstruyan la unidad del ordenamiento jurídico y permitan así un sistema ordenado y global. A pesar de ello, esta dependencia o accesoriedad del Derecho Penal al Derecho Administrativo es valorada como un problema principal en los delitos contra el ambiente. Así, se deja entrever dicha controversia al concebir el plan o función administrativa como bien jurídico protegido, puesto que de esta manera el injusto penal se configuraría con el incumplimiento de las normas administrativas y se acabaría sancionando penalmente la inobservancia de normas meramente organizativas y no la realización de hechos socialmente dañosos y lesivos³⁵⁸.

Por tanto, no es pacífica la problemática para determinar cuándo nos encontramos ante un injusto administrativo y cuando ante un injusto penal, considerando la confluencia entre del Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Esta concurrencia se manifiesta a través de la accesoriedad del Derecho Penal al Derecho Administrativo, en diferentes formas. De estas se infiere si el legislador se ha decantado por una absoluta autonomía del Derecho Penal respecto al Derecho Administrativo, por una autonomía y dependencia relativa o por una absoluta dependencia del Derecho Penal hacia el Derecho Administrativo.

Estos tres prototipos³⁵⁹, nos llevan a reflexionar sobre el conflicto

administrativas y penales en materia ambiental: Funciones y problemas de articulación. *Derecho Penal de la empresa*. Universidad Pública de Navarra. Navarra, 2002, pp. 601-607.

³⁵⁸ Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. "Principios básicos del Derecho Penal y Art. 325 del Código Penal". *Revista penal*. No 8. Praxis, Barcelona, 2001, p. 39.

³⁵⁹³⁵⁹ Son propuestos originalmente en la doctrina alemana por HEINE, Günter. "Accesoriedad Administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente". *ADPCP*. Tomo 46, mes I. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, pp. 293 y ss. Este Catedrático germano logró en los años 1980 y 1990, un proyecto comparativo importante en la cuestión de si el medio ambiente debe ser protegido por la Ley penal en el marco del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo de Brisgovia (Alemania). En la doctrina española, siguiendo al autor de referencia: GÓMEZ RIVERO, Carmen. *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pp. 17-19, sin embargo la experimentada

existente en la confluencia de las normas administrativas y penales, que se manifiestan en el momento de relacionar la tipificación penal y las disposiciones que emanan del *ius* administrativo.

Estas tienen importantes consecuencias en el plano aplicativo; influyen a la hora de determinar cuál es el bien jurídico protegido por la norma (el plan administrativo o el medio ambiente propiamente dicho), y al momento de valorar la ausencia o la presencia viciada de una autorización administrativa, que como elemento normativo del tipo cumplimenta el injusto penal, y puede determinar su alcance y efecto en el plano de la tipicidad o en el de la antijuricidad. Del mismo modo, según sea la configuración del tipo y su relación con las normas administrativas, se verifica si la norma penal en blanco³⁶⁰ se estructura sobre la accesoriedad del Derecho Penal al Derecho Administrativo o sobre la accesoriedad del Derecho Penal a los actos administrativos.

penalista de la Universidad de Sevilla, utiliza algunos matices diferentes en los conceptos de accesoriedad, puesto que distingue entre accesoriedad extrema o accesoriedad limitada. El primer modelo supone la incriminación indiferenciada de conductas que contravienen la normativa en el marco seleccionado por el legislador (corresponde a la denominada accesoriedad absoluta del Derecho Penal al Derecho administrativo). El segundo modelo, funcionaliza la intervención penal conforme a específicos criterios selectivos, ciñendo el ámbito de conductas penalmente relevantes a los casos en que más allá de la infracción reglamentaria, concurren circunstancias que la diferencien del mero ilícito administrativo. También sobre las distintas modalidades véase, MENDOZA CALDERÓN, Silvia. "Protección del medio ambiente en Alemania, Italia, Francia y España: Estudio de Derecho Penal comparado". Derecho Penal Ambiental. Exlibris, Madrid, 2006, pp. 246 y ss.

³⁶⁰ Cfr. OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. "Análisis de la responsabilidad penal por el delito de contaminación atmosférica". En, *El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas*. NURIA CASTELLÓ NICÁS (Directora). Dykinson. Madrid, 2011, p. 394. «El delito de contaminación atmosférica se articula, al igual que el resto de las tipificadas en el artículo 325 CP, como una norma penal en blanco en la que la concreción de la conducta penalmente relevante exige remitirse a la normativa extrapenal para fijar, como condición previa, la verificación de que las emisiones contaminantes se han realizado con vulneración de las leyes o disposiciones generales protectoras del medio ambiente. Básicamente, puede decirse que en este ámbito la normativa administrativa viene determinada por la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, así como por la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero».

1.1. Soberanía del Derecho Penal respecto del Derecho Administrativo en la protección de los sistemas naturales

Este modelo, que se desdobra en la protección del ambiente, es excepcionalmente utilizado en los ordenamientos, puesto que la mayoría de las legislaciones que han optado por desenvolver la protección penal del ambiente se decantan por la utilización de la técnica de la accesoriedad relativa del Derecho Penal al Derecho administrativo. No obstante, las legislaciones optan igualmente en algunos apartados por la utilización del modelo penal autónomo o independiente del Derecho Administrativo en la protección del ambiente. Contexto en que el Derecho Punitivo tipifica las conductas merecedoras de sanción porque atentan de manera grave contra el ambiente sin valorar la previa regulación administrativa y las contravenciones que son consideradas constitutivas de infracción. Obviándose de esta forma la relación entre las tipificaciones establecidas en el Derecho Penal y las que contienen la normativa administrativa.

De esta forma, al hablar de un modelo autónomo o independiente de Derecho Penal en la protección del medio ambiente estamos haciendo alusión a una tutela penal en cuyos preceptos normativos (casi en su totalidad) describen la conducta que se estima digna de sanción, pero sin remisión alguna a conceptos administrativos (como es el caso del Art. 328.1 del CPE, y el § 330 a I del StGB)³⁶¹. Con lo cual, el Derecho Penal regulará de forma independiente la protección del bien jurídico ambiente, **atendiendo**

³⁶¹ En cuanto al art. 328.1 del CPE, se debe señalar que la doctrina penal española debate entre el reconocimiento del tipo penal de referencia, como un tipo privilegiado o un tipo penal autónomo. Sobre este punto véase, MUÑOZ LORENTE, José/BAUCELLS i LLADÓS, Joan. / FARALDO CABANA, Patricia. "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, arts. 325, 327, 328, 329 y 339". *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Francisco Javier Alvarez García (Director), José Luis González Cussac (Director). Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 391. Al respecto el § 330a, se refiere a la grave puesta en peligro por liberación de tóxicos y señala lo siguiente: «El que distribuya o libere sustancias que contengan tóxicos o los pueda producir y de esta manera cause el peligro de muerte o un serio perjuicio de salud a otra persona o el peligro serio de salud para un gran número de personas, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta diez años». La traducción de este último es de la penalista de la Universidad Externado de Colombia: Claudia López Díaz

a los ataques más graves, y obviará por tanto la utilización de la técnica de la Ley penal en blanco, considerada imprescindible para la remisión del Derecho Penal a las normas y los actos administrativos³⁶². Como se podrá igualmente obviar la incorporación de los conceptos administrativos al tipo penal.

En esta línea, encontramos a MESTRE³⁶³, quien considera claramente que deben ser excluidos del Código Penal los preceptos que se estructuran con la denominada accesoriadad del Derecho Penal al Derecho Administrativo, pues estas requieren de la utilización de la técnica de la Ley penal en blanco, la que a su criterio debería ser sustituida por considerarla inconstitucional en razón del principio de legalidad. Además, en esta concepción se sostiene que los intereses sociales como el ambiente, reciben suficiente tutela a través de las medidas sancionadoras administrativas, razón que no justifica la intervención del Derecho Penal para su protección. Siguiendo a este autor, encontramos a MOREU CARBONELL³⁶⁴, para quien la configuración de los tipos penales que contienen las conductas más graves dignas de protección penal no deberán remitirse ni tener interferencias del Derecho Administrativo³⁸⁵. En su defecto, se deberá superar la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal y circunscribirse sólo al Derecho Administrativo sancionador.

Esta corriente, fundamentada en que la utilización de los actos y leyes

³⁶² MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca. "El principio *non bis in ídem*: la acumulación de sanciones penales y administrativas en la protección del medio ambiente". En, PÉREZ ALONSO, Esteban. *Derecho, globalización... Op. Cit...* p. 738. «En principio, el carácter fragmentario del Derecho Penal exige que éste se utilice para proteger los bienes jurídicos más valiosos y sólo frente a los ataques más graves. Por este motivo, para distinguir entre el ilícito administrativo y el penal se suele acudir al criterio de gravedad».

³⁶³ MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia pena". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1988, pp. 516 y ss. También en esta ideología confróntese: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Sobre el principio de legalidad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 264

³⁶⁴ Sobre la protección penal autónoma del medio ambiente, MOREU CARBONELL, Elisa. "Relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal en la protección del medio ambiente". *Revista española de Derecho Administrativo*. No 87. Civitas. Madrid, 1997, pp. 402 y 403.

administrativas en los tipos penales no contribuye a la eficacia de las normas penales, es igualmente escudada en la doctrina alemana por SCHÜNEMANN³⁶⁵, para quien la consolidación de la eficacia de la norma penal se dará a través de soluciones que no vinculen tan radicalmente al Derecho Penal con las prescripciones impuestas por la autoridad administrativa. Esto es a través del modelo de accesoriadad de acto, que predomina en el Derecho Penal germano. No obstante, RODRÍGUEZ DEVESA³⁶⁶ en la doctrina española, ya se manifestaba sobre la confluencia entre las normas administrativas y penales. Para el Catedrático de Derecho Penal de la UCM, las sanciones penales tendrían efecto sólo si se independizan de todo precepto administrativo o civil y se abocan a recoger los casos más graves, procurando de esta manera que el Derecho Penal actúe con su propia capacidad de valoración, independiente de cualquier decisión adoptada en el ámbito administrativo.

En el contexto jurídico actual, en cambio, el legislador intenta conectar la regulación penal y la regulación administrativa, a fin de que la introducción de los nuevos bienes jurídicos o de nuevo cuño no obstruyan la unidad del Ordenamiento Jurídico, y permitan así un sistema ordenado y global. Por ello, tenemos que decir que el modelo predominante es el de accesoriadad relativa (del Derecho Penal al administrativo), mismo que permite la intervención penal en una realidad de constante variación como es el ambiente, a través de la utilización de la Ley penal en blanco. Técnica que para un sector importante de la doctrina podría afectar al mandato de reserva de Ley³⁶⁷.

³⁶⁵ SCHÜNEMANN, Wolfgang Bernward. "Sobre la Dogmática y la Política Criminal del Derecho Penal del medio ambiente". *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Tecnos. Madrid, 2002, pp. 206 y ss. Igualmente, véase HAINE, G.: «Derecho penal del medio ambiente. Especial referencia al Derecho penal» en *Cuadernos de Política criminal*, No 61, Instituto de criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1997, pág. 59.

³⁶⁶ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal. Parte General*. Dykinson. Madrid, 1986, p. 1112.

³⁶⁷ En este contextos véanse las aportaciones del oriundo de Granada, Manuel Cobo del Rosal, quien es Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid y de la Complutense de Madrid, mismo que, el 18 de febrero del año 2011 se le concedió la medalla

Precisamente la fundamentada oposición a la utilización de la Ley penal en blanco, pero admitida por otro sector importante de la doctrina, es la originadora de la postura que aboga por un Derecho Penal autónomo, cuyo objetivo se traduce en la erradicación de la accesoriedad del Derecho Penal, al Derecho Administrativo como al acto administrativo, para evitar caer en la mera sanción penal a la desobediencia administrativa y, en consecuencia, en la recepción de la política administrativa como bien jurídico penal.

Por esta razón, se habla de la simple ineficacia del Derecho Penal para concretar la protección del medio ambiente, y se postula por un Derecho Penal autónomo que se acerca a la exclusión del medio ambiente como bien jurídico penal y la admisión exclusivamente a aquellos bienes jurídicos que constituyen el Derecho Penal nuclear³⁶⁸. Así, en el caso del bien jurídico colectivo ambiente sería aislado del Derecho Penal y pasaría a formar parte de los bienes jurídicos cuya protección será encargada a un Derecho Penal de la intervención³⁶⁹, o se mantendría en el marco de un Derecho Penal de la denominada “tercera velocidad”³⁷⁰.

al mérito Constitucional por decreto del Rey de España. En: COBO DEL ROSAL, Manuel / BOIX REIG, Francisco Javier. “Garantías constitucionales del Derecho sancionador”. *Comentarios a la legislación penal*. Edersa, Madrid, 1982, p. 169. Además a TIEDEMANN, Klaus. “El Derecho Penal alemán del ambiente: cuestiones dogmáticas novedosas”. *Derecho Penal económico*. Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU). Barcelona, 1993, p. 176.

³⁶⁸ En esta postura, véase al experimentado Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz, quien además es especialista en la materia que en este trabajo ocupa nuestra atención, nos referimos pues a: TERRADILLOS BASOCO, Juan María. “Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español: Luces y sombras”. *Estudios penales y criminológicos*. No. 19, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1996, pp. 304 y ss.

³⁶⁹ Propuesta de la Escuela de Frankfurt, véase ampliamente en HASSEMER, Winfried. *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pp. 10 y ss.

³⁷⁰ Sobre este la etiquetada tercera velocidad, por todos, véanse las siempre aportadoras reflexiones de: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal... Op. Cit...* pp. 183-188. Fundamentalmente, obsérvense las ideas contempladas de los puntos 1-3.

En cuanto al primero, es el modelo que propugnado por la Escuela de Frankfurt, que pretende la abolición del Derecho Penal ambiental. En lo referente al segundo modelo, con incompatibilidad al primero, es propugnado en la doctrina penal española, fundamentalmente por SILVA SÁNCHEZ³⁷¹, para quien la protección penal del ambiente además de ser un ejemplo de «Administrativización del Derecho Penal», introduce nuevos tipos penales que responden a un proceso de penalización o incriminación de conductas que son consideradas peligrosas en violación de los preceptos administrativos. Los planteamientos de este importante sector doctrinal se manifiestan a favor de la intervención de un Derecho Penal más flexible, para concretar la protección de los intereses colectivos y específicamente del ambiente. Por tanto aquí, cabría preguntarse si la sanción aplicada a través de este modelo de Derecho Penal más flexible, que consiste en la aplicación de sanción pecuniaria³⁷², tendría mayor efecto que la sanción proveniente de los fines preventivo-generales de la pena. Ya que nos encontramos ante una postura considerablemente complaciente con los intereses de los directivos, puesto que ellos, con la aplicación de un Derecho Penal flexible sólo serían

³⁷¹ *Ibidem*. Con la profundidad intelectual y claridad sistemática que le caracteriza a Jesús María Silva Sánchez, confróntense a partir de la p. 132 de su obra referente ya citada. Así, no le falta razón al Catedrático de la Pompeu Fabra, cuando señala que: «Puede afirmarse que es una característica del Derecho Penal de las sociedades postindustriales el asumir, en amplia medida, tal forma de razonar, la de la lesividad global de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propias de lo administrativo. Esto es lo que se quiere indicar con “administrativización” en que, a nuestro juicio, se halla inmerso el Derecho Penal. Ello podría llevarse incluso más lejos: así no solo en cuanto a afirmar que el Derecho Penal asume el modo de razonar propio del Derecho Administrativo sancionador, sino que incluso, a partir de ahí, se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales», pp. 142-143. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Nueva política criminal en España”. Ponencia llevada a cabo en el marco del curso *Derecho Penal y sociedad*. Universidad Internacional de Andalucía. Agosto, 2004, quien se ha manifestado en contra de las posturas que propugnan por excluir del Derecho Penal a los denominado nuevos bienes jurídicos, que no son otros que los bienes jurídicos colectivos o de titularidad compartida. Asimismo ha manifestado, que en la doctrina española las corrientes propugnadas por SILVA SÁNCHEZ y MENDOZA BUERGO han producido un efecto confuso respecto al nuevo y viejo Derecho de Penal, de que lo nuevo no encaja con lo viejo -las nuevas conductas no pueden ser amparadas por el Derecho Punitivo nuclear-; así, estaríamos cayendo en la resistencia o en la omisión de la función principal del Derecho Penal cual es la protección de bienes jurídicos y en este caso de los bienes jurídicos de nuevo cuño, como es el ambiente.

³⁷² En esta línea, MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Civitas, Madrid, 2001, pp. 25 y ss.

objeto de una sanción pecuniaria, que finalmente corre por cuenta de la empresa.

Ahora bien, siguiendo en la óptica de la autonomía del Derecho Penal en la protección del medio ambiente, como ya señalamos, ésta no responde a la postura mayoritaria de la doctrina penal española. Principalmente porque se considera espinosa la caracterización y tipificación del delito ambiental en el estrecho margen del Código Penal, pues las conductas que se consideran constitutivas de delito son generalmente aquellas que transgreden límites cuantitativos establecidos en el Derecho administrativo³⁷³. Del mismo modo, la crítica se sustenta en que el Derecho Penal precisa de conceptos que el Derecho Administrativo ha incorporado a su contexto, con la previa valoración y contribución de los técnicos especialistas que conocen las dimensiones físicas y científicas, de los diferentes sub-sistemas que conforman el sistema ecológico (agua, suelo, atmósfera, flora y fauna).

La oposición radica, igualmente, en que esta opción podría ocasionar la ruptura del Ordenamiento o posible contradicción entre las dos ramas del Derecho Sancionador, con lo cual se podría llegar a tipificar ciertas conductas como constitutivas de delitos, sin que estas sean valoradas o no reciban ningún tipo de sanción en el Derecho Administrativo. Como podrían igualmente darse a la inversa, que conductas graves sancionadas por el Derecho Administrativo no sean valoradas como merecedoras en el terreno del Derecho Punitivo.

La valoración primordial que sustenta el rechazo a un Derecho Penal autónomo e independiente en la protección del ambiente se encuentra en el propio contexto de la sociedad postmoderna, caracterizado por el desarrollo industrial, energético y tecnológico, que por su propia

³⁷³ PARDO BUENDÍA, Mercedes. "Protección penal y accesoriad administrativa en la nueva regulación para la protección del medio ambiente". *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007, pp. 123 y 124. La autora se pronuncia de manera patente, en contra de la protección penal autónoma del medio ambiente. También a la misma autora, ya dejaba ver sus concepciones desde su obra en: "Sociología y medioambiente: hacia un nuevo paradigma relacional. *Política y sociedad*. Nº 23. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1996, pp. 33-50.

naturaleza generan continuamente nuevas modalidades de agresión contra el ente ambiental. Estas actividades pueden como primera *ratio*, ser reguladas por el Derecho Administrativo de control y gestión, al igual que puede ser tutelado como interés a través del Derecho Administrativo sancionador. Empero, existen conductas sobre las que no tiene alcance el Derecho Administrativo sancionador y debe por tanto propiciar la intervención del *Ius Puniendi* para sancionar a conductas merecedoras de una fuerte reacción **por la gravedad** que estas revisten. Se precisa, por tanto, de un sistema protector sancionador unitario que permita la eficiente protección del ambiente a través de su valoración interdisciplinar y la concepción global de la tutela penal, como la *última ratio* del sistema jurídico³⁷⁴.

Paso previo a la conclusión de este epígrafe, tenemos que decir, que España, en el último trienio ha logrado gran desarrollo ante la necesaria y obligada gestión, control y aplicación del Derecho Administrativo que se ve igualmente fortalecido por las propias orientaciones y mandatos provenientes de la Unión Europea. Contrariamente, gran parte de los países latinoamericanos, no siendo el caso concreto de Brasil, tienen la tarea pendiente de avanzar hacia un Derecho Administrativo eficiente, que pueda tener alcance a la gestión y control necesarios para el buen funcionamiento del Estado de Derecho, en donde la sociedad tiene derecho a que los intereses sociales sean igualmente tutelados y aquél, la obligación de responder a través del Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal. En tanto el Derecho Administrativo no alcance el desarrollo eficientemente deseable, que permita incorporar en su marco jurídico elementos claros que sirvan de conexión con el Derecho Penal, no se podrá

³⁷⁴ Cfr. GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. "El principio de intervención mínima del Derecho Penal en el ámbito de las infracciones ambientales: Relaciones entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal en la protección del ambiente". *Derecho y medio ambiente: Revista jurídica para el desarrollo sostenible*. Volumen I, Nº 0. oct./dic. Exlibris. Madrid, 1999, pp. 20-26. ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no Direito Penal brasileiro*. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 2001, p. 72. «Um Direito Penal de intervenção mínima, reservado à tutela de valores éticos-sociais fundamentais, só legitima a criminalização de um fato se esse ramo do Direito constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico».

concretar la institucionalización de un modelo deseable de *accesoriedad* (relativa) que facilita la adecuación de los tipos penales a la dinámica que caracteriza al medio ambiente como bien jurídico³⁷⁵.

1.2. Modelo penal no emancipado de los actos o normas administrativas dedicadas a la custodia ambiental

En este tenor, partimos de una estructura completamente antagónica a la abordada en el epígrafe anterior, puesto que el ilícito administrativo formal llega efectivamente a constituirse en uno de los elementos del tipo. Nos referimos entonces a un modelo de Derecho Penal que se configura de forma absolutamente dependiente de los actos o normas administrativas, donde además de hacer referencia al precepto penal puramente en blanco, su contenido se caracteriza por carecer de cualquier elemento definidor relacionado con el objeto inmediato de tutela penal³⁷⁶, con lo cual se llega finalmente a castigar todo incumplimiento de las normas o directrices administrativas. Por tanto, la función del Derecho Punitivo en este contexto se traduciría en el aseguramiento de la eficacia de la normativa administrativa y no en la protección autónoma del bien jurídico ambiente. De esta forma, la sanción penal será aplicada a todo sujeto cuya conducta atente contra la gestión ambiental de la Administración Pública³⁷⁷.

Este modelo que puede ser constatado generalmente en leyes especiales de protección ambiental, como en los códigos penales que contienen tipos que protegen a este bien jurídico colectivo, lejos de

³⁷⁵ Sobre este punto véase a DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "La Ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente". *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 18. EDERSA/Universidad Complutense: Instituto Universitario de Criminología. Madrid, 1982, pp. 660 y 661, el autor propone la utilización del modelo de los «*valores límites* independientes de disposiciones administrativas, cuya lesión o puesta en peligro en razón de su importancia serían sancionadas penalmente», dejando entrever la propuesta de la configuración de delito contra el medio ambiente, como un delito abstracto puro que no condice con un Derecho Penal de *ultima ratio*.

³⁷⁶ Véase a: DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa... Op. Cit...* p. 62.

³⁷⁷ *Ibidem.*, p. 73.

representar a la clásica accesoriad del Derecho Penal al Derecho Administrativo, representa a la denominada «Administrativización del Derecho Penal», puesto que la transgresión de los preceptos legales o la inexistencia de autorizaciones administrativas se convierten en la *conditio sine qua non* para la configuración del delito contra el medio ambiente.

Es por ello que los detractores de la accesoriad consideran peligrosa la *cuasi* dimisión que el Derecho Penal realiza de sus principios como son la legalidad y la lesividad, al conferirlos o mejor dicho confiarlos, depositarlos e inferirlos a la luz de la regulación administrativa. La problemática, por tanto, más allá de centrarse en la técnica de la Ley penal en blanco radica en esa extrema dependencia del Derecho Penal al Derecho Administrativo a la hora de adecuar un tipo penal y constatar la configuración del delito contra el ambiente, pues esta accesoriad no hará sino convertir el bien jurídico ambiente en el «interés de la Administración en una regulación del uso ambiental»³⁷⁸.

Si bien la dependencia técnica del Ordenamiento administrativo es irrenunciable, porque la estructura típica de los delitos ecológicos están contruidos con términos técnicos que generalmente poseen una «carga valorativa

independiente y por definir» con la legislación meta-penal. No es sin embargo, admisible una penalización de todo el Derecho Administrativo. Por ello, en este modelo de “accesoriad absoluta o no emancipación”, el Derecho Penal deberá determinar criterios de selección para decidir sobre qué comportamientos que transgreden el Derecho Administrativo tendrán alcance la intervención del *Ius Puniendi*, ya que este modelo de accesoriad –absoluta- no es precisamente el de mayor valoración para la

³⁷⁸ SCHÜNEMANN, Wolfgang Bernward. “La destrucción ambiental como arquetipo del delito”. Ponencia presentada en el Congreso Jurídico Internacional sobre Globalización, riesgo y medio ambiente organizado por la Universidad de Granada. Este Congreso se desarrolló dentro del marco de actividades realizadas por el proyecto investigador de excelencia SEJ 2012 de la Junta de Andalucía, con el objeto de llevar a cabo una investigación interdisciplinar sobre la “Protección jurídica del medio ambiente”. 3, 4 y 5 de Marzo de 2010.

protección del ambiente como bien jurídico³⁷⁹. Precisamente el modelo de accesoriadad (relativa) reconocido y utilizado por no pocas legislaciones³⁸⁰ condiciona la intervención penal no sólo a la remisión de la norma administrativa, sino fundamentalmente en el desvalor de acción o de resultado, en el riesgo, la afección, la puesta en peligro o la lesión del ambiente como bien jurídico tutelado. En cambio el arquetipo de absoluta accesoriadad o dependencia del Derecho Penal al Derecho Administrativo, reduce la función de selección y jerarquización de bienes jurídicos que el Derecho Penal debe realizar. Reducción que debilita igualmente el efecto que la prevención general positiva despliega sobre los miembros de la comunidad³⁸¹.

Se deben no obstante subrayar, que la eficiente utilización de la técnica de la Ley penal en blanco, es imprescindible para desplegar y concretar la protección del medio ambiente como bien jurídico penal. Esto se debe en primer término, a que en un Ordenamiento Jurídico se requiere del dinamismo de un Derecho Administrativo que tenga alcance a la gestión, el control y la sanción administrativa, al incumplimiento de normas que regulan el uso de los elementos que conforman el ambiente natural. Y en segundo término, porque se requiere además del elemento normativo jurídico constatado con la infracción de la norma administrativa, el elemento normativo valorativo propio del Derecho Penal, que determine su intervención. En caso contrario, se podría dejar impunes conductas que atentan gravemente contra el ambiente, en razón de que las lagunas jurídico administrativas excluyen la antijuricidad formal o valoración del incumplimiento de la norma administrativa, que debe convertirse en uno de los elementos constitutivos e indispensables para la concreción del tipo. Así como igualmente podría el Derecho Punitivo concurrir, a sancionar

³⁷⁹ En este contexto, resulta interesante el análisis que realiza HEFENDEHL, Roland. "El Derecho Penal medioambiental: ¿Por qué o cómo?". *Estudios Públicos*. No. 110. Centro de Estudios Públicos. Santiago de Chile, 2008, pp. 181.

³⁸⁰ Cfr. HEINE, Günter. "Accesoriadad Administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente"... *Op. Cit...* p. 294.

³⁸¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. "Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español"... *Op. Cit...* p. 313.

conductas vinculadas al mero incumplimiento de lo que preceptúan las normas administrativas.

1.3. Modelo penal con “relativa” accesoriadad al Derecho Administrativo

Este prototipo más que un sistema intermedio o sistema fundado sobre el eclecticismo existente, entre los arquetipos de accesoriadad absoluta del derecho penal al Derecho Administrativo y de autonomía absoluta del Derecho Penal respecto al Derecho Administrativo en la protección del ambiente, es un modelo en cuya base estructural sobresale la accesoriadad como elemento dominante y sobre el que se proyecta una valoración propia del Derecho Penal³⁸². Por ello, en este marco no basta con la mera desobediencia o infracción administrativa, sino se requiere de acciones cuyas consecuencias sean potencialmente lesivas para el medio ambiente. Así, este modelo de *accesoriadad relativa*, la vemos contenida en el art. 325 del CPE, donde el tipo no sólo exige que se produzca una contravención de «las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente», sino que las conductas que conllevan tal contravención tengan una determinada entidad o potencialidad que pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

De esta forma, el arquetipo referido no considera como merecedoras de pena toda infracción genérica de la norma administrativa, sino sólo aquellas conductas que contraviniendo las disposiciones protectoras del medio ambiente puedan provocar o realizar «emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones

³⁸² Cfr. ESTEVE PARDO, José. “Protección penal y accesoriadad administrativa en la nueva regulación para la protección del medio ambiente”... *Op. Cit.* 126 y ss. También, sobre este tema *in extenso*, véase con especial atención al Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco y especialista en temas de Derecho Penal ambiental: DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. “Delitos contra el medio ambiente: Accesoriadad administrativa”. *Estudios de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a: Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*. Nº 75. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2005, pp. 9-78.

o depósitos en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, los espacios transfronterizos, así como las captaciones de agua». Estas acciones que ponen en *riesgo grave* y *lesionan* al ambiente son constatadas a través de la afección o la alteración del equilibrio de los sistemas naturales. Así entendida la accesoriadad, la sanción penal no se vincula al puro ilícito administrativo formal, porque la ilicitud administrativa se convierte en condición pero no precisamente la *conditio sine qua non* de la configuración del delito y consecuente aplicación de la punibilidad, a los atentados graves contra el ambiente. El requerimiento para la intervención penal se manifiesta en el desvalor de acción o de resultado, adicionales y cualificados, que superan el puro ilícito administrativo, pero que no se convierten en un mero refuerzo que el Derecho penal efectúa sobre la norma administrativa³⁸³.

El concepto de accesoriadad, no obstante, se fundamenta en el Derecho Administrativo, pues implica que en la fijación de criterios de cuidados de riesgo y valor entren en juego las consideraciones del Estado y de su Administración; allí, donde el particular no pueda objetiva y responsablemente establecer la ponderación de riesgo y provecho y con ello la concreción del cuidado necesario para el medio ambiente. Entonces el Estado ha de intervenir con un carácter preventivo³⁸⁴

Así, sus administraciones orientadas a la función de gestión y control del uso del ambiente se encargan de tutelar este interés colectivo a través de autorizaciones y legislaciones administrativas ambientales, que deciden qué actividades o procesos perjudican el ambiente. De tal modo, que pueden establecer la ponderación de riesgos y utilidades posibles, al concretar las medidas de cuidado a tomar, a fin de que el potencial de los diferentes factores de agentes contaminantes que confluyen en el ambiente puedan limitarse a cumplir con la normativa prevista³⁸⁵. Las normas administrativas

³⁸³ Véase a BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente"... *Op. Cit.*, p. 47.

³⁸⁴ Véase a BOIX REIG, Javier. "Protección penal del medio ambiente". *Intereses difusos y Derecho Penal. Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, 1994, p. 121.

³⁸⁵ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Francisco Javier. *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa...* *Op. Cit.*... p.75.

de este modo, actuarían como criterio de imputación objetiva. Deciden lo que es riesgo permitido y no permitido.

En este contexto de *accesoriedad relativa* el Derecho Penal no despliega su intervención para proteger a la Administración como bien jurídico, sino proteger directamente el ambiente como bien jurídico, a fin de mantener el equilibrio de los sistemas naturales o bases naturales, y lograr que los actos y normas administrativas valorados como elementos normativos del tipo no se conviertan en meras infracciones administrativas que son elevadas a la categoría del delito ambiental, sino requiera además de su infracción que la acción incriminada demuestre el potencial relevante del riesgo para el equilibrio de los sistemas o bases naturales, como condicionantes de la configuración del ilícito contra el medio ambiente.

2. La remisión de los tipos penales a la normatividad administrativa: A propósito de las leyes penales en blanco

Pudiéramos decir que este epígrafe se traduce en un buen pretexto para remitirnos a la etiqueta que da título al capítulo que nos ocupa. Así pues, llegados a este tema distintivo entre la temática que aborda la simbiosis existente –necesaria o no- entre la normatividad dominamente – esencialmente la administrativa y penal- para dar protección al ente ambiental, **podemos posicionarnos** y afirmar que la represión penal de las conductas más graves contra el medio ambiente, por antonomasia ejerce en el Ordenamiento Jurídico español una función de “auxilio coercitivo” del sistema jurídico-administrativo de protección de este bien jurídico.

Como sella LOZANO CUTANDA³⁸⁶, «la configuración del medio ambiente en la Constitución española no es, la de un derecho subjetivo, sino la de un bien o interés colectivo cuyo *quantum* de protección es algo solo

³⁸⁶ Cfr. LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo... Op. Cit... p. 532*. En el mismo sentido véase a GONZÁLEZ GUTIÁN, Luis. “Sobre la accesoriedad del Derecho Penal en la protección del medio ambiente”. *Estudios penales y criminológicos*. Volumen XIV. No. 64, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1991, pp. 122 y ss.

determinable en cada caso por la acción del legislador y por medio de instrumentos administrativos de protección ambiental».

Fiel a esta concepción, el Derecho Penal no interviene por lo general de forma autónoma en esta materia, sino que **actúa reforzando la eficacia de la normativa de carácter no penal protectora del medio ambiente, constituida fundamentalmente por normas de Derecho Administrativo.** De sinónima concepción es la experimentada Catedrática de la Universidad de Sevilla y especialista en temas de Derecho Penal Ambiental, GÓMEZ RIVERO³⁸⁷, quien para este tópico afirma que «el hecho será típico con independencia de la validez del acto».

Así y acto ulterior al análisis del CPE, resulta que de la referencia que el art. 325 y otros preceptos del referido ordenamiento, que definen delitos ambientales (como los arts. 333, 334, 335 y 336), realizan a la contravención de las leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, como un elemento necesario para que la conducta sea típica³⁸⁸. De esta forma, para incurrir en el tipo básico del delito ambiental no basta, por ejemplo, con que una empresa realice vertidos susceptibles de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, sino que es necesario

³⁸⁷ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio...Op. Cit...* p. 48. La autora trae a colación la solución adoptada por el Tribunal Supremo en la conocida Sentencia de 30 de noviembre de 1990, que sienta las bases para una adecuada comprensión del problema que surge cuando el autor de un hecho que transgredió las normas administrativas de carácter general al lesionar al medio ambiente, sin embargo cuenta con una autorización administrativa. En este caso, la autorización no excluye la tipicidad del hecho, pero una vez afirmada la tipicidad de la conducta esta será tratada conforme a las reglas del *error de tipo*, para verificar si hay o no conocimiento sobre la concurrencia o realización de uno de los elementos de tipo de injusto.

³⁸⁸ Al respecto véase a CASTELLÓ NICÁS, Nuria. *“Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma LO 5/2010 de 22 de junio)”... Op. Cit...* pp. 312-313. En este contexto, la Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Granada, además de hacer un análisis de lo contemplado por un fragmento del art. 325 del CPE «Contraviniendo leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente» y con ello adherirse a la clasificación de que estamos ante un tipo penal en blanco, señala que: «A ello se vincula un *plus* de antijuridicidad consistente en que a dicha infracción se una un atentado tal del bien jurídico (medio ambiente), que pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales».

que tales vertidos se realicen «contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente», que en este supuesto serian las normas aplicables en materia de aguas y de vertidos. Otros preceptos que establecen delitos ambientales no contienen esta “remisión normativa” pero introducen elementos en la tipificación del delito que solo pueden definirse acudiendo a la normas de carácter administrativo (así ocurre, por ejemplo, con el art. 330 CEP, que castiga los daños graves ocasionados “en un espacio natural protegido” a “alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo”, o con el art. 332 del mismo Ordenamiento³⁸⁹, que castiga los daños causados alas especies o subespecies “de flora amenazada”)³⁹⁰.

Esta configuración del tipo convierte las normas que establecen estos delitos ambientales en “**leyes penales en blanco**”³⁹¹, definidas por la

³⁸⁹ Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal y legislación complementaria...* Op. Cit... p. 202.

³⁹⁰ Como nos podemos percatar de un análisis en abstracto del art. 325 del CPE, el presupuesto previo de la infracción penal es la existencia de una normativa de **otro Orden Jurídico diferente al penal** que haya sido vulnerada con dicho actuación, normativa que **no es preciso ni siquiera que tenga el rango de Ley**, incluso, puede no proceder del Estado, sino de las Comunidades Autónomas, o normas comunitarias. Cfr. OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. “Art. 325”... Op. Cit... pp. 204 y ss. Cabe apuntar que en esta concepción los autores españoles matizan que en las remisiones normativas del delito ecológico a disposiciones reglamentarias, habrá de garantizarse la plena sumisión y correspondencia de la disposición reglamentaria con el texto legal que le sirve de cobertura, de modo que no aparezca como una regulación absolutamente autónoma que diluye las exigencias de certeza. Por otro parte, y por lo que atañe a las normas de las Comunidades Autónomas, ponen de relieve que la norma autonómica no define el injusto ni la penalidad. Se incluyen también normas comunitarias, entendiendo como idónea para ello la que contiene un mandato normativa general de directa aplicación, sin necesidad de mediación de los Estados miembros, es decir, el reglamento comunitario, con exclusión de las Directivas comunitarias, que carecen de aplicabilidad inmediata, y cuyos destinatarios son los Estados miembros, de modo que la falta de transposición de las mismas puede dar lugar a efectos directos contra los propios estados, como efectos sancionador por su pasividad, y no contra los ciudadanos.

³⁹¹ El TS en sentencia de 3 de abril de 1995 (RJ 1995/2808), aludiendo a la sentencia del TC 127/1990, de 5 de julio (RTC 1990/127), acepta sin problema alguno que la versión penal de los tipos en blanco, esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente previstas en ellas, debiendo acudirse para su integración en 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 o, como señala la citada

jurisprudencia como “normas penales incompletas en las que la conducta jurídico-penal no se encuentra exhaustivamente prevista en ellas y que remiten para su integración a **otras normas distintas**, que pueden tener incluso carácter reglamentario” (STC 34/2005). En el caso de la protección del medio ambiente, el Código Penal remite, al tipificar las conductas señaladas, tanto a otras leyes como a normas reglamentarias (designadas en algunos preceptos como “disposiciones de carácter general” por oposición a las resoluciones administrativas de carácter particular que son los actos administrativos) y también en ocasiones a resoluciones administrativas, como la existencia o no de autorización administrativa para realizar la actividad que se contempla. Esta técnica legislativa merece las críticas de un sector de la doctrina penal por lo que tiene de vulneración del principio de legalidad, sobre todo cuando la remisión se realiza a un reglamento, puesto que en este caso supone, en definitiva, una delegación en las autoridades administrativas para que, mediante disposiciones del mismo orden, decidan cuando una conducta que guarde relación con las indicaciones de la Ley es punible penalmente. La utilización legislativa de las llamadas leyes penales en blanco se hace sin embargo necesaria ante la enorme extensión y el cambio constante de la normativa ambiental, y como ha declarado el TC resulta conciliable con los postulados constitucionales de reserva de ley en materia penal, aunque la remisión se realice a normas de rango reglamentario, siempre que se den determinados requisitos: «Que el reenvío normativo sea expreso y este 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 que (...) si de la suficiente concreción

sentencia 122/1987, se dé la 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». También, en este sentido, tenemos la STS de 13 de marzo de 2000 (RJ 2000/3315), que recuerda que el TC ha otorgado plena validez a este tipo de normas, y remitiéndose a la jurisprudencia constitucional y del TS al respecto, recuerda que «el precepto reúne los requisitos de *lex previa, certa y scripta* exigidos por la Constitución, puesto que allí se formula una remisión expresa y completa a normas específicas y se define el núcleo esencial de la conducta prohibida, remitiéndose solamente para completar el tipo a la circunstancia de que aquellos actos se realicen contraviniendo leyes o reglamentos protectores del medio ambiente».

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 formada salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada» (STC 127/1990, de 5 de julio en la que se analiza el derogado art. 347 *bis* CPE, y en este punto tenía la misma estructura que el actual artículo 325 CPE; y, en el mismo sentido, en otras, pueden citarse las Sentencias 62/1994 y 24/2004). La remisión puede hacerse también, como expresamente ha declarado el TC, «a una norma de Derecho Comunitario, originaria o derivada», que «en atención a su primacía en el orden interno, es susceptible de integrar el supuesto de hecho de una norma penal» (STC 120/1998)³⁹².

En el caso de los delitos ambientales la técnica del reenvío a las leyes y reglamentos ambientales, aparece justificada por la configuración jurídico-constitucional de la protección del medio ambiente, conforme la cual, como hemos visto, la precisión del ámbito concreto de la protección dispensada se realiza en cada momento y ámbito sectorial por el legislador, y a la Administración se encomienda el desarrollo de sus prescripciones y el papel principal de la defensa y restauración del bien colectivo, actuando la Ley penal como refuerzo o cierre de este sistema de protección jurídico-administrativo.

Respecto a la exigencia de *lex certa*³⁹³, es evidente que la remisión a la normativa administrativa introduce una cierta inseguridad jurídica, pues el que una conducta resulte o no punible va depende o no de la decisión de la administración, e incluso una misma actuación resultar sancionable en unas

³⁹² Sobre este tema, *in extenso*, véase a DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. "Derecho Comunitario y Derecho Estatal en la tutela penal del ambiente". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 2. Universidad de Granada. 2000, pp. 2 y ss. En este trabajo, el catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco, realiza una crítica sobre la relación de "accesoriedad" del Derecho Penal al Derecho Administrativo en la tarea de protección al medio ambiente

³⁹³ Entendida como la condición en que que la Ley sea precisa en su lenguaje descriptivo con relación a la construcción del tipo en cada artículo y precisa en el lenguaje normativo de las consecuencias que impone cada artículo.

Comunidades Autónomas y no sancionables en otras, dado que en el Sistema Jurídico constitucional español de reparto de competencias, se reconoce, como hemos visto en epígrafes anteriores, la potestad legislativo de las Comunidades Autonomías, en cuanto al desarrollo de la legislación básica estatal y la adopción de normas adicionales de protección.

EL CPE, incorpora como un elemento para reducir el margen de indeterminación que conlleva la tipificación por remisión normativa, la exigencia de que las leyes o disposiciones administrativas sean «protectoras del medio ambiente», aunque dada la generalidad y transversalidad de este concepto ello no contribuye mucho a concretar el ámbito de la remisión normativa.

En corolario, inmiscuidos en el contexto de la accesoriadad normativa del Derecho Penal al Derecho Administrativo creemos que la existencia de una infracción legal o de disposiciones generales no fundamenta el castigo de la conducta, sino que sirve únicamente como indicio de que puede existir una conducta delictiva. Por lo cual, más que fundamentar el castigo de la manifestación de la acción, la infracción administrativa cumple la función de limitar los supuestos en que el Derecho Penal deberá intervenir³⁹⁴.

Así pues, el precepto configurado como tipo penal en blanco se remite explícita o implícitamente a la normativa administrativa, a las leyes, órdenes o reglamentos, logrando que el Derecho Penal se limite a calificar como perjudicial lo que administrativamente no se considera positivo. Pudiendo entonces concretarse, la unidad del ordenamiento jurídico.

Siempre y cuando contemos con la existencia de normas administrativas claras y eficientes para la tutela del ambiente –como previamente hacíamos referencia, la importancia de una *lex certa*, además del matiz necesario de una *lex praevia* y una *lex scripta*- resultará indiscutible

³⁹⁴ Confróntese a CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente”. *Estudios de Derecho Penal Económico*. Coordinados por Santiago Mir Puig, Juan Luis Modolell González, José Ignacio Gallego Soler y Carlos Simón Bello Rengifo. Livrosca. Caracas, 2002, pp. 599 y ss.

que la técnica de Ley penal en blanco es la única que hace posible el alcance del Derecho Penal a los nuevos problemas y graves atentados emergentes de la sociedad posmoderna, caracterizada por la imbricación de la tecnología en el ambiente natural³⁹⁵. Esta afirmación condescendiente, con la accesoriadad de Derecho a través de la técnica de Ley penal en blanco, nos lleva a las conocidas y planteadas discusiones de la doctrina penal española sobre su legitimidad para la configuración de los tipos penales que protegen el medio ambiente.

3. El medio ambiente como generador de otro debate: Las fronteras entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo

El discurso sobre las fronteras entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, antecede al reconocimiento del ambiente como bien jurídico o interés protegido por el Derecho Administrativo y su introducción en el Derecho Penal. Así lo constatamos con FEUERBACH, seguidor de la filosofía jurídico-penal de KANT, que parte de la idea de preeminencia de los derechos individuales en la sociedad y de la necesidad del mantenimiento de las condiciones de vida en común, para fundamentar la legitimación de la potestad punitiva. De estos presupuestos deriva la teoría de la lesión del derecho subjetivo como fundamento material del ilícito y establece los límites entre la potestad penal y la potestad policial del Estado³⁹⁶. Atribuye a la

³⁹⁵ En este orden de ideas véase lo expuesto por JORGE BARREIRO, Agustín. *“El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”... Op. Cit... p. 33.* También, véase a DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *“Configuración como Ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente”.* *Estudios Jurídicos en memoria de Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz.* Volumen I. Publicaciones de la Universidad de Valencia. Valencia, 1998, pp. 569 y ss.

³⁹⁶ Cfr. FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho Penal... Op. Cit... pp. 18 y ss.* Del mismo modo, en este contexto, véase al otrora Director del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional Freiburg im Breisgau (Alemania): ESER, Albin. *“Sobre la exaltación del Bien jurídico a costa de la víctima”.* Traducción al idioma español por Manuel Cancio Meliá. *Cuadernos de conferencias y artículos.* Nº 18. Universidad externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, 1998, pp. 13-25.

potestad policial (potestad administrativa), la facultad de evitar la puesta en peligro de derechos, es decir a acciones que afectan de forma mediata los fines del Estado y que no primitivamente lesionan un derecho. En lo referente a la potestad penal confiere la facultad de evitar la efectiva lesión de un derecho, cuando se trata de conductas que lesionan los fines del Estado y que se transforman en delito. Por lo tanto, aquí surgirían los primeros indicios de limitación entre las infracciones administrativas y los delitos penales.

La teoría de la protección de los derechos subjetivos, en cambio, no estableció una clara delimitación entre las infracciones de carácter administrativo y las de carácter penal. Desde un principio la causa fue que el injusto penal hoy fundamentado como un desvalor social de la conducta y el injusto administrativo en la desobediencia al Estado, denotaron confusión en la protección de la libertad individual. En consecuencia, se incluyeron entre los delitos en sentido amplio infracciones administrativas que atribuían acciones meramente inmorales o formalmente antijurídicas, pasando a formar parte del grupo de las lesiones del derecho. En resumidas cuentas, se originó un flanco en el Derecho Penal por el que de inmediato penetró el nuevo paradigma de una concepción más general de la protección y del injusto penal, que si bien en la actualidad representa la valoración de intereses emergentes de la realidad social contemporánea, no debe ser precisamente confundida con la “administrativización del Derecho Penal” que anteriormente ya hemos referido cuando citamos al Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra: SILVA SÁNCHEZ.

Si bien desde los inicios del Derecho Penal moderno no habían existido límites entre las infracciones de carácter administrativo y las de carácter penal, tal laguna no puede ser considerada hoy día como precursora de una concepción más general del injusto o una expansión del mismo³⁹⁷. Más bien, debe ser considerada como el principio de la falta de valoración crítica del bien jurídico, que radica en la ausencia de observación de la realidad social,

³⁹⁷ Véase: ESER, Albin. *“Sobre la exaltación del Bien jurídico a costa de la víctima”...* Op. Cit... p. 18.

pues en ella se encuentra la fundamentación de la elevación de los nuevos intereses a bienes jurídicos penales que lo transforma en el proceso evolutivo por el que actualmente atraviesa el Derecho Penal. De esta manera, entendemos que la teoría de FEUERBACH refleja que las numerosas figuras legales de la realidad de aquel momento, quedaron fuera por no encuadrar con el concepto estricto de derecho subjetivo (como por ejemplo los delitos que protegen la economía política, y la salud pública, entre otros).

Observamos por tanto que desde sus orígenes el concepto de bien jurídico penal no consideraba como interés de tutela a los bienes de carácter colectivo, los

cuales a causa de su naturaleza quedaban lejos de la regulación de *lege lata*. Ya que en primer término, no era realidad de aquel entonces el reconocimiento de los derechos económicos y sociales, sino de los individuales, y el Derecho Penal intervenía para proteger derechos predominantemente personales, como la vida, la libertad y la propiedad. De ahí que se entienda que los primeros indicios de la falta de fundamentación material del ilícito penal contra bienes jurídicos colectivos, se remonta a la Ilustración, pero no por ello debe extenderse dicha interpretación a estos tiempos, puesto que el carácter axiológico de aquellos se encuentra precisamente en el reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales.

Por tanto, aunque no podamos transportar los nuevos tipos penales a la época del iluminismo, podemos colegir (refiriéndonos a la Ilustración) que el fundamento del ilícito penal, aun estando vacío de contenido, fue una respuesta del Derecho Penal a la realidad de su tiempo. Esta concepción, que se traduce en el límite del *Ius Punendi* y todavía *ex profeso* de la denominación propiamente de bien jurídico, únicamente daba protección a los derechos subjetivos (carácter individual), cuya trasgresión estaba representada por la dañosidad social, ofensividad, lesividad o conflictividad que derivaba de la inobservancia del contrato social.

En suma, no era una realidad para la dogmática penal de ese tiempo la búsqueda de la legitimación (fundamentación) penal de los bienes jurídicos de carácter colectivo, sino la indagación respecto al concepto limitativo del contenido material del ilícito penal enfocada en los bienes jurídicos individuales. Sin embargo, es una realidad para el “Derecho Penal de hoy” la búsqueda del contenido material de los bienes jurídicos colectivos, ya que con ello se afrontaría eficientemente desde la teoría del delito los nuevos retos de la sociedad moderna y se lograría una aplicación eficaz de los tipos penales que protegen tales bienes.

Así bien, entrando en materia, tenemos que la administrativización del Derecho Penal o la criminalización del Derecho Administrativo es la manifestación teórica con la que se analizan los problemas que emergen ante la intervención que el Derecho Penal realiza para proteger bienes jurídicos que anteriormente se cobijaban bajo la tutela exclusiva del Derecho Administrativo. Esta intervención del *ius Puniendi* se concreta con la estructuración de los tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos o intermedios, bienes jurídicos estos caracterizados por su naturaleza particular que lo diferencia del bien jurídico individual.

En efecto, el ambiente, revestido por las características del bien jurídico colectivo (titularidad compartida, indivisibilidad e indisponibilidad) y su peculiaridad manifestada por la necesaria remisión de los tipos penales que lo protegen a normas de carácter administrativo, enlazan igualmente con la búsqueda necesaria del límite entre el contenido material del ilícito penal y el ilícito administrativo. En esta búsqueda se tropieza con los conflictos intrínsecos a la protección del ambiente, como lo referente a su interpretación como bien jurídico o interés jurídico, el reconocimiento de su propio sustrato material o la funcionalización del mismo al fortalecimiento de la función administrativa.

Este conflicto penal-administrativo llega a la propuesta por parte de la doctrina, de un Derecho Penal más flexible para la protección ambiental o la

abolición del mismo³⁹⁸. No obstante, el debate para su legitimación en el marco del Derecho Penal actual también se sitúa en la determinación de la diferencia cuantitativa o cualitativa que puede ser conferida entre las dos vías del Derecho sancionador, cuya concurrencia, a nuestro parecer, son indiscutibles y determinantes para la protección de un bien jurídico que tiene alcance a todos los elementos que conforman la naturaleza, el equilibrio de los sistemas naturales.

Por otra parte, si bien hemos señalado reiteradamente que la propia Constitución española en su art. 45.3 establece como mandato la protección administrativa y penal del ambiente, conforme a los principios de legalidad, el *non bis in idem* y de mínima intervención, en la doctrina española no obstante, también se sostiene que el contenido del artículo referido no determina precisamente el mandato de incriminar atentados contra el medio ambiente, sino de sancionarlos. Lo que lleva a entender -de la exegesis del precepto- que las sanciones no deban de ser precisamente de carácter penal, sino más bien administrativas, en caso que se interpretase que el precepto constitucional referido, da la opción al legislador para decidir qué tipo de sanción se aplicará para proteger el medio ambiente³⁹⁹. Ya que el art.

³⁹⁸ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. "Protección penal del medio ambiente. Jurisprudencia e intuición". *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al Profesor Josep Miquel Prats Canut*. Coordinador por Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, p. 366.

³⁹⁹ Cfr. MUÑOZ LORENTE, José. "Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico". *Revista de Derecho y proceso penal*. Aranzadi, Nº 6. Navarra, 2001, pp. 115-116, para el autor el art. 45.3 de la CE no preceptúa imperativamente la intervención de Derecho Penal para la protección del medio ambiente, sino da la posibilidad que el legislador elija entre el Derecho sancionador administrativo y el *ius Puniendi* para sancionar las conductas que atentan contra el bien jurídico de referencia. Sobre la base de que la intervención penal para la protección del medio ambiente se concreta conforme al mandato constitucional establecido en el art. 45.3. A propósito de este contexto, resulta otra controversia doctrinal de gran calado, la del derecho penal simbólico en las cuestiones ambientales. Aunque ya fue materia de análisis anteriormente, es menester -por las reflexiones que enmarca en la dinámica de estudio entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo- consultar el trabajo de HEFENDEHL, Roland. "*El Derecho Penal medioambiental: ¿Por qué o cómo?*"... *Op. Cit...* pp. 184 y ss. Es más, en este estudio, el autor alemán, muestra cierta reticencia ante del Derecho Penal como instrumento jurídico que pueda resolver los problemas que se suscitan ante las acciones que dañan el medio ambiente, argumentando que «el Derecho Penal no hace más que preocuparse de la punta del iceberg y porque semejante Derecho Penal simbólico es más bien una solución aparente

y distrae de las verdaderas tareas». Ante esto, enlista una serie de herramientas con las que cuenta el Derecho Administrativo para resolver los problemas que dañan al medioambiente, a saber, los siguientes: «1. En los hechos, el Derecho Administrativo dispone entretanto de una multiplicidad de instrumentos de regulación. Si se establecen diferencias acordes con la forma de actuar sobre los destinatarios, es posible distinguir seis grupos: a) El primer grupo lo forman los instrumentos de planificación. Como parte de una estructuración previsor del medio ambiente, a la planificación del medio ambiente le cabe una importancia determinante. En Alemania, esa planificación se realiza esencialmente a través de planificaciones por rubros individuales, reguladas por una legislación especial de la cual forman parte, por ejemplo, la Ley Federal para la Protección de la Naturaleza (BNatSchG), la Ley de Régimen Hidráulico (WHG), la Ley Federal para la Protección contra Emisiones (BlmSchG). Estas leyes también son crecientemente determinadas por normativas de la Comunidad Europea, especialmente por la directriz para el estudio de tolerancia medioambiental estratégico, de acuerdo con la cual determinados planes y programas deben ser sometidos a un estudio de tolerancia medioambiental. Expresiones de semejante planificación del medio ambiente son, por ejemplo, la planificación paisajística, la identificación de áreas protegidas y la creación de planes de explotación; b) Al segundo grupo pertenecen los instrumentos del control conductual directo, que en el sentido de un derecho (de control) medioambiental contienen, a fin de cuentas, un “imperativo” que ordena o prohíbe. Pueden ser instrumentos de control administrativo, imposiciones o prohibiciones legales directas, así como deberes legales individuales para con el medio ambiente; c) En la tercera categoría pueden clasificarse instrumentos de control conductual indirecto que no contengan pautas de comportamiento directas y vinculantes, sino que cobran influencia sobre el destinatario vía mecanismos indirectos, mediatos. En primer lugar cabe pensar aquí en incentivos financieros, ya sea en el plano de la “premiación”, como son el otorgamiento de ventajas, o mediante subvenciones directas o indirectas, y, por otra parte, en una perspectiva “punitiva”, que impone impuestos medioambientales a las conductas lesivas para el medio ambiente. Otro medio político- jurídico sumamente actual en el contexto del Protocolo de Kyoto son las llamadas soluciones de certificación. Consisten en el otorgamiento de licencias medioambientales o “derechos de emisión” posibles de ser transados, equivalentes a una contaminación máxima del medio ambiente autorizada, lo que conduce a que en forma acorde con la oferta y la demanda se va constituyendo un precio de mercado que torna las inversiones en la preservación del medio ambiente económicamente rentables y está destinado a evitar las emisiones allí donde resulta más conveniente; d) Dado que en el presente ya no es posible lograr una protección efectiva del medio ambiente sin la suficiente información medioambiental, los instrumentos informativos, como prevenciones y recomendaciones, componen el cuarto grupo de los instrumentos del derecho del medio ambiente. Por una parte, el Estado requiere de informaciones sobre las interrelaciones del medio ambiente y sobre el estado del mismo como base para la protección estatal del medio ambiente. Por otra parte, el ciudadano en cuanto consumidor tiene gran necesidad de información. Con esta finalidad se le transmite al ciudadano información sobre las interrelaciones del medio ambiente, la tolerancia del medio ambiente a productos o modos de comportamiento, por vía de recomendaciones estatales, prevenciones e indicaciones, es decir, se le conceden al ciudadano derechos de acceso a información; e) El quinto grupo lo componen instrumentos de organización empresarial. Ellos se deben al reconocimiento de que es especialmente en las empresas donde una protección del medio ambiente que apuesta únicamente a medios de vigilancia e imperativos encuentra sus límites. De ahí que se implementen instrumentos de organización empresarial. A éstos pertenecen instrumentos coercitivos, de ejercicio directo del control, como los deberes legales de información pública y de organización, especialmente para la designación de un

45. 3 preceptúa que «en los términos en que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado». Efectivamente, se podría interpretar que no existe un mandato exclusivo, de sancionar penalmente, pero se puede en cambio afirmar que se reconoce constitucionalmente la posibilidad de sancionar penal o administrativamente los hechos que atenten contra el medio ambiente.

encargado para la protección del medio ambiente, con la finalidad de supervisar el cumplimiento al interior de la empresa de la legislación medioambiental y para establecer “como objetivo de la empresa” a ser integrado, la protección del medio ambiente. Conjuntamente con los anteriores cuentan aquí los instrumentos de control indirecto, a los que apuestan las empresas de propia iniciativa, como, por ejemplo, la llamada auditoría medioambiental. Aquí se trata del establecimiento autónomo de políticas, medios y programas empresariales de medio ambiente, así como de sistemas de gestión medioambiental efectivos, que posteriormente son sometidos a exámenes periódicos externos. Con esto se busca fortalecer la responsabilidad de la propia industria en la superación de las consecuencias medioambientales de su actividad, y avanzar hacia la desregulación del derecho medioambiental vigente; f) Finalmente, el sexto grupo se constituye a partir de instrumentos de cooperación, para el cual también se ha generalizado en la literatura el concepto de convenios medioambientales. Aquí se renuncia a toda coerción estatal y en su lugar se activa la iniciativa privada. Aparte de contratos genuinos (tanto de derecho público como de derecho privado) con efecto jurídico inmediato, entre estos instrumentos también se cuentan los convenios informales. Su gestión no está ni atada a determinados presupuestos jurídicos, ni emanan de ellas —de acuerdo con la opinión mayoritaria— efectos jurídicos directos. También el instrumento de la tolerancia por las autoridades, que en el marco del derecho penal del medio ambiente es discutido de modo controvertido con relación a su efecto de legalización, forma parte de este grupo». Ahora bien, acaso en consideración a estos instrumentos administrativos realmente se debiera renunciar al Derecho Penal es algo sobre lo que hay posiciones muy diversas: la antes mencionada Escuela de Francfort lo ha demandado de modo provocador, mientras podemos decir que nos inclinamos más hacia la posición de Schünemann, quien sostiene que «una crítica tan radical del Derecho Penal del medio ambiente es algo equivocado y verdaderamente reaccionario». *Ídem*. De lo contrario se renunciaría por completo, en el terreno de la ecología, a la finalidad de la pena de la prevención general positiva —tema que abordaremos en el último capítulo de la presente investigación.

4. Miramientos terminantes

Una vez que hemos estudiado ese “convivio” entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, podemos decir que la piedra angular de la protección penal del medio ambiente se traduce en la confluencia existente de estos dos derechos, cuya vinculación se fundamenta en la naturaleza del bien jurídico medio ambiente, caracterizado por el aspecto dinámico que subyace en él. Es un bien jurídico que surge como paradigma del Estado social y la era postindustrial, en los cuales el Derecho Administrativo cumple el papel de gestionar las actividades relacionadas con las bases o sistemas naturales, de regularlas conforme al riesgo que de aquellas pudieran derivar y de controlar el cumplimiento de las normas y los actos administrativos que permiten su ejecución. De este modo, establece el límite del riesgo permitido en base al cual se pueden desarrollar ciertas actividades riesgosas, y su incumplimiento se convierte en la violación del límite de lo permitido.

Es por tanto beneficiosa para el Derecho en abstracto, la determinación y comprensión, del alcance casi hegemónico que despliega el Derecho Administrativo sobre la tutela del medio ambiente. Sin embargo, para el Derecho Penal en particular, esta determinación se convierte en confrontaciones que se mantienen en el tiempo y que se convierten en ocasiones en el presupuesto que excluye el medio ambiente de entre los bienes jurídicos que deben ser protegidos por el Derecho Penal.

Sobre las bases o sistemas naturales, materia de estudio protagonista en esta investigación, sin embargo, recae ineludiblemente la protección armónica y coordinada, desplegada por el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, a través de sus respectivas normas, conforme a la categoría que el ordenamiento jurídico les confiere. De este modo, como bien es sabido, el Derecho Administrativo actúa de *prima ratio* en la tutela del medio ambiente, y el Derecho Penal de *ultima ratio*, pero la propia naturaleza del bien jurídico colectivo lleva a que imperiosamente ambas ramas del Derecho deban converger para concretar la tutela.

Por ello se recurre al modelo jurídico de accesoriedad del Derecho Penal al Derecho Administrativo, que se fundamenta en que este último fija criterios de riesgo permitido a través de la Administración del Estado, para el desarrollo actividades vinculadas con las bases naturales. Por lo cual, el particular puede desenvolverse en el marco de lo que el ordenamiento administrativo le permite, y que al mismo tiempo actúa como instrumento de gestión, control y sanción ante el incumplimiento de las normas o actos administrativos. Sin embargo, el Derecho Penal no debe intervenir ante el mero incumplimiento formal o material con la Administración, sino cuando la gravedad de la afectación a las bases o sistemas naturales así lo requiera, y dé por ello paso como *ultima ratio* del sistema jurídico, al Derecho Penal, cuyo fin es la protección de bienes jurídicos en situaciones concretas.

Con lo referido, observamos que la famosa accesoriedad del Derecho Penal al Derecho Administrativo, en sus diferentes arquetipos o modelos (independiente, absoluto y relativo) reflejan en primer término la forma en que pueden ser configurados los tipos penales que protegen bienes jurídicos como el ambiente, en el que subyace el dinamismo social y tecnológico como elementos meta-penales que determinan desde una visión político criminal o crítica del bien jurídico, el alcance de su contenido. Por lo cual, se llega de esta forma a valorar si el legislador optó por una accesoriedad relativa o absoluta del Derecho Penal al Derecho Administrativo, o si optó por la absoluta independencia o soberanía del Derecho Penal al Derecho Administrativo para concretar la protección de las bases o sistemas naturales.

En el último modelo referido, no se asiste al reconocimiento del medio ambiente como bien jurídico autónomo y con entidad propia. En el arquetipo de absoluta dependencia del Derecho Penal al Derecho Administrativo, se asiste a la pura administrativización del Derecho Penal, o también denominada mera sanción penal al incumplimiento de normas administrativas. Pero, en el arquetipo de relativa accesoriedad del Derecho Penal al Derecho Administrativo, se asiste al criterio de aplicación armónica y

complementaria de las normas, administrativa y penal.

Precisamente, consideramos que este es el modelo que permite el equilibrio entre dinámica y norma, y la concreción de la protección penal de las bases o sistemas naturales. Así la norma administrativa se convierte en un elemento que complementa el tipo, pero no se convierte en el depositario del injusto penal, el cual se configura esencialmente por la ponderación de la grave afectación al bien jurídico protegido.

Para la doctrina, no siempre mayoritaria, y a la cual nos adscribimos, reconoce la entidad autónoma del medio ambiente y por ende como un bien jurídico que merece ser protegido por el Derecho Penal. Razón que en primer lugar valora el carácter no estático del medio ambiente como bien jurídico, y que lleva por ello a optar por la legítima utilización de la técnica de ley penal en blanco.

Este es el instrumento jurídico que permite a la norma respetar la naturaleza de las bases o sistemas naturales como bien jurídico, y al mismo tiempo incorporarlo dentro de la categoría del Derecho Penal, dónde se determina el núcleo esencial de lo prohibido, del valor protegido. Con lo cual, como lo señalamos, la norma administrativa se convierte en un complemento indispensable para el tipo penal, pero no así, en la depositaria del límite material entre el injusto administrativo y el injusto penal. Este límite en lo que al medio ambiente respecta, se materializa con el grado de afección al bien jurídico.

En esta secuencia de valoraciones, sobre la vinculación, de la función de la norma administrativa y la norma penal en la protección de las bases o sistemas naturales, se observan finalmente que son **dos los elementos que permiten dicha tutela**: la técnica jurídica de la **remisión normativa o ley penal en blanco** y el **modelo de accesoriadad relativa del Derecho Penal al Derecho Administrativo**, fundamentada principalmente en la accesoriadad de la norma, y como elemento secundario, en la accesoriadad de acto. Lo que lleva de este modo, en primer término, a considerar que el límite entre el injusto penal y el injusto administrativo, no solo se funda sobre

una base cuantitativa establecida en la norma administrativa, sino también conforme a los fines que persiguen el Derecho Penal y el Derecho Administrativo respectivamente. Sin embargo, esta enunciación de considerar igualmente la existencia de una diferencia cualitativa entre el injusto penal y administrativo, se convierte en mera aspiración que aún no ha sido realizada, y que lleva por ello a permanecer en la idea práctica y formal, de que el límite entre ambos injustos se basa el nivel *-quatum-* de gravedad o afectación al medio ambiente.

II. La observancia del medio ambiente en la legislación española: referencia preponderante al CPE

En la introducción del presente trabajo se establece como parámetro, el objetivo general y específico sobre el cual se desarrolla la investigación. Es por ello que en este apartado se aborda desde el Derecho Positivo la valoración de la incorporación del bien jurídico medio ambiente o de los sistemas naturales en la legislación penal española.

La legislación penal española, no obstante, enseña en el proceso de las principales reformas legislativas, que se ha ocupado -en medio del carácter simbólico de las normas, de los pronunciamientos de la doctrina y conflictos emergentes de la realidad social- de configurar tipos penales que se adapten a la problemática penal ambiental de su tiempo. Si bien es cierto que aún existen inconvenientes por superar, en el Derecho Penal ambiental español, se quiere sin embargo aludir al carácter genérico, la interpretación ecocéntrica moderada y la configuración autónoma del tipo penal básico que protege equilibrio de los sistemas naturales, sin perder de vista el principio de la dignidad humana.

Al igual que la última reforma del Código Penal español, operada por LO de 22 de junio de 2010⁴⁰⁰, donde suprime el numeral dos del tipo

⁴⁰⁰ *In extenso* y con una crítica bien estructurada, véase a GARCÍA ALVAREZ, Pastora. “Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, con referencia a la reforma

genérico, e introduce igualmente en el **capítulo de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente**, el cambio de paradigma en el sujeto activo del delito contra los sistemas naturales, conforme se constata en el art. 327 y el 31 *bis* del CPE, que permite sancionar a las personas jurídicas como sujetos del Derecho Penal.

1. La tipificación del delito contra el ambiente en la LO 8/1983

Es reiterativo pero no por ello menos importante, recordar que el proceso de codificación de la tutela penal del ambiente en el marco normativo español, se remonta a la reforma urgente y parcial del Código Penal de 1973, a través de la LO 8/1983, de 25 de junio, que incorporó el art. 347 *bis*⁴⁰¹. Sin embargo, la reforma operada, dejaba numerosas lagunas jurídicas porque sólo tenía alcance a aquellas conductas que contaminaban a través de las emisiones y los vertidos, excluyendo así a otras conductas que también podían atentarse contra el ambiente, como la de radiaciones, extracciones, excavaciones, depósito, y la conducta del funcionario encargado de controlar y expedir las autorizaciones para el desarrollo de determinadas actividades vinculadas al sistema natural. Del mismo modo, la protección no tenía alcance para las aguas subterráneas, marítimas, el alta mar, las transfronterizas y el subsuelo.

introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, y a la jurisprudencia sobre la materia”. *Revista General de Derecho Penal* Nº 19. Iustel. Madrid, 2013, pp. 2 y ss. En este trabajo la autora, estudia los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, teniendo en cuenta especialmente la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio. El análisis parte de las deficiencias que la regulación penal presenta, referidas entre otros aspectos al uso incorrecto de la técnica de las normas penales en blanco, al abuso de conceptos normativos y a los problemas concursales, proponiendo interpretaciones de los tipos que sean coherentes con los principios de legalidad y de intervención mínima. Asimismo se presenta un análisis de la jurisprudencia en esta materia.

⁴⁰¹ A mayor amplitud sobre el tratamiento que tenía este precepto del Código Penal español, véase a PRATS CANUT, Josep Miguel. “El delito ecológico: Artículo 347 bis del Código penal”. *Economía industrial*. Nº 271. Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Madrid, 1990, pp. 113-136. También, para este mismo fin, consúltese el análisis de GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “El artículo 347 bis: aproximación al estudio de sus tipos”. (Ejemplar dedicado a: Medio Ambiente). *Anales del Centro de Alzira de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*. Nº 4. Madrid, 1986, pp. 45-62.

Las críticas al art. 347 *bis*, llegan no obstante a su punto más fuerte, con la manifestación de una pluriofensividad de bienes jurídicos o mejor llamado, superposición del medio ambiente como bien jurídico al bien jurídico salud de las personas⁴⁰². Puesto que el referido artículo se encontraba encuadrado en la sección segunda del Capítulo II del Título V, denominado «Delitos contra la salud pública y el medio ambiente», cuyo contenido bastante general, englobaba a dos bienes jurídicos diferentes (el medio ambiente y la salud pública), y llevaba a que la adecuación de los delitos a los tipos penales de tutela ambiental, se concretase sobre la base de una protección que reflejaba el carácter instrumental y dependiente del ambiente respecto a la salud de las personas.

Este carácter extremadamente antropocéntrico derivado del 347 *bis*, se materializó con la técnica de tipificación utilizada para la redacción del precepto penal, puesto que la configuración del peligro no estaba relacionado directamente con la estabilidad del ambiente entendido en sus sistemas naturales, sino a la salud de las personas. Por lo que el resultado se definía por la puesta en **peligro grave** de la salud, y alternativamente podía consistir en la posibilidad de «perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles»⁴⁰³. Elementos ambientales que se encuentran ampliamente relacionados con los sistemas naturales, pero no estrictamente delimitado en la entidad del agua, suelo y aire.

El tipo penal se estructuraba sobre la modalidad del peligro, del peligro concreto en lo referente a la salud de las personas, y como delito

⁴⁰² Véase entre otros, la postura crítica de PERIS RIERA, Jaime Miguel. *Delitos contra el medio ambiente*. Colección de Estudios Serie Minor. Universidad de Valencia. Valencia, 1984, pp. 23, y 47-49; BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. Ariel. Barcelona, 1986, p. 260.

⁴⁰³ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente". *Documentación Jurídica*. Volumen II, 37-40. Ministerio de Justicia. Madrid, 1983, pp. 165-244. Sobre este punto, véase igualmente MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho Penal y protección del medio ambiente*. Colex. Madrid, 1992, pp. 246 y 248. CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del ambiente, delitos y técnicas de tipificación*. Grafica Horizonte. Lima, 1999, pp. 319-321.

hipotético o abstracto concreto, en lo relacionado a la vida animal, bosques y espacios naturales. Sin embargo, la pena aplicada era la misma en ambos casos, eran extremadamente bajas, «Arresto mayor o multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas» y no cumplían si quiera con una función disuasoria respecto de los delitos que atentan contra el ambiente. Efectivamente, el aumento en grado de las penas estaba vinculado directamente a la ausencia de autorizaciones administrativas y al deterioro irreversible y catastrófico que del delito, podían derivar.

Dicho todo esto, las infracciones que conllevaban la aplicación punitiva, eran aquellas que se materializaban por el incumplimiento de las normas reglamentarias (no así de las leyes de carácter general) y que por ello se pudiera perjudicar gravemente a la salud de las personas, animales bosques o plantaciones útiles. Así, la incorporación del artículo 347 *bis* del Código Penal español, operada a través de la reforma urgente y parcial del año 1983, supuso la adopción por parte del legislador de un modelo antropocéntrico radical para la protección penal del medio ambiente.

2. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

Siguiendo al hilo de lo expuesto en el epígrafe precedente, el art. 347 *bis* modificado según la Ley Orgánica de 3/1989, de 21 de junio, fue igualmente objeto de diversas propuestas de reforma penal presentadas en los años 1991, 1992 y 1994 respectivamente. En estos proyectos de Ley Orgánica proponía la incorporación del delito contra el medio ambiente en un nuevo título, que abarcara los «delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección de recursos naturales y la vida silvestre»⁴⁰⁴; con la finalidad de otorgar autonomía al hábitat como bien jurídico protegido.

⁴⁰⁴ En esta línea BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El medio ambiente como bien jurídico tutelado". *El delito ecológico*. Trotta. Madrid. 1992, p. 47. Comentarios sobre el punto, véase en DE LA CUESTA ARAZAMENDI, José Luis. "La reciente historia del delito ecológico: del artículo 347 *bis* al Proyecto de Nuevo Código Penal de 1994". *La protección jurídica del medio ambiente*. Coordinador por José Manuel Valle Muñiz. Aranzadi. Pamplona. 1997, pp. 217 a 224.

En efecto, tenemos que recordar que tras las diversas modificaciones realizadas en el Congreso, el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994, fue aprobado el 8 de noviembre de 1995 y promulgado como Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre⁴⁰⁵. Quedó así en vigencia el Título XVI del Libro II del CPE de 1995, que a partir del Capítulo III, «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», proporciona autonomía a la protección de los sistemas naturales como bien jurídico. Esto porque prescinde de la vinculación entre la salud pública y el ambiente, como fundamento material de los delitos ambientales, y convirtió a la afectación al bien jurídico salud de las personas, como una agravante del tipo genérico de protección penal del medio ambiente. Así, en la nueva configuración delictiva, el elemento integrante del tipo objetivo puedan perjudicar gravemente los sistemas naturales, pasa a determinar fundamentalmente el límite entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal. En cambio, el elemento de “riesgo grave” para la salud de las personas incorporado en el art. 325 *in-fine*, se introduce como «subtipo alternativo agravado»⁴⁰⁶.

Esta opción por parte del legislador español, para articular un modelo ecocéntrico moderado que plasme la protección penal de los recursos naturales y del medio ambiente en el Código Penal español de 1995, se vio en primer lugar marcado por la utilización del concepto de sistemas naturales como bien jurídico protegido. A partir de aquí, se observa el aumento del número de tipos penales estructurados para la protección del medio ambiente, el incremento de las penas y la prevención específica respecto a los funcionarios públicos con competencias en materia ambiental.

⁴⁰⁵ Véase a DÍAZ ROCA, Rafael. *Derecho Penal general: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*. Tecnos. Madrid, 1996, pp. 23 y ss. También a SERRANO BUTRAGUEO, Ignacio. *Las penas en el nuevo Código Penal: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre: doctrina, jurisprudencia, derecho comparado y casos prácticos*. Comares. Granada, 1996, pp. 14 y ss.

⁴⁰⁶ Véase a MUÑOZ LORENTE, José. “Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medio ambiental introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”. *La Ley penal: revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario*. No. 6. La Ley-actualidad. Madrid, 2004, p. 8.

En este orden de cosas, el art. 325 como tipo genérico, incorporó además de las emisiones y vertidos contenidos en el art. 347 *bis*, las conductas de radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, dando así un abanico de posibilidades para que el tipo básico tuviese alcance a una protección más general del medio ambiente. Así, la contaminación proveniente de las corporaciones dedicadas a actividades, cuyo desarrollo se caracterizan por la tensión entre la intervención del hombre y el equilibrio de los sistemas naturales (emisiones y vertidos), y la directa intervención del hombre sobre los recursos naturales (excavaciones, extracciones, aterramientos) tienen una protección conforme a las conductas descritas en el tipo penal básico. El que refleja, que desde una vertiente general y no específica de cada elemento natural, se concreta la protección del agua, el suelo y el aire, la fauna y la flora, comprendidos como sistemas naturales. Sin embargo, con este abanico de posibles conductas delictuales contenidas en el tipo básico, se observaba la relación existente entre la conducta de provocar o realizar radiaciones del art. 325 y los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes preceptuadas en el art. 341 del Código Penal de 1995.

Por otra parte, la revalorización de la técnica de Ley Penal en blanco, en el contexto del giro copernicano que dio la legislación penal española de 1995, se vio plasmada con la decisión del legislador de utilizar para la configuración de los delitos contra el medio ambiente, las leyes o disposiciones de carácter general, como elemento que permita cumplimentar el tipo penal en caso que el mismo necesite remitirse a un elemento normativo extrapenal. Precisamente, esta conexión normativa que se produce entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, es la encargada de determinar el límite entre ambos instrumentos del Derecho sancionador, a la hora decidir la intervención de *última ratio* del *ius Puniendi*, pues es la que proporciona el carácter cualitativo o cuantitativo de la conducta peligrosa o riesgosa realizada. Pero conforme a la redacción del tipo básico de protección del medio ambiente, se observa que el grado del riesgo

penalmente relevante para el medio ambiente no se encuentra en el precepto. Aunque por la propia dinámica que subyace a la norma de protección penal ambiental, difícilmente lo contemple. Razón ésta por la que la valoración administrativa y judicial, junto con el precepto penal⁴⁰⁷, deben tener concordancia para poder determinar que la conducta puede perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

En cuanto a las penas previstas para los delitos contra el medio ambiente, a diferencia del derogado 347 *bis*, era de «Dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años», con lo cual reflejaba cierto carácter disuasorio respecto a la función preventiva de las penas. Pues, si bien es cierto que la pena es conceptualmente un castigo, su función última no es sin embargo la retribución, sino la defensa de bienes jurídicos⁴⁰⁸.

2.1. El Capítulo III del CPE: «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente»

En la estructuración del tipo penal o tipos penales que protegen el medio ambiente (entiéndase este en sus diferentes acepciones como bien jurídico), se observan dos arquetipos que se diferencian por la forma genérica y específica en que se incorpora el bien jurídico. Por una parte, el modelo que contempla a los elementos naturales de manera separada, y por otra parte, el modelo que contempla a los elementos naturales de manera interrelacionadas entre sí como partes integrantes de los sistemas

⁴⁰⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos contra el medio ambiente... Op. Cit...* p. 20. Sobre este punto es interesante la valoración que el autor catalán le confiere a la intervención administrativa y la judicial, en la función de determinar si un riesgo es grave o no para el equilibrio de los sistemas naturales. Así, en cuanto a la «Administración (en tanto que productora de normas; que no de actos) ha delegado la determinación de la primera parte de la medida cualitativa del riesgo penalmente relevante. La conducta típica sólo puede serlo si ha contravenido -leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente-. En los Jueces y Tribunales ha delegado la determinación del resto de elementos cualitativos y desde luego de aspectos cuantitativos del riesgo relevante».

⁴⁰⁸ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 106.

naturales⁴⁰⁹.

En la legislación española se observa precisamente la protección del medio ambiente y los recursos naturales, a través de la incorporación de los sistemas naturales como bien jurídico, que se encuentra en un tipo básico, genérico, donde se incluyen todas las conductas (emisión, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos) que pueden afectar los subsistemas naturales, comprendidos por la atmósfera, el suelo y las aguas. Sin embargo, se observa igualmente, que el legislador español opta por la utilización de las denominaciones de medio ambiente y recursos naturales para englobar la protección de los sistemas naturales, la fauna y flora y los espacios naturales⁴¹⁰. De allí, que para algunos autores se justifique la doble referencia al medio ambiente y los recursos naturales, en la rúbrica del Capítulo III⁴¹¹ del CPE.

Digesto este que entró en vigencia por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, y que fue objeto igualmente de varias reformas realizadas hasta la fecha, que afectan al tipo genérico que protege el medio ambiente, pero no así su configuración ecocéntrica moderada, que tiene por bien jurídico protegido el equilibrio de los sistemas naturales.

Efectivamente, la doctrina se inclina por una interpretación que tiene alcance a un concepto ecléctico del medio ambiente, que no sólo abarca los

⁴⁰⁹ Véase a DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Cuestiones dogmáticas relativas a delito de contaminación ambiental. *Revista Penal*. N° 4. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 31.

⁴¹⁰ Sobre este tema en particular, véase la acertada reflexión que realiza CASTELLÓ NICÁS, Nuria. "Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma LO 5/2010 de 22 de junio)". *El cambio climático en España... Op... Cit...* pp. 273-274. Haciendo referencia a cuestiones de sistemática dentro de los delitos contra el medio ambiente, cuestiona el "sin sentido" de algunos aspectos que se manifiestan en el Título XVI del CPE.

⁴¹¹ Consúltese a DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (Capítulo III, Título XVI, Libro II del nuevo Código Penal de 1995)". *El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado: Actas del Congreso de Derecho Penal y Procesal... Op. Cit...* pp. 287 a 307. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "Balance de las aportaciones del Código Penal de 1995 en materia ambiental". *Revista de la Asociación de Derecho Ambiental*. N° 1. Madrid, 1997, pp. 31 a 45.

recursos naturales, como el agua, suelo y el aire, sino también la fauna y la flora⁴¹², comprendidos como subsistemas naturales subordinados⁴¹³. Estos, conforme al Título que los engloba, medio ambiente y recursos naturales, pueden ser situados en el marco de un modelo penal ambiental economicista, porque la protección desplegada a partir del concepto de recursos naturales se encuentra ligada al desarrollo sostenible, a la cantidad en la que se hace uso de los elementos naturales, y no precisamente su función ecológica⁴¹⁴. Del mismo modo, el concepto de medio ambiente, se encuentra preferentemente vinculado a la economía y al antropocentrismo fuerte, que legitima el uso y abuso de los recursos naturales en razón a las necesidades del hombre, y al mismo tiempo garantiza la protección de su protección para los fines del hombre. El contenido del tipo genérico sin embargo, que tiene por bien jurídico los sistemas naturales, demuestra, como ya lo señalamos, la existencia de una configuración ecocéntrica

⁴¹² Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”. Estudios penales y criminológicos... Op. Cit... pp. 23-26. Si bien la mayoría de la doctrina ha optado por el concepto de medio ambiente esbozado por el autor, existen no obstante detractores, véase en ALASTUEY DOBON, María del Carmen. *El delito de contaminación ambiental: (art. 325.1 del Código Penal)*... Op. Cit... pp. 53 y 54.

⁴¹³ En esta cuestión, no es baladí conocer la interpretación de CARMONA SALGADO, Concepción. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. La flora la fauna y los animales domésticos. Disposiciones comunes”. *Derecho Penal Español. Parte Especial*... Op. Cit... p. 681. La Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Granada, critica el tratamiento legal aislado del medio ambiente y recursos naturales y por otro de la flora y la fauna, pues afirma que éstas últimas forman parte de los recursos naturales, siendo partidaria de un único concepto de medio ambiente natural. De la interpretación de esta concepción, nos adherimos a la visión de Nuria Castelló, pues la Catedrática Penalista, que si bien es cierto que asiente lo criticado por Concepción Carmona Salgado, también lo es, que sostiene que esta hipótesis «debería de ir acompañada de una equivalencia nominal. Esto es, si medio ambiente lo comprende tanto la atmosfera como los suelos, las aguas, la flora y la fauna, y estos dos últimos reciben de manera separada de los anteriores una protección rubricada por su designación específica, igual debió suceder con los otros elementos, de manera que el capítulo general debiera esta rotulado como “Delitos relativos a la protección de la atmósfera, suelo y aguas”, junto con otra sección dedicada a los “Delitos relativos a las protección de a flora y la fauna”. De no ser así, todos ellos debieron formar parte del mismo capítulo y ser recogidos de forma correlativa». CASTELLÓ NICÁS, Nuria. “Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma LO 5/2010 de 22 de junio)”. *El cambio climático en España*... Op... Cit... p. 274.

⁴¹⁴ Sobre este punto véase, *ibídem.*, p. 59.

moderada⁴¹⁵, y que para la doctrina deja entrever dos fundamentales interpretaciones sobre la protección que despliega el Derecho Penal en este ámbito.

En este sentido, ALASTUEY DOBON sostiene que el bien jurídico protegido es el equilibrio de los sistemas naturales y el objeto material del delito es el sistema natural, cuyo equilibrio se ve amenazado⁴¹⁶. La autora resalta que los recursos naturales no pueden ser por sí mismos considerados bienes jurídicos protegidos en el art. 325 del CPE, puesto que en su efecto estaríamos ante un delito de lesión, que se configura cuando la acción típica recae sobre dicho elementos⁴¹⁷. Contrariamente, MUÑOZ CONDE sostiene que desde la perspectiva ecocéntrica se elevan a objetos de tutela penal, factores como el agua, el suelo, el aire, la fauna y la flora, «esto es los recursos naturales en sí mismos considerados»⁴¹⁸, en razón de que el impacto ambiental⁴¹⁹ de las acciones descritas en el tipo genérico 325 tiene un carácter de lesión claramente identificable y que puede llevar a caracterizarlo como un delito de lesión⁴²⁰. Sin embargo, aclara el autor español que la exigencia de que la conducta debe ser idónea para perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales, configura al delito ambiental como un

⁴¹⁵ *Ibidem.*, p. 50. Véase igualmente RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Balance de las aportaciones del Código Penal de 1995 en materia ambiental... Op. Cit...* p. 33, quien afirma que en los delitos ambientales no se incluyen conductas consistentes en explotar irracionalmente los recursos naturales en una actividad socioeconómica determinada, sino más bien en utilizarlos como receptor de residuos sólidos, líquidos o gaseosos.

⁴¹⁶ *Vid.* ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen...*Op. Cit....* pp. 69 y 70. En esta línea TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Derecho Penal del medio ambiente*. Trotta. Madrid, 1997, p. 42, para quien el art. 325 contempla como objeto jurídico de protección al equilibrio de los sistemas naturales; HUERTA TOCILDO, Susana. "El delito ecológico y sus técnicas de tipificación". *Actualidad Penal*. Vol. 13. La Ley, Madrid, 2002, pp. 306 y 307.

⁴¹⁷ *Cfr.* ALASTUEY DOBÓN, Mará del Carmen... *Op. Cit...* pp. 60 y 61.

⁴¹⁸ Consúltese a MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 19ª edición revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 572.

⁴¹⁹ Sobre el estudio de impacto ambiental véase, VALERY MIRRA, Álvaro Luiz. *Impacto ambiental. Aspectos da legislação brasileira*. Editora Juarez de Oliveira. 4ª edición. São Paulo, 2008, p. 2: «El estudio de impacto ambiental tiene carácter preventivo de daños al medio ambiente y debe, consecuentemente, ser siempre analizado en conformidad con la orientación prevaleciente en los diversos países, de priorizar actitudes prudentes en relación a los efectos nocivos de actividades potencialmente degradadoras, en atención a la evidencia, hoy incontestable, de que los perjuicios ambientales son, frecuentemente, de difícil, costosa e incierta reparación».

⁴²⁰ *Ibidem.*, 575.

delito de peligro, de peligro hipotético⁴²¹. Uniéndose de este modo a la voz de la doctrina mayoritaria que reconoce la configuración del tipo penal genérico contenido en el art. 325 como un delito de peligro hipotético o de aptitud, que se concreta por la idoneidad de la conducta para poner en peligro el bien jurídico equilibrio de los sistemas naturales⁴²². Cuyo substrato puede ser identificado con los elementos medio ambientales agua, aire, suelo⁴²³ o en su defecto, con los sistemas naturales - ecosistemas⁴²⁴.

Esta configuración propia del CPE de 1995, permanece tras la última reforma operada por LO de 22 de junio de 2010, pero amplía el alcance de la protección penal al equilibrio de los sistemas naturales, en razón de que también se protege como objeto del referido bien jurídico a las aguas del alta mar, y se suprime el numeral 2 del tipo genérico, que permaneció en vigencia tras la reforma operada por el CPE en el año 2003.

3. Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre. Otra reforma al Código Penal español de 1995

Finalmente, nos podemos percatar que por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, fue modificado el tipo penal 325 que entonces solo contenía un apartado orientado a la protección genérica del medio ambiente. Si bien el tipo básico no fue modificado, pasó a convertirse en el art. 325.1, al que igualmente le fue añadido el numeral 2 (dos), como otro apartado de nueva

⁴²¹ *Ibidem.*, pp. 573 y 575.

⁴²² Por todos, MUÑOZ LORENTE, José. "El cambio de criterio jurisprudencial en relación con la calificación del peligro exigido para la consumación del tipo básico de los delitos contra el medio ambiente: el artículo 325 del Código Penal y su estructura de peligro hipotético (y II). Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2a, de 25 de octubre de 2002. Ponente: Sr. Sánchez Melgar". *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*. Año 5, Nº 55. La Ley-actualidad. Madrid, 2003, pp. 70 y ss. MORALES PRATS, Fermín. "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro". En Valle Muñiz (Coordinador). *La protección jurídica del medio ambiente*. Aranzadi. Pamplona, 1997, pp. 244 y 245.

⁴²³ Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente... Op. Cit...* pp. 66 y 67.

⁴²⁴ Véase ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen. *El delito de contaminación ambiental, (Artículos 325.1 del Código Penal)... Op. Cit...* p. 69.

creación que se refería a la emisión de un tipo especial de radiaciones, de las que genéricamente se habla en el apartado primero. En él, se hacía alusión a las ionizantes conectándolas con la muerte de alguna persona o enfermedad de cierta gravedad. Sin embargo, la introducción operada por la LO 15/2003 había sido criticada, en razón a que la gravedad y naturaleza de la conducta contenida en el apartado de referencia ya estaba castigada y de forma mucho más severa en el Título relativo a la Seguridad colectiva y en particular, a los riesgos catastróficos provocados por el uso indebido de energía nuclear y radiaciones ionizantes⁴²⁵.

Efectivamente, la modificación operada por el legislador del 2003, estuvo motivada por el cumplimiento de la Decisión Marco⁴²⁶ que en su art. 3 a), exigía el castigo de quienes realicen «el vertido, la emisión o la introducción de una cantidad de sustancias o de radiaciones ionizantes en la atmósfera, el suelo o las aguas, que causen la muerte o lesiones graves a las personas...». Sin embargo, el apartado primero del art. 325 CPE, ya hacía referencia a las radiaciones entre los distintos actos de contaminación que pueden dar lugar al delito ecológico, y que valorando el sistema concursal, ya admitía la aplicación del concurso ideal conforme a los resultados de afección grave la salud de las personas. Razón por la que se consideraba innecesario crear nuevos tipos penales para sancionar una determinada conducta que ya estaba contenida en otros preceptos del Código⁴²⁷.

Previo a la conclusión de este análisis de la sistemática en el tiempo y en la forma que ha alterado la sustancia de los artículos relativos a la protección

⁴²⁵ Es oportuno consultar a MUÑOZ LORENTE, José. “Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medio ambiental introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”... *Op. Cit...* pp. 7 a 11. También véase a CASTELLÓ NICÁS, Nuria. “Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma LO 5/2010 de 22 de junio)”. *El cambio climático en España... Op... Cit...* pp. 276-277.

⁴²⁶ Véase a GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. “Sobre la supresión del 2o apartado del art. 325 del CP”. En, Álvarez García (Director). *La adecuación del Derecho Penal español al Ordenamiento de la Unión Europea: La Política Criminal Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, pp. 626 y 627.

⁴²⁷ Lo que llevó a la última reforma penal operada en el año 2010, a suprimir el apartado segundo del tipo penal genérico de protección al medio ambiente.

del medio ambiente dentro del Código Penal español, nos resulta de gran acierto la reflexión que hace CASTELLÓ NICÁS al respecto, misma que afirma que existe una dispersión de aquellos preceptos que protegen al medio ambiente dentro del CPE, preceptos que se encuentran estructurados en relación a otros criterios de sistematización del texto punitivo, y que por la similitud de las conductas podrán ocasionar los consiguientes concursos normativos⁴²⁸

4. El equilibrio de los sistemas naturales como bien jurídico protegido en el tipo genérico del 325 del CPE

Sobre el bien jurídico protegido en el tipo básico 325 del Código Penal español, la doctrina, casi podríamos afirmar que ha analizado y agotado todos los recursos, dogmáticos y político-criminales para determinar que el bien jurídico protegido es el equilibrio de los sistemas naturales y que la aptitud o idoneidad de la conducta para poner en peligro su equilibrio, es la forma en la que se configura la afectación a dicho bien jurídico. De allí, que no exista duda de que la lesividad específica del delito ambiental se concreta con la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales⁴²⁹. Sin embargo, sobre el concepto de equilibrio de los sistemas naturales⁴³⁰, han sido escasos los trabajos que han abordado minuciosamente el tema.

Sobre este punto, la obra de SILVA SÁNCHEZ, es uno de los principales referentes. El Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, propone un concepto relativo y no absoluto de equilibrio de

⁴²⁸ a CASTELLÓ NICÁS, Nuria. "Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma LO 5/2010 de 22 de junio)". *El cambio climático en España... Op... Cit...* p. 278.

⁴²⁹ Cfr. SAAVEDRA RUIZ, Juan. *Código Penal: Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. 2a edición actualizada conforme a los cambios de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Colección Tribunal Supremo. El Derecho, Madrid, 2011, p. 1073.

⁴³⁰ Sobre este punto ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen. *Delito de contaminación ambiental, (art. 325.1 del Código Penal)...* Op. Cit... p. 66, señala la autora en sentido crítico que la interpretación del concepto de equilibrio de los sistemas naturales no ha ayudado a los Tribunales.

los sistemas naturales, que valore el *status quo* de los sistemas naturales antes de la intervención realizada por el hombre, para que en base a ello sea determinada la relevancia jurídico penal⁴³¹. Sin embargo, el autor alude claramente que para valorar el equilibrio no sólo se deberá observar el estado anterior, sino también se deberá considerar que la posibilidad de perjuicio grave no se refiere al sistema natural en sí, más bien a su equilibrio⁴³².

De este modo, en el análisis del referido autor, se observan dos elementos fundamentales el concepto de equilibrio y el concepto de sistemas naturales. Respecto del primero (equilibrio) expresa claramente que se trata del *status quo* ante, lo que significa que equilibrio es igual a estado anterior, y este estado es el que se ve alterado. Así, respecto del segundo (sistema natural), lo entiende como un conjunto de ecosistemas⁴³³, que conforme al tipo penal genérico debe ser afectado, en uno de los ecosistemas que conforman el sistema natural o en su defecto, también se puede considerar que debe afectar a todos los ecosistemas. El tipo penal básico, no obstante, no requiere como *conditio sine qua non* para la configuración del tipo penal, la afectación de todos los ecosistemas o subsistemas naturales que conforman el sistema natural, puesto que con la sola afectación de uno de los ecosistemas se pone en peligro el equilibrio de los sistemas naturales. Afirmación esta que sin embargo no es compartida por un sector minoritario de la doctrina, que precisamente sostiene que cuando un hecho incide sobre un elemento ambiental, y que por ello no repercuta en un hipotético daño sobre el conjunto del sistema natural, la conducta tendría que ser atípica porque no pone en peligro el equilibrio de los sistemas naturales⁴³⁴.

PRAT GARCÍA y SOLER MATUTES, también consideran que el objeto específico en el que se concreta el bien jurídico protegido en el tipo

⁴³¹ Véase con atención a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos contra el medio ambiente...* Op. Cit... p. 80.

⁴³² *Ibidem.*, p. 83.

⁴³³ *Ibidem.*, p. 82.

⁴³⁴ Cfr. MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Derecho Penal del medio ambiente...* Op. Cit... p. 122.

genérico contenido en el art. 325 del CPE, es el equilibrio de los sistemas naturales⁴³⁵. Así, para comprender el alcance del referido bien jurídico, parten por una parte del concepto metajurídico de sistema natural, entendido como un ecosistema natural que nunca ha sido sometido a la influencia humana. Y del termino de regresión, para hacer alusión a la alteración significativa de alguno de los elementos estructurales del sistema natural. Por otra parte, se remiten al concepto de resiliencia y resistencia utilizados en áreas meta-penales, que valora al primero (resiliencia) como la capacidad de recuperación de un sistema natural que ha sido afectado, esto es la rapidez en que un ecosistema vuelve a su estado anterior, y al segundo (resistencia) como la capacidad del sistema natural para impedir la propia perturbación⁴³⁶. Sobre esta base, los autores sostienen que el concepto de equilibrio de los sistemas naturales descrito en el art. 325 del CPE, se adecua al concepto de resiliencia o capacidad de regeneración del sistema natural, esto es su capacidad para volver a su estado anterior, una vez afectados por alguna conducta⁴³⁷.

En similar valoración, también se pronuncia ALASTUEY DOBÓN, para quien el equilibrio de los sistemas naturales se encuentra relacionado a la capacidad de regeneración del ecosistema. De esta forma, el desequilibrio del ecosistema se dará cuando se produzca un menoscabo a la capacidad de su regeneración. Con lo cual la autora también observa como elemento fundamental para determinar el injusto penal en los delitos contra el medio ambiente, la capacidad de regeneración del ecosistema, hasta si es posible volver prontamente al estado anterior de la perturbación⁴³⁸.

Hasta aquí, se puede observar que los diferentes autores señalados

⁴³⁵ Véase a PRAT GARCÍA, Josep María; SOLER MATUTES, Pedro. *El delito ecológico. Jurisprudencia actual comentada (Incluye las STS 42/1999 y 177/1999)*. Cedecs. Barcelona, 2000, p. 37.

⁴³⁶ PRAT GARCÍA, Josep María; SOLER MATUTES, Pedro. *El delito ecológico... Op. Cit...* p. 39.

⁴³⁷ PRAT GARCÍA, Josep María; SOLER MATUTES, Pedro. *El delito ecológico... Op. Cit...* 40.

⁴³⁸ Cfr. ALASTUEY DOBON, María del Carmen. *Delito de contaminación ambiental (Art. 325.1 del Código Penal... Op. Cit...* p. 67.

coinciden en que cuatro elementos caracterizan al bien jurídico protegido en el art. 325 del CPE: a) El bien jurídico es el equilibrio de los sistemas naturales; b) El sustrato es el sistema natural entendido como ecosistema con carácter dinámico e interrelacionado con otros ecosistemas; c) El concepto de equilibrio es entendido como estado anterior o capacidad de regeneración para volver al estado anterior del desequilibrio producido; d) La afectación de uno de los ecosistemas o subsistemas naturales produce el desequilibrio del sistema natural.

Son características que se vinculan igualmente al trabajo realizado en el otro pasaje de la presente investigación, donde se ha abordado a los elementos meta-jurídicos que subyacen al bien jurídico equilibrio de los sistemas naturales⁴³⁹, y su concreción como bien jurídico⁴⁴⁰. En el mismo, se entiende que el concepto de equilibrio presupone una distinción entre estabilidad y perturbación, de tal manera que con el término de equilibrio se enfatiza el aspecto de la estabilidad. Así, una perturbación grave altera la estabilidad del sistema natural, que conduce al desequilibrio producido por una reacción de estados inestables en el sistema, provocado por las intervenciones externas, y no naturales o inherentes, al propio sistema natural. Por tanto, para volver al equilibrio se deberá procurar la estabilidad del sistema natural.

En cuanto al sistema natural, es entendido como un ecosistema que se encuentra constituido por diferentes sistemas físicos, de carácter no reproducible que deben permanecer estables para el buen funcionamiento de sus diferencias y sus convergencias (agua, suelo y atmosfera) pues los límites físicos determinan la función que cada uno cumple para el mantenimiento de la estabilidad de los sistemas naturales.

De este modo, el equilibrio entendido como la diferencia cierta entre estabilidad y perturbación, y el sistema natural entendido como el conjunto de diferentes ecosistemas relacionados entre sí, pueden llevar a entender

⁴³⁹ *Ibidem.*, p. 189.

⁴⁴⁰ *Ibidem.*, p. 193.

que la afectación de uno de los subsistemas afecta a todo el sistema natural. Valoración esta que se observa preferentemente en la interacción de los subsistemas o ecosistemas agua y suelo, cuando la contaminación del agua o de las aguas terrestres o subterráneas, llega a afectar las propiedades del suelo. Sin embargo, no siempre el desequilibrio o la afectación de un subsistema, afecta a los otros componentes del sistema natural. Por lo cual, el delito de contaminación ambiental llega a su concreción, con la afección de uno de los subsistemas naturales y no precisamente de todo los sistemas naturales.

A propósito de lo anteriormente señalado y concentrándonos en el contexto de los “cuidados” que se deben de tener cuando se van a realizar acciones que pueden “poner en riesgo” el sistema natural o el medio ambiente, es menester hablar, como con acierto señala CASTELLÓ NICÁS⁴⁴¹, del controvertido: principio de precaución.

Para la Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Granada, el altruismo que conlleva el principio de precaución se basa en la necesidad de proteger nuestro mundo y nuestro ecosistema, así como el de próximas generaciones, de comportamientos egoístas realizados con fines en muchas ocasiones mercantilistas. Sin embargo y a pesar de mostrarse patentemente comprometida con la “causa ambiental”, hace dos importantes reflexiones, que desde nuestra perspectiva, más que sensatas, son político-criminalmente acertadas. Así, afirma que «la aplicación al Derecho Penal de este principio de precaución podría expandir desmesuradamente los márgenes de éste, teniendo en cuenta además que el Derecho Penal no puede permitirse el lujo de castigar en base a vaguedades, o posibilidades más o menos remotas de resultados perjudiciales (principio de intervención mínima, *ultima ratio*, principio de ofensividad), tomando como fundamento el desconocimiento de las consecuencias de una actividad. De otro lado, considera que únicamente podemos asumir que ante la certeza de que dicha

⁴⁴¹ Cfr. CASTELLÓ NICÁS, Nuria. “Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma LO 5/2010 de 22 de junio)”. *El cambio climático en España... Op. Cit.* pp. 255 y ss.

actividad pueden claramente derivarse perjuicios para la sociedad y el ser humano en particular, se reclame la intervención del Derecho Penal para evitar consecuencias indeseables y nefastamente perjudiciales, pero obviamente tomando como fundamento del castigo al menos el peligro, no la precaución sobre hipotéticos riesgos, pues dicha precaución debe ser adoptada en otras instancias anteriores al Derecho Penal; de este modo, pasamos del delito de incertidumbre (principio de precaución) al delito de peligro, aún meramente abstracto. De lo contrario, estaríamos ante una exacerbada limitación de la libertad sobre la base exclusiva de hipotéticos potenciales, futuribles, y en definitiva, improbables riesgos»⁴⁴².

5. Delitos de peligro como técnica *sui generis* del delito ambiental

La protección penal del medio ambiente se encuentra entre la creciente aparición de nuevos tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos y que trae aparejada la construcción de los delitos de peligro, conceptuados estos, como la anticipación a la intervención penal. Esta técnica es considerada por numerosos autores⁴⁴³ como un elemento legitimador de los

⁴⁴² *Ibidem.*, pp. 264-265. De igual manera, en el contexto dilucidado, MENDOZA BUERGO, Blanca. "Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro". *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano Bilbao-Granada, 2004, p. 447.

⁴⁴³ En la doctrina española se manifiestan a favor de la utilización de los delitos de peligro, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente"... *Op. Cit...* pp. 203 a 207; RODRÍGUEZ RAMOS. Luis. "Protección penal del medio ambiente". En, *Comentarios a la legislación penal. Tomo I*. Madrid, 1982, p. 275. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal...* *Op. Cit...* p. 282; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales...* *Op. Cit...* pp. 206 y ss. MATEO RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho Penal y protección del medio ambiente*. Colex. Madrid, 1992, pp. 98 y ss. MORALES PRATS, Fermín. "Técnicas de tutela de los intereses difusos". En, Boix Reig (Director) *Intereses difusos y Derecho Penal*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1994, pp. 75 y ss. El mismo, "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro" MORALES PRATS, Fermín. "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro". *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Volumen II. Universitat de Valencia. Valencia, 1998, pp. 475-501. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. "Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras"... *Op. Cit...* pp. 316 y 318. PERIS RIERA,

bienes jurídicos colectivos, porque sostienen que solo a través de la estructuración de los delitos de peligro se puede hacer frente a la contaminación proveniente de las nuevas formas de desarrollo postindustrial. Sin embargo, esta afirmación se confronta con la postura que considera inconstitucional a los delitos de peligro, ya que fundamenta que su propia estructura conculca los principios de seguridad jurídica, taxatividad⁴⁴⁴ y de lesividad, al no requerir la efectiva lesión del bien jurídico, supone el adelantamiento de la actuación penal en momentos muy alejados de la posible perturbación del bien jurídico, y configurar el tipo penal con elementos normativos extrapenales. Estas argumentaciones son precisamente las que sostienen, que el Derecho Penal no debe intervenir para la protección del medio ambiente, por la vaguedad y la incerteza que se observan en la configuración de los tipos penales⁴⁴⁵.

Ahora bien, al vincular los bienes jurídicos individuales y los colectivos, a los delitos de peligro, surgen claramente dos interpretaciones. De este modo, al hacer referencia al primero (bienes jurídicos individuales), se considera el delito de peligro como una técnica que permite proteger de manera adelantada a los bienes jurídicos individuales. Y al hacer referencia al segundo (bienes jurídicos colectivos), se considera el delito de peligro como una técnica que permite proteger de forma autónoma de los bienes jurídicos supraindividuales. De este valorar a:

a) La Concepción que configura el delito de peligro con un contenido

Jaime Miguel. *Delitos contra el medio ambiente... Op. Cit...* pp. 32 y 33.

⁴⁴⁴ En un análisis de este principio, véase a GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel. “¿Nullum crimen sine lex certa? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad”. *Jueces para la democracia*. No. 62. Madrid, 2008, pp. 55-91. También, resulta de interés la obra de FERRERES COMELLA, Víctor. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia: (una perspectiva constitucional)*. Civitas. Madrid, 2002, pp. 7 y ss.

⁴⁴⁵ Véase a MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. “*Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente*”... *Op. Cit...* p 511. Con algunas diferencias, CARMONA SALGADO, Concepción. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. La flora la fauna y los animales domésticos. Disposiciones comunes”. En, *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL (Director). Dikynson. Madrid, 2005, p. 706, quien sostiene que la seguridad del tráfico al igual que el medio ambiente, carecen de entidad suficiente para convertirse en objeto de protección del Derecho Penal, en cambio es el Derecho Administrativo el que debe encargarse de su custodia y defensa.

común, como «forma de protección autónoma de los bienes jurídicos supraindividuales»⁴⁴⁶. Esta idea propuesta por CORCOY BIDASOLO, se funda en que la diferencia entre delitos de lesión y de peligro, no se concreta en la distinta forma de afectación del bien jurídico, sino en la distinta naturaleza de éste, individual o supraindividual⁴⁴⁷. «La distinción sólo tiene sentido en relación con la naturaleza del resultado material...porque el resultado en sentido jurídico es idéntico en todos los delitos»⁴⁴⁸. Afirmación esta que no es compartida por otro sector de la doctrina, que funda la diferencia en la forma de afectación del bien jurídico⁴⁴⁹, y sostienen igualmente, que el medio ambiente puede ser objeto autónomo de protección jurídico penal. Aunque no confiera la misma autonomía a la técnica jurídica utilizada para su configuración, ya que se considera el delito de peligro como un instrumento de protección previo a la lesión del bien jurídico.

b) La Concepción que configura el delito de peligro con diversos contenidos o con un contenido como «protección adelantada para los bienes jurídicos individuales»⁴⁵⁰. De esta valoración emergen dos formas de entender el alcance de la protección que despliega la técnica de los delitos de peligro. Por una parte, la técnica de delitos de peligro concreto, que por su propia configuración no permite la protección autónoma de los bienes jurídicos colectivos, sino complementaria, puesto que en la estructuración de estos tipos penales subyace la protección de los bienes jurídicos

⁴⁴⁶ Confróntese a CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales...* Op. Cit... pp. 207 y ss.

⁴⁴⁷ *Ibidem.*, p. 373.

⁴⁴⁸ *Ídem.*

⁴⁴⁹ Cfr. ALASTUEY DOBON, María del Carmen. *Delito de contaminación ambiental, (Art. 325.1 del Código Penal...* Op. Cit... p. 105.

⁴⁵⁰ Sobre el punto véase, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense Madrid. Madrid, 1993, p. 43. MATA Y MARTIN, Ricardo Manuel. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Comares. Granada, 1997, pp. 21 y ss. SÁNCHEZ GARCÍA, María Isabel. *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico – Universidad de Valladolid. Valladolid, 1999, pp. 36 y ss.

individuales⁴⁵¹. Afirmación que se distancia de la opinión de algunos autores, para quienes el hecho de que la tutela penal del medio ambiente conlleve en cierta medida una protección adelantada de los bienes jurídicos individuales (vida y salud), no excluye el reconocimiento a la protección autónoma del bien jurídico medio ambiente, ni mucho menos se puede afirmar que posee un carácter meramente funcional, respecto de los bienes jurídicos individuales⁴⁵².

En consecuencia, a partir de estas concepciones, se entiende que ante la puesta en peligro de los bienes jurídicos, la técnica de los delitos de peligro hacen posible la intervención del poder punitivo⁴⁵³, sea para proteger de manera autónoma al medio ambiente como bien jurídico colectivo, o de manera complementaria como un bien jurídico intermedio o funcional a los bienes jurídicos individuales. En cuyo caso, el peligro es considerado como «estado previo de la lesión –porque– solamente podrá crearse un peligro si la lesión es posible»⁴⁵⁴, produciéndose con ello la disminución del significado del concepto autónomo de peligro. En su defecto, adquiere significancia el reconocimiento autónomo de la técnica de delito de peligro, que se funda en diferenciarse del delito de lesión, por la distinta naturaleza del bien jurídico protegido (individual-supraindividual)⁴⁵⁵. No obstante, la propia clasificación de los delitos de peligro da respuesta a la problemática surgida

⁴⁵¹ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente” *Actualidad Penal*. Nº 10. Actualidad. Madrid, 1997, pp. 219 a 221.

⁴⁵² Al respecto véase a la Doctora y Profesora en Derecho de la Universidad de Cádiz: HAVA GARCÍA, Esther. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”. En, Álvarez García (Director). *Derecho Penal. Parte Especial II*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, p. 1039.

⁴⁵³ STS, 2184/2001 de 23 de noviembre, «La protección penal del medio ambiente se justifica... por otra parte esta tutela penal cumple las tres exigencias del principio de intervención mínima: el medio ambiente constituye un bien jurídico digno de protección penal, necesitado de protección penal por la peligrosidad y gravedad de los ataques de que es objeto y susceptible de protección penal, a través de la técnica de los delitos de peligro».

⁴⁵⁴ Cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Delitos de peligro y sus técnicas de tipificación...* Op. Cit... p. 43; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Bienes jurídicos intermedio y delitos de peligro..* Op. Cit... pp. 80 y ss.

⁴⁵⁵ Véase a CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales..* Op. Cit.. p. 373.

específicamente en el marco de los delitos contra el medio ambiente.

Así, a partir de la valoración clásica de los delitos de peligro, estos se clasifican: en delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto:

a) En los delitos de peligro abstracto, no se observa al peligro como un elemento del tipo, razón por la que no se requiere de un peligro real para el bien jurídico protegido, sino de la simple contravención a la normativa administrativa ambiental, la que se configura como el peligro abstracto *strictu sensu* para el medio ambiente. Esta técnica de tipificación generalmente utilizada para estructurar tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente, es criticada por las características negativas ya expuestas, y que se traducen en la crítica a la sanción penal del mero incumplimiento administrativo⁴⁵⁶. Sin embargo, a partir de un estudio diferenciado del delito peligro, surgen otras terminologías que diferencian el delito de peligro abstracto *stricto sensu*, de aquellos delitos de peligro cuya configuración permita constatar la potencialidad lesiva o la idoneidad de la conducta, para afectar el bien jurídico protegido⁴⁵⁷.

b) En los delitos de peligro concreto, el peligro es un elemento del tipo legal que requiere para la consumación del delito la producción real y efectiva del peligro para el bien jurídico⁴⁵⁸. De modo, que el tipo penal requiere para que se consume un delito configurado como delito de peligro concreto, que el resultado de la conducta esté próximo a causar una lesión a un bien jurídico determinado. Por tanto, a diferencia del peligro abstracto, no bastara para el Juez (juicio *ex ante* y *ex post*) la comprobación de la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico, sino requerirá la

⁴⁵⁶ Véase a TORIO LÓPEZ, Ángel. "Los delitos del peligro hipotético". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. N° 34. Ministerio de Justicia. Madrid, 1981, p. 827; MORALES PRATS, Fermín. "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro"... *Op. Cit...* p. 241. MUÑOZ LORENTE, José. "El cambio de criterio jurisprudencial en relación con la calificación del peligro exigido para la consumación del tipo básico de los delitos contra el medio ambiente: el artículo 325 del Código Penal y su estructura de peligro hipotético (y II)"... *Op Cit...* p. 75.

⁴⁵⁷ *Ídem*.

⁴⁵⁸ Cfr. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español: Parte General II. Teoría jurídica del delito*. 6ª edición. Tecnos. Madrid, 2004, p. 111.

comprobación de que el objeto de la acción se encuentra en el radio de acción de la conducta y a punto de ser objeto de una lesión⁴⁵⁹. Esta técnica de tipificación generalmente es utilizada para estructurar tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales o intermedios.

Esta clásica diferenciación ha sido utilizada para proponer la configuración de una técnica de delito de peligro abstracto que excluya los delitos de desobediencia o los injustos meramente administrativos de la esfera penal, pero que permita al mismo tiempo la utilización legítima de la técnica de delitos de peligro no *strictu sensu*, con la cual se pueda valorar la idoneidad de una conducta que pueda poner en peligro el bien jurídico protegido⁴⁶⁰. De este modo, en el marco de los delitos de peligro en sentido amplio, surge la propuesta de TORÍO, los «delitos de peligro hipotético», entendido por la doctrina como una técnica intermedia⁴⁶¹ entre los delitos de peligro abstracto puro (*strictu sensu*) y los delitos de peligro concreto. El autor a través de la reducción de los delitos de peligro abstracto, ha planteado acertadamente la utilización de los llamados delitos de peligro hipotético, que comprende todo lo que no provoque lesión ni peligro concreto para un bien jurídico⁴⁶², y permite igualmente la valoración de la idoneidad de la conducta que pueda poner en peligro el bien jurídico protegido, como el equilibrio de los sistemas naturales. Precisamente es esta la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina española le confiere a los delitos contra el medio ambiente y los

⁴⁵⁹ Sobre el punto, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General...* Op. Cit... p. 234. MUÑOZ LORENTE, José. "Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo"... Op. Cit... p. 172. Existen no obstante autores que consideran el delito ecológico del Código Penal de 1995 como delito de peligro concreto, BLANCO LOZANO, Carlos. *La protección del medio ambiente en el derecho penal español y comparado*. Comares. Granada, 1997, p. 226.

⁴⁶⁰ Cfr. TORIO LÓPEZ, Ángel. "Los delitos del peligro hipotético"... Op. Cit... p. 827 y ss. MORALES PRATS, Fermín. "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro"... Op. Cit... pp. 241 y ss.

⁴⁶¹ Confróntese a MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial...* Op. Cit., p. 575. MUÑOZ LORENTE, José. "Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo"... Op. Cit... p. 169.

⁴⁶² Véase a TORIO LÓPEZ, Ángel. "Los delitos del peligro hipotético"... Op. Cit... pp. 825 y ss.

recursos naturales⁴⁶³.

Es así que las aportaciones de la doctrina penal española al estudio de los delitos de peligro, y en especial de los delitos de peligro como técnica *sui generis* del delito ecológico o ambiental⁴⁶⁴, ha contribuido a la secuencia de pronunciamientos jurisprudenciales que pasan por la calificación del referido delito, como un delito de peligro concreto, delito de peligro abstracto en sentido estricto, y final y acertadamente como delitos de peligro hipotético, cuya opción plantea significativos efectos de carácter procesal⁴⁶⁵.

⁴⁶³ STS 327/2007 de fecha 27 de abril; igualmente véase, SAP de Madrid, 1260/2004 de fecha 27 de diciembre; SAP de Sevilla, 626/2009 de fecha 16 de noviembre: «El delito contra el medio ambiente es un delito de peligro que no precisa de una lesión efectiva en el bien jurídico protegido. Después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial (SSTS. 25.10.2002 (RJ 2002, 10461) , 1.4.2003 , 24.6.2004 (RJ 2004, 5172), 27.4.2007 (RJ 2007, 4724) , 20.6.2007 (RJ 2007, 4749), atendiendo por tal un híbrido “a medio camino entre el peligro concreto y abstracto” (STS. 27.9.2004 (RJ 2004, 6525) , en el que “no basta la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa, lo que significa que habrá que analizar, no sólo la composición y peligrosidad de los vertidos (administrativamente prohibidos), sino también si tales vertidos hubieran podido tener importantes efectos nocivos sobre el cauce del río y su caudal. O lo debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta” (STS. 25.5.2004 (RJ 2004, 4166), esto es, como dice la STS. 24.6.2004 (RJ 2004, 5172), debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear o en su caso, el daño causado como concreción del riesgo... es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido. Ahora bien se acoja la estructura del tipo penal -de peligro concreto, abstracto-concreto o hipotético, como últimamente se afirma en la doctrina y jurisprudencia de esta Sala, lo cierto es que el art. 325 exige como elemento de tipicidad, la gravedad del peligro a que se somete al equilibrio de los sistemas naturales, o en su caso, a la salud de las personas».

También denominados en la doctrina como «delitos de peligro abstracto-concreto», «delitos de peligro abstracto con idoneidad lesiva objetiva», «delitos de idoneidad concreta ex - ante», «delitos de aptitud», véase sobre este punto, por todos, MUÑOZ LORENTE, José. *“El cambio de criterio jurisprudencial en relación con la calificación del peligro exigido para la consumación del tipo básico de los delitos contra el medio ambiente: el artículo 325 del Código Penal y su estructura de peligro hipotético (y II)”*... Op. Cit... p. 75. El mismo, *“Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”*... Op. Cit... p. 162. En esta postura igualmente, MORALES PRATS, Fermín. *“La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro”*... Op. Cit... p. 241 y ss.

⁴⁶⁴ DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Op. Cit... p. 226.

⁴⁶⁵ Compárese a MUÑOZ LORENTE, José. *“El cambio de criterio jurisprudencial en relación*

Así, desde la óptica del principio de acusatorio, la configuración e interpretación del delito ecológico, como un delito de peligro concreto, dificultaría la prueba del delito o hecho punible, ya que la parte acusadora debe aportar elementos probatorios contundentes de que la conducta típica del sujeto y el resultado concreto causado, están conectados (nexo causal), y por lo cual puede derivar la puesta en peligro concreto del equilibrio de los sistemas naturales. En cambio, si fuera configurado e interpretado el delito ecológico como delito de peligro hipotético, la parte acusadora deberá únicamente aportar elementos probatorios que demuestren la idoneidad de la conducta para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales⁴⁶⁶. Esto significa que en un determinado delito ambiental, además de demostrar que el nivel de emisión o vertidos de sustancias viola la norma administrativa, deberá de probar la parte acusadora que la cantidad ingente de sustancia nociva es apta o idónea para poner en peligro el equilibrio del sistema natural⁴⁶⁷. La prueba se centrará por tanto, en torno al volumen y características de las sustancias utilizadas, y del peligro potencial de estas para perjudicar el equilibrio del medio ambiente. Hecho que comprobará la idoneidad de la conducta del sujeto que pone en peligro el bien jurídico protegido, el equilibrio de los sistemas naturales.

La valoración de la técnica del delito de peligro, y específicamente de la estructura del peligro hipotético, como una técnica *sui generis* de protección para el medio ambiente como bien jurídico, se debe a que la misma contribuye a facilitar la obtención de las pruebas en un ámbito, en el que la complejidad del alcance de la protección del bien jurídico se

con la calificación del peligro exigido para la consumación del tipo básico de los delitos contra el medio ambiente"... *Op. Cit...* pp. págs. 75 y ss. El mismo, "*Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*"... *Op. Cit...* pp. 160 y 179. PRAT GARCÍA, Josep María; SOLER MATUTES, Pedro. *El delito ecológico. Jurisprudencia actual comentada. Incluye las SSTC 42/1999 y 177/1999...* *Op. Cit...* pp. 30 y ss.

⁴⁶⁶ Sobre el punto se pronuncia, PRAT GARCÍA, Josep María ; SOLER MATUTES, Pedro. *El delito ecológico. Jurisprudencia actual comentada. Incluye las SSTC 42/1999 y 177/1999...* *Op. Cit...* p. 31.

⁴⁶⁷ A cerca de la cuestión, MUÑOZ LORENTE, José. "*Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*"...*Op. Cit...* p. 176.

condiciona a su propia naturaleza. Siendo este un bien jurídico con entidad autónoma, pero cuya afectación a través de una configuración de peligro concreto, es muchas veces cuestionable porque las pruebas no siempre o casi nunca, logran demostrar la vinculación existente entre el resultado producido y la conducta que provocó o realizó la acción u omisión punible. Sin embargo, la configuración del tipo penal de protección del medio ambiente, como un delito de peligro hipotético, requiere probar fundamentalmente la idoneidad de la sustancia utilizada para poner en peligro potencial el bien jurídico protegido. Con lo cual la aplicación del tipo penal se hace más viable, y resulta menos simbólica su operatividad⁴⁶⁸.

En Derecho Penal comparado, existen no obstante voces que sostienen que los delitos ambientales son verdaderos delitos acumulativos⁴⁶⁹. Esto quiere significar que una conducta individual, realizada por un sujeto que no llega a afectar el bien jurídico protegido, puede ser sancionada en la medida en que la conducta sea igualmente ejecutada por otros sujetos, y del cúmulo de conductas repetitivas, resultare la afectación al bien jurídico⁴⁷⁰. Esta técnica de tipificación las conductas individuales no comportan la calidad relevante de lesión o peligro⁴⁷¹, pero sumadas podrían concretar la afectación al bien

⁴⁶⁸ A cerca de la cuestión, MUÑOZ LORENTE, José. "Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo"... *Op. Cit...* p. 174. Algunos autores sin embargo sostienen, que en la práctica judicial se observa igualmente la opción por condenar sólo cuando se ha producido un daño ecológico, véase en HAVA GARCÍA, Esther. "*Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*"... *Op. Cit...* p. 1047. Véase a PASSOS DE FREITAS, Vladimir; PASSOS DE FREITAS, Gilberto. *Crimes contra a natureza*. Revista dos Tribunais. 8ª edición. São Paulo, 2006, pp. 38-39. «Em verdade, na maioria das vezes o dano ambiental, uma vez consumado, afeta de tal forma o meio ambiente que dificilmente as suas características primitivas poderão ser recuperadas. Daí a necessidade de evitá-lo o quanto possível. São oportunas as palavras de Eladio Lecey ao afirmar que "mais importante do que punir é prevenir danos ao meio ambiente. Pela expressividade do dano coletivo em matéria ambiental, impõe-se reprimir para que não ocorra o dano. Por isso, a tipificação de muitas condutas de perigo até abstrato que, não recomendável em matéria criminal se mostra necessária na proteção do meio ambiente"».

⁴⁶⁹ KUHLEN, Lothar. "Unweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen dogmatik". *ZStW (Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft)*. Volumen 105. Nº 4. Walter Mouton de Gruyter. Berlin, 1993 pp. 711, 720 y ss.

⁴⁷⁰ *Ibidem.*, pp. 716 y 725.

⁴⁷¹ Véase a PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, p. 360.

jurídico. Así, en la doctrina española MENDOZA BUERGO considera una «fórmula atípica y problemática de imputación de responsabilidad penal»⁴⁷² a los delitos acumulativos, porque se tienen en cuenta las suma de las acciones llevadas a cabo por indeterminados autores para atribuir la responsabilidad penal. En cambio, autores como PORTILLA CONTRERAS⁴⁷³ y CORCOY BIDASOLO⁴⁷⁴, se sitúan en la postura de admitir la responsabilidad por daños acumulativos si se tratara de la suma acciones o conductas reiteradas, realizadas, por una misma persona, y que de ello derivara la afectación del bien jurídico. Por lo cual, reconocerán esta técnica, sobre la causalidad existente entre conducta y resultado.

Si bien es cierto que en el marco de la doctrina española y en la jurisprudencia, en determinados casos se recurre al concepto de delitos cumulativos y delito continuado, para sancionar las conductas que configuran el delito ambiental⁴⁷⁵, la opción generalizada recae en la propuesta del delito de peligro hipotético de TORIO, cuya configuración facilita las pruebas en el ámbito los delitos contra el medio ambiente. Como indicamos, dicha estructura no requiere la producción de un resultado de peligro constatable o de lesión sobre los sistemas naturales, sino más bien precisa que se verifique la idoneidad, la potencialidad peligrosa de la acción para el bien

⁴⁷² Cfr. MENDOZA BUERGO, Blanca. *“El delito ecológico: configuración típica, estructuras y modelos de tipificación”... Op. Cit... p. 142.*

⁴⁷³ Cfr. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista... Op. Cit... p. 360.*

⁴⁷⁴ Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica”. En, Mirentxu Corcoy Bidasolo; Carmen Ruidiaz García. *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*. Universidad Pública de Navarra. Pamplona, 2000, p. 68.

⁴⁷⁵ Consúltese a CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 740.. Alguna de las casuales sentencias que se pronuncian sobre el delito acumulativo: STS 1664/2002 de 28 marzo RJ 2003\4069: Donde se desestima y se declara que: Los atentados ecológicos se producen, por regla general, por actos u omisiones repetidos, que la doctrina incluye en los denominados delitos de acumulación. Cuando se trata de uno de los supuestos más visibles y característicos, como son los vertidos contaminantes del medio ambiente (o la emisión de humos o de ruidos), no suelen producirse por un único vertido que por sí solo, puede ser o no subsumible en el art. 325 del CPE (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), sino por la acumulación de varias conductas que, por su «repetición acumulativa» –como se dijera en la sentencia de 30 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9269) – producen el riesgo grave exigido por el tipo.

jurídico⁴⁷⁶. De este modo, la sola constatación de la vulneración de la normativa administrativa no es suficiente para la constatación del delito de peligro hipotético; tampoco se requiere probar la causalidad, sino la idoneidad de la conducta para poner en peligro el bien jurídico protegido.

6. Comprensión Jurisprudencial sobre el equilibrio de los sistemas naturales

Se ha señalado en reiteradas ocasiones que la protección del medio ambiente contenido en el derogado 347 *bis*, denotaba su carácter antropocéntricamente radical, porque la configuración del tipo penal subordinaba la afectación de las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, a la salud de las personas. Precisamente esta deficiente configuración del tipo penal de protección al medio ambiente, fue objeto de un cambio neurálgico al introducirse el art. 325, con la reforma maquinada a través del Código Penal de 1995. Efectivamente con esta incorporación el medio ambiente se convierte en un bien jurídico autónomo que denota claramente el cambio de paradigma en la interpretación de la doctrina al igual que la jurisprudencia⁴⁷⁷.

En capítulos anteriores se ha referido a las no pocas y diferentes acepciones manejadas por la doctrina penal sobre el medio ambiente, pero fundamentalmente la que interpreta el bien jurídico como el equilibrio de los sistemas naturales, es la que ha sentado jurisprudencia. Así, a través de las Sentencias consultadas⁴⁷⁸, el concepto de equilibrio de los sistemas

⁴⁷⁶ Acerca del delito hipotético: STS 81/2008 de 13 de febrero; STS 1148/2004 de 25 de mayo; STS 1252/2004 de 2 de noviembre; STS 1035/2004 de 27 de setiembre; STS 52/2003 de 24 de febrero; STS 194/2001 de 14 de febrero. Igualmente, SAP de Sevilla 126/2004 de 25 de febrero de 2004; SAP de Sevilla 626/2009 de 19 de noviembre.

⁴⁷⁷ STS, 2184/2001 de 23 de noviembre, «La protección penal se otorga al medio ambiente como bien jurídico autónomo, tanto respecto de los bienes jurídicos tradicionales como de la normativa o actuación administrativa. Es un bien jurídico relevante por sí mismo: no se trata meramente de asegurar la eficacia de la intervención administrativa ni de sancionar la desobediencia del sujeto equilibrio de los sistemas naturales».

⁴⁷⁸ STS 2184/2001 de 23 de noviembre; STS 81/2008 de 13 de febrero; STS 52/2003 de 24 de febrero; STS 1252/2004 de 2 de noviembre; STS 194/2001 de 14 de febrero. Igualmente,

naturales observado es el «Mantenimiento de la propiedad del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y de las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga en un sistema subordinado y no sufra alteración perjudicial»⁴⁷⁹.

6.1. Elucidación Jurisprudencial sobre perjudicar “gravemente” el equilibrio de los sistemas naturales

El alcance de perjudicar “gravemente” el equilibrio de los sistemas naturales, ha sido siempre objeto de crítica en la doctrina penal española⁴⁸⁰, **por su carácter más bien genérico, abstracto y poco preciso en cuanto a su delimitación y alcance de la afección material**. Existen en cambio otros modelos que pueden representar a un modelo de configuración jurídico penal de delito ambiental, que se funda en la materialidad o si se quiere recordar, limitativa y legitimante del bien jurídico originario de los albores del iluminismo.

Es por ello que el debate en la doctrina penal permanece y gira en torno a los principios que rigen el Derecho Penal, y que orientan a la voces que se pronuncian a favor y en contra de la utilización de técnicas de tipificación, como los delitos de peligro hipotético, cuyo alcance puede facilitar la investigación en causas abiertas, en procesos penales que tiene por objeto la investigación de delitos contra el medio ambiente. Es el propio reconocimiento de las características del medio ambiente como bien jurídico, de la relevancia de su protección para el Derecho Penal, las que legitiman la utilización de técnicas jurídicas que concreten legal y realmente su protección.

En cuanto a la jurisprudencia, se ha señalado reiteradamente que la misma ha pasado por pronunciamientos que denotan en primer lugar, la

SAP de León 71/2003 de 31 de marzo; SAP de Castellón 362/2004 de 3 de diciembre.

⁴⁷⁹ Sobre el particular consúltese a BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *“La instrumentación técnico legislativa de la protección penal del medio ambiente”... Op. Cit...* pp. 200 y ss.

⁴⁸⁰ Entre otros, véase a MENDOZA BUERGO, Blanca. *“El delito ecológico y sus técnicas de tipificación”... Op. Cit...* pp. 306 y 397.

clara opción y consistencia, a favor del delito de peligro concreto, como legado del derogado 347 *bis*⁴⁸¹ y como afirmación, de la seguridad y garantía en el marco del Derecho Penal, de que su intervención se concreta para sancionar conductas que afecten materialmente el objeto del bien jurídico protegido, produciendo un daño constatable. Es decir, se debe verificar un resultado material, propio de la naturaleza de los bienes jurídicos individuales, pero cuyas características no choquen con otros bienes jurídicos que también son considerados relevantes para el Derecho Penal. Con lo señalado se quiere manifestar, que en un bien jurídico colectivo como el medio ambiente, la constatación y consumación del riesgo grave para el equilibrio de los sistemas naturales, no siempre se podrá comprobar con la incidencia de la conducta sobre el objeto material, pero si se podrá demostrar con mayor certeza la potencialidad de la conducta, su idoneidad *ex ante* para afectar el equilibrio de los sistemas naturales.

Perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales es entendido por la doctrina como «El grado del peligro... o el efecto que es probable que se produzca»⁴⁸². Definición que si bien tiene vinculación con el delito de peligro concreto e hipotético, se la puede observar en la STS 916/2008 de 30 de diciembre, que expresa que, semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, y por tanto implica un juicio de valor⁴⁸³.

Se ha optado por analizar la STS 916/2008 de 30 de diciembre, que desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, que absolvió al acusado por delitos de recursos naturales y medio ambiente. La sentencia

⁴⁸¹ Véase a MUÑOZ LORENTE, José. “*Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”... *Op. Cit.*, pp. 167 y ss.; HERNÁNDEZ SUÁREZ – LLANOS, Francisco Javier. “Técnicas de tipificación en el delito de contaminación ambiental: comentario a la sentencia del TS de 25 de mayo de 2004. *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*. Año 7. No. 73. La Ley-actualidad. Madrid, 2005, pp. 41 y ss.

⁴⁸² *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos contra el medio ambiente*... *Op. Cit.*, p. 82.

⁴⁸³ Véase la STS 105/1999, de 27 de enero.

recorrida, además de otras descripciones, refiere fundamentalmente a un vertido de purines (excremento de ganado porcino) sobre una viña vecina, como causa de la contaminación, puesto que se inundó parte de la finca, «Alcanzando las cepas de la viña que se vieron afectadas, porque los purines se hallaban almacenados en una fosa de decantación situada en la nave de los machos reproductores que no se encontraba cerrada ni impermeabilizada como exige la normativa medioambiental lo que provocó que, a consecuencia de la rotura de una tubería, entró agua en el foso, mezclándose con los purines, rebasando la mezcla la capacidad del referido foso que se vertió en la viña».

Pero las pruebas obtenidas a través de un informe ampliatorio expedido por la Agencia Catalana de agua, «expresa que no se ha podido constatar, en términos de certeza, que las posibles infiltraciones de purines hayan afectado a la calidad de las aguas subterráneas por cuanto que la presencia de compuestos nitrogenados en el agua superficial (nitritos y amonio), no tiene, exclusivamente, como causa-efecto la infiltración de purines.... sino un conjunto de factores asociados a vertidos de aguas residuales domésticas e industriales de la zona y a la actividad agropecuaria que se desarrolla en la misma así como a la interacción del agua con la litología de la zona, comprobándose que el agua de los pozos existentes en la zona no se destina al consumo humano sino al riego agrícola, advirtiéndose que la presencia de nitratos en la misma no afecta al producto agrícola obtenido. Tampoco se constata una variación de las condiciones fisicoquímicas del suelo que pudieran afectar negativamente a la flora y la fauna del entorno ni la existencia en la zona de hábitats acuáticos naturales, con presencia de especies animales o vegetales asociadas, en relación directa con las aguas subterráneas ni la afectación y consecuencias de la incorrecta gestión de los animales muertos». Sobre esta base argumental se analizaron los elementos sustantivos y procesales, que llevó a absolver al incoado en cuestión, y a declarar atípica la conducta por no reunir todos los elementos que el tipo penal requiere para la configuración del delito ambiental; esto es la idoneidad de la conducta para alterar el equilibrio de los

sistemas naturales.

La sentencia señalada, para sentar jurisprudencia recurre a sentencias que⁴⁸⁴ han considerado que el delito ambiental en el Código Penal español se trata de un delito de peligro hipotético o potencial, que no precisa de una lesión efectiva en el bien jurídico protegido. Ubicando por tanto a esta forma de valorar el peligro, entre el delito de peligro concreto y abstracto⁴⁸⁵.

Efectivamente como ya se apuntara en este trabajo, también la Sentencia aquí referida recurre a la STS de 25 de mayo de 2004, para sentar precedente respecto a los requisitos necesarios para que se configure el delito ambiental, pues no sólo basta la contravención de la normativa administrativa, sino también **se requiere que la conducta sea potencialmente peligrosa**. Valoración esta que debe ser colegida del análisis de los vertidos realizados, y en el que se observan además de la composición y la peligrosidad de los mismos, los efectos nocivos que pudieran ocasionar al cauce del río (colindante a la finca afectada) y su caudal. «Debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear o en su caso, el daño causado como concreción del riesgo... es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido», el equilibrio de los sistemas naturales.

Si bien es cierto que la gravedad se determina conforme a la afectación y los efectos que pudieran surgir de la alteración de las condiciones naturales del ecosistema y también de la afectación al factor antropocéntrico (salud de las personas), la STS 916/2008 de 30 de diciembre, precisamente recuerda que el criterio de la gravedad del perjuicio se establece en razón a «La intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en

⁴⁸⁴ Consúltense las SSTS de 25 de octubre de 2002; de 1 de abril de 2003; 24 de junio de 2004; 27 de abril de 2007; 20 de junio de 2007.

⁴⁸⁵ Véase la STS de 27 de setiembre de 2004.

definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc.» y la dificultad que se podría tener para restaurar o alcanzar nuevamente el equilibrio de los sistemas naturales.

En fin, hasta aquí lo dicho, la observación realizada tiene por fundamento resaltar el fallo que conforme a la STS 916/2008 de 30 de diciembre, desestima el recurso de casación interpuesto por la fiscalía, con el fin, de ratificar que la opción por del Tribunal Supremo por calificar el delito ambiental como un delito de peligro hipotético o potencial es la más adecuada, considerando la estructura valorativa del tipo y la complejidad que conlleva constatar la intensidad con que afecta la contaminación al sistema natural o los sistemas naturales, contrastar el estado anterior y el real, y la valoración de la factible recuperación del equilibrio de los sistemas naturales.

Así en el fallo de la Sentencia referida, se alude a «A que el agua de los pozos existentes en la zona no se destina al consumo humano sino al riego agrícola, advirtiéndose que la presencia de nitratos en la misma no afecta al producto agrícola obtenido... tampoco se constata una variación de las condiciones fisicoquímicas del suelo que pudieran afectar negativamente a la flora y la fauna del entorno ni la existencia en la zona de habitantes acuáticos naturales, con presencia de espacios animales o vegetales asociadas, en relación directa con las aguas subterráneas ni la afectación y consecuencias de la incorrecta gestión de los animales muertos"». De este modo, si el vertido no tiene aptitud para generar peligros, no se puede afirmar que exista perjuicio grave para el equilibrio de los sistemas naturales. Y la forma de demostrar el peligro grave, pasa por constatar la idoneidad del acto de contaminación para generar el desequilibrio de los sistemas naturales, en su defecto no se puede imputar el hecho como la realización de un delito contra el medio ambiente a un supuesto autor.

De este modo se corrobora la importancia de la actividad probatoria, puesto que es necesario recurrir a pruebas periciales sumamente complejas

que permitan evidenciar la gravedad de la contaminación producida. Es así que en el marco de los delitos ambientales, la vinculación científica y pericial, junto con la aplicación del Derecho son insolubles, ya que el Juez interviniente necesita de los informes y asesoramiento de los expertos para constatar en su caso, la alteración del equilibrio de los sistemas naturales y la dificultad para el restablecimiento del mismo⁴⁸⁶.

6.2. Exégesis Jurisprudencial del riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas: especial referencia a la emisión de ruidos

Remitiéndonos nuevamente a la reciente reforma penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se debe recordar que el art. 325.1, que describe la protección genérica de los sistemas naturales y la agravante del tipo en su parte *in fine*, ha pasado una vez más a configurarse como un sólo tipo penal contenido en el art. 325, preservando siempre en su parte final la referencia al **riesgo de grave** perjuicio para la salud de las personas y quedando no obstante suprimido el tipo penal 325.2.

En primer término se debe recordar que la doctrina y la jurisprudencia se pronuncian sobre el art. 325 *in fine*, interpretándolo como una agravante del tipo básico⁴⁸⁷, como un sub-tipo básico autónomo⁴⁸⁸ o

⁴⁸⁶ STS 942/2005 de 18 de julio; SAP de Valladolid 48/2003 de 3 de febrero.

⁴⁸⁷ En esta línea, ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen. *El delito de contaminación ambiental, (Artículos 325.1 del Código Penal)...* Op. Cit... pp. 71 a 73. Sobre contaminación acústica: STS 52/2033 de 24 de febrero: «En orden a la naturaleza del peligro en esta figura delictiva, la jurisprudencia de esta Sala se inclina por considerarla de peligro abstracto. De ello es exponente la Sentencia 1828/2002, de 25 de octubre (RJ 2002, 10461) , en la que se declara que en el art. 325 CPE incorpora el legislador un planteamiento político-criminal diverso del contenido en la anterior regulación, pues opta por configurar el delito como una infracción de peligro abstracto: así, mientras que en el art. 347 *bis* eran castigados los actos de vertido «que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles», la actual regulación renuncia a incorporar referencia alguna a la producción de un peligro concreto y extiende la punición a todas las actividades de vertido, emisión, etc., que «que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», previendo una agravación de la pena para aquellos supuestos en los que «el riesgo de grave perjuicio

como un tipo pluriofensivo⁴⁸⁹, de las cuales se podrá inferir esencialmente si los tipos son autónomos o dependientes entre sí. En este sentido, se puede entender que el art. 325 *in fine* no exige que la puesta en peligro de la salud deba de ser consecuencia de una puesta en peligro de los sistemas naturales, así por ejemplo, para que quede consumado el delito de contaminación acústica, no es necesario probar una puesta en peligro de los ecosistemas⁴⁹⁰. Así, como se puede entender que conforme a la actual configuración del tipo penal de protección ambiental, en caso que se realicen como efecto de una misma acción, las conductas descritas como tipo base y como agravante, se recurrirá al concurso ideal de delitos⁴⁹¹.

En segundo término, respecto al 325 *in fine* del CPE, tanto la doctrina como la jurisprudencia se pronuncia en dos posturas. Por una parte, aquella

fuese para la salud de las personas». La Ley establece una clara distinción entre aquellos supuestos en los que se estima imprescindible para la ilicitud que el desarrollo de la conducta peligrosa vaya acompañada de la creación de un peligro concreto para el bien jurídico protegido; y aquellos otros en los que basta para la comisión del delito con la realización de la acción peligrosa, y que no requieren la producción de un resultado concreto»; SAP de Lugo, 186/2010 de 27 de diciembre: «Del examen del artículo 325 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), se deriva que la gravedad del riesgo producido -ya sea para el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas- se revela como la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, con agravamiento de la pena (aplicación en su mitad superior) si es la salud, la afectada por tal riesgo grave de perjudicarla, considerándose, ésta figura en orden a la naturaleza del riesgo, como de peligro abstracto, aunque alguna sentencia se inclinase por aplicar los mismos criterios que ha aplicado con relación al artículo 347-bis del Código Penal de 1973 (RCL 1973, 2255), esto es, interpretándolo como una modalidad de peligro concreto, pero no ha de olvidarse que tales pronunciamientos (como el establecido en la sentencia de 13 de marzo de 2000 (RJ 2000, 3315) y de 17 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 7728) se referían a supuestos en los que, el bien como puede aquí entenderse, la creación de un peligro en concreto para la salud de las personas».

⁴⁸⁸ Por todos, MUÑOZ LORENTE, José. *“Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medio ambiental introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”... Op. Cit... p. 19.*

⁴⁸⁹ *Ibidem*. SAP de Tarragona, 645/2007 de 24 de julio.

⁴⁹⁰ STS 916/2008 de 30 de diciembre. Sobre las diferentes perspectivas del art. 325, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010... Op. Cit... p. 742.* HAVA GARCÍA, Esther. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”. En, Álvarez García (Director) *Derecho Penal. Parte Especial II... Op. Cit... p. 1050.* Igualmente SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos contra el medio ambiente... Op. Cit... pp. 96 y 97.*

⁴⁹¹ *Cfr.* CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales...Op. Cit... p. 374.*

corriente que observa en la configuración señalada un delito de peligro concreto a través del cual se protege un bien jurídico individual, ante conductas que crean un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas⁴⁹², y por otra parte, aquella postura que observa un delito de peligro hipotético⁴⁹³, en la configuración de tipo básico de referencia. Sobre estas posturas hemos señalado, que la diferencia entre una y otra configuración, radica en el alcance que puede tener la eficacia de la tutela penal, puesto que en el caso de un delito de peligro concreto se requiere de la comprobación del nexo causal entre conducta y resultado del daño producido al bien jurídico protegido, esto es un resultado material. En cambio, con el delito de peligro hipotético se obvia la comprobación del nexo causal, pero se requiere de la valoración de la aptitud o idoneidad de la conducta para crear un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas.

Se observa no obstante, la inclinación en las sentencias hacia la interpretación del 325 *in fine* como delito de peligro concreto. Por lo cual, la gravedad del peligro para la salud de las personas deberá medirse por la importancia de las consecuencias, resultando decisivos a tales efectos los informes periciales⁴⁹⁴. Es así que ya no sólo se incluye a los vertidos y emisiones como formas de contaminación que pueden afectar a la salud de las personas, sino también se incluye el ruido, como contaminación acústica que puede generar graves perjuicios a la salud física y psíquica de los seres humanos.

Se ha escrito por especialistas que el sometimiento a un ruido excesivo produce traumatismo y pérdidas auditivas, vértigos, perturbaciones en el sistema nervioso central, afectaciones respiratorias, cardíacas y

⁴⁹² Véase a CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico- penales supraindividuales...Op. Cit...* p. 248. DE LA CUESTA GUADO, Paz. Mercedes. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente...* Op. Cit... p. 228.

⁴⁹³ Cfr. MORALES PRATS, Fermín. "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro"... Op. Cit... pp. 250 a 252. MUÑOZ LORENTE, José. "Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo"... Op. Cit., p. 174.

⁴⁹⁴ Cfr. STS 942/2005 de 18 de julio.

circulatorias, hipertensión, fatiga, dolores de cabeza. Y no menos graves son los efectos psicológicos con padecimientos de angustia, pérdidas de concentración, insomnio, irritabilidad con grave afectación del rendimiento del trabajo físico e intelectual. Sin embargo, lo que no queda claro, y debería ser reinterpretado por la jurisprudencia, es si el ruido es una de las manifestaciones de agresión al medio ambiente o para la salud de las personas⁴⁹⁵.

Precisamente, la infracción de los límites permitidos para la emisión de ruidos transmitidos al interior de las instalaciones, equipamientos y viviendas, o de vibraciones producidas en actividades clasificadas y los informes y pruebas periciales respecto a la situación de grave peligro para la integridad física, psíquica, intimidad personal y familiar, bienestar y calidad de vida de los vecinos de un inmueble, determina la concreción del riesgo de grave perjuicio para la salud de esas personas. Sin embargo, es el alcance del concepto de ruido el que realmente refleja si este puede alterar los elementos naturales que conforman la atmosfera, o si simplemente este es un medio conductor del ruido que puede afectar la salud de las personas.

En este sentido, la SAP de León 71/2003 de 31 de marzo, establece desde un punto de vista jurídico, que el inicio de «La contaminación acústica surge cuando se traspasa los límites máximos tolerables para el ciudadano medio, y esos valores aparecen recogidos en las normas y reglamentaciones jurídicas, sin olvidar que la mera contravención administrativa no es suficiente para generar un conducta delictiva ya que se requiere un riesgo grave de afección del bien jurídico protegido. Procede por lo tanto examinar, en primer lugar, si en el supuesto objeto de estudio concurre el elemento normativo del tipo objetivo constituido por la infracción de una disposición de carácter general».

Sobre este punto, respecto del requisito de la gravedad se pronuncia

⁴⁹⁵ Véase un análisis de sentencias, que lejos de encontrar un vacío legal sancionan la contaminación acústica como una conducta contenida en el tipo penal previsto en art. 325 del CPE, en MARTÍ MARTÍ, Joaquim. *La defensa frente a la contaminación acústica y otras inmisiones*, Bosch. Barcelona, 2008, pp. 115 a 127.

la STS 96/2002, de 30 enero, y declara que la exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica (peligro concreto), que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador (peligro abstracto). Semánticamente como ya lo señaláramos, grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, y que implica un juicio de valor⁴⁹⁶ *ex ante* y *ex post* por parte del Juez. Con esta estructura, para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 del CPE habrá que acudir, como señala la citada Sentencia 105/1999, de 27 enero, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el «factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro. Cuando se trata de contaminaciones acústicas, tanto el Tribunal de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ponen de manifiesto las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos de ruido».

De la doctrina se puede extraer, que «El ruido en sentido amplio, es cualquier sonido que interfiere en alguna actividad humana, es una sensación auditiva desagradable o molesta que produce en nuestro organismo el conjunto de vibraciones molestas complejas, desordenadas, recibidas y transmitidas por el oído a las células cerebrales, y por contaminación acústica, presencia en el ambiente exterior o interior de las edificaciones, de ruidos que impliquen daños, molestias riesgos para la salud

⁴⁹⁶ STS 105/1999 de 27 de enero.

de las personas o el ambiente»⁴⁹⁷.

Por lo cual se observa que tanto la jurisprudencia como la doctrina vinculan principalmente la contaminación acústica al delito de lesiones, y no así al desequilibrio de los sistemas naturales, ya que la «exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos» o la «sensación auditiva desagradable o molesta que produce en nuestro organismo el conjunto de vibraciones molestas complejas, desordenadas», no podrían perjudicar gravemente el subsistema aire comprendido en el sistema natural, más bien perjudicaría la salud de las personas. Lo cual demuestra en primer término, que la vinculación de la contaminación acústica con la contaminación del medio ambiente, entendido como perjuicio grave del equilibrio de los sistemas naturales, responde a la antigua configuración antropocéntrica contenida en el derogado 347 *bis* del CPE, que condicionaba la consumación del delito ambiental a la afección de la salud. Y en segundo término, que la permanencia de la acción de provocar o realizar directa o indirectamente un ruido que pueda perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales o en su caso perjudicar gravemente la salud de las personas, puede llevar a concluir que la parte *in fine* del art. 325, es un tipo autónomo que no requiere de la afectación del sistema natural para su realización.

7. Ley Orgánica de 22 de junio de 2010 por la que se modifica los tipos de protección al medio ambiente en el CPE

Hemos señalado en epígrafes anteriores, que la reforma referida responde fundamentalmente a la necesidad de armonizar la legislación jurídico penal española con la normativa de la Unión Europea relacionada a la protección del medio ambiente, razón por la que se introduce entre varias modificaciones referente a la protección penal ambiental, la imputación

⁴⁹⁷ Decreto 78/1999, del 8 de junio, por el que se regula el régimen de Protección contra la contaminación acústica en la CCAA Madrid (BOCM No. 134). Sobre el punto, JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. “La criminalización del ruido”. *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario*. No 6. Año 2, junio. Madrid, 2004, p. 52.

directa a las personas jurídicas, en sentido genérico, y expreso en los delitos ecológicos. Se observa la supresión del art. 325.2, permanece el art. 325.1 en un solo tipo penal, art. 325, y se aumentan las penas.

7.1. Supresión del Art. 325.2 CPE

La reforma del Código Penal español en noviembre de 2003, introdujo una cláusula que sancionaba la realización de conductas que pudieran producir un resultado lesivo para las personas. Estas conductas que se refieren fundamentalmente a la liberación, emisión o introducción de radiaciones ionizantes, que produzcan la muerte o enfermedad y secuelas irreversibles en una persona, manifestaban la característica antropocéntrica del derogado 347 *bis*. Aquí el legislador abandonaba la técnica del riesgo o grave peligro de la vida o la salud las personas, por su efectiva lesión, como condición para la configuración del delito.

Las conductas descritas en el 325.2 entraban en concurso con el art. 341 del CPE, debido a que esta última norma sancionaba con una pena mucho mayor las afecciones a la vida o la salud de las personas, derivadas de la liberación de energía nuclear o elementos radiactivos, sin perjuicio de que puedan ser aplicadas las penas que correspondan por la muerte o lesiones.

Esta superposición de conductas introducidas por el legislador, fue objeto de constante crítica por parte de la doctrina⁴⁹⁸, llegando de este modo a influenciar para la supresión del señalado numeral 2 (dos) del tipo genérico 325, a través de la modificación operada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que acertadamente ya no describe los resultados de lesión o daño irreversible que podría ocasionar la contaminación del medio ambiente a la

⁴⁹⁸ Confróntese a MUÑOZ LORENTE, José. *“Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medio ambiental introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”...* Op. Cit... pp. 5 y ss; GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. “Sobre la supresión del 2o apartado del art. 325 del CP”. En, Francisco Javier Álvarez García (Director). *La adecuación del Derecho Penal español al Ordenamiento de la Unión Europea...* Op. Cit... pp. 626 y 627.

salud de las personas, en razón a que estas conductas se encuentran contenidas en otros tipos penales del CPE. El tipo 325.2 fue suprimido, dejando nuevamente un tipo genérico contenido en el artículo 325 del vigente Código Penal español.

7.2. Permanencia del Art. 325 y el aumento de penas del tipo genérico

Es así, que el núcleo del art. 325 permanece en esencia, puesto que en el tipo genérico de protección del medio ambiente en el CPE, se sigue observando que la conducta típica de contaminación general en el delito contra el medio ambiente, tiene por núcleo la conducta de provocar o realizar directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con influencia incluso en los espacios transfronterizos. Siendo sin embargo recientemente incorporado el alta mar⁴⁹⁹, como efecto de la ampliación del alcance de la protección del bien jurídico equilibrio de los sistema naturales, a través de la reciente reforma penal, la que específicamente amplía la protección jurídica sobre el subsistema natural agua.

De este modo, el significado de los verbos «provocar y realizar», permanecen como la base del análisis de la conducta típica. Desde una interpretación gramatical lógico lingüístico, «provocar», significa incitar, inducir a alguien a que ejecute algo. Sin embargo, «realizar» significa efectuar, llevar a cabo algo o efectuar una acción. Precisamente desde la entrada en vigencia del Código Punitivo de 1995, la conducta de realizar

⁴⁹⁹ Sobre el punto, HAVA GARCÍA, Esther. “*Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*”. En, Álvarez García (Director) *Derecho Penal. Parte Especial II... Op. Cit...* p. 1044. La misma, “La reforma de los delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente y la flora y fauna (Arts. 325, 327, 328, 329, 333, 334, 335, 336 y 339)”. En, Quintero Olivares (Director)... *Op. Cit...* p. 290; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Memento Experto. Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010. Actualizado a julio 2010*. Ediciones Francis y Taylor. Madrid, 2010. p. 372. MUÑOZ LORENTE, José; BAUCCELLS i LLADÓS, Joan y FARALDO CABANA, Patricia. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, arts. 325, 327, 328, 329 y 339”. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010... Op. Cit...* p. 387.

tiene alcance a los autores en sentido estricto y los coautores directos como autores mediatos. La conducta de provocar en cambio, resulta más complicada para delimitar su significado, pero sería equivalente a originar, facilitar o promover. Diferencia ésta que no se encontraba en el antiguo 347 *bis*, ya se equiparaban dos actividades completamente diferentes en su contenido, y que abarcan actos simplemente preparatorios, se les aplicaba la misma pena que a los actos de realización⁵⁰⁰.

De este modo, se observa en la doctrina posturas que no diferencian la conducta de provocar y realizar, y que proponen la supresión de la expresión provocar contenida en la norma, a los efectos de que la ambigüedad entre la autoría y participación quede regulada en virtud de las reglas generales de determinación de la responsabilidad penal⁵⁰¹. Otro sector de la doctrina sin embargo sostiene, que no existe precisamente equiparación de la conducta provocar a los actos meramente preparatorios, sino más bien la asimilación de un concepto de «autoría material más amplia que el que se deduce de la aplicación de las reglas generales que regulan esta categoría delictiva» conforme a los arts. 28 y 61 CP⁵⁰². Igualmente, pero en valoración a la conducta de realizar MUÑOZ LORENTE sostiene que el art. 325 del CPE no sólo considera autores a quienes materialmente realicen los vertidos, sino también a quienes incitan, inducen, ordenan o mandan a otro a realizarlos⁵⁰³, dando de este modo, amplio alcance a todos los que

⁵⁰⁰ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal... Op. Cit...* p. 261.

⁵⁰¹ Véase a POLAINO NAVARRETE, Miguel. "La criminalidad ecológica en la legislación penal española". En, *Política Criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan Cobo del Rosal*. Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1993, p. 879. El mismo en esta línea, «Aspectos políticos criminales de los delitos contra el medio ambiente» en González Rus (Coordinador) *Estudios penales y jurídicos, homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Baquero*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, págs. 636 y 637. En esta línea, BLANCO LOZANO, Carlos. *La protección del medio ambiente en el derecho penal español y comparado*. Comares. Granada, 1997, p. 191.

⁵⁰² Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción. *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. La flora la fauna y los animales domésticos. Disposiciones comunes*. *Derecho Penal Español. Parte Especial. Manuel Cobo del Rosal ... Op. Cit...* p. 701.

⁵⁰³ Véase a MUÑOZ LORENTE, José. "Nula concreción por parte de la acusación de la norma administrativa vulnerada e integrante del delito ecológico del art. 325 del Código Penal. La exención de los empleados subalternos que materialmente realizan los vertidos del objeto del delito. Tribunal Supremo, Sala de lo penal, Sentencia de 13 de marzo de

puedan en el marco de una entidad corporativa provocar o realizar conductas que atenten gravemente contra el equilibrio de los sistemas naturales.

Ahora bien, al analizar la conducta típica de provocar o realizar «directa o indirectamente» utilizada por el legislador en la estructuración del tipo genérico, la doctrina mayoritaria interpreta la configuración como autoría mediata. Esto se infiere que en la práctica se incrimina generalmente al gerente o director de la empresa contaminadora y no a otros sujetos que han participado en la realización de dicha conducta⁵⁰⁴. Sin embargo, existen posturas que atribuyen la responsabilidad por delito ecológico a los «empleados subalternos que materialmente realizan los vertidos objeto de delito»⁵⁰⁵, y que se fundamentan desde el momento en que se entiende que el autor material de los vertidos es y puede ser plenamente consciente del acto que está realizando, porque su conocimiento técnico le permite discernir sobre el grave perjuicio que se puede ocasionar al equilibrio de los sistemas naturales.

Precisamente con la reforma penal operada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, se unificaron la posturas de la doctrina y la jurisprudencia respecto a la responsabilidad de los empleados subalternos, ya que la nueva legislación además de prever en su art. 31 *bis* la sanción penal autónoma a las personas jurídicas, prevé la imputación de la persona jurídica por el delito cometido por el administrador o representante y el delito cometido por un empleado, sometido a la autoridad de los administradores y

2000". En, *Revista mensual de Gestión Ambiental*, Octubre, 2000, p. 45.

⁵⁰⁴ *Ídem*. Sobre este punto véase igualmente, BOLEA BARDÓN, Carolina. "Tendencias sobre autoría y participación en el ámbito de la criminalidad empresarial (Especial referencia al concepto de autor en los delitos relativos al mercado y los consumidores)". *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. Diego Manuel Luzón (Director). La Ley. Madrid, 2010, pp. 756 y ss. Sobre autoría y participación, véase ampliamente a MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del delito*. 4ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, pp. 196 y ss.

⁵⁰⁵ MUÑOZ LORENTE, José. "Nula concreción por parte de la acusación de la norma administrativa vulnerada e integrante del delito ecológico del art. 325 del Código Penal. La exención de los empleados subalternos que materialmente realizan los vertidos del objeto del delito... *Op. Cit...* p. 45.

representantes⁵⁰⁶.

En cuanto a la conducta típica de provocar «directa o indirectamente» emisiones o vertidos, la doctrina coincide en que abarca la conducta de comisión por omisión⁵⁰⁷, cuando el agente o funcionario responsable, no utiliza todos los medios necesarios para evitar las emisiones, vertidos y radiaciones que pudieran producirse. Un sector de la doctrina en cambio, considera que los adverbios directo e indirecto estarían relacionados con el verbo realizar, porque la expresión permite contemplar la autoría directa como la autoría mediata del hecho típico⁵⁰⁸.

Es así que de la última reforma penal operada, no se constatan cambios sustanciales en la composición genérica del art. 325 del CPE, en que lo que se refiere a las acciones principales de provocar y realizar, pues desde su incorporación en el Código Penal español tiene el objeto de dar mayor cobertura y alcance a las conductas que puedan desarrollarse fundamentalmente en una entidad corporativa. Sin embargo, como ya lo indicáramos, con la reciente incorporación del art. 31 *bis*, cambia el paradigma del sujeto activo de los delitos contra el medio ambiente. Este tipo

⁵⁰⁶ Con la incorporación de estas vías de imputación directa, se observa que de alguna manera que en la imputación a las personas jurídicas existirá siempre una vinculación con la persona física, razón por la que algunos autores sostienen que «Cualquier intento de justificar una imputación penal subjetiva de la persona jurídica está condenado al fracaso, porque, en realidad, no hace más que encubrir con criterios supuestamente subjetivos algo que sólo puede ser objetivo». Con ello el autor, no se declara adverso a la imputación penal de las personas jurídicas, sino propone la aplicación de una imputación objetiva (como por ejemplo basada en la organización defectuosa de la empresa) y no así, una imputación subjetiva de la persona jurídica, véase en MUÑOZ LORENTE, José. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de Ley de 2007 de reforma del Código Penal de 1995. *La Ley Penal*. No. 40. Editorial La Ley-actualidad. Madrid, 2007, pp. 26-45.

⁵⁰⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Decimosexta edición revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 574 y ss.

⁵⁰⁸ Véase a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos contra el medio ambiente... Op. Cit.* p. 36. Sobre este punto el Tribunal Supremo entiende que tanto las forma *directa o indirectamente* son utilizados para valorar la conducta de *provocar* como la de *realizar* y recuerda a través de la STS de 13 de marzo de 2000 que ninguno de los preceptos que regulan la materia contiene la distinción entre vertidos *directos e indirectos*. Sobre este punto véase, MUÑOZ LORENTE, José. «Nula concreción por parte de la acusación de la norma administrativa vulnerada e integrante del delito ecológico del art. 325 del Código Penal. La exención de los empleados subalternos que materialmente realizan los vertidos del objeto del delito. Tribunal Supremo, Sala de lo penal, Sentencia de 13 de marzo de 2000» .. *Op. Cit.* p. 41.

penal en concordancia con el art. 327 del CPE, permite sancionar penalmente a las personas jurídicas aunque no sea posible individualizar como autor de delito a una persona física.

Del mismo modo, otro cambio sustancial se observa, en que el derogado tipo genérico 325.1 del Código Penal español establecía la pena de seis meses a cuatro años al autor de los atentados graves contra el medio ambiente y los recursos naturales. La reciente reforma ha modificado, estableciendo la pena para el autor del delito en un mínimo de dos años y máxima de cinco años. Permanecen en cambio la sanción de penas menos graves de inhabilitación especial de uno (1) a tres (3) años y la sanción de multa de ocho (8) a veinte y cuatro (24) meses.

7.3. Alcance de la protección del medio ambiente como bien jurídico ecocéntrico moderado en el vigente Art. 325 del CPE

La actual configuración del tipo penal base de protección al medio ambiente, ya no sólo tiene alcance a las aguas terrestres, subterráneas o marítima, sino también al alta mar. Ampliación que no cambia la interpretación ecocéntrica moderada que ya se observaba en el anterior art. 325.1 y que permanece con el vigente art. 325, donde el bien jurídico protegido es el equilibrio de los sistemas naturales. Sin embargo, de la incorporación de alta mar, se puede valorar al medio ambiente, como un bien jurídico ecocéntrico pero con otras características.

Para algunos en la doctrina española⁵⁰⁹, el bien jurídico equilibrio de los sistemas naturales también podría interpretarse en sus subsistemas individuales, esto es agua, suelo, atmósfera, fauna y flora, concretando la afección por la alteración de uno de estos subsistemas naturales. Es así, que llevando esta premisa al contexto de la protección del subsistema agua y del alcance de su protección en el alta mar, nos encontramos con el carácter internacional que se le confiere al medio ambiente como bien jurídico.

⁵⁰⁹ Cfr. MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Derecho Penal del medio ambiente... Op. Cit...* p. 122.

Precisamente sobre este punto RODRÍGUEZ RAMOS nos recuerda críticamente sobre el Proyecto de Código Penal de 1980, que la protección del medio ambiente, contenida entre los artículos 323 y 325 del Proyecto, no contemplaba referencias al carácter internacional del medio ambiente⁵¹⁰. Treinta años después, se da respuesta a este requerimiento, con la ampliación del alcance del tipo genérico de protección al medio ambiente, introducido con la última reforma operada por CPE, por LO 5/2010 de 22 de junio, a través del cual se amplía al alta mar, la tutela desplegada por tipo básico de protección del equilibrio de los sistemas naturales.

El Tribunal Supremo, no obstante, ya reconocía que los tribunales españoles son competentes para juzgar delitos cometidos no sólo en territorio español, sino también en alta mar con destino a España⁵¹¹. Sentando por tanto, precedente de la vigente legislación penal, que permite la persecución y sanción penal a los delitos ambientales cometidos en alta mar, y permitirá de este modo evitar la impunidad de conductas que afecten al equilibrio natural de las aguas lejanas a su litoral, y que no pertenecen a la zona económica exclusiva⁵¹², sino al patrimonio de la humanidad.

Efectivamente en los últimos años, adquiere fuerza el carácter universalista, supranacional e internacional que se le confiere al medio ambiente como bien jurídico, siendo este entendido como un sistema natural o como subsistemas coordinados. Pero es el alta mar como elemento del sistema natural la que ha adquirido mayor relevancia por las grandes catástrofes ocurridas, entre las que se encuentra el conocido caso Prestige⁵¹³, en España y el pasado derrame de petróleo en el Golfo de

⁵¹⁰ Véase a RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "La protección del medio ambiente en el Proyecto de Código Penal (Arts. 323 a 325 del Proyecto)". En, *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1981, p. 36.

⁵¹¹ Consúltese la STS 1092/2007 de 27 de diciembre y la STS 1121/2008 de 3 de enero RJ 2008/47.

⁵¹² Art. 55 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del mar.

⁵¹³ Cfr. MUÑOZ LORENTE, José; BAUCELLS i LLADÓS, Joan y FARALDO CABANA, Patricia. "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, arts. 325, 327, 328, 329 y 339". *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*... Op. Cit... p. 387. FREIJEIRO VARELA, Marcos. "La gestión política en tiempo de crisis: Un análisis de la actuación de los agentes públicos en el caso Prestige". En, José Ignacio Cases Méndez (Editor) *Catástrofes*

México. Simbólicos casos estos que, sin duda, no dejan de invitarnos a replantear el alcance de la protección jurídica internacional del medio ambiente y de la jurisdicción penal internacional.

Hasta aquí, hemos hecho un repaso con un análisis multifacético de lo que encierra la protección del medio ambiente dentro del Código Punitivo español y a **título de conclusión**, podríamos decir que, precisamente el nuevo Derecho Penal medioambiental español, propiciado por el CPE de 1995, supone un reforzamiento de la tutela penal del medio ambiente que, con todos sus defectos y lagunas, intenta ajustarse a las exigencias constitucionales y a las necesidades político criminales de un moderno Estado Social y Democrático de Derecho.

Frente a las posiciones doctrinales de un Derecho Penal medioambiental mínimo, que conduce en gran medida a la desaparición de la tutela penal del medio ambiente como bien jurídico autónomo, cabe postular la necesidad y exigencia de la protección penal de un bien jurídico nuevo, con identidad propia y supraindividual, siendo consciente de la modesta aportación –necesaria e importante– del Derecho Penal en un terreno, como lo es el de la tutela del medio ambiente, en el que el protagonismo le corresponderá a la política social de todo el ordenamiento jurídico, con especial relevancia al Derecho Administrativo, y a una coordinada política internacional de compromiso de los Estados de preservar

Medioambientales. La reacción social y política. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, pp. 303 y ss. El desastre del Prestige hace referencia al accidente del Prestige y su posterior hundimiento en 2002, así como a la marea negra que provocó y que afectó a 2000 kilómetros de costa española y francesa. El 13 de noviembre de 2002, el petrolero monocasco Prestige se accidentó en una tormenta mientras transitaba cargado con 77 000 toneladas de fuelóleo frente a la costa de la Muerte, en el noroeste de España, y tras varios días de maniobra para su alejamiento de la costa gallega se acabó hundiendo a unos 250 km de la misma. El vertido de la carga causó una de las catástrofes medioambientales más grandes de la historia de la navegación, tanto por la cantidad de contaminantes liberados como por la extensión del área afectada, una zona comprendida desde el norte de Portugal hasta las Landas de Francia. El episodio tuvo una especial incidencia en Galicia, donde causó además una crisis política y una importante controversia en la opinión pública. El derrame de petróleo del Prestige ha sido considerado el tercer accidente más costoso de la historia, pues la limpieza del vertido y el sellado del buque tuvieron un coste de 12 000 millones de dólares según algunas fuentes, el doble que la explosión del Challenger pero por detrás de la desintegración del Columbia y el accidente nuclear de Chernobyl.

el medio ambiente y de neutralizar los riesgos ecológicos que ponen en peligro la supervivencia de la humanidad. En este contexto, el Derecho Penal no puede limitarse a ser un convido de piedra, ni dejar de hacer uso de su arsenal sancionador, con todas las garantías del Estado de Derecho y la revisión permanente de sus categorías dogmáticas, frente a los ataques más intolerables contra el bien jurídico colectivo –pertenciente a todos, generaciones presentes y futuras- y fundamental que es el medio ambiente.

CAPÍTULO IV

LA TRANSFORMACIÓN CLIMÁTICA: LA PRESENCIA DEL DERECHO PUNITIVO ANTE SUS RESPONSABLES

I. Cuestiones preliminares

En nuestros días no tan solo podemos hablar de algo que es imperante a los sentidos, cuando de metamorfosis climática versan nuestras reflexiones, sino que, sería propio de la ingenuidad, desconocer que es un fenómeno que, desafortunadamente esta calando enérgicamente, instalándose en nuestra realidad y generando consecuencias negativas preocupantes para la humanidad⁵¹⁴. Por lo tanto, el primer gran paso para poder pensar en soluciones, no tan sólo está conformado por determinar la existencia de una circunstancia adversa al desarrollo humano, sino radica

⁵¹⁴ En este orden de ideas, es importante considerar la reflexión de la graduada en Ciencias Biológicas por la Universidad de Navarra y experta en temas de áreas protegidas y biodiversidad europea, Isabel Ripa, cuando refiere que: «Cambio climático es un concepto científico que con los años se ha introducido en nuestro lenguaje cotidiano. Pero estas dos palabras, además de tener un significado objetivo, transmiten emociones que nos hacen sentir inquietos e inseguros. No se trata ya de una de tantas calamidades que azotan a lejanos y empobrecidos países y a las que tristemente nos hemos acostumbrado. Ha dejado de ser algo distante y ajeno para convertirse en una amenaza real». *Vid.* RIPA JULIÁ, Isabel. *El cambio climático... Op. Cit.* p. 21.

en determinar los agentes que deben rendir cuentas como causantes de esta infortuita situación⁵¹⁵.

Las investigaciones demuestran el interés que despierta la metamorfosis climática en la población, pero también que aún existe un desconocimiento mayúsculo sobre la ciencia del clima, sobre las causas y efectos de alterar el sistema climático. Todo ello acompañado por una baja disposición a modificar nuestros estilos de vida y adoptar comportamientos individuales más ecológicos y respetuosos con el clima, verbigracia, reducir el uso de nuestros vehículos particulares o disminuir el consumo energético en nuestros hogares.

En suma, existe una voz unísona en el gran número de autores que hemos estudiado, cuando concluyen que hay un agente principal en esta simbiosis de elementos que contribuyen a que el clima este cambiando: el ser humano⁵¹⁶. Pero ¿hasta que punto dimensionamos lo que esto significa y cómo nos lastima? Hasta que punto somos sensatos de cómo influimos en el

⁵¹⁵ De esta misma ideología, confróntese el pensamiento de Crispin Tickell, académico, diplomático y ambientalista británico; cuando hace referencia a una de las figuras más influyentes del movimiento ecologista, quien también es egresado de la Universidad de Mánchester y considerado uno de los cien intelectuales más importantes del mundo: EPHRAIM LOVELOCK, James. *La venganza de la tierra. La teoría de Gaia y el futuro de la humanidad*. Traducción de Mar García Puig. Planeta. Barcelona, 2009, p. 15.

⁵¹⁶ Cfr. MOLINA PASQUEL y HENRÍQUEZ, José Mario. *El impacto global de la actividad humana en la atmósfera*. En, *El impacto del hombre sobre el planeta*. Complutense. Madrid, 2005, pp. 19-30. BOADA JUNCÁ, Martí. *El planeta, nuestro cuerpo. La ecología, el ambientalismo y la crisis de la modernidad*. Fondo de Cultura Económica. México, D.F., 2003, pp. 83-98. NEALE, Jonathan. *Cómo detener el calentamiento global y cambiar el mundo*. Traducción de Esther Pérez Pérez. Ediciones de Intervención Cultural/El viejo topo. Barcelona, 2012, pp. 11-14. AROUDO MOTA, José. *O Valor da Natureza. Economía e político dos recursos naturais*. Garamond. Rio de Janeiro, 2006, pp. 9-13. Así, el especialista en ciencias Físicas por la Universidad Complutense de Madrid y Director Científico del Museo de las Ciencias Príncipe Felipe de Valencia, Manuel Toharia, también coincide cuando señala que, «es obvio que para la inmensa mayoría de las personas, estamos ante un gravísimo desarreglo de la atmósfera sin la menor duda, consecuencia de nuestros pecados ambientales». Vid. TOHARIA CORTÉS, Manuel. *El Cambio Climático y otros problemas de la humanidad*. Fundación ECOEM. Sevilla, 2010, p. 23. No son distintos los razonamientos del Biólogo, especialista en medio ambiente y Director Científico del Laboratorio Internacional de Investigación en Cambio Global, Carlos M. Duarte. Cfr. DUARTE QUESADA, Carlos Manuel. *Cambio Climático*. Catarata/CSIC. Madrid, 2007, pp. 57-59. Vid., GIDDENS, Anthony. *La Política del Cambio Climático*. Traducción de Francisco Muñoz de Bustillo. Alianza Editorial. Madrid, 2009, p. 35.

clima y de cómo podemos contribuir a consolidar un equilibrio en el sistema climático? Toda esta información se encuentra recogida en distintas publicaciones y artículos especializados, pero a nosotros sólo nos llega una parte, normalmente a través de los medios de comunicación, cuando coinciden reuniones, cumbres internacionales a donde asisten nuestros Jefes de Estado o investigaciones y hechos concretos, pero sin que se expliquen los conceptos básicos, mismos que pareciera se dan por sobreentendidos.

At contra, nuestra civilización y nuestro modelo económico se han concebido sin hacer un intento por comprender como funciona el planeta y, derivado de ello, sin respetar sus límites⁵¹⁷. Lo que queda claro es lo que, no sin poca razón afirma EPHRAIM LOVELOCK «si no cuidamos de la Tierra, ella cuidará de sí misma haciendo que ya no seamos bienvenidos. Los que tengan fe de volver a contemplar nuestro hogar planetario como un lugar sagrado, parte de la creación divina que nosotros hemos profanado, deberán a comenzar a actuar»⁵¹⁸.

Pero lo que se antepone, es apenas solo una cara del polígono que tendrá que estudiar el Derecho Criminal antes de accionar su brazo represor, cuando de determinar responsabilidades en el fenómeno de la metamorfosis

⁵¹⁷ Le asiste razón a Isabel Ripa, cuando señala que como seres humanos, hemos modificado el planeta al talar sus bosques, al agotar sus bancos de pesca, al cementar más y más su superficie, al contaminar su aire, y así hemos provocado que cada vez desaparezca un mayor número de especies. La mayoría de nosotros hemos sido a la vez actores y espectadores de este cambio global. Por eso es necesario reducir las causas, frenar la transformación climática y, aún mejor, hacer algo por restaurar el sistema. Todo esto supone modificar nuestra forma de producir y consumir, nuestra manera de gobernar. Tenemos que cambiar, tenemos que evolucionar hacia un modelo de sociedad que haga las paces con el clima, donde la participación y apoyo de cada uno de nosotros es indispensable para que esto ocurra, pues los gobiernos pueden aprobar políticas y normativas a favor del clima; las empresas crear productos y servicios, pero somos nosotros los ciudadanos, con nuestros votos, con nuestras decisiones en nuestra vida privada y profesional los que podemos hacer posibles estas transformaciones de fondo. Para ello, debemos tomar conciencia de la realidad del calentamiento global y, de una u otra forma eso aún no está en vías claras de suceder. *Cfr.* RIPA JULIÁ, Isabel. *El cambio climático... Op. Cit.*...pp. 23-26, 55 y ss. Con la misma ideología, véase también a GONZÁLEZ ARMADA, Carlos. *Cambio Climático: Causas, consecuencias y soluciones.* Mundi-Prensa. Madrid, 2010, pp. 14-15.

⁵¹⁸ EPHRAIM LOVELOCK, James. *La venganza... Op. Cit.* p.19.

climática se trate; pues si bien es cierto que, como expusimos *supra*, es el ser humano el principal causante de dinamizar -cada día más- el reloj de arena que marca el ritmo hacia una tragedia ambiental, lo es también, que este opera de muy diversas formas. Así bien, esto nos invita a no olvidar otro proceso que emerge cuando entra en escena el análisis dedicado a buscar respuestas que mitiguen el ya citado e indeseado cambio climático: El desarrollo sostenible⁵¹⁹.

II. La responsabilidad derivada de ilícitos contra el medio ambiente

Como todo trabajo de investigación de características análogas al que aquí hemos venido desarrollando, se debe tener un principio y un fin en el trayecto intelectual recorrido a lo largo de los capítulos y epígrafes que lo constituyen. Así pues, teniendo como principales protagonistas al estudio del medio ambiente, la transformación climática y el papel que debe asumir o no el *Ius Puniendi*; el presente apartado tiene el cometido de cerrar un círculo en la interacción de éstos temas que han ocupado nuestra atención. Y es

⁵¹⁹ En el presente, hay pocas palabras más utilizadas, por parte de los gobiernos, las empresas, la diplomacia y los diversos medios de comunicación, que el sustantivo sostenibilidad y el adjetivo sostenible y, cuando nos inmiscuimos en un estudio severo de lo que encierra el cambio climático, encontramos tantos conceptos de lo que es el desarrollo sostenible, como autores existentes en la materia. No obstante, hay vértices comunes que nos llevan a poder definirlo como ese esfuerzo constante por alcanzar un equilibrio e integrar tres grandes pilares: el bienestar social, el desarrollo económico y la protección al medio ambiente. Tristemente, este termino es una falsa etiqueta que se intenta aplicar a cualesquiera productos y a los procesos de fabricación de los mismos, esto, a manera de agregarles un “valor añadido” ante la cara del consumidor. Es innegable que en algunas partes se ha logrado implantar una lógica sostenible en los procesos de producción, en la agroecología, en la generación de energías alternativas, en el tratamiento de materiales reciclables, en la reforestación y en los vertederos, así como en la forma de gestionar los transportes. Pero, ante una visión objetiva, son experimentos regionales valiosos, que lamentablemente no coinciden con una dinámica global que se requiere frente a una degradación general del planeta. Son diminutas islas en medio de un mar agitado por numerosas crisis. ¿Qué hacer entonces? Como con acierto señala el filósofo y ecologista brasileño, egresado de la Universidad de Múnich y condecorado con el Right Livelihood Award, Leonardo Boff, «lo peor sería no hacer nada y dejar que las cosa sigan tan peligroso curso. Las transformaciones necesarias deben de apuntar hacia un paradigma distinto de relación con la Tierra y la naturaleza, así como a la implementación de unos modos más benignos de producción y de consumo. Lo cual implica un nuevo modelo de civilización, más amante de la vida, más ecoamigable y más respetuoso de los ritmos, las capacidades y los límites de la naturaleza». *Vid.* Boff, Leonardo. *La sostenibilidad. Qué es y qué no es*. Sal Terrae. Cantabria, 2012, pp. 11-12.

precisamente la responsabilidad de la o las personas que atentan contra el sistema natural, el objeto de análisis a lo largo de las líneas que nos deparan a continuación.

1. Sobre el significado del deber e ilícito

A la luz de este tema y teniendo como premisa anterior a lo debemos entender por responsabilidad en sentido abstracto, es menester que nos concretemos en dilucidar sobre la acepción de deber e ilícito, para ello, recurrimos a lo reflexionado por el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, nos referimos pues a SILVA SÁNCHEZ, quien afirma que el “ilícito” medioambiental, así como el “deber” de responder pueden entenderse en un sentido legalista⁵²⁰. En tal caso, tanto la determinación del ilícito como la individualización del sujeto responsable se obtendrían de un examen, mas o menos dificultoso, del Derecho Positivo a la luz de su correspondiente dogmática.

Sin embargo, ambos términos pueden también concebirse en un sentido critico. Si así se hace, se observara que un posible “ilícito” (supralegal) en relación con el medio ambiente puede ser precisamente la no-definición -por parte de la instancia competente para ello- de determinadas conductas como ilícitas. Se trataría, en tal caso, de un ilícito derivado de la consideración de normas constitucionales; o incluso, si esto

⁵²⁰Véase a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”. *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007, p. 142. Cfr. OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. “Delitos sobre la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio histórico y medio ambiente (III). Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”. En, *Sistema de Derecho Penal Español. Parte especial*. LORENZO MORILLAS CUEVA (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2011, pp. 730-731. «No obstante, la sanción penal viene a suponer un instrumento más en nuestro sistema legal de protección del ambiente natural que ineludiblemente debe vincularse también a un desarrollo sostenible que ayude a encontrar el difícil equilibrio entre la salvaguarda de un entorno adecuado para el desarrollo de la persona, y el necesario impulso al crecimiento industrial que redunde en beneficio de la economía, y en consecuencia del nivel de vida de todos los ciudadanos. Se considera así necesario un progreso industrial programado y planificado que, erradicando el desarrollo económico a toda costa, pondere y racionalice los costes medioambientales que tal impulso genera».

no fuera suficiente, de normas suprapositivas.

Asimismo, y en la misma medida, cabe advertir que el deber (supralegal) de responder podría afectar a las instancias de producción legislativa del Estado, en la medida en que estas no establecieran disposiciones legales de protección suficiente.

2. Aproximación al significado de responsabilidad

Lo primero que cabe indicar a propósito del término “responsabilidad”⁵²¹ es su carácter polisémico⁵²². Responder puede significar, por un lado, «cargar o

⁵²¹ Véase a GUERRA PALMERO, María José. “Responsabilidad ampliada y juicio moral”. *Revista de Filosofía moral y política*. Ejemplar dedicado a: Ética y responsabilidad. No. 29. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 2008, pp. 35 y ss.

⁵²² No podemos negar que el concepto de «responsabilidad» es, probablemente, uno de los más utilizados por los seres humanos. Así, cotidianamente, al manejar un texto legal, leer el periódico, oír los noticiarios y tertulias de las emisoras de radio y de televisión, etc., nos encontramos con frases como «un corrimiento de tierras fue el responsable de la rotura de la balsa de Aznalcóllar», «los ciudadanos franceses consideran al Gobierno responsable de la situación económica», etc. Todos estos enunciados tienen en común el uso del concepto «responsabilidad», pero no son idénticos, ya que cada uno, además de significar una cosa distinta, utiliza el término «responsabilidad» en un campo distinto; de modo que uno hace referencia a las relaciones de causalidad, otro a la responsabilidad moral, otro a la política y el último a la responsabilidad jurídica.

Por todo ello, el concepto de «responsabilidad» se muestra como una referencia común para distintos ámbitos de la vida y de la actividad. De esta multiplicidad de usos y significados del concepto «responsabilidad» se dio cuenta Hart, quien detectó cuatro sentidos distintos de este término, en principio, correspondientes a otros tantos ámbitos de actividad. Volviendo a la práctica diaria, sin lugar a dudas, nos daremos cuenta de que en los terrenos donde más se utiliza este concepto son los de la moral y el Derecho. Así, frases como «el dueño del ganado es responsable de su alimentación», «me siento responsable de lo sucedido», «el responsable del crimen fue condenado» o «Doña María no fue hallada responsable de los cargos que se le imputaban», son oídas, leídas y dichas prácticamente todos los días. En las dos últimas oraciones el concepto de responsabilidad se usa de una manera determinada, con un sentido concreto, en su vertiente jurídica, que es la que interesa al objeto de este trabajo.

A todas luces, el de responsabilidad es uno de los conceptos jurídicos angulares de todo Ordenamiento. Sin él nos resultaría muy difícil entender el Derecho, porque nos faltaría el elemento por el cual reacciona el Ordenamiento ante el individuo que infringe un determinado precepto jurídico. En definitiva, creo que la función coactiva del Derecho sería difícilmente comprensible sin el concepto de responsabilidad. Encontramos manifestaciones de la responsabilidad jurídica en todos y cada uno de los sectores del Ordenamiento—Derecho civil, penal, administrativo, mercantil, laboral, etc., teniendo en cada uno de ellos

pechar con las consecuencias de un hecho»; pero también puede significar otra cosa: en concreto, «haber infringido un deber en relación con la producción de ese hecho». En ambos casos, sin embargo, el recurso al lenguaje de la responsabilidad presupone que el hecho producido no sea plenamente explicable en términos empíricos, esto es, completamente

sus peculiaridades– y, por tanto, desde todas estas ramas, incluida la Filosofía Jurídica, se ha procedido, en mayor o menor grado a estudiar sus elementos, su forma de actuar, su justificación, que son distintos en muchas ocasiones, en definitiva, a definirla y a analizarla. Pero, pese a su importancia y la cantidad de palabras que los juristas le han dedicado, no podemos encontrar una definición clara, precisa y unívoca de responsabilidad jurídica.

Si, en una primera aproximación, acudimos al *Diccionario de la Lengua Española* nos encontraremos con que en la segunda acepción de esta entrada se dice: «Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal». Puede que alguien piense que para qué necesitamos más, pero si reparamos un poco en la definición dada por los académicos, podremos concluir que nos encontramos ante un ejercicio de eclecticismo que no nos aporta casi nada, si bien es cierto que, con toda probabilidad, no podían hacer mucho más.

¿Por qué es ecléctica? Porque lo que hace es recoger la mayoría de los elementos de los conceptos de responsabilidad que aparecen en el Derecho. Así encontramos reflejada la reparación de los daños causados por una acción propia o de un tercero mediando dolo o culpa (responsabilidad subjetiva) y la responsabilidad objetiva cuando dice «... o de otra causa legal». Pero además es una definición incompleta, coja, que desconoce otros aspectos de la responsabilidad. Decimos esto, porque, qué duda cabe, esta definición tiene un marcado carácter civilista, pues parece referirse sólo a los daños y no recoge la responsabilidad penal que surge de la realización de un ilícito penal consistente en el quebrantamiento de una norma penal y que da lugar a una sanción determinada a la que, salvo que nos acojamos a las teorías retribucionistas de la pena, no podemos calificar de mera deuda u obligación de satisfacer los daños causados, ya sea a la víctima, ya a la sociedad. Así pues, esta definición nos deja insatisfechos, y esto, el que un concepto tan extendido, tan utilizado socialmente, al que vinculamos importantísimas consecuencias, no sólo jurídicas, sino también morales y sociales, no tenga una acogida clara en el Diccionario, nos indica las dificultades que conlleva intentar dar una definición del concepto de responsabilidad. Además, un vistazo rápido a las distintas apariciones de la responsabilidad en el Ordenamiento e incluso en algunas enciclopedias jurídicas, tampoco nos satisface mucho más.

Por su parte, del estudio de las distintas formas en las que se regula la aparición de la responsabilidad en el Derecho Positivo, se puede deducir que también posee distintos significados –las diferencias no se circunscriben a los distintos tipos de responsabilidad según los ámbitos, moral, política, jurídica, etc.–. Por todo ello, cabe afirmar que la responsabilidad es un concepto ambiguo y vago, cuyo significado y definición no están del todo claros. Confróntese a SANZ ENCINAR, Abraham. “El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del Derecho”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad en el Derecho). No. 4. Madrid, 2000, pp. 27 y ss.

atribuible a la naturaleza. En efecto, la responsabilización y la explicación (empírica) definen espacios que se excluyen recíprocamente. Esto quiere decir que la necesidad de responsabilidad solo se suscita respecto de aquellos fenómenos para los cuales no se ha alcanzado una explicación empírica completa. Si algo no se puede explicar (atribuirse a la naturaleza) de modo pleno, entonces es preciso imputárselo a alguien, ya sea a la sociedad en su conjunto, ya a agentes determinados (colectivos o individuales). Con todo, el juicio de responsabilidad en sentido estricto requiere la determinación de uno o varios agentes responsables y la exclusión del resto de agentes: La afirmación “todos somos responsables” no es, en realidad, muy distinta de la de “nadie es responsable” . De ahí que el “todos somos responsables” no suela traducirse en una asunción de responsabilidad en sentido estricto, sino mas bien en una descarga para sujetos concretos.

La responsabilidad entendida en el sentido de cargar con las consecuencias de un hecho puede asignarse con arreglo a diversos criterios distributivos (cabe que, entre ellos, sean determinantes las consideraciones de un menor coste, mayor prevención, o mayor estabilización social). La responsabilidad entendida en el segundo sentido, en cambio, parece que requiere el establecimiento de vínculos adicionales: así, se habla, por ejemplo, de la existencia de un “nexo moral de originación”⁵²³.

En la practica, la responsabilidad no se ha vinculado siempre a una actuación personal libre, ni siquiera a una actuación humana, con la que pudiera vincularse el hecho en términos “morales”. Frecuentemente, se ha fundado en meros criterios acerca de la necesidad social de sanción: así, en los sacrificios de determinadas personas a las que, mas o menos por azar, se las hacía responsables de un hecho en ciertas sociedades primitivas; en la responsabilidad familiar; en la sanción a animales o cosas, etc. La idea que cabe extraer de ello es la vinculación de la noción de responsabilidad

⁵²³ Cfr. RUBIO CARRACEDO, José. *El hombre y la ética: humanismo crítico, desarrollo moral, constructivismo ético*. Antrophos. Barcelona, 1987, p. 148 y ss.

con una autointerpretación de la “*conscience collective*”; y la búsqueda, en el sujeto responsable, del signo o imagen idónea para la representación de los sentimientos lesionados por el ilícito. En suma, para esta concepción alguien debe ser responsable de un hecho ilícito cuando existe la necesidad social de que así sea⁵²⁴.

El planteamiento moral pretende, en cambio, asociar la responsabilidad a la “atribución justa”. Sin embargo, en este marco todavía cabe advertir la disyuntiva entre la opción por una justicia trascendental (basada en un criterio material fuerte) o por una justicia inmanente, equivalente a la “representación social de lo justo”. En este segundo ámbito, es probable que la justicia se entienda como mera “adecuación al espíritu del tiempo” o bien se asocie a la adopción de determinados procedimientos para la asignación de responsabilidad. Es más que probable que la delimitación de este modelo con respecto al anterior no resulte siempre

⁵²⁴ A mayor amplitud, para conocer la evolución del concepto de responsabilidad, en el contexto del fenómeno del cambio climático, por todos véase a VELAYOS CASTELO, Carmen. Responsabilidad ante el cambio climático. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. No. 12. Granada, 2009, pp. 43-44. Refiriendo a S. M. Gardiner, la Profesora de Filosofía de la Universidad de Salamanca, afirma que éste autor tiene razón cuando afirma expresivamente que la filosofía se encuentra «frente al problema del cambio climático ante una tormenta moral»; y, posiblemente, parte de los trabajos de acondicionamiento y adaptación ante dicha tormenta (de la obra del autor en cita: *A Perfect Moral Storm: Climate Change, Intergenerational Ethics and the Problem of Moral Corruption*) consistan en el análisis crítico de las asunciones conceptuales de la ética. Dentro de la disciplina ética, el concepto de responsabilidad no ha recibido la misma atención, ni ocupado el mismo espacio argumentativo, que otros conceptos. Además, la pregunta teórica por la responsabilidad no se produce antes de la época moderna. Y su desarrollo conceptual viene marcado por el desarrollo de dicha sociedad moderna, con lo que se llega a afirmar que es un invento moderno. Tanto el adjetivo castellano *responsable* como el sustantivo *responsabilidad* son posteriores a 1700. De hecho, parece que en el *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana* de Joaquín Corominas se data la primera aparición documentada del adjetivo “responsable” en 1737 y remonta la aparición del sustantivo “responsabilidad” al siglo XIX. Lo mismo ocurre en otras lenguas europeas. El concepto abstracto de responsabilidad no aparece en inglés (*responsibility*) hasta 1787 y en francés (*responsabilité*) hasta once años más tarde. Sin embargo, en la actualidad, la responsabilidad ocupa un lugar privilegiado en la argumentación moral, sobre todo de carácter aplicado. La evolución del pensamiento práctico moderno en dirección de la notabilidad del concepto de responsabilidad, tiene que ver, entre otras cosas, con el avance de la dimensión colectiva -intrasubjetiva- de la reparación de los daños. Como sintetiza Manuel Cruz, a partir de un cierto momento de desarrollo de las sociedades modernas, se asume que, con independencia de quien pueda ser el culpable, cualquier mal debe ser reparado.

clara⁵²⁵.

Así pues, derivado de lo anteriormente expuesto, podemos señalar que podría objetarse que no hay una sino muchas y diferentes visiones sobre el alcance y objeto de la responsabilidad. Cada una de ellas acarreará resultados heterogéneos respecto a la asignación de responsabilidades. Por ejemplo, limitar tanto las emisiones de GEI como para vivir de la manera en que lo hacían los humanos en la época preindustrial (cuando no había lavadoras, neveras o coches), no sería lo más adecuado en opinión de todos. Es fácil que se consideraran irrealistas y demasiado exigentes tales expectativas (por otra parte defendibles y defendidas).

La responsabilidad, como lo dejamos patente en líneas anteriores, no tiene que ver sólo con el daño⁵²⁶, sino con el bien. De este modo, existen distintos niveles de responsabilidad. Y puede concebirse, incluso, una responsabilidad supererogatoria, la de quienes viven de acuerdo con requisitos excelsos, pero no necesariamente universalizables. Al correlacionar una teoría de la responsabilidad climática con una teoría de la justicia, no se cercena -ni mucho menos- el pluralismo inherente a la caracterización del objeto y alcance de la responsabilidad. Sólo se distingue el ámbito de lo moral (*the moral point of view*) del ámbito ético y se establece la prioridad del primero sobre el segundo.

⁵²⁵ *Ibidem.*, p. 46. La autora aborda el rol del tiempo en la determinación de la responsabilidad, matizando la visión prospectiva que esta viene desempeñando en nuestros tiempos. Así, la especialista en ecoética o ética ambiental, afirma que «Este tipo de responsabilidad se centra en el futuro y el sentimiento concomitante no sería, como en la responsabilidad negativa, uno de culpabilidad o de reparación, sino de cuidado y prevención».

⁵²⁶ De hecho, no sólo somos responsables en la medida en que evitamos prácticas lesivas para el medio. También podemos serlo en la medida en que permitamos el daño y no lo hayamos prevenido. De alguna manera, y como sentencia A. Thompson: «al no cambiar el estatus quo estamos también dañando a la naturaleza». Cfr. THOMPSON, Allen. "Environmentalism, Moral Responsibility, and the Doctrine of Doing and Allowing". *Ethics, Place and Environment*. Volumen 9, nº 3. Routledge. Carolina del Sur, 2006, pp. 269 y ss.

2.1. Algunos tipos de responsabilidad

Una de las objeciones más serias respecto de la responsabilidad ética climática es la de que no podemos ser responsables de aquello que no conocemos. En consecuencia, no podríamos atribuir responsabilidades a los ciudadanos o gobiernos con anterioridad a los años noventa, que es cuando empieza a hacerse público el conocimiento sobre cambio climático.

A pesar del consenso inicial que rodea a esta objeción, merece la pena que establezcamos alguna matización. Cuando hablamos de responsabilidad moral, lo hacemos respecto de acciones o conductas de las que el agente ha de “hacerse algo”. El agente no siempre conoce el alcance de sus decisiones. La teoría convencional de la responsabilidad refrenda que sólo se es responsable de una acción cuando se es capaz de prever las consecuencias de la misma. Con ello, se está hablando de la responsabilidad subjetiva, no objetiva⁵²⁷. La cuestión entonces, en términos de responsabilidad moral subjetiva, no es tanto si lo conoce como si “debería haberse conocido”. En consecuencia, y si este fuera el caso (por estar a nuestro alcance el conocimiento del daño posible), podríamos hablar de un acto negligente.

Para SKAGEN habría distintos grados de responsabilidad subjetiva: intencional, temeraria y negligente. La responsabilidad intencional supone un tipo de responsabilidad más severa que la temeraria o la negligente. Tanto si una acción se pretende como si sólo se prevé, nos encontramos con un acto intencional. En cambio, un acto es temerario cuando conscientemente o con conocimiento se asume un riesgo sustancial y no justificable. Y un acto es negligente cuando podríamos y deberíamos conocer el riesgo sustancial e injustificable que contraemos con nuestra conducta. Sin embargo, no lo conocemos. Es un tipo de ignorancia culpable.

⁵²⁷ Cfr. SKAGEN, EKELI, Kristian. “Environmental risks, Uncertainty and intergenerational ethics”. En, *Environmental values*. Volumen 13, N° 4. The White Horse Press. Cambridge, 2004, pp. 421-448.

Puestas así las cosas, creemos que la pregunta inicial queda parcialmente contestada: podemos ser responsables de aquello que no conocemos siempre que deberíamos haberlo conocido. Pero aún hay más ya que, en términos de responsabilidad objetiva, quizás debiéramos dar respuesta de aquellas emisiones de gases invernadero que fueron anteriores a los años noventa. Y esto por varias razones. En primer lugar, bastaría con mencionar que conocíamos los enormes riesgos de la contaminación global mucho antes de los años noventa, A pesar de que entonces el tema del cambio climático no fuera el objeto fundamental de la preocupación ambiental, había ya razones objetivas que clamaban por el descenso de las emisiones. En segundo lugar, cabe postular que, una vez producido el daño climático, haya que responder ante él y que, en ese caso, sea necesario repartir la responsabilidad teniendo en cuenta, entre otras cosas, la autoría del mismo. Como veremos, esto cobra especial relevancia a la hora de asignar *habilitaciones (entitlements)* de emisión. Desde nuestro singular punto de vista, los países que han disfrutado de las externalidades positivas de más de un siglo de desarrollo industrial (con sus concomitantes altas emisiones de GEI), habrían de responder de manera predominante -frente a los países no emisores- de las externalidades negativas de las mismas.

2.1.1. La responsabilidad espacial

La demanda de los inuit⁵²⁸ constituye un valioso precedente de lo que podría llegar a ser la deriva futura de algunas asignaciones de responsabilidad. La responsabilidad solicitada en la demanda es, desde luego, una responsabilidad que trasciende espacios y momentos temporales. En el futuro, debería ser posible elevar demandas de este tipo entre países diferentes. Hoy por hoy, y salvo excepciones, el único tipo de demandas transnacionales posibles -como meras

⁵²⁸ Los inuit es un nombre común para los distintos pueblos esquimales que habitan las regiones árticas de América y Groenlandia.

apelaciones o reclamaciones- es el de las morales. De modo muy limitado, también es posible cursar demandas ante instituciones supranacionales de Derechos Humanos. De hecho, los mismos inuit formalizaron anteriormente una demanda a Estados Unidos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La inexistencia de mecanismos sancionadores efectivos a nivel global se suma a la dificultad de imputar responsabilidades cuando el daño es grave y los agentes responsables muchos y dispersos. En todo caso, la demanda inuit es coherente con algunos eventos y declaraciones internacionales que vienen a enfatizar la extensión del objeto de la responsabilidad en un sentido espacial y temporal.

Por empezar con la extensión espacial, es necesario clarificar el significado de globalización que será utilizado en el presente trabajo. Según CASADEI, ésta constituye «el proceso de integración de realidades mundiales y de creciente interacción e interdependencia entre las partes del mundo»⁵²⁹. Un aspecto enormemente relevante de dicha globalización es la moralidad. Como da cuenta el fenómeno del cambio climático, la integración e interacción de nuestras acciones en el marco de un solo mundo⁵³⁰, es inevitable. Somos -en parte- responsables del calentamiento de la Tierra en la medida en que pertenecemos a una comunidad en la que los efectos de nuestras emisiones tienen incidencia en el calentamiento de la única atmósfera que compartimos todos los habitantes de este planeta. En efecto, los problemas ambientales constituyen un espacio privilegiado para velar la limitación inherente a una responsabilidad restringida. Afectan al ambiente natural único que todos compartimos y requieren cooperación entre las naciones y organizaciones internacionales en aras a la satisfacción de intereses comunes. Así, para la Declaración de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, «los Estados tienen el derecho de explorar sus

⁵²⁹ Véase CASADEI, Rodolfo. *Los mitos de la nueva izquierda. Las profecías incumplidas la antiglobalización*. Encuentro. Madrid, 2005, pp. 17 y ss.

⁵³⁰ Cfr. SINGER, Peter. *Un solo mundo*. Barcelona, Paidós, 2002, pp. 48 y ss.

propios recursos (...), y la responsabilidad de asegurar que las actividades realizadas bajo su jurisdicción o control, no ocasionan daño al medio ambiente de otros Estados o áreas más allá de los límites de la jurisdicción nacional»⁵³¹.

El cambio climático nos confronta con este tipo actividades dañinas y con un nuevo tipo de responsabilidad. Las emisiones de gases invernadero trascienden fronteras. Pero no contamos con mecanismos jurídicos ni políticos para gestionar la responsabilidad concomitante a los actos que afectan a otros Estados.

Desde los años setenta, la exigencia de una responsabilidad hacia los demás en un sentido trasnacional y global, ha seguido apareciendo en los textos internacionales sobre medio ambiente y biotecnología. En relación con el cambio climático, la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992, afirma que: “las Partes deberían proteger el sistema climático para el beneficio de las presentes y futuras generaciones de la humanidad, sobre la base de la equidad y del acuerdo con sus responsabilidades comunes, pero diferenciadas y sus respectivas capacidades”⁵³².

2.1.2. La responsabilidad hacia las generaciones futuras

Sin lugar a dudas, la responsabilidad climática es una responsabilidad hacia las generaciones presentes y futuras. A través del argumento de la responsabilidad intergeneracional. PAGE⁵³³ defiende con acierto las siguientes tesis: 1. «Los cambios del sistema climático ocasionados por el ser humano constituyen una amenaza para los miembros de las

⁵³¹ Principio 21.

⁵³² Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, 1992, artículo 3, p. 1.

⁵³³ Véase al egresado de Teoría Política por la Universidad de Essex. PAGE Edward. *Climate Change, Justice and Future Generations. Cheltenham*. Edgard Publishing. London, 2006, p. 9.

generaciones futuras»; 2. «Toda acción humana que amenace el bienestar de las generaciones futuras es injusto y falta de ética»; 3. «Los cambios provocados por el ser humano en el sistema climático, son injustos y faltos de ética».

Por su parte, SIMON CANEY⁵³⁴ añade a estas proposiciones alguna variante, por ejemplo, la de que también los cambios climáticos no inducidos por el ser humano deberían ser objeto de justicia. Esto entroncaría con la visión -no sólo subjetiva, sino- objetiva de la responsabilidad planteada más arriba.

Existe ya un amplio acuerdo filosófico sobre la tesis que afirma que podemos dañar a los seres humanos del futuro⁵³⁵. De dicha suposición emanaría la responsabilidad subsiguiente de conservación de los recursos naturales, entre otras cosas, para permitir a las generaciones futuras vivir sus vidas y tomar sus propias decisiones.

2.1.3. Responsabilidad hacia la especie humana

Una debatida cuestión añadida es la de si tenemos el deber de preservar la humanidad en el futuro. Y una conocida respuesta es la de HANS JONAS, uno de los padres de la ética de la responsabilidad en el siglo XX⁵³⁶. Esta solución presupone la asunción de responsabilidades hacia seres posibles, que sólo existirán si decidimos que sea así.

Según esto, tendríamos la responsabilidad de evitar el daño a los mismos (dejándoles un mundo habitable, por ejemplo). Y, aún puede que más. La responsabilidad hacia los seres posibles podría significar también la responsabilidad de hacer nacer a estos seres contingentes. Lo cual

⁵³⁴ Cfr. VELAYOS CASTELO, Carmen. "Responsabilidad ante el cambio climático". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada... Op. Cit...* p. 50.

⁵³⁵ Consúltese ATTFIELD, Robin. "Generaciones futuras: considerando todas las partes afectadas". *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*. N° 32. Cardiff University. Reino Unido, 2005, p. 34 y ss.

⁵³⁶ Cfr. JONAS, Hans. *The Imperative of Responsibility*. University of Chicago Press. Chicago, 1984, pp. 34 y ss.

parece presuponer además, el valor intrínseco de la especie humana, más allá del valor de cada miembro de la misma; y los problemas metaéticos ligados a esta opción ontológico-valorativa.

Pero no es una respuesta unánime. A pesar de que, en vista a las declaraciones y moratorias institucionales, la humanidad parece haber apostado -en teoría- por la preservación de la vida humana en el futuro, esta apuesta no requiere necesariamente compromisos metaéticos tan fuertes como la opción de la defensa del valor intrínseco de la especie humana como tal. Por el contrario, puede reposar en la defensa de deberes directos hacia los miembros actuales de la especie humana (quienes estiman valioso que su especie continúe existiendo).

2.1.4. Responsabilidad referida al pasado

Es importante mencionar que la reparación del daño climático ocasionado conlleva un problema añadido pues, en nuestro caso, aquellos que tendrán que reparar el daño no constituyen necesariamente el mismo grupo de sujetos que lo produjeron. Y resta saber si las generaciones que deberán hacerse cargo de la reparación asumen o participan del designio colectivo de sus antepasados. Muchos ciudadanos no entenderán por qué han de reparar aquello en lo que no han participado -ni participan-, a no ser en ese grado cero de responsabilidad (referido a lo que se comparte por el mero hecho de estar en el mismo lugar) al que se refieren los alemanes del libro *La Tregua* de Primo Lévy⁵³⁷.

Esta situación es nueva para la reflexión ética porque se trata de responsabilidades colectivas, de naciones o de áreas culturales y geográficas, y no de individuos que puedan haber producido más o menos daño en el pasado. Se puede responder que los ciudadanos del Norte hemos heredado externalidades positivas del pasado conseguidas en parte

⁵³⁷ Véase al Catedrático de Filosofía de la Universidad de Barcelona CRUZ RODRÍGUEZ, Manuel. *Hacerse cargo: sobre responsabilidad e identidad personal*. Paidós. Barcelona, 1999, p. 75.

gracias a las enormes cantidades de GEI emitidos a la atmósfera. Por eso mismo, deberíamos asumir colectivamente las externalidades negativas del desarrollo industrial y capitalista.

Es sorprendente el acuerdo bibliográfico al respecto: los países desarrollados deberían asumir, según la mayoría de los autores, una mayor responsabilidad que los subdesarrollados a la hora de cargar con los costes el cambio de conductas o de políticas, sobre todo porque, paradójicamente, lo mayores costes serán sufridos por los países pobres que tienen menos que ver con la génesis del problema en el pasado.

2.1.5. Responsabilidad de primero y segundo orden

Parece evidente que, a pesar de irse conociendo el problema, no estamos respondiendo de manera responsable ni en el nivel individual ni en el colectivo. La constatación invita al desánimo y al pesimismo respecto al futuro.

En un intento de marcar algo así como “tiempos” o “fases” de responsabilidad, y sobre el supuesto de que cualquier “debe” implica un “puede”, THOMAS HEYD se plantea -en un alarde de realismo- cómo podríamos ser capaces de asumir nuestras responsabilidades de mitigación y adaptación. Para Heyd, la clave estaría en las responsabilidades *de segundo orden*. Y para explicar en qué consisten, comienza recordando la caracterización de voliciones de segundo orden proveniente de HARRY FRANKFURT⁵³⁸.

⁵³⁸ Véase al Profesor emérito de la Universidad de Princeton: GORDON FRANKFURT, Harry. “Freedom of the Will and the Concept of a Person”. *The Journal of Philosophy*. Volumen 68, Nº 1. New York, 1971, pp. 5-20. Para la visión de HEYD, *vid.* “Responsibilities , Culture and Climate Change”, en Sixth International Conference on Ethics and Environmental Policies bajo el título de *Ethics and Climate Change*, Padova , pp. 23-25 October 2008 (inédito).

Las voliciones eran para Frankfurt el tipo de deseo que, en iguales circunstancias, nos llevarán a acciones que satisfagan el deseo. Pero, como él mismo exponía, es evidente que no tenemos siempre los deseos que quisiéramos tener. Con todo, podríamos tener voliciones de segundo orden de esos deseos. Así, por ejemplo, interpreta HEYD, podemos carecer del deseo de hacer ejercicio, pero aun contar con la volición de desarrollar un deseo de hacer ejercicio.

En esta misma línea, Heyd caracterizaría la responsabilidad de segundo orden como aquella consistente en desarrollar condiciones que, eventualmente, permitan que podamos actuar a partir de nuestras responsabilidades de primer orden.

Consideramos oportuna su propuesta de que «incluso si no existen modos directos de actuación responsable tanto en la mitigación como en la adaptación, gracias, por ejemplo, a la prevalencia de prioridades a corto plazo en el nivel individual y en el social, sí habría modos de actuar a partir de nuestras responsabilidades de segundo orden: apoyando los marcos culturales que favorezcan la prevención a largo plazo de los riesgos» .

Sin embargo, estimamos que hay otras vías también posibles y complementarias a la hora de conseguir acciones responsables. Una de ellas se refiere al cambio de políticas o de leyes, cuya puesta en marcha implicaría necesariamente ciertos cambios culturales. Éstas, finalmente, favorecerían la acción responsable de mitigación y/o adaptación en el nivel individual y en el social.

2.2. La responsabilidad como el resultado de un acuerdo social

En 1962, HARDIN popularizó la que él mismo denominó como tragedia de los comunes⁵³⁹. La tragedia consistía en lo siguiente. Varios propietarios de un recurso comunitario saben que si todo el mundo explota el recurso de forma abusiva, éste, que es limitado, puede desaparecer. El interés común es, pues, restringir el consumo y no sobreexplotar el recurso. Pero la racionalidad particular de los granjeros les lleva a tratar de consumir lo más posible esperando que los demás sí respeten la iniciativa, pero aprovechando mientras para sacar un provecho individual a corto plazo. El ejemplo mostraba claramente la forma en que los individuos, incluso los gobiernos, suelen razonar en relación con la exigencia de limitación del consumo, aunque eso nos lleve a la catástrofe. En términos de racionalidad colectiva, lo que hacían los individuos era catastrófico para todos ellos.

De otro lado, DIAMOND nos recuerda en su libro *Colapso*⁵⁴⁰, cómo muchos de nuestros problemas son parecidos a los que también se esforzaron por resolver otras sociedades del pasado. Algunas fracasaron (como la Groenlandia noruega) otras triunfaron (como la japonesa y la de Tikopia). La mayoría de las sociedades colapsadas,

⁵³⁹ Véase a HARDIN, Garrett. "The Tragedy of the commons". *Science*. Volumen 162, N° 3859. Cambridge, 1968, pp. 1243-1248. La tragedia de los comunes (en inglés Tragedy of the commons) es un dilema descrito por Garrett Hardin en 1968, y publicado en la revista *Science*.¹ Describe una situación en la cual varios individuos, motivados solo por el interés personal y actuando independiente pero racionalmente, terminan por destruir un recurso compartido limitado (el común) aunque a ninguno de ellos, ya sea como individuos o en conjunto, les convenga que tal destrucción suceda. Hardin utiliza el ejemplo para analizar la relación entre libertad y responsabilidad. A pesar de que su trabajo ha sido duramente criticado por otros autores, la publicación del mismo dio comienzo a un amplio debate acerca del análisis del comportamiento humano en las áreas de economía, psicología, teoría de juegos, política, sociología, etc. Se considera que el dilema representa un ejemplo de trampa social en el que se enfatiza un conflicto social sobre el uso de los recursos comunes al implicar una contradicción entre los intereses o beneficios de los individuos y los bienes comunes o públicos.

⁵⁴⁰ Cfr. MASON DIAMOND, Jared. *Colapso: ¿Por qué unas sociedades perduran y otras desaparecen?* Debate. Barcelona, 2005, pp. 8 y ss.

lo hicieron fundamentalmente por razones ecológicas. ¿Podría un destino semejante al de la *Isla de Pascua*, por ejemplo, cernirse sobre nosotros? La respuesta es afirmativa.

China ratificó el Protocolo de Kyoto en 2002, pero está exento de recortar sus emisiones por ser una nación en vías de desarrollo. Ante esta situación, Estados Unidos reclama a China fuertes compromisos de recorte de sus emisiones antes de llegar a ninguna clase de acuerdo internacional. Y aunque China mantiene su compromiso de reducir un 20% el consumo de energía por unidad de PIB y un 10% la emisión de los principales contaminantes para 2010, reconoce junto a India o a Brasil que no serán capaces de alcanzar sus objetivos sin un apoyo tecnológico y financiero exterior. En suma, China advierte que la mayor parte del calentamiento global no ha sido causada por ellos, sino por los países avanzados. Y, en consecuencia, éstos deberían asumir el liderazgo antes de exigir a los más vulnerables asumir la mayor carga de la responsabilidad, teniendo en cuenta que su tecnología es limitada, y su historia de contaminación más escasa que la de otros países.

Como vemos, existe una gran dificultad para llegar a un acuerdo que imponga limitaciones al uso -o abuso- de un bien compartido como es el de la capacidad de la atmósfera de absorber las emisiones de gases invernadero. Además, parece evidente que las naciones que ya han emprendido acciones contra el cambio climático no han consultado ni a otras naciones ni a sus ciudadanos sobre el particular.

Pero como advierte HARDIN, la tragedia no tiene solución técnica. Requiere una solución social, consistente para él en la coerción mutua, mutuamente acordada entre los afectados.

Desde nuestra perspectiva, se trataría de que los ciudadanos -o los gobiernos representando a éstos- reconozcan el interés que comparten y garanticen unas cuotas equitativas. El tratamiento

concreto de las diversas teorías de justicia distributiva (el reparto de las habilitaciones o cuotas de emisión) supera, con todo, los límites de este trabajo.

2.3. El punto de vista moral o de la responsabilidad imparcial

Las posibles consecuencias de la ampliación de la responsabilidad en el sentido espacial y geográfico, no han sido hasta el momento suficientemente tematizadas por la ética. Lo que sí es evidente es que esta extensión es coherente con el punto de vista moral.

Una de las potenciales implicaciones extremas de la extensión planetaria de los límites de la responsabilidad podría ser -como reconoce SINGER en su libro: "Un solo mundo"- que debiéramos sentirnos igualmente responsables hacia un desconocido que viviera en el otro lado del planeta, o hacia un desconocido del futuro, que hacia mi hermano o pariente. Después de todo, cualquier ser humano merecería la misma consideración moral y tendría los mismos derechos.

En términos de responsabilidad moral de los Estados, el reconocimiento de la globalización del daño implicaría que los Estados tendrían siempre la misma responsabilidad hacia los ciudadanos de otros países que hacia los de ese Estado en concreto. Incluso podrían tener más responsabilidad hacia los ciudadanos de otro país que hacia los de dentro debido a su especial vulnerabilidad.

Han sido muchos los autores que ya han contestado ante esa estricta aplicación del punto de vista moral, incluso desde dentro del utilitarismo. Entre éstos y en España, FRANCISCO LARA ha argumentado que la moral singeriana sobreviene una "moral para santos". Su respuesta pasa por diferencias entre consideraciones morales y no morales de la acción⁵⁴¹.

⁵⁴¹ Véase LARA SÁNCHEZ, Francisco. "Una moral para santos. Sobre las exigencias

Desde fuera del utilitarismo, JAMES S. FISHKIN⁵⁴² ha contrargumentado oponiéndose a lo que él califica como consecuencialismo sistemático imparcial a partir, sobre todo, de dos exigencias no tenidas suficientemente en cuenta por éste.

Centradas en los agentes, la primera se refiere a las “obligaciones especiales”. Obviamente, estas obligaciones, surgidas de contratos, promesas o convenciones compartidas, no podrían ser admitidas desde el punto de vista de una imparcialidad estricta.

Pues bien, desde el punto de vista de una responsabilidad imparcial dría afirmarse que una comparación imparcial de los intereses situará necesariamente en un rango más alto a aquellos estados de cosas en los que se produce un gran beneficio a seres necesitados que aquellos en los que pierden poco agentes satisfechos. Pero a continuación, la estricta imparcialidad habría de llevarnos a seguir donando hasta quedarnos posiblemente con lo mínimo para satisfacer necesidades vitales. Y con ello, y según FISHKIN, habrían estallado los límites de las exigencias morales. En suma, y para concluir, FISHKIN estima convenientemente que la zona de las obligaciones morales tiende, en la posición estudiada, a confundirse a veces peligrosamente con la zona de lo supermeritorio (más allá del deber) y de lo indiferente (que no cae bajo la órbita de ningún principio moral).

Sirva el anterior debate como prueba de la urgente necesidad de abordar las implicaciones reales de la globalización de lo moral, una globalización que ha ayudado a descubrir problemas como el del cambio climático.

del consecuencialismo y las opciones centradas en el agente”. *Ética sin dogmas, racionalidad, consecuencias y bienestar en el utilitarismo contemporáneo*. P. Francés/F. Lara. Madrid, 2007, pp. 58 y ss.

⁵⁴² Cfr. FISHKIN, James. “Las fronteras de la obligación”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. N° 3. Universidad de Alicante. Alicante, 1986, pp. 69-82.

3. Sujetos de responsabilidad

El problema de la responsabilidad medioambiental, como en general el de buena parte de los debates actuales sobre el problema de la responsabilidad, es que los daños y riesgos de los que se trata en el no pueden describirse de modo pleno como consecuencia de acciones de una persona (ni natural ni jurídica) concreta. Así, por ejemplo, el agujero de ozono y sus efectos de calentamiento global sólo pueden explicarse a partir de una pluralidad indeterminada de acciones de una pluralidad indeterminada de sujetos⁵⁴³. Estas acciones, a su vez, son en amplia medida cotidianas, esto es, expresivas del riesgo general de la vida: se mueven en espacios de riesgo permitido⁵⁴⁴. En este sentido, tenemos que decir que el “problema medioambiental” es el producto de una serie de factores ideológicos, políticos y económicos cuya naturaleza es básicamente sistémica: la ideología del progreso técnico, vinculada a la “modernidad irreflexiva”; un contrato social que hace abstracción del futuro y de “los otros”; una sociedad de masas; entre otros.

Ello no quiere decir que no sea posible configurar estructuras y sujetos de imputación menos difusos: organizaciones e individuos. Pero sí permite relativizar los procesos de responsabilización que tengan lugar en este ámbito. Las estructuras de responsabilidad de base “personal” desempeñan un papel secundario en ese contexto mas general.

⁵⁴³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”. *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador... Op. Cit...* p. 145.

⁵⁴⁴ Véase a MARAVER GÓMEZ, Mario. “Riesgo permitido por legitimación histórica”. *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Tomo II. Eduardo Montealegre Lynnet (Coordinador). Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá 2003, pp. 209 y ss.

4. El modelo de civilización de la modernidad

La modernidad asumió como tarea el logro de la seguridad mediante el progreso. Y este fue entendido como sometimiento del mundo que era percibido como una realidad hostil. El sujeto de la modernidad se autocomprendía, en efecto, como definitivamente desarraigado de la naturaleza que lo circundaba. E inició el proceso de abarcarla mediante un conocimiento que tenía el carácter de auténtica conquista. Así, el ideal cognoscitivo de la modernidad se alejaba de la tradición para revestirse básicamente de razón instrumental. El objetivo era dominar ilimitadamente un mundo que ya no había de contener misterio alguno⁵⁴⁵, una naturaleza desprovista de fines inmanentes⁵⁴⁶. Entonces, el sujeto moderno, que inicialmente se había visto rodeado por una naturaleza que no comprendía y no dominaba⁵⁴⁷, procedió a transformarla mediante la técnica⁵⁴⁸. Y con ella, poco a poco, la seguridad creció. La naturaleza perdió su carácter de entorno extraño y peligroso para convertirse en algo susceptible de ser ilimitadamente instrumentalizado en beneficio propio⁵⁴⁹. Parecía que el progreso conseguiría, en efecto, liberar al hombre del que se tenía por el peor de los males: el miedo derivado de la inseguridad.

Sin embargo, el sujeto de la modernidad, que consiguió una elevada capacidad de dominación de su entorno, no adquirió a la vez un *ethos* real y eficiente del uso del poder. Conforme a la ideología que se había ido instaurando, parecía que aquel había de regirse solo por criterios de utilidad y seguridad⁵⁵⁰. De ahí que se siguiera ejercitando el dominio sobre

⁵⁴⁵ Cfr. INNERARITY GRAU, Daniel. *Dialéctica de la modernidad*. Rialp. Madrid 1990, p. 138.

⁵⁴⁶ *Ibidem.*, pp. 33 y 36.

⁵⁴⁷ Véase a GUARDINI, Romano. *El fin de los tiempos modernos: Ensayo de orientación*. (Traducción Alberto L. Bixio). Buenos Aires: Sur. Buenos Aires, 1958, p. 84.

⁵⁴⁸ Consúltese a ORTEGA Y GASSET, José. "Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía". *Obras Completas*. Volumen 21 (a cargo de P. Garagorri). Alianza. Madrid 1982, p. 31.

⁵⁴⁹ Cfr. HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Traducción de Jacobo Muñoz. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 2002, p. 127.

⁵⁵⁰ Vid. GUARDINI, Romano. *El fin de los tiempos modernos... Op. Cit...* p. 78.

la realidad natural sin prestar atención a la necesidad de instaurar un control normativo sobre aquel⁵⁵¹. Así, cada vez se hizo mas claro que el ser humano, que tenía en sus manos, en gran medida, los efectos directos de su intervención sobre la naturaleza, no controlaba los efectos mediatos de aquella. Tenía poder sobre las cosas, pero no “poder sobre su poder”: de este modo, resultaba claro que no estaba preparado para seguir el desmesurado incremento de aquel⁵⁵².

4.1. Consecuencias de la sociedad industrial: ¿Progreso?, ¿Modernidad?

De este modo, el progreso desbocado fue mostrando su lado oscuro; y el instrumento al que la modernidad confió la conducción del progreso histórico -la razón dominadora de la naturaleza- pasó a verse como una realidad atemorizante⁵⁵³. En la modernidad tardía el hombre ha vuelto a encontrarse ante un peligro, que ahora nace precisamente de aquellos esfuerzos y de aquellas estructuras que habían superado el primer peligro⁵⁵⁴. La técnica, cuya misión era resolverle problemas, se ha convertido en un nuevo y gigantesco problema para el hombre⁵⁵⁵, hasta el punto de hacerse realidad la posibilidad de destrucciones, agudas o crónicas, de una magnitud imprevisible. En términos casi proféticos, se había señalado que: «A partir de ahora y para siempre el hombre vivirá al borde de un peligro que amenaza toda su existencia y que crecerá sin cesar»⁵⁵⁶. Y, ciertamente, la opción por el modelo civilizatorio de la

⁵⁵¹ Consúltese INNERARITY GRAU, Daniel. *Dialéctica de la modernidad... Op. Cit...* p. 151.

⁵⁵² GUARDINI, Romano. *El fin de los tiempos modernos... Op. Cit...* p. 84; JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad*. Traducción Andrés Sánchez Pascual. Herder. Barcelona 1994, pp. 233 y ss.

⁵⁵³ Cfr. INNERARITY GRAU, Daniel. *Dialéctica de la modernidad... Op. Cit...* pp. 234-235.

⁵⁵⁴ Vid. GUARDINI, Romano. *El fin de los tiempos modernos... Op. Cit...* p. 84; BECK, Ulrich. *La democracia y sus enemigos*. Textos escogidos. Traducción Daniel Romero Álvarez. Paidós. Barcelona 2000, p. 23.

⁵⁵⁵ Por todos véase a ORTEGA Y GASSET, José. “*Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*”... *Op. Cit...* p. 17.

⁵⁵⁶ Consúltese GUARDINI, Romano. *El fin de los tiempos modernos... Op. Cit...* p. 85.

modernidad -un progreso sometido exclusivamente a la razón instrumental- genera su correspondiente responsabilidad. Esta se manifiesta precisamente en el padecimiento de las consecuencias lesivas que se derivan de modo directo o indirecto de la actuación regida por la pura razón instrumental: pero ¿se trata acaso de una autentica “*poena naturalis*”?

4.2. La dimensión política: El contrato social de los egoístas racionales

Ciertamente, hacía tiempo que se debía haber afrontado una reflexión sobre el modelo de la modernidad con el objetivo de una racionalización de la racionalidad instrumental. Sin embargo, la modernidad había traído consigo también un fuerte pro-ceso de individualización y, con el, una disgregación de la sociedad, con el consiguientemente debilitamiento de su entramado institucional y de la visión comunitaria⁵⁵⁷. En otras palabras, había configurado su propia superestructura política, fuertemente marcada por la ideología de la autonomía individual, que ha venido siendo entendida en amplia medida -en concreto, en su dimensión económica- como libertad de producción, de mercado y de consumo. No parece fácil negar que esta conlleva, entre otros efectos colaterales, el progresivo agotamiento de los recursos naturales y la degradación del entorno. Como tampoco es difícil constatar que la llamada a la responsabilidad moral y a la autolimitación no surte efectos de gran relevancia cuando ha de enfrentarse a aquella representación de la libertad fuertemente vinculada a la concepción moderna del ser humano como individuo egoísta racional⁵⁵⁸.

El egoísta racional, en efecto, apenas concibe una mínima solidaridad con aquellos otros seres humanos vivos a los que previamente ha definido como iguales; un proceso de definición en el que no pocos resultan excluidos de derecho o de hecho. Es, por tanto,

⁵⁵⁷ Cfr. BECK, Ulrich. *La democracia y sus enemigos...* Op. Cit... pp. 10,14 y 22.

⁵⁵⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”. *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador...* Op. Cit... p. 149.

coherente que ideas como la solidaridad global e intergeneracional no alcancen mayor trascendencia que la propia de las declaraciones altisonantes o de los espectáculos televisivos⁵⁵⁹. Ahora bien, la todavía vigente concepción del contrato social, en la medida en que se configura como mera expresión de la negociación de egoístas racionales sobre sus propios intereses, pone de relieve la naturaleza política de esa aparente “*poena naturalis*” a la que se hacía referencia mas arriba.

En efecto, la responsabilidad consistente en pechar con las consecuencias del modelo de acción instrumental de la modernidad se caracteriza por la capacidad que los propios agentes tienen de desplazarla, en medida no despreciable, hacia otros lugares y otros tiempos. La *deslocalización* de los efectos nocivos así como su desplazamiento hacia el futuro constituyen, en este sentido, una peculiar manifestación de difusa “responsabilidad de terceros por el hecho de otro”. Esta responsabilidad por el hecho de otro podría de hecho afirmarse, como luego se vera, ya para la incidencia de los efectos lesivos del progreso industrial sobre los propios habitantes de los países industrializados. Pero con mayor motivo cabe hacerlo cuando son los habitantes de otros países y, en todo caso, las generaciones futuras quienes soportan y soportaran, en ultima instancia, las consecuencias del modelo de la modernidad tardía. Lo que conviene resaltar en este momento es que dicho desplazamiento no es natural sino que tiene lugar como consecuencia de decisiones políticas mas o menos burocratizadas⁵⁶⁰. En resumen: en virtud de decisiones políticas sobre permisión de determinados riesgos, se transfiere a determinados sujetos ajenos a la creación de los riesgos la responsabilidad de cargar con sus

⁵⁵⁹ *Ídem*. «La sociedad postmoderna, bajo la mascara, hace tiempo vacía de sentido, de la autorrealización individual no constituye otra cosa sino una cruda mezcla de consumo y capitalismo, pulsión hedonista hacia el entretenimiento y cultura de la exclusión en un mundo, en verdad, profundamente inhumano».

⁵⁶⁰ El diario *El Mundo* (6 de junio de 2006) se hacía eco -p. 43- de que cada ciudadano europeo es responsable de la emisión de once toneladas de gases de *efecto invernadero* al año. Y de que, aunque Europa alberga un 7% de la población mundial, consume el 20% de los recursos. Cada europeo produce un kilo de basura al día.

consecuencias. La *poena naturalis* no es tal, sino el producto de decisiones sobre el desplazamiento de los riesgos⁵⁶¹.

Excurso. Permisi3n y prohibici3n de riesgos

Podemos decir que la decisi3n acerca de la permisi3n o prohibici3n de determinados riesgos no es, en realidad, mas que la adopci3n de una regla de distribuci3n en cuya virtud se asignan los costes de sus consecuencias a unos u otros grupos sociales. As3, la decisi3n de permitir un riesgo (por ejemplo, el recurso ilimitado al autom3vil particular; o la actividad industrial que produce residuos contaminantes hasta determinados niveles de concentraci3n) desplaza la responsabilidad -en su modalidad consistente en "pechar con las consecuencias del riesgo"- adem3s de a quienes lo generan, a la colectividad en su conjunto. En cambio, la decisi3n de prohibirlo (por ejemplo, la actividad industrial que produce residuos contaminantes a partir de un determinado nivel de concentraci3n) concentra la responsabilidad en los causantes.

Esta decisi3n puede ser tomada en el 3mbito burocr3tico de las Administraciones publicas y, en tal caso, las cr3ticas relativas a su falta de legitimaci3n apuntan normalmente hacia mas que posibles presiones de los *lobbies* as3 como hacia la falta de transparencia de las decisiones con respecto al conjunto de los afectados. Ahora bien, la referida decisi3n se puede adoptar democr3ticamente y, en tal caso, parece que desaparecen las objeciones que cupiera plantear. Sin embargo, ello solo es cierto en medida muy limitada. Es verdad que la remisi3n a la opini3n de las mayor3as ciudadanas como fuente de legitimaci3n de las decisiones pol3ticas se halla fuertemente arraigada. En ultima instancia, la idea se basa en la noci3n de la

⁵⁶¹ As3 las cosas, conviene no ignorar la importante dimensi3n de riesgo moral (*moral hazard*) que entraña esta situaci3n. Como es sabido, se llama "riesgo moral" al incremento de! riesgo de conductas problem3ticas (inmorales), y de resultados lesivos, que tiene lugar cuando el agente no sufre, en todo o en parte, las consecuencias de dichas actuaciones. SILVA S3NCHEZ, Jes3s Mar3a. "¿Qui3n debe responder de los il3citos medioambientales? Sujetos y criterios de imputaci3n de responsabilidad por il3citos medioambientales". *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador... Op. Cit...* pp. 150-151.

democracia deliberativa como fuente de auto legislación. Según esta, el deber de seguir extremadamente a la norma se basa solo en el derecho y la posibilidad de todos de participar en el proceso de conformación de la voluntad.

Ahora bien, incluso este modelo padece problemas de legitimación tanto en general como, en particular, cuando de la cuestión ecológica se trata. En primer lugar, no todos los habitantes de un determinado territorio tienen la posibilidad real de participar en el proceso de conformación de la voluntad política en relación con los riesgos medioambientales. Así, no disponen de aquella quienes carecen del estatuto de ciudadanía o, por u edad, no pueden votar. Pero, en segundo lugar, el mero hecho de votar tampoco garantiza una real participación en el proceso deliberativo de toma de decisiones. Aparte, en tercer lugar, desde luego carecen de posibilidades de intervención quienes, habitando en otros países, pueden verse afectados por las decisiones que se expresan en la política ambiental de un determinado Estado con incidencia transfronteriza o incluso global. En fin, desde luego no tienen la referida posibilidad las generaciones futuras.

Ello hace necesario que las decisiones sobre permisión y prohibición de riesgos, mas allá del problema de su legitimación formal, aborden también la cuestión de su legitimación material.

5. Hacia la concreción de la responsabilidad

La necesaria búsqueda de responsables concretos por la comisión de ilícitos medioambientales no debería hacer olvidar los elementos de responsabilidad difusa que acaban de ser aludidos. Pues, por razones derivadas de la historia de la civilización así como del propio consenso político actual, es razonable sostener que buena parte de los ilícitos medioambientales en sentido material constituyen riesgos formalmente permitidos. Ello se refiere, sobre todo, a los pequeños riesgos individuales cuya acumulación sincrónica y diacrónica resulta decisiva en la progresiva destrucción del medio ambiente global. Pero también a riesgos medianos

que generan el mismo efecto mediante su acumulación y sinergia. Los beneficios que tales conductas reportan, observados por un espectador imparcial, no compensan seguramente los costes que, a corto, medio o largo plazo producirán. Por ello, las conductas reseñadas no superan en realidad el filtro representado por la institución del estado de necesidad, que es el que, aplicado a “clases de conducta” y con matices, se halla en la base del riesgo permitido en sentido normativo.

Ahora bien, lo anterior tampoco permite ignorar la existencia de ilícitos medioambientales definidos como tales, con respecto a los cuales se plantea, obviamente, la cuestión de quien debe ser hecho concretamente responsable por su producción⁵⁶². Es cierto que, en muchos casos, la propia estructura social hace imposible la prueba de ciertos hechos, o determina que tenga lugar una persecución selectiva de ellos. En casos como estos, en que la complejidad de la situación incrementa las potencialidades peligrosas, aumenta asimismo los déficits de control e impide individualizar perfectamente al sujeto que deba ser sancionado, habría que evitar que personas concretas aparecieran como chivos expiatorios. Pero, de hecho, la tendencia a buscar una responsabilidad individual, incluso cuando consta la existencia de importantes elementos de corresponsabilidad colectiva, es una de las características de nuestro tiempo. Los candidatos son, entonces, las personas físicas y jurídicas, de Derecho privado y de Derecho Público.

Debe significarse, con todo, que el modelo de la imputación, la responsabilidad y la sanción no constituye la única forma de afrontar el problema del ilícito. Junto a el, se daría la posibilidad de acoger un modelo de “gestión”, o internalización de los costes que los agentes contaminantes externalizan⁵⁶³. Este último modelo se serviría de una

⁵⁶² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”. *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador... Op. Cit...* p. 156.

⁵⁶³ De todos modos, conviene subrayar que en la medida en que el agente pueda volver a externalizar, mediante el seguro, o mediante otros medios de desviación presupuestaria, los costes que recaigan sobre el, se mantendrá en cierta medida el nivel de “riesgo moral”.

combinación de mecanismos, como la tributación, la negociación, la persecución selectiva y el recurso a incentivos u otras manifestaciones del Derecho promocional, como medios de abordaje del referido problema. A el, sin embargo, no se hará referencia precisa aquí. Baste con indicar que dicho modelo puede entrar en conflicto -y de hecho lo hace- con la lógica de la imputación y de la responsabilidad, dando lugar a situaciones polémicas⁵⁶⁴.

5.1. Responsabilidad por el carácter masivo de la “clase de conducta”

Las conductas individuales que se producen al margen de organizaciones estructuradas no tendrán, por lo común, incidencia medioambiental sino en el contexto de su masificación y reiteración en procesos sociales⁵⁶⁵. Ello, como se ha dicho, conduce en ocasiones a que ni siquiera se consideren como formalmente ilícitas. Ahora bien, aunque constituyan ilícitos formales, puede resultar cuestionable que deban dar lugar a responsabilidad. Como se ha señalado, tales conductas constituyen, mas que el producto de decisiones defectuosas, el resultado de un desarrollo social defectuoso⁵⁶⁶.

En este punto cabe formularse dos preguntas. Por un lado, si puede beneficiarse de un tratamiento aislado de su comportamiento aquel que actúa justamente en un contexto en el que esta conducta no se produce en absoluto de manera aislada, sino como parte integrante de una actividad colectiva. Pero también por otro lado, y en sentido opuesto, la de si acaso han resultado eficaces alguna vez las reglas jurídicas de imputación en casos de infracciones jurídicas endémicas⁵⁶⁷. A este respecto, uno de los

⁵⁶⁴ El problema suscitado en Cataluña a propósito del recurso a los denominados “Planes de descontaminación gradual” es uno de entre varios ejemplos posibles.

⁵⁶⁵ Como señala el Profesor de Derecho Penal de la Universidad Complutense: ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro y Los danos cumulativos*, RECPC.04-08 (2002), pp. 8-9, 14, aludiendo a una insuficiente “culpabilidad colectiva” o “vicaria”.

⁵⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”. *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador... Op. Cit...* p. 158.

⁵⁶⁷ Sobre ambas cuestiones, JAKOBS, Günter. “La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente”. Traducción de Teresa Manso Porto. *Estudios de Derecho Judicial*.

argumentos que mas se esgrimen en defensa de las estructuras de ilícitos de acumulación es el que procede por comparación con la autoría accesoria. Así, el que realiza una conducta a sabiendas de que esta, acumulada a otras, resulta peligrosa respondería del mismo modo en que lo hace un autor accesorio en los casos de causalidad cumulativa.

Sin embargo, al menos hay dos diferencias entre una y otra estructura. En primer lugar, la responsabilidad por ilícitos de acumulación no puede liberarse de una consideración hipotética (que sucedería si todos los hicieran). Expresado de otro modo: no solo considera elementos de pasado y de presente (la realidad sobre la que se proyectaría la aportación individual) sino también elementos de futuro. Así las cosas, la pregunta sería la siguiente: ¿puede un sujeto realizar una conducta en sí no peligrosa cuando es lo mas probable que a la aportación causal de esta se sumen otras aportaciones causales posteriores de otros (que habrán de ser realizadas libremente) y, eventualmente, se produzca un daño?

En segundo lugar, la anterior diferencia, con ser importante, no es la única. En efecto, en los casos de autoría accesoria y de causalidad cumulativa estamos ante un único hecho, que se proyecta sobre un determinado objeto de la acción. En los casos de ilícitos de acumulación, en cambio, no se puede hablar de un único hecho sobre el que recaen varias aportaciones, sino de una pluralidad de hechos. La dispersión en el espacio y en el tiempo de las conductas integradas en la relación de acumulación impide hablar razonablemente de un hecho y de un riesgo al que se ha contribuido. Así, en los casos de acumulación nos hallamos ante una especie de autoría accesoria universal, sin que sea posible hablar de que todos los autores accesorios intervienen en un hecho. Un hecho que todavía no se ha producido, pues es preciso incluir en el aportaciones futuras.

Por tanto, la relativa análoga con la autoría accesoria⁵⁶⁸ no debe hacer olvidar las diferencias existentes y, además, la relación de los delitos de acumulación con un fenómeno nuevo, concretamente, el del comportamiento masivo.

Lo anterior determina que la configuración de hipótesis de responsabilidad individual en estos casos pueda someterse a crítica, desde luego a la luz del Derecho penal. Seguramente este no sea el caso del Derecho Administrativo sancionador que, en buena medida, resulta, en nuestra consideración, precisamente un Derecho de prevención de daños cumulativos.

5.2. Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional

Cuando las acciones individuales aparecen estructuradas en organizaciones complejas la potencialidad lesiva de estas aparece de modo mucho mas evidente y, en esa medida, también se hace patente la necesidad de imputación y de responsabilidad.

La imputación individual de responsabilidad por hechos ilícitos se asienta, de entrada, en el criterio de la organización defectuosa de la propia esfera de libertad. En términos clásicos, esta idea se expresa por referencia a dos importantes principios jurídicos: el de *neminem laedere*; y el de *casum sentit dominus*⁵⁶⁹. En virtud del principio *neminem laedere* todos y cada uno tenemos el deber de organizar la propia esfera jurídica de modo que de ella no resulten daños para los demás, que sean imputables a dicha organización⁵⁷⁰. En virtud del principio *casum sentit dominus*, por su parte, todos estamos obligados a soportar las

⁵⁶⁸ Ello, dejando aparte que la propia equiparación de la autoría accesoria, en la que no hay dominio funcional del hecho, y la coautoría es discutible.

⁵⁶⁹ El texto mas importante sobre estas cuestiones y su relación con la solidaridad es el de BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Bosch. Barcelona, 1994, pp. 43 y ss.

⁵⁷⁰ *Ídem*.

consecuencias lesivas de procesos no imputables objetivamente a actos de organización lesiva de terceros. La combinación de ambos principios determina que sólo pueda calificarse como ilícito jurídico aquel hecho que afecta a una esfera de libertad jurídicamente garantizada o a sus condiciones de posibilidad⁵⁷¹. El ilícito es, pues, ante todo, un abuso de la “autonomía” y, por tanto, una injerencia en la esfera de la libertad ajena, en menoscabo de ésta; en otras palabras, una ampliación de la propia esfera de libertad a costa de la de los demás, de modo no “generalizable”.

De la organización defectuosa de la propia esfera de libertad debe distinguirse el segundo gran criterio de imputación de responsabilidad: la responsabilidad por la integración de una institución (o posesión de un *status* especial). Las instituciones surgen como consecuencia de la necesidad humana de alcanzar una cierta medida de esperabilidad de las conductas de los demás que no se obtendría por referencia a la organización individual de cada uno. Así, pueden definirse como representaciones complejas sobre situaciones tipificadas, relaciones de conductas y procesos, que generan un haz de deberes de acción y de omisión. En general aparecen, no en virtud de una planificación racional, sino históricamente, si bien es cierto que, cada vez más, también desempeñan en ellas un papel rector de proyectos pensados. Pero lo importante es que, una vez que un sujeto se integra en una institución (mundo en común), y por el mero hecho de integrarse en ella, la sociedad puede esperar de él la realización de determinadas conductas. Las instituciones, en efecto, contienen precisos modelos de comportamiento sustraídos a la capacidad individual de organización y respecto a los que sólo cabe la adhesión: así, en el matrimonio, la familia, la función pública.

Que la imputación de responsabilidad se asiente sobre la dualidad “responsabilidad por organización”- “responsabilidad institucional” pone de

⁵⁷¹ La vigencia del principio *casum sentit dominus*, como clausula de cierre de un modelo liberal de relaciones jurídicas entre los ciudadanos, tiene, sin embargo, excepciones. Estas vienen dadas por la existencia de los deberes generales de *solidaridad activa y pasiva* (o sacrificio). En el contexto que aquí interesa no procede, sin embargo, entrar en ellas.

relieve la relativa intrascendencia de la causalidad como criterio de imputación. Es cierto que la producción de un daño requiere una transformación del mundo exterior y que ésta se suele explicar en términos de causalidad o, al menos, de determinación conforme a leyes de experiencia. Sin embargo, tienen razón HART/HONORÉ⁵⁷² al señalar que «*it is the plain mans notions of causation (...and not the philosophers or the scientists) with which the law is concerned...*». Es esto lo que permite afirmar, de modo ya ampliamente compartido, que cabe responsabilidad sin causalidad e igualmente causalidad sin responsabilidad. Y que esa responsabilidad se vincula, por encima de cualquier otra consideración, a la infracción de deberes en relación con el medio ambiente: deberes de organización (que pueden infringirse por acción y por omisión) y deberes institucionales (que asimismo pueden infringirse por acción y por omisión).

5.3. Responsabilidad por atribución y responsabilidad por hecho propio

La imputación de responsabilidad por organización tiene como destinatarios, en el ámbito de los ilícitos medioambientales, a las empresas⁵⁷³ y también a las administraciones públicas susceptibles de generar procesos contaminantes⁵⁷⁴. Ahora bien, la responsabilidad por

⁵⁷² Cfr. ADHOLPUS HART, Herbert – HONORÉ, Tony. *Causation in the Law*. 2ª edición. Oxford University Press. New York, 1985, p. 1.

⁵⁷³ Sobre los presupuestos de la responsabilidad de las empresas en el Derecho administrativo sancionador español, cfr. el art. 130.I de la Ley 30/92. Asimismo, las SSTC 246/ 1991, de 19 de noviembre, y 129/ 2003, de 30 de junio, que apunta como criterios fundadores de tal responsabilidad al bien jurídico, la necesidad de protección eficaz y el riesgo que debe asumir la persona jurídica. Vid., en fin, la STSJ Comunidad Valenciana (Sala contencioso-administrativa) de 2 de marzo de 2001. En Derecho penal español, la imposición de consecuencias accesorias a las personas jurídicas se regula en el art. 129 CP.

⁵⁷⁴ Cfr. la STSJ Cantabria (Sala contencioso-administrativa) de 7 de octubre de 2005, a propósito de los vertidos ilegales efectuados por un Ayuntamiento; también la STSJ Andalucía (Sala contencioso-administrativa) de 4 de diciembre de 2000, en un caso al que se imputa a un Ayuntamiento haber consentido unos vertidos ilegales en un terreno del que era propietario incumpliendo además sus obligaciones de vigilancia y control. En este último supuesto puede conservarse la concurrencia de deberes de organización (los derivados de la propiedad del terreno) y deberes institucionales (los derivados de las

organización asume aquí contornos peculiares, en la medida en que se trata de agrupaciones o colectivos de personas físicas. Es decir, en la medida en que no puede hablarse, en puridad, de la realización de una conducta (ni activa ni omisiva) por parte de la persona física privada o pública. La responsabilidad de estas agrupaciones de personas por la organización de procesos atentatorios contra el medio ambiente puede adoptar, así, un doble modelo: o bien se configura como una responsabilidad por atribución, o por transferencia; o bien se configura como una responsabilidad por “hecho propio”. En el primer modelo se trata, por un lado, de constatar la realización de un hecho ilícito por parte de una persona física (básicamente, la comisión activa o comisión por omisión de un órgano de la persona jurídica). Y, por otro lado, de precisar el título de imputación (o transferencia) a la persona jurídica del hecho del órgano a efectos de la responsabilidad de aquélla. Un ejemplo de esta configuración se manifiesta en el art. 6 de la Decisión Marco 2003/ 80/ JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal (DOCE de 5 de febrero de 2003)⁵⁷⁵, que indicaba:

«1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por las conductas indicadas en los arts. 2 y 3 cometidas en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en:

- a) Un poder de representación de dicha persona jurídica, o
- b) Una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- c) Una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica, así como por complicidad o instigación en la

funciones de vigilancia y control).

⁵⁷⁵ Se utiliza a modo de ejemplo, a pesar de que la STJCE de 13 de septiembre de 2005 declaró esta Decisión Marco incompatible con el principio de primacía del Derecho comunitario, dando la razón a la Comisión en su conflicto con el Consejo.

comisión de las conductas indicadas en el art. 2.

2. Además de los casos previstos en el apartado 1, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica de que se trate cometa las infracciones indicadas en los arts. 2 y 3 en provecho de dicha persona jurídica».

De este modo, las dos ideas centrales que permiten la atribución de responsabilidad a la persona jurídica son: a) que el delito se haya cometido “en su provecho”; y b) que el delito pueda relacionarse, por acción o por omisión de vigilancia o control, con la conducta de una persona que ostente un poder de dirección en aquélla. La idea rectora es que la actuación de una persona física con poder de dirección y el hecho de que tal actuación tenga lugar en interés de la empresa constituyen indicios de la existencia de una relación estructural objetiva de riesgo entre el funcionamiento de la empresa en sí y el resultado delictivo producido, que da lugar a responsabilidad.

En el segundo modelo, en cambio, se trata de buscar un hecho propio de la persona jurídica al que vincular su responsabilidad por organización. A este respecto, está claro que las personas jurídicas pueden ir configurando con el tiempo, y sin que ello sea atribuible a nadie en particular, una realidad objetivamente favorecedora de la comisión de ilícitos por parte de sus integrantes (organizándose de modo defectuoso). Ello no constituye un acto en sentido estricto, sino un “estado de cosas” que puede ser considerado objetivamente antijurídico. El injusto de la persona jurídica se hallaría, más bien, en una conducción de la vida jurídicamente desaprobada. Como ha expresado con claridad LAMPE, la empresa así configurada da lugar a un injusto de sistema (*Systemunrecht*), ya por su “filosofía organizativa” (*corporation policy*), por su deficiente estructura de organización (*management failure*): esto es, constituye un

estado de injusto⁵⁷⁶. Ese sistema de injusto es el que puede fundamentar su responsabilidad.

5.4. La individualización de la responsabilidad en el marco de la organización lesiva

Llegados hasta este punto, es menester de que nos ocupemos en la materia de dilucidar y analizar a la responsabilidad desde el marco estructural de un ente organizado para brindar un bien o servicio. Así, estudiaremos, fundamentalmente, la función de los superiores y los subalternos, protagonistas de esta fase de reflexión.

5.4.1. De los superiores

La responsabilidad del colectivo (persona jurídica) no excluye la responsabilidad individual (que, obviamente, es especialmente importante en Derecho Penal). Pues bien, para determinar el sujeto individualmente responsable, en el caso de que el hecho se haya realizado en estructuras complejas (en particular, empresariales)⁵⁷⁷, lo decisivo no es, en absoluto, la ostentación de la condición formal de administrador o directivo de la empresa en la que se producen los hechos jurídicamente relevantes. Por el contrario, es preciso que se constate una intervención material en el supuesto fáctico. Para ello, hay que servirse de las estructuras convencionales de imputación activa u omisiva para atribuir el hecho (en virtud de su dominio social sobre aquél) a sujetos que, normalmente, no serán quienes de modo directo hayan realizado la última aportación causal

⁵⁷⁶ Véase a LAMPE, Ernst-Joachim. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Editora Jurídica Grijley. Perú, 2003, pp. 129 y ss.

⁵⁷⁷ Como ya se indicara, los ilícitos de organización pueden cometerse no sólo en el ámbito de empresas privadas, sino también en el ámbito de las administraciones públicas, operen éstas mediante formas del Derecho Privado (sociedades mercantiles) o no. A propósito de las infracciones administrativas, Cfr. CALVO CHARRO, María. *Sanciones medioambientales*, Madrid/Barcelona. Marcial Pons, 1999, pp. 71 y ss.

al hecho (éstos habrán de ser seguramente empleados subalternos). En Derecho Penal resultan de especial interés para la consecución de este fin *la autoría mediata activa* (art. 28, 1 CPE) y la autoría en comisión por omisión (art. 11 CPE). La primera, que exige acreditar la efectiva instrumentalización del subordinado mediante órdenes o indicaciones que dieran lugar a la producción del hecho, plantea, sin embargo, problemas importantes de prueba en estos casos. 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 éste, pudiendo, no adoptó las medidas adecuadas para la evitación del resultado.

Un ejemplo significativo de todo ello lo ofreció la STC 62 / 1994, de 28 de febrero, ponente GABALDÓN LÓPEZ. En ella se desestimaba el recurso de amparo interpuesto por el Director de una factoría de la entidad “Caolines de Vimianzo S.A.” contra su condena por delito contra el medio ambiente en la Audiencia Provincial de La Coruña⁵⁷⁸. La base de la condena había sido la apertura de las válvulas del embalse sito en la factoría por persona no identificada vinculada a la misma, con la consiguiente producción de un vertido contaminante. El Tribunal Constitucional indica al respecto que el hecho:

«... tuvo lugar por omisión de ciertas exigencias técnicas en cuanto a la empresa y de la vigilancia debida en cuanto a las circunstancias que podían determinar la apertura de las válvulas y al hecho mismo de su apertura. Señala, así, la Sentencia que, aun reconociéndose de las tres versiones posibles antes citadas (o sea, la de que se abriesen dichas válvulas por iniciativa propia del agente, por cumplimiento de órdenes genéricas, o atendiendo a órdenes concretas) la más beneficiosa para el inculpado, no queda excluida su responsabilidad, pues aun no debiendo ignorar

⁵⁷⁸ SAP La Coruña de 26 de junio de 1991, ponente CABANAS GANCEDO.

la posibilidad de una actuación así, no habría hecho lo necesario para eliminarla, lo cual estaba a su alcance, puesto que la válvula estaba situada en una caseta cerrada y por tanto controlable; por otra parte, el acusado, aun desconociendo la composición química del agua del embalse de la fábrica, porque no se habían instalado medidores automáticos, no adoptó las medidas necesarias para que no se produjera bajo ningún concepto a la apertura de las válvulas de desagüe y por tanto al vertido de aguas incontroladas. Es decir, que comprobado el vertido y sus consecuencias dañosas por pruebas directas en las cuales no podemos entrar por ser su apreciación competencia exclusiva del Tribunal que dictó la sentencia penal, en ésta se valoraron explícitamente las inferencias derivadas de los indicios comprobados (apertura de los desagües, situados en una caseta, por persona no determinada) hasta concluir mediante un proceso de inferencias que debe considerarse razonable, en la responsabilidad del acusado por omisión de la diligencia que le era exigible para evitar unas consecuencias como las que se produjeron, al menos impidiendo que nadie sin su autorización tuviese acceso al lugar cerrado donde estaban instaladas las válvulas de desagüe».

5.4.2. Delegación

Con todo, en tales estructuras jerárquicas de empresa, la constatación de la existencia o no de una delegación de competencias en materia medioambiental constituye un elemento fundamental en la determinación de la responsabilidad⁵⁷⁹. Pues, en efecto, habiéndose producido una delegación de este aspecto de la gestión de la empresa por parte de los administradores o altos directivos de la misma en terceras personas

⁵⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”. *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador... Op. Cit...* pp. 167-168.

(directores técnicos), serán éstas últimas quienes en primera instancia responderán del delito. Ello, desde luego, tampoco significa que el delegante (administrador, director general, gerente) quede, en virtud exclusiva del acto de delegación, exento de toda responsabilidad por el hecho producido. Al contrario, como se señala mayoritariamente, cabe que responda también sobre la base de la responsabilidad residual que permanece, incluso después de la delegación, como resto de su posición originaria de garantía⁵⁸⁰. Ahora bien, para ello debe poder constatarse que ha vulnerado alguno de los deberes que integran tal "posición originaria (o residual) de garantía". Los títulos de responsabilidad del delegante integrados en tal esfera pueden ser diversos: así, la infracción de deberes en la selección, formación, información o dotación de medios económicos para el delegado; la infracción de deberes de coordinación de esferas funcionales de sus diversos delegados; la infracción de deberes de vigilancia y supervisión⁵⁸¹; etcétera. Pero, en todo caso, es patente que, producida la delegación, el responsable en primera instancia será el delegado y que la responsabilidad del delegante requerirá que se acredite de modo concreto la vulneración de alguno de esos deberes. Por ejemplo, producido un vertido contaminante, éste puede deberse a razones distintas: así, a un mero accidente (cuyo acaecimiento podría atribuirse al mero azar o bien a la empresa que construyó la estación depuradora o que la revisa periódicamente), al mal funcionamiento permanente de dicha estación depuradora, o incluso a un déficit estructural del proceso de producción (por ejemplo, por las materias primas empleadas), que determine que tengan lugar vertidos aun con correcto funcionamiento de la estación depuradora.

⁵⁸⁰ Sobre la posición de garantía originaria del "titular de la empresa" véase a BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial". *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los Consejos de Administración*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 1995, pp. 61 y ss., 63, 74.,

⁵⁸¹ A este respecto, es especialmente importante en Alemania la figura de la "Aufsichtspflichtverletzung" (infracción del deber de vigilancia) del § 130 OWiG (*Ordnungswidrigkeitengesetz*, Ley de contravenciones), que parece ir convirtiéndose en un modelo de política jurídica para toda Europa.

Obviamente, cada una de esas variantes nos conduce a esferas de responsabilidad muy distintas, lo que obliga a un análisis exhaustivo de la concreta configuración del caso. En particular, debe tenerse en cuenta el caso del delegado (director técnico, por ejemplo) que, pese a haberlo solicitado reiteradamente, no recibe de sus superiores jerárquicos (gerente, administrador) los medios necesarios para el correcto desempeño de sus funciones. En supuestos de este carácter, y aun con matices que aquí no pueden ser considerados, seguramente debe estimarse que el delegado cumple con sus funciones de modo pleno (neutral, *standard*), de modo que la responsabilidad habrá de recaer exclusivamente sobre la persona del delegante.

La relación de delegación de competencias puede producirse no sólo en el ámbito interno de una empresa, sino también *entre empresas distintas*. A estos casos de relaciones entre empresas deben aplicarse los criterios generales de la delegación; ésta traslada el núcleo fundamental de la responsabilidad a la empresa "delegada", persistiendo en la empresa "delegante" sólo los ya referidos deberes residuales. Una situación problemática puede producirse cuando, dada una relación contractual entre dos o más empresas para realizar una determinada actividad, nada se establece expresamente en cuanto a cuál de ellas le corresponde el control de los aspectos medioambientales derivados de tal actividad. En tal caso, y en ausencia de disposiciones imperativas que prohíban la delegación de responsabilidad o se la asignen a alguna de ellas en concreto, la imputación requiere una determinación de los usos del sector industrial de que se trate, en los que habría que tratar de hallar reglas implícitas de imputación

5.4.3. Empleados subalternos

En cuanto a los empleados subalternos que proceden, en muchas ocasiones, a activar de modo inmediato el curso causal lesivo, la doctrina dominante tiende a fundamentar su exención de responsabilidad a partir de

consideraciones de error de tipo, de error de prohibición o de inexigibilidad de otra conducta. Sin embargo, no siempre puede afirmarse que estos sujetos se encuentren en situaciones de error o coacción. La fundamentación debe orientarse más bien al hecho de que el aspecto de incidencia sobre el medio ambiente de los depósitos, extracciones, vertidos, etcétera, se encuentra por completo al margen de la esfera de competencia y decisión de estos sujetos, quienes se limitan a desempeñar su trabajo en términos perfectamente neutros⁵⁸². Esto es, a la estimación de que conductas “ordinarias” enmarcadas en una relación laboral (que responden a un rol socialmente adecuado, sin excederse de los términos del mismo) no pueden ser jurídicamente relevantes. Esta última postura es la que sostiene la doctrina del denominado “comportamiento standard”⁵⁸³.

6. A cerca de los administraciones y funcionarios de control: responsabilidad institucional

Un caso diferente del característico de la responsabilidad por organización es, como se ha indicado, el que se plantea a partir de la existencia de una institución que se justifica por el cumplimiento de los fines genéricos de la Administración Pública, proyectados de modo concreto en el ejercicio de funciones protectoras del medio ambiente. Este es el caso de la administración pública competente para la gestión medioambiental en aquellos sistemas jurídicos en que la protección del entorno se halla enmarcada en un contexto regulativo administrativo. En el marco de este contexto de regulación, se espera de la Administración, en general, y de sus

⁵⁸² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”. *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador... Op. Cit...* p. 170. Para el Penalista Catalán, «el empleado de nivel inferior podrá, en cambio, responder si el modelo de organización de la empresa es ampliamente descentralizado (como en los sistemas de *lean management*), de modo que incluso en tales niveles inferiores existe una capacidad de valorar las situaciones y tomar decisiones en función de ello. En definitiva, cabrá estimar responsabilidad en tanto en cuanto exista una esfera de auto-organización (y sólo dentro de la misma). Si no existe tal capacidad, no puede tampoco atribuirse responsabilidad.

⁵⁸³ *Ibidem.*, p. 171.

funcionarios públicos en particular, la realización de una serie de conductas activas y la abstención de realizar otras, todo ello en cumplimiento del deber de garantía institucional que pesa sobre ellos⁵⁸⁴. Por ello, y según la configuración del caso, puede reputarse ilícita la intervención activa (por ejemplo, concesión de autorizaciones) u omisiva (la no realización de inspecciones) de la referida administración, con la consiguiente atribución de responsabilidad⁵⁸⁵.

Ahora bien, para que la dinámica institucional se desarrolle correctamente conviene no ignorar que la institución “Administración medioambiental” se integra de personas que son quienes, en última instancia, valoran la procedencia de conceder o no permisos y licencias, de llevar a cabo inspecciones o no, y de reflejarlas correctamente o no, dando lugar a las correspondientes rectificaciones. Este contexto explica que en Derecho Penal español se haya producido una atribución de responsabilidad penal a los funcionarios públicos competentes que se expresa, por ejemplo, en el art. 329 CPE y que, asimismo, es posible derivar de la relación entre el art. 325 y ss. y el art. 11 CPE.

7. El CPE, el sujeto activo del delito contra el medio ambiente y el principio *societas delinquere non potest*

Toda vez que ya nos dedicamos al estudio de los algunos tópicos que tratan las hipótesis de responsabilidad que se pueden dar entre los integrante de un ente colectivo, es importante mencionar que, la reciente introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho Penal Español, supone la ampliación del número de sujetos a los

⁵⁸⁴ A este respecto, debe, con todo, subrayarse el déficit de institucionalización de la administración medio-ambiental. Algo que resulta patente si se compara, por ejemplo, con la administración tributaria.

⁵⁸⁵ Cfr. la STSJ País Vasco (Sala contencioso-administrativa) de 18 de febrero de 2005, en la que se condena a un Ayuntamiento, en un supuesto de contaminación acústica, por omisiones de inspección y de revocación de licencias.

cuales la norma penal va dirigida, llegando de este modo a abolir el principio *societas delinquere non potest*, al posibilitar la aplicación del *ius puniendi* a las personas jurídicas. Lo que significa que ahora, en el marco de los delitos ambientales, las *societas delinquere et puniri potest*, toda vez que concurren los presupuestos establecidos en el art. 31 *bis* del CPE.

Así pues, ya desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, el mensaje de la norma contenida en los artículos 325 va dirigida de forma indeterminada e indiferenciada a cualquier sujeto que pueda realizar la conducta descrita en dicho tipo penal. En efecto, la utilización de la expresión genérica «el qué» o «quiénes», permite una interpretación no restringida del núcleo de los posibles sujetos activos y determina la configuración del delito ecológico, como un delito común al no requerir en su contenido característica específica alguna.

Lo mismo viene acaeciendo con la categoría de sujetos, puesto que la introducción del art. 329 en el CPE de 1995, ya describía un tipo especial cuyo sujeto activo ha de ser autoridad o funcionario. Sin embargo, otra característica de los delitos ecológicos es que la condición de sujeto activo recaiga igual y fundamentalmente sobre las empresas. Por lo cual el Código Penal de 1995 ya preveía en el art. 327 (Parte Especial) y en concordancia con el art. 129 (Parte General) del mismo cuerpo normativo, la posibilidad de aplicar consecuencias accesorias a las personas jurídicas.

La introducción de estas cláusulas, tanto en la Parte General como en la parte especial del Código Penal de 1995, fue la respuesta que el legislador ha dado a la insuficiencia de las sanciones de carácter administrativo impuestas a las empresas. De esta forma, el principio *societas delinquere non potest* que rechaza tradicionalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵⁸⁶, ha sido permeabilizado a través de las

⁵⁸⁶ Véase a quien fuera Magistrado de la sala 11 del Tribunal Supremo español y Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid BARBERO SANTOS, Marino. “¿Responsabilidad penal de la empresa?” *Actualidad Penal*. Nº 23, 1987, p. 344, el autor nos puntualiza que este principio ha recibido críticas en el Derecho Penal europeo desde años atrás.

consecuencias accesorias, cuya naturaleza también ha sido objeto de constante análisis, para determinar si estas se encuadran en la categoría de las penas⁵⁸⁷, medidas de seguridad o simplemente, no pertenecen a ninguna de ellas.

7.1. Variación de paradigma en el sujeto activo del delito ambiental: *Societas delinquere et puniri potest*

Resulta casi una obviedad por el colectivo, que en el Derecho Penal continental se admite la intervención del Derecho Administrativo sancionador para aplicar sanciones a las personas jurídicas infractoras. Sin embargo, el debate sobre la posibilidad de derogar o no el principio clásico *Societas delinquere non potest*, se ha instalado fuertemente en los años ochenta⁵⁸⁸, cuando emergen numerosos problemas ecológicos provocados por los diversos tipos de procesos productivos. Si bien ya los señalamos, no podemos dejar de recordar que entre aquellos procesos se encuentran los famosos casos de fugas de radioactividad en centrales eléctricas, como Chernóbil en Ucrania, fugas de gases tóxicos que se escapan de industrias químicas, como Seveso en Italia y Bhopal en India; centrales térmicas como Cercs en España. La catástrofe ecológica del parque nacional Doñana

⁵⁸⁷ En esta línea, BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Las sanciones del Código Penal aplicables a las personas jurídicas en los delitos contra el medioambiente*. En, Jorge Barreiro Agustín (Director), *Estudios sobre la protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Comares. Granada, 2005, pp. 154 y ss.

⁵⁸⁸ Se debe aclarar, que luego de la primera Guerra Mundial, se favoreció a la valoración de la persona jurídica como una persona real, formada por hombres reunidos y organizaciones *mediante* común y única fuerza de voluntad y de acción para el cumplimiento de fines que superan la esfera de los intereses individuales. Valoración que se vio motivada por el desbordamiento del derecho económico-social, pues la coyuntura obligo a los legisladores a regular la producción, distribución, y consumo de productos. Y justamente las sociedades comerciales o industriales, se convirtieron en las principales infractoras de las normativas. También en el Congreso sobre Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Comunitario, que tuvo lugar en Mesina en 1979, se recomendó a los Estados miembros que elaboraran un sistema represivo, que comprenda sanciones de naturaleza penal, administrativa o *sui generis* para las personas jurídicas, *vid*, BARBERO SANTOS, Marino. “¿Responsabilidad penal de la empresa?” “¿Responsabilidad penal de la empresa?” *Actualidad Penal. Op. Cit...*, pp. 1082 y 1083; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal”. En, *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Adán Nieto Martín (Coordinador). Universidad Castilla La Mancha. Cuenca, 2001, pp. 977 y ss.

afectada por lodos tóxicos de Aznalcóllar y otros hechos graves causados por súper-petroleros que han naufragado provocando efectos irreversibles sobre el ecosistema. Como son los casos de Amoco Cádiz en Bretaña, Exxon Valdez en Alaska, Prestige en Galicia.

La realización de los casos referidos, a partir de los procesos desarrollados en el marco de las personas jurídicas, dedicadas a rubros vinculados a actividades peligrosas y riesgosas, que afectan directamente al ambiente en sus componentes naturales y también al hombre; como la realización de hechos no vinculados directamente al ambiente, pero desarrolladas en el marco de las empresas, han influenciado claramente en el debate dogmático doctrinal del Derecho Penal continental y sus respectivas legislaciones, que en razón a la evidente necesidad han procedido a derogar paulatinamente el principio *Societas delinquere non potest*, discutiéndose bajo que presupuestos puede imponerse una sanción penal a una persona jurídica⁵⁸⁹. Postulados estos que se manifiestan por primera vez en la Recomendación 18/88, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa que propuso «la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan»⁵⁹⁰. Recomendación que llega realmente a su concreción con la Directiva 2008/99/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal, y «que en su artículo 7 obliga a los Estados miembros a adoptar medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas sean castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias»⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas". *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 53. EDERSA/Universidad Complutense: Instituto Universitario de Criminología. Madrid, 1994, p. 617.

⁵⁹⁰ *Ídem*.

⁵⁹¹ Vid. HAVA GARCÍA, Esther. "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente". En, Álvarez García (Director). *Derecho Penal... Op. Cit...* pp. 1034 a 1036.

Resulta por tanto, palpable e indiscutible que la Unión Europea ha consensuado la necesidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, en las legislaciones de sus países integrantes. De este modo, a través de la recomendación influenció, y por medio de las Directivas obligó a que en el modelo del Derecho continental, así como ya lo incorporaba el Derecho anglosajón, se establecieran las sanciones penales a las personas jurídicas. Razón por la que además de considerar los elementos político criminales respecto del perjuicio que las empresas infractoras ocasionan a los individuos y a la sociedad, y la dificultad existente sobre la identificación de las personas físicas responsables de las infracciones empresariales, también desde la dogmática, se vio la necesidad de valorar la diferencia de los modelos penales vigentes en los países miembros de la UE. Lo que ha llevado a admitir tres formas distintas de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR⁵⁹², propulsor en la doctrina española de la imputación a la persona jurídica los clasifica en:

a) Responsabilidad impropia: la que permite que las consecuencias económicas del delito cometido por una persona física (multa, indemnización a perjudicados) se pongan a cargo de la persona jurídica en cuyo nombre e interés se haya actuado, de tal modo que la persona jurídica quedaría obligada solidariamente al pago de las citadas cantidades, aunque podría repetir contra la persona física criminalmente responsable. Esto constituye una forma impropia de exigir responsabilidad a la persona jurídica.

⁵⁹² Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas"... *Op. Cit...* p. 618. El autor representa a la doctrina minoritaria española que considera que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y la sanción penal de las mismas es una exigencia de las actuales necesidades de la Política Criminal. Por ello, a la tesis de antropomorfismo pueril decimonónico en el que se inspira el legado del principio *Societas delinquere non potest*, debe contraponerse la nueva forma criminológica del delito colectivo. El mismo, "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *Societas delinquere non potest*". *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 11. EDERSA. Madrid, 1980, págs. 80 y 83 y ss. En esta línea, BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 34 y ss.

Modelo aplicado anteriormente en países como Bélgica e Italia. En la actualidad, en el primer país rigen preceptos que se han introducido en el Código Penal y que reconocen expresamente la derogación del principio *Societas delinquere non potest*. En Italia en cambio, aún existen fuertes reticencias para la abolición del principio *Societas delinquere non potest*, pues con la entrada en vigor del Decreto Legislativo de 8 de junio de 2001, se prevé la aplicación de responsabilidad administrativa para las personas jurídicas; pero lo llamativo es que aquella se encuentra vinculada directamente a los hechos constitutivos del ilícito penal y son aplicadas por el juez penal en el seno de un procedimiento penal. En estos países sin embargo, al vincular el principio de referencia con la protección jurídico penal⁵⁹³ del ambiente, se observa que las normas penales cumplen la misión de proporcionar coercitividad legal a las disposiciones administrativas y las órdenes de las autoridades competentes en materia ecológica⁵⁹⁴. Por tanto, se enmarcan en un Derecho penal absolutamente dependiente del Derecho administrativo.

b) Responsabilidad propia indirecta: es la que permite en determinados casos, que el delito de una persona física sea imputado también, con sanciones específicas, a una persona jurídica. En este contexto se discuten fundamentalmente los criterios de imputación que permiten tal atribución, admitiéndose el de actuar en la esfera de la persona jurídica, el de que la acción de la persona física aparezca en el contexto social como de la persona jurídica y el de haber actuado en nombre e interés de la persona jurídica. Esta forma de sancionar indirectamente a las personas jurídicas, se instala, como figura capaz de sortear el infranqueable principio de culpabilidad que rige en el Derecho continental, de manera que este principio permanece incólume y al mismo tiempo, con la figura rotulada como consecuencias accesorias, se logra sancionar a las personas jurídicas,

⁵⁹³ Véase a GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 56.

⁵⁹⁴ HEINE, Günther. “Nuevos desarrollos nacionales e internacionales del Derecho Penal del medio ambiente”. *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal económico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 217.

sobre las que político- criminalmente, recae generalmente la calidad de sujeto activo en los delitos ambientales y de otros hechos delictuales.

Modelo anteriormente aplicado en España, donde el Código Penal de 1995, introduce en primer lugar la sanción penal al que actuare en representación de otro; es decir la actuación de una persona jurídica une a la realizada en representación de otro, e incluye al administrador de hecho y de Derecho. Este precepto corresponde derogado art. 31 del CPE, que tras la reforma de 15 de noviembre de 2003, fue objeto de modificación por la introducción realizada en el referido artículo, de un segundo párrafo que establece la responsabilidad directa y solidaria de las personas jurídicas al pago de la pena de multa. No obstante, debe recordarse, que el CPE de 1995, ya había introducido las consecuencias accesorias para las personas jurídicas, preceptuado en su art. 129.

El vigente Código Penal español legislaba indirectamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de la existencia del Art. 129⁵⁹⁵ y sus diversas concreciones en la parte especial, entre las que se encuentra el Art. 327, que es aplicado en concordancia con los artículos 325 y 326 en el marco de la protección al ambiente, y que posibilita imponer determinadas consecuencias accesorias a las personas jurídicas o empresas contaminantes. Sin embargo, recientemente, en España, el modelo para sancionar a las personas jurídicas, recibió modificaciones con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica

⁵⁹⁵ En la doctrina española son numerosos los trabajos realizados sobre las *consecuencias accesorias* impuestas a las personas jurídicas, por todos, TAMARIT SUMALLA, José María. "Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas". En, Díez Ripollés/ Romeo Casabona/ Gracia Martín, Higuera Guimera, (editores). *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, 2003, p. 1153. BACIGALUPO BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Las sanciones del Código Penal aplicables a las personas jurídicas en los delitos contra el medioambiente*. En, Jorge Barreiro Agustín (Director). *Estudios sobre la protección del medio ambiente en el Ordenamiento Jurídico español... Op. Cit.* pp. 151 y ss. y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. "Empresa y Delitos contra el medio ambiente". En, Jorge Barreiro (Director). *Estudios sobre la protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Comares, Granada, 2005, pp. 175 y ss.

10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Razón por la que ha pasado a formar parte de los países que sancionan penal y directamente a las personas jurídicas, conforme al Art. 31 *bis*, y que es aplicado en el marco de los delitos contra el medio ambiente, en concordancia con el Art. 327.

Este modelo propio indirecto de sanción penal a personas jurídicas, también es aplicado en el StGB, actuar en representación de otro, § 14, puesto que no ha introducido preceptos sobre la imputación directa de las personas jurídicas. Sin embargo se debe destacar que desde la entrada en vigor de la segunda ley para la lucha contra la criminalidad económica en 1986, se estableció la posibilidad de iniciar un procedimiento contravencional contra la empresa, con absoluta independencia del comienzo de un proceso contra una persona individual de la empresa, por lo que erradicó definitivamente el carácter de *consecuencias* accesorias del párrafo 30 de la Ley de contravenciones⁵⁹⁶.

c) Responsabilidad propia directa: Es la que permite perseguir y sancionar de manera inmediata a las personas jurídicas, sin que ello esté condicionado a la responsabilidad del representante, y sin que impida la eventual persecución y sanción de la persona física que haya tenido la dirección de la acción prohibida. Este modelo fue adoptado principalmente por países regidos por el *Common Law*, como el Reino Unido e Irlanda del Norte⁵⁹⁷, aunque Holanda, país que no pertenece al *Common Law*, fue igualmente uno de los primeros en reconocer en su legislación la responsabilidad moral de las personas jurídicas. Francia, lo incorpora en el Código penal de 1994 estableciendo la sanción penal a las personas morales, la que no excluye la sanción a las personas físicas⁵⁹⁸. Sin embargo, la aspiración de los países regidos por el Derecho continental, para incorporar preceptos que permitan la directamente la sanción jurídico penal a las personas jurídicas, alcanza

⁵⁹⁶ Cfr. GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 58.

⁵⁹⁷ Véase a BARBERO SANTOS, Marino. ¿Responsabilidad penal de la empresa? En, *Doctrina Penal*. Nº 35. Depalma. Buenos Aires, 1986, p. 1087.

⁵⁹⁸ Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”. *Cuadernos de Política Criminal... Op. Cit...* 619.

gran relevancia con el proceso de armonización jurídico-penal desarrolladas en el marco de la Unión Europea.

En dicho proceso, el inicio de la criminalización a las personas jurídicas, viene dada por el Convenio para la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea, y que alcanza realmente consolidación con la propuesta contenida en el *Corpus Juris* (art. 14) para la protección de los intereses financiero de la Unión Europea⁵⁹⁹. En razón a que ésta, si establecía expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no establecía *el tipo de* responsabilidad penal a la que debía estar sujeta la persona jurídica⁶⁰⁰, hecho que ha llevado al art. 9 de dicha propuesta, a convertirse en Derecho Comunitario vigente a través de la entrada en vigor de un número de Decisiones Marco donde se encuentran contenidos el texto de dicho artículo⁶⁰¹. Siendo una de ellas la Decisión Marco de 27 de enero de 2003 relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal.

En la actualidad, se puede hablar de la influencia del *Corpus Juris* en lo referente a la aplicación directa de la sanción penal a las personas jurídicas, puesto que ha entrado en vigor de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal. Ésta considera que las experiencias observadas en los diferentes sistemas de sanciones aplicadas, no tienen alcance para el real cumplimiento para la protección del ambiente. Este cumplimiento puede y debe reforzarse mediante la aplicación de sanciones penales que pongan de manifiesto una desaprobación social de naturaleza cualitativamente diferente a la de las sanciones administrativas o un mecanismo de compensación conforme al Derecho Civil⁶⁰². De esta

⁵⁹⁹ GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa... Op. Cit...* p. 60.

⁶⁰⁰ *Ídem*.

⁶⁰¹ *Vid.* GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa... Op. Cit...* p. 61.

⁶⁰² Numeral 3 de las consideraciones contenidas en la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal.

forma, la referida Directiva adopta en su artículo 6 la Responsabilidad de las personas jurídicas⁶⁰³ y en el artículo 7 las Sanciones a las personas jurídicas estableciéndose el plazo límite para su transposición en los Estados miembros, antes del 26 de diciembre de 2010.

Esta Directiva, es por tanto, una de las que obliga a los Estados miembros de la Unión Europea a modificar la legislación penal, introduciendo preceptos que permitan la directa sanción penal a las personas jurídicas, sin que ello, obste a la aplicación de la sanción penal a las personas individuales que hayan tenido intervención en la realización de los delitos, y en este caso de los hechos que atentan gravemente contra el ambiente. Esta decisión de la Unión Europea, favorece a la articulación de medidas disuasorias a las actividades gravemente perjudiciales para el ambiente, y permitirán en efecto, la protección eficaz del ambiente ante riesgos y lesiones sustanciales al aire, estratosfera, al suelo, a las aguas, a los animales o a las plantas, incluida la conservación de las especies⁶⁰⁴.

Efectivamente en España, está en vigencia la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la que introduce el precepto que permite la sanción penal a las personas jurídicas. En el apartado VII, del preámbulo de la referida Ley, se alude como fundamento de la modificación jurídica realizada recientemente, a los numerosos instrumentos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente. Figuras entre las que consideramos se encuentran los delitos contra el ambiente, que tienen generalmente por sujeto activo a las entidades corporativas que no sólo trabajan a nivel local, sino también, se desenvuelven en formas de red para finalmente constituirse en las conocidas multinacionales.

⁶⁰³ *Cfr.* MUÑOZ LORENTE, José; BAUCCELLS i LLADÓS, Joan y FARALDO CABANA, Patricia. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, arts. 325, 327, 328, 329 y 339”. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010... Op. Cit...* pp. 344-345.

⁶⁰⁴ Directiva 2008/99/CE.

Por ello la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal, determina a sus países miembros a realizar modificaciones como las introducidas por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la que observa que el art. 31 *bis* establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho y también serán responsables cuando han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. Del mismo modo establece que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física⁶⁰⁵. Por lo que en consecuencia se suprime el actual apartado 2 del artículo 31. Así, se constata que el precepto señalado, responde manifiestamente a lo establecido en la Directiva señalada anteriormente.

7.2. Imputación directa a las personas jurídicas en el marco de los delitos ambientales

En el orden de ideas de lo anteriormente expuesto, es importante mencionar que la reciente reforma penal de 2010 introduce la imputación directa a las personas jurídicas en el Ordenamiento Penal español, dando de este modo una respuesta legal a la necesidad de punir a las sociedades que delincan

⁶⁰⁵ Interesante planteamiento, PALMA HERRERA, José Manuel. “El papel de los *compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica”. En, *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA (director). Dykinson. Madrid, 2014, pp. 186-187. «En la medida en que se parta de un concepto de delito que se construya sobre un comportamiento humano que infringe una norma lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, y a su vez ese comportamiento gire en torno a un movimiento corporal dirigido por la voluntad del sujeto a la consecución de un determinado fin, o socialmente desvalorado mediante su inclusión en un tipo penal, etc., la existencia de ese comportamiento ya no podrá predicarse cuando de una persona jurídica se trate, debiendo poner la atención única y exclusivamente en el comportamiento de las personas físicas que han actuado en nombre o por cuenta del ente jurídico».

en el ejercicio de sus actividades. Esto permite a la actual legislación aumentar el número de sujetos cuyos actos puedan ser imputados a las personas jurídicas. En este sentido el art. 31 *bis* numeral 1 prevé doble vía para la imputación a la persona jurídica: **a)** para los delitos cometidos por el administrador o representante de la persona jurídica, en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, **b)** para los delitos cometidos por un empleado sometido a la autoridad del administrador o representante, cuando haya podido cometerlo debido a la falta de la debida vigilancia sobre él. Y el numeral 2 del art. 31 *bis*, prevé la imputación a la persona jurídica de manera autónoma e independiente de la persona física que haya cometido el delito, con lo cual es posible condenar a la persona jurídica sin la existencia de la condena a la persona física⁶⁰⁶. No obstante, conforme a la descripción de autoría mediata (el que realice directa o indirectamente el vertido o emisión) contenida en el art. 325, y a su configuración como un delito común, será aplicado el precepto contenido en el art. 31 cuando los riesgos provengan de las personas jurídicas, y sean por ello objeto de aplicación de las sanciones penales previstas en el art. 33 numeral 7 del CPE⁶⁰⁷.

La imputación penal de las personas jurídicas se realiza conforme al sistema *numerus clausus* de delitos, entre los que se encuentran el ámbito del delito ambiental y cuyos arts. 327 y 328, prevén actualmente la responsabilidad directa a las personas. Así, el art. 327 establece un doble sistema de penas: a) las obligatorias: 1) aplicando la multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años; y 2) la multa de uno a tres años, en el resto de los casos; b) las potestativas, que permite a los jueces y tribunales imponer algunas de las penas establecidas en las letras b) a g) del art. 33.7 del CPE, que recoge el catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas. Se observa igualmente que el art. 328.6, prevé para la sanción de las personas jurídicas, la aplicación de penas obligatorias y potestativas previstas en el

⁶⁰⁶ Cfr. ORTIZ DE URBINA, Gimeno Iñigo. *Reforma penal. Ley Orgánica 5/2010... Op. Cit...* pp. 14 a 39.

⁶⁰⁷ Vid. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010... Op. Cit...* p. 741.

art. 327, pero presenta algunas diferencias referentes al sistema de multas, puesto que estas deberán ser aplicadas conforme al sistema de multa por cuotas o proporción al daño causado⁶⁰⁸.

7.3. Recuento

Desde su incorporación como bien jurídico relevante para la legislación española, el medio ambiente, es objeto de modificaciones fundamentales que permite observar el cambio de paradigma del legislador, al producirse un viraje del modelo antropocéntrico radical al ecocéntrico moderado. Es así, que se observa, que la propia configuración y los elementos técnicos y normativos extrapenales que fueron valorados en la primigenia estructuración de los tipos que protegen el medio ambiente en el CPE, revelan la dificultad y la complejidad de la comprobación, de la consumación del delito ambiental. Por esta razón, en la legislación española, se ha optado por incorporar la técnica de delitos de peligro hipotético, como un modelo que permite eliminar los problemas de prueba en los delitos ambientales.

El tipo genérico de protección *de los sistemas naturales*, contenido en el art. 325 del vigente CPE, sin embargo, mantiene su cota de crítica por su propia configuración como delitos de peligro (puramente-hipotético-concreto) y la ineficacia que se observa al momento de su aplicación. No obstante, se encuentran jurisprudencias que en la práctica judicial, indican la existencia de un número elevado de sentencias sobre la materia, y que por tanto reflejan la aplicación frecuente de la norma. Hecho que podría llevar a inferir arriesgadamente, que existe un importante efecto preventivo respecto del delito de contaminación ambiental, ya que el tipo que protege el medio ambiente se configura como un tipo de actividad peligrosa, que puede influir en la desarticulación de actividades gravemente peligrosas, y producidas generalmente a través de los establecimientos industriales. Lo cuales, en la actualidad, son objeto de sanción penal a través

⁶⁰⁸ Vid. MUÑOZ LORENTE, José; BAUCCELLS i LLADÓS, Joan y FARALDO CABANA, Patricia. "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, arts. 325, 327, 328, 329 y 339". En, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010... Op. Cit...* pp. 1066-1067.

de la incorporación del art. 31 *bis*, y cuya aplicación en concordancia con los arts. 327 y 328, permite en el ámbito de los delitos ambientales la imputación penal directa a las personas jurídicas en el CPE.

Esta incorporación se remonta a la última reforma operada en el Código Penal español por LO 5/2010 de 22 de junio, que en medio de críticas y ponderaciones establece la imputación directa a las personas jurídicas, que se fundamenta en la autonomía e independencia de su responsabilidad penal. Impronta que denota la opción del legislador por un modelo penal que no deja pasar por alto los delitos cometidos por delincuentes de cuello blanco, quienes preferentemente utilizan las personas jurídicas para perpetrar ciertos hechos punibles, como los delitos contra el medio ambiente. Y que lleva por ello a entender que en estos ámbitos, donde se establece por sistema *númerus clausus*, la imputación de las personas jurídicas puede ser interpretado como un delito económico.

Es por ello incuestionable que el medio ambiente reconocido como derecho humano, interés o bien jurídico protegido, se convierte en eje fundamental del desarrollo económico de la posmodernidad. Sin embargo, el alcance de su protección aún permanece irresoluble en algunas legislaciones, donde su preservación y conservación, conllevan generalmente un conflicto de intereses de carácter económico, que genera altos costes corporativos. Ahora bien, esos costes pueden ser sustituidos por dádivas, en contextos jurídicos donde el reconocimiento a los derechos humanos no pasa de ser una simple aspiración, de forma que la ausencia de un reconocimiento pragmático del principio de dignidad humana, permite abaratar los costes de la producción. Aquí radica entonces la problemática esencial de la protección del medio ambiente, la cual aún no ha recibido ningún revés desde el plano jurídico del *Ius Puniendi*.

Esto se observa ante la imposibilidad de sancionar a empresas transnacionales que se propagan a través de una red de capital, a otros países con sistemas jurídicos *laxos*, en busca de fácil incremento monetario. Por tanto, más allá de los logros alcanzados por el Derecho Penal, en cuanto

a la delimitación del medio ambiente como bien jurídico autónomo, la justificación de su protección independiente, y la sanción a directores, técnicos y administradores de establecimientos industriales vinculados a la delincuencia ambiental, se encuentra el reto y la posibilidad de generar mecanismos, estrategias que permitan la aplicación de un Derecho Penal global, internacional, sin sujeciones a límites territoriales, ya, que hoy día no solo asistimos a la Mundialización de la economía⁶⁰⁹, sino a la Globalización de los delitos ambientales, que son habitualmente perpetrados de manera discriminada, allá (América del sur, China, India) donde la contingencia del sistema económico se apodera del hombre degradando su libertad, para luego, apoderarse de la naturaleza como un bien alquilado y culminar finalmente con el desequilibrio de los sistemas naturales, que indefectiblemente produce efectos sobre otros bienes jurídicos (vida y salud) y la incolumidad de los derechos sociales.

En otras palabras, consideramos que la responsabilidad jurídica en materia medioambiental entronca con la responsabilidad moral en este ámbito. A la vista del poder adquirido por el ser humano, resulta indispensable que la actuación de éste se rija por un análisis no sólo de las consecuencias próximas de sus acciones, sino también de las

⁶⁰⁹ Consúltense al economista francés y Profesor emérito de la Facultad de Derecho, Economía y Gestión Jean Monnet: LATOUCHE, Serge. "La mundialización de la economía y sus efectos sobre el medio ambiente". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. (Departamento de Filosofía del Derecho)*. Nº 32. (Ejemplar dedicado a: Mundialización económica y crisis político-jurídica). Granada, 1995, pp. 17-32. En su opúsculo, el autor galo considera que El proceso de mundialización de la economía de mercado con la omnimercantilización de todos los aspectos de la vida y la competencia generalizada que este proceso supone está produciendo la destrucción del vínculo social y la destrucción del medio ambiente, tanto en el Norte como en el Sur. El examen de las consecuencias de la mundialización económica sobre el medio ambiente pasa por el análisis de cómo la economía aprehende la naturaleza. La teoría económica ha ignorado la ley de la entropía, ha considerado a los recursos como ilimitados, ha desvalorizado a la naturaleza considerándola como un depósito de materia inerte ilimitadamente sustituible y como un cubo de basura, y se ha basado en la creencia de que el hombre debe convertirle en dueño y señor de la naturaleza creencia que supone una auténtica declaración de guerra hacia la naturaleza . Los procedimientos ideados por los economistas para contabilizar el medio ambiente y, así, intentar solventar los problemas medio ambientales, presentan múltiples problemas de evaluación y ejecución y resultan ineficaces, pues estos procedimientos no modifican la lógica mercantil que es de por sí hostil y destructiva con respecto al medio ambiente.

remotas. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico la responsabilidad y la imputación en materia medioambiental son, en buena medida, difusas. La imputación a colectivos concretos y, más aún, a personas individuales, constituye un fenómeno excepcional. En este punto debe tenerse en cuenta tanto la responsabilidad por organización, y sus niveles de delegación, como la responsabilidad institucional de las Administraciones Públicas.

En consonancia con lo anterior, podemos decir que no le falta razón a DÍAZ PITA⁶¹⁰ cuando señala que «la problemática procesal que genera la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y, más concretamente, la cuestión de su posible legitimación para intervenir en el proceso penal en calidad de imputado, nace del criticable y legendario defecto del legislador de pasar por alto en no pocas ocasiones un hecho incuestionable que no se escapa a penalistas y procesalistas: el proceso penal y el Derecho Penal deben encajar a la perfección. Esto es algo que, evidentemente, no ocurre en esta materia concreta que hemos sometido a análisis.

El divorcio entre ambas materias es aún más evidente si acudimos a la práctica forense, ya que no deja de sorprender la escasa aplicación práctica de los arts. 31 y 129 en su redacción anterior a la reforma de 2010, como ya ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ⁶¹¹ quien señaló que «lo cierto es que, si dejamos de lado el ámbito de la legislación contra el terrorismo y la criminalidad organizada, el balance de estos diez años de aplicación judicial de “consecuencias accesorias” es bastante elocuente: (...) la disolución de la sociedad, asociación o fundación no se ha acordado nunca; la intervención de la empresa, solo en una ocasión. La consecuencia accesoria aplicada de modo general ha sido la clausura temporal de

⁶¹⁰ Cfr. DÍAZ PITA, María Paula. “La legitimación pasiva Independiente de la persona Jurídica en los Procesos Penales por delitos contra el medio ambiente”. *Justicia y medio ambiente*. Álvaro Sánchez Bravo (Editor). Punto Rojo. Madrid, 2013, pp. 239-240.

⁶¹¹ Véase a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. Nº 342. Barcelona, 2006, p. 4.

establecimientos. Pero la expresión “de modo general” significa aquí en “unas pocas resoluciones». El Tribunal Supremo no ha dictado ninguna sentencia en la que haya sentado doctrina extensa sobre el art. 129 CP.”

No obstante, ha de ponerse de manifiesto que, a pesar de la deficiente técnica legislativa, se ha tratado en la medida de lo posible de paliar las graves consecuencias que la ausencia de imputación de la persona jurídica comportaba para la persecución de delitos tan graves como los delitos contra el medioambiente, regulando, tanto desde el punto de vista penal como procesal una suerte de estatuto (aunque deficiente y pleno de lagunas) que permite su imputación, acusación y, finalmente, condena.

En la actualidad se encuentra en fase de tramitación el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal a través del cuál se pretende una nueva modificación de los artículos 31 y 31 *bis* del CPE dando, aparentemente, cabida a las numerosas objeciones que la doctrina, tanto penalista como procesalista, ha formulado a estos preceptos desde la entrada en vigor de la Reforma del CPE de 2010.

III. La función de la pena: teorías

1. Estimaciones previas

La esencia de las normas de conducta ven su génesis y tratamiento con el surgimiento de las sociedades, donde germinó la necesidad de una organización para una convivencia más pacífica entre los pueblos. A partir de ese contexto, las leyes escritas aparecen como una forma de evolución social, olvidándose la fuerza física como punibilidad, dejando para atrás lo que podemos llamar de civilización primitiva.

Es indudable pues, que con el apareamiento de las leyes escritas pasa a existir más tranquilidad entre las sociedades, pues se supone y se

hace creer que, con las dichas reglas, las necesidades básicas de supervivencia colectiva estarán garantizadas. Sin embargo, el punto más importante al cual queremos resaltar es que “el punir” deja de ser algo rudimentario como se caracterizaba, donde, podemos citar como ejemplo, la venganza personal que en la gran mayoría de las veces era realizada violentamente y desproporcionadamente.

Finalmente, en esta nueva situación, se concretiza el “derecho de punir” que tiene como objetivo resguardar a las sociedades de posibles injusticias, previamente determinadas -como ya hicimos referencia- por un ordenamiento que pueda definir las conductas que atenten con el equilibrio de la sociedad. *Ad hunc modum*, no le falta razón a JAKOBS, jurista alemán de la egresado de la Universidad de Bonn, cuando señala que «es difícil soslayar que el contenido y función de la pena no se pueden configurar con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido⁶¹².

2. Algunas acepciones sobre la pena

Expuesto lo anterior y *a priori* que nos dediquemos a estudiar los fines de la pena, consideramos importante esbozar la significación⁶¹³ que la

⁶¹² JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Ob. Cit.*, p. 8. Así, por lo que se refiere a la existencia del orden, un Estado que deba concentrar sus fuerzas para el aseguramiento de su existencia (p. ej., en guerra) empleará la pena de que al menos a corto plazo garantice la eficacia (p. ej., intimidación por medio de penas severas), mientras que un Estado sin problemas agudos de existencia puede asumir la ineffectividad a corto plazo, para conseguir con largueza de miras a la paz interna (p. ej., evitando las penas severas para no embotar la sensibilidad ante la violencia). Por lo que se refiere a la comprensión del sentido del orden, de ésta se depende que se entienda a la pena, p. ej., desde la teoría de conflictos como medio de lucha de la clase dominante o, en general, de grupos dominantes en la sociedad, o como medio de defensa ante pretensiones de dominio ilegítimas (o intempestivas), que hiera la espada de la superioridad guiada según ideas religiosas, o que el autor sea castigado por su propia voluntad, porque también él es parte en el contrato social.

⁶¹³ De acuerdo al diccionario jurídico coordinado por quien fuera el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Juan Manuel Fernández Martínez, la pena es considerada como todo mal infligido por los órganos jurisdiccionales del orden penal, al responsable de un delito o falta, en atención a la gravedad del hecho, las circunstancias personales del autor y en virtud de una sentencia de condena, todo ello de conformidad con lo prescrito por la Ley. *Cfr.* FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel. *Diccionario Jurídico*. 6ª edición. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2012, p. 524. En otra tesitura, la pena puede ser considerada

dogmática jurídico-penal ha edificado de esta, ya que, como con acierto señala ROXIN, la pena y la medida de seguridad son un punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el Derecho Penal en sentido formal es definido por sus sanciones⁶¹⁴.

Para JAKOBS, «la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma». Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma (por a costa de se entiende en este contexto la pérdida de cualquier bien). Se trata de un problema normativo: de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación⁶¹⁵.

Por su parte, coincidiendo con su acepción y anteponiendo que la pena ha sido y sigue siendo la principal reacción jurídica frente al delito, el Catedrático de la Universidad de Granada, MORILLAS CUEVA, puntualiza - sin prejuzgar su naturaleza, su fundamento, ni sus fines- a la pena como «un mal consistente en la privación de un bien jurídico que se impone de acuerdo con la Ley al culpable de la comisión de un delito»⁶¹⁶.

En otra concepción, encontramos la postura del Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona, MIR PUIG, quien señala que «la pena constituye la sanción tradicional que caracteriza al Derecho Penal, y sigue siendo su arma fundamental»⁶¹⁷.

como una de las sanciones penales. Como lo veremos en el desarrollo del presente tema, para algunos juristas, la pena constituye el objeto mismo del Derecho Penal, siempre que se considere a la expresión sanciones penales, en un amplio sentido, como aquellos medios con que el Derecho Punitivo previene y reprime a la delincuencia. Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Diccionario... Op. Cit...* p. 765.

⁶¹⁴ Si un precepto pertenece al Derecho Penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones –pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos–, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad. Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p.41.

⁶¹⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Parte General. Fundamentos. Op... Cit.* p. 8.

⁶¹⁶ Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit...* pp. 33-34.

⁶¹⁷ Abunda, comentando que la pena es un mal con el que amenaza en Derecho Penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito. Puede discutirse cuál o cuáles sean las funciones que se le atribuyen a la pena –como estudiaremos a *posteriori*–, pero nadie niega que la imposición de la pena se haya prevista como un mal que asocia, en cuanto tal mal, a la comisión de un delito –sea porque se crea que con tal mal se hace justicia, sea porque con la amenaza del mismo se quiere disuadir de la comisión de delitos–.

En la visión de MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, el concepto de pena se plantea, en principio como un concepto formal, desmembrándolo como «el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo»⁶¹⁸.

Para la razón de ZUGALDÍA ESPINAR, sea cual sea la teoría de la pena que se siga, precisa que «la pena es siempre un castigo, un mal, una privación de derechos (la libertad, la posibilidad de ejercer profesiones, de realizar determinadas actividades, como conducir vehículos, etc.) que el Estado impone coercitivamente al autor de un delito»⁶¹⁹.

De acuerdo con la óptica de JESCHECK-WEIGEND, la punición es «la respuesta a una considerable infracción jurídica a través de la imposición de una mal adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor, que expresa una desaprobación pública del hecho y que, por ello, supone una confirmación del Derecho»⁶²⁰.

En la óptica de los penalistas de la Universidad de Valencia ORTS BERENGUER- GONZÁLEZ CUSSAC, «la pena es la consecuencia jurídica del delito por excelencia, es el instrumento central del que se sirve el Estado para de una parte sancionar, y de otra parte tratar de evitar las conductas

Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª edición. Reppertor. Barcelona, 2011. p. 43.

⁶¹⁸ Estos catedráticos españoles, enfatizan que con esta definición no se dice nada, sin embargo, sobre cuál es la naturaleza de ese mal o para qué o por qué se impone. Cabe apuntar, que llevan razón cuando matizan que la respuesta a estas cuestiones es uno de los problemas más discutidos de la Ciencia del Derecho Penal y la polémica desborda incluso los límites jurídicos, para convertirse en un tema de interés general para otras ciencias, Sociología y Filosofía principalmente. Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte... Op. Cit...* p. 46.

⁶¹⁹ En el siglo XVIII era frecuente la ejecución de la pena de muerte acompañada del tormento del reo; en la actualidad, por el contrario, se prohíben las penas inhumanas y degradantes (art. 15 CE) y la pena de prisión se orienta a la resocialización del reo. Las penas, es evidente, se han humanizado: pero siguen constituyendo un castigo. Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *et al. Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 51.

⁶²⁰ JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducido por Miguel Domingo Olmedo Cardenete. 5ª edición. Comares. Granada, 2002, p.14.

que atentan mas gravemente contra los intereses fundamentas de los ciudadanos y la sociedad»⁶²¹.

Ampliando este recorrido por las diversas concepciones que de la pena, la dogmática jurídico-penal ha formulado a lo largo de los años, es menester citar al Catedrático de la Universidad de Humboldt de Berlín, GOLDSCHMIDT, quien la visualiza como «el medio directo de lucha contra el delito, ya que incluye en la misma una amenaza de la sanción»⁶²².

3. Su fundamento y justificación

Generalmente, la tesis se dirige, en un principio, hacia la necesidad de la pena para poder ser justificada. Pocos han sido los autores que, como hemos dejado constancia en líneas previas, desde planteamientos generales han negado semejante necesidad, y muchos menos en clave estrictamente penal. Ciertamente es que, a pesar de ser la pena, una empírica realidad constante en la historia de los seres humanos, no han faltado escritores, más desde posiciones filosóficas que jurídico-penales que le han negado cualquier tipo de justificación. Idealista y utópicas, pero en ocasiones brillantes y solidarias, propuestas de anarquistas, marxistas ortodoxos y algún sector correccionalista, positivista o alternativo, han visto la pena como injusta, inútil y hasta perjudicial⁶²³. Predicciones abolicionistas de la pena y del Derecho Penal que han fracasado puntualmente, en ocasiones por sus propios errores de puesta en práctica ideológica.

⁶²¹ Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, p. 391.

⁶²² El Profesor Alemán, quien en 1934, tuviera que luchar con la política racial de la Alemania Nazi, incluye a la pena en la teoría de la coacción jurídica de Feuerbach. La ejecución de la pena es la realización de la amenaza como prueba de la seriedad de la misma. La exacta descripción del supuesto de hecho de la norma es por tanto necesaria, no sólo para asegurar la libertad de los ciudadanos en contra de los actos arbitrarios del poder estatal (la llamada función de magna carta de las normas penales de Liszt) sino también porque los individuos sepan lo que está prohibido y permitido. Cfr. GOLDSCHMIDT PAUL, James. *Derecho, Derecho Penal y Proceso I. Problemas Fundamentales del Derecho*. Traducción de Miguel Ángel Cano Paños, et al. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 519-520.

⁶²³ Con un interesante análisis, véase a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Derecho Penal e Ideología». En, *Derecho y Economía en la sociedad española actual*. Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Granada. Granada, 1978, pp. 35 y ss.

Prescindidas las opciones abolicionistas, parece existir cierta unanimidad en el ámbito punitivo en afirmar que la justificación de la pena reside precisamente en su necesidad para mantener la estabilidad social. Los mismos autores que participaron en el Proyecto Alternativo Alemán se enfrentaron a ella con la sensación de su amarga necesidad, la *ultima ratio* a la que tiene que acudir la sociedad para intentar preservar sus reglas de convivencia -la pena de prisión se presenta, entonces, como la *ultima ratio* de la *ultima ratio* que es el Derecho penal-. En este sentido, son veraces las palabras de QUINTERO OLIVARES -quien ha estimado a la pena como una reacción tosca y marginadora frente al delito- cuando apunta que «afortunadamente los juristas se han percatado» que al residir la en la pena el núcleo del problema penal -y en el ánimo de buscar otras medidas- han surgido cuestionamientos tales como: por qué se castiga, cuánto se puede castigar y con qué finalidad⁶²⁴.

De esta forma, podemos, primariamente, estar de acuerdo en que la premisa esencial que justifica la pena es su necesidad. Ahora bien, semejante afirmación lleva a una pregunta inmediata: ¿para qué? Los criterios de necesidad de la pena adquieren múltiples y diferentes dimensiones. Desde los tradicionales retributivos de CUELLO CALON o WELZEL⁶²⁵, hasta el debatible planteamiento temporal de quien fuera Catedrático de la Universidad de Salamanca, DORADO MONTERO, que admite su necesidad utilitarista o finalista, cuando mantiene que «la pena es un medio indispensable para la existencia social, aun cuando no es así y de manera permanente, sino tan sólo en condiciones actuales de nuestra vida, de forma que, variando ésta, y una vez que los hombres sepan pasarse sin penas, por haberlas sustituido con otros resortes más económicos, más suaves, más inteligentes, más eficaces para el objetivo que con ellas se persigue, la penas habrán de desaparecer por inútiles y, por tanto, por

⁶²⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del derecho Penal. Aranzadi*. 4ª edición. Navarra, 2010, pp. 98-100.

⁶²⁵ Cfr. CUELLO CALÓN Eugenio. *La moderna penología. Represión del delito y tratamiento de los delincuentes, penas y medidas, su ejecución* Bosch. Barcelona, 1974, p. 17. Vid. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad., Bustos Ramírez-Yáñez Pérez. 12ª edición, alemana y 3ª castellana. Jurídica de Chile. Chile, 1967, p. 326.

irracionales»⁶²⁶. En la actualidad la situación camina por parecidos derroteros, metidos en cristalinas urnas de modernidad.

Bien así, el Catedrático de la Universidad de Kiel, JAKOBS, desde su perspectiva funcionalista, cercana a las ideas retribucionistas, de la imputación arraigada en la defraudación de la expectativa social institucionalizada a los efectos de imposición de una pena⁶²⁷, la posiciona, como referimos con antelación, en la necesidad de vigencia de la norma: la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma; mediante la reacción constantemente se pone de manifiesto que ha de observarse la norma y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma, en consecuencia, la pena se presenta y se justifica como conformación de la realidad de las normas⁶²⁸. Para los Catedráticos Alemanes, JESCHECK-WEIGEND en su necesidad para la conservación del Ordenamiento jurídico como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad⁶²⁹.

Con DÍEZ RIPOLLÉS encontramos que concibe que el fundamento de la pena se configura como un conjunto escalonado de decisiones político-criminales, que pretenden legitimarse en motivos utilitarios; el objetivo inmediato es la evitación de los daños o riesgos más graves a los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, y se legitima por la necesidad de mantener el orden social básico⁶³⁰.

⁶²⁶ Cfr. DORADO MONTERO, Pedro. *El Derecho protector de los criminales*. Nueva edición muy aumentada y rehecha de los estudios de Derecho Penal Preventivo. Analecta. Navarra, 1999, p. 237.

⁶²⁷ JAKOBS, Günther. «Imputación jurídico penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma». En, *Revista del Poder Judicial*. Nº 49. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1998, pp. 297 y ss.

⁶²⁸ JAKOBS, Günther. «Sobre la teoría de la pena». En, *Revista del Poder Judicial*. Nº 47. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1997, pp. 149 y ss.

⁶²⁹ Vid. JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas. *Tratado... Op. Cit...* pp. 69-70.

⁶³⁰ La configuración del objetivo y su legitimación hacen que la búsqueda de su consecución deba acomodarse a la vigente ordenación valorativa de los presupuestos esenciales para la convivencia, esto es, al catálogo de bienes jurídico-penales y a la identificación de las lesiones o puestas en peligro a ellos más significativas (principio de fragmentariedad). De ahí que una aplicación de la obtención del objetivo desconocedora de tal ordenación

Finalmente, en este trayecto de apreciaciones doctrinales, para ROXIN, la pena únicamente está justificada allí donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insoportable la coexistencia, libre y pacífica, de los ciudadanos y no sean adecuadas para impedirlo otras medidas jurídicas y político-sociales menos radicales.

Con una postura personal, en donde apostamos por exaltar el pensamiento político criminal que predique por un Derecho Penal de *ultima ratio*, la concepción del jurista alemán, también Catedrático de la Universidad de Göttingen, es la línea doctrinal que nos parece más apreciable, con algunas puntualizaciones que con acierto realiza MORILLAS CUEVA⁶³¹. En resumen, la pena se justifica en su necesidad para la protección de bienes jurídicos a través de la prevención antes indicada y se fundamenta en la culpabilidad y en la necesidad. No se nos escapa que, a *contrario sensu*, toda pena no necesaria debe de dejar de ser pena.

valorativa difuminará éste y crearía desorden social, por lo que la citada ordenación resulta determinante en la delimitación del objetivo. El citado objetivo se aspira a lograr, eligiendo como objeto de la intervención social a las personas susceptibles de ser responsables de tales daños o riesgos, lo que se legitima por la necesidad de incidir sobre uno de los factores decisivos en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. El objeto escogido y su legitimación hacen necesario mantener como punto de referencia los criterios culturalmente vigentes sobre la atribución de responsabilidad por la realización de un comportamiento socialmente relevante, esto es, el sistema de responsabilidad personal y su graduación. *Cfr.* DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. En, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XXXV, N° 103, enero-abril de 2002, pp. 71 y 72.

⁶³¹ Desde la perspectiva de la diferenciación de grados en atención a la exigencia de necesidad. En el principio de necesidad de pena se advierten dos niveles: el de la conminación abstracta (estática) y el de la conminación concreta (dinámica). Desde el punto de vista estático, la justificación de la pena coincide totalmente con lo que se viene diciendo: se justifica por su necesidad como medio social indispensable para mantener las condiciones de vida mínimas para la convivencia de las personas en sociedad, a través de la prevención -general-, y enlaza, además de exigirlos con el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho Penal. Desde el punto de vista dinámico, se justifica, asimismo, en la necesidad para los fines de prevención -general y especial- pero converge como fundamento con la culpabilidad. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit...* pp. 111-112.

4. Razones teóricas sobre los fines de la pena

Hay algo que es muy cierto dentro de la doctrina jurídico-penal, y nos referimos al gran polémico debate que existe –resultado de su trascendencia teórica y práctica- relacionado con la concreción de los fines que ha de cumplir la pena. Es por ello, que del cometido del Derecho Punitivo y por lo tanto de las disposiciones penales hay que diferenciar el fin de la pena que se ha de imponer en el caso concreto.

Las teorías de la pena no necesariamente tratan de dar respuesta a la pregunta relativa a qué es la pena. Con indiferencia de la teoría de la pena de la cual se sea partidario, la pena, conceptualmente –como ya hemos visto-, es siempre un castigo, un mal, una privación de derechos (la libertad, la posibilidad de ejercer profesiones, de realizar determinadas actividades como conducir vehículos, etc.) que el Estado impone coercitivamente al autor de un delito⁶³².

De esta manera, las razones teóricas sobre los fines de la pena están avocadas a ser propuestas legitimantes del Derecho Punitivo, es decir, teorías de la función del Derecho Penal y de su legitimación. Por medio de ellas, se intenta dar respuesta a la pregunta de para qué y bajo que condiciones es legítima la imposición de una pena.

Como afirma ROXIN⁶³³, si el Derecho Sancionador tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado. Sin embargo, con ello no está decidido, sin más, de qué manera deberá surtir efecto la pena para cumplir con la misión del Derecho Penal. A esta pregunta responde la teoría sobre el

⁶³² En el siglo XVIII era frecuente la ejecución de la pena de muerte acompañada del tormento del reo; en nuestros días, por el contrario, se prohíben las penas inhumanas y degradantes (art. 15 CE) y la pena de prisión se orienta a la resocialización del reo. Las penas, como nos podemos percatar, se han “humanizado o dignificado”: pero siguen constituyendo un castigo.

⁶³³ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 81.

fin de la pena, la cual, ciertamente, siempre tiene que referirse al fin del Derecho Penal que se encuentra detrás -algo que muy a menudo no se toma suficientemente en consideración- Desde la antigüedad y en términos generales, los dos pensamientos básicos que se han desarrollado con prevalencia son los de retribución y prevención. O la pena mira al pasado (al hecho cometido) y busca, con la imposición voluntaria del mal ligado a aquélla conseguir una compensación por la infracción jurídica ocasionada, o la pena mira al futuro, al peligro de comisión de nuevos delitos por el autor del mismo o por otras personas, y procura influir sobre él y sobre la comunidad con la finalidad de evitar la perpetración de delitos⁶³⁴. Desde semejante punto de partida, se ha pretendido dilucidar tan básica cuestión, desde teorías absolutas o relativas⁶³⁵, incluso mixtas.

En este sentido, es interesante la perspectiva de ZUGALDÍA ESPINAR⁶³⁶, cuando señala que las teorías de la pena son propuestas legitimantes del Derecho Penal, esto es, teorías de la función del Derecho Penal y de su legitimación. A través de ellas se intenta dar respuesta a la pregunta de para qué y bajo qué condiciones es legítima la imposición de una pena. Esto es : se trata de determinar qué es lo que justifica (legítima) que unos ciudadanos (constituidos en Jueces) impongan a sus semejantes (los que son considerados delincuentes) el daño o el mal que supone una pena. La respuesta a esta cuestión -que es el problema básico y central de todo el Derecho Penal- es importante para la teoría penal ya que las grandes revoluciones científicas del Derecho Penal se han debido a otros tantos cambios en las teorías de la pena. Pero también es importante, sobre todo, aunque pueda resultar paradójico, para la práctica y la reforma del Derecho Penal, ya que pese a su nombre de “teorías”, los axiomas legitimantes del

⁶³⁴ Vid. JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas. *Tratado... Op. Cit...* p. 71

⁶³⁵ Desde la antigüedad conocidas en sus formulas: *Punitur, quia peccatum est* (teoría absoluta) y *punitur, ne peccetur* (teoría relativa). Las formulas se remontan a Protágoras, su forma actual se debe a Grocio, que a su vez parte de una sentencia de Séneca: «*Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur*». Cfr. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...* Op. Cit... p. 20.

⁶³⁶ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, et al. *Fundamentos de Derecho...* Op. Cit... pp. 51-52.

Derecho Penal no son puras elucubraciones teóricas, sino que tienen una gran trascendencia práctica para configurar un Código Penal y orientar su aplicación por los Tribunales, sobre todo a la hora de fijar de forma concreta la pena que se le debe imponer al autor de un delito -art. 66 CP- ya que “la individualización de la pena debe llevarse a cabo ponderando sus fines en el caso concreto”⁶³⁷.

En definitiva, como veremos *a posteriori*, las teorías de la pena se reducen a dos fórmulas: las que legitiman la pena por su función metafísica de realizar las exigencias de valores absolutos como la Justicia o el Derecho (teorías absolutas) y las que legitiman la pena por consecuencias sociales, por su función socialmente útil (teorías relativas, teorías de la unión y teoría de la prevención general positiva).

4.1. Teorías absolutas o retribucionistas

Los postulados contenidos en la teoría de la retribución no encuentran el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil⁶³⁸, sino en que a través de la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido⁶³⁹. Como

⁶³⁷ Resulta esclarecedora la STS de 22 de octubre de 2001 (To/ 103205). El establecimiento de penas privativas de libertad de larga duración (hasta cuarenta años -art. 76 CP-), el recurso a las penas cortas privativas de libertad (las inferiores a seis meses -art. 36 CP-), los sustitutivos penales y sus requisitos (suspensión de la ejecución de la pena, sustitución de la pena y libertad condicional -arts. 80, 88 y 90 CP-), la cuestión de la primacía de la prevención general -exigencia social de pena- o de la prevención especial -necesidad individual de la pena- en la individualización judicial de la pena, la orientación de las penas privativas de libertad a la resocialización del autor -art. 25, 2 CE, el principio de culpabilidad como límite a las exigencias preventivas de pena, etc., constituyen ejemplos de cuestiones en las que las decisiones están íntimamente vinculadas a las teorías de la pena. Ejemplo: supongamos que un terrorista es condenado por diez asesinatos a 200 años de prisión (lo que implica un cumplimiento efectivo de 40 años -art. 76 CP-). Después de llevar 20 años en prisión contrae una enfermedad incurable. Su abogado solicita que se le deje en libertad ya que ningún fin racional de prevención justifica su permanencia en la cárcel. ¿Qué contestar al abogado?

⁶³⁸ Se debate si la retribución justa puede calificarse, según esta doctrina, como “fin” de la pena.

⁶³⁹ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 82.

señala MIR PUIG, la idea tradicional ha sostenido la necesidad de asignarle una función de retribución exigida por la Justicia, tras la comisión de un hecho antijurídico. Esto no responde, sino a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido⁶⁴⁰.

Así bien, se habla aquí de una teoría absoluta porque para ella el fin de la pena es independiente, desvinculado de su efecto social. La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde tiempos ambiguos y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa⁶⁴¹ y eso

⁶⁴⁰ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 77. Como veremos en el desarrollo de este acápite, la teoría retribucionista se ha intentado explicar desde diversas ópticas, tales como la religiosa, la ética y las jurídicas. Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit...* p. 95. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español... Op. Cit...* pp. 84-85.

⁶⁴¹ Sobre esta concepción y con independencia de que *a posteriori* esbozemos algunos matices que precisan ser delineados, es de considerada importancia la exposición que realiza el Profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona, José Cid Moliné, a quien, del análisis de sus trabajos, podemos percatarnos que tiene acentuado un tono utilitarista en su pensamiento sobre los fines de la pena (entre otros de sus trabajos, véase CID MOLINÉ, José. "La suspensión de la pena en España: Descarceración y reincidencia". *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Nº 15. UNED, Madrid, 2005, pp. 223-239.) De esta forma Cid Moliné, ha realizado una espléndida exposición de las distintas teorías de la pena que se han defendido en España desde la guerra civil. Dividiendo esta historia en diferentes etapas, coincidentes con los cambios del régimen político y la legislación penal de cada momento (31 ss., 133 ss., 189 ss.), establece los diversos modelos de teoría penal defendidos (83 ss., 145 ss., 221 ss., 277 S., 279 S.). El Profesor español, rechaza el modelo retributivo y el modelo mixto dominante mucho tiempo entre nosotros y aún en la actualidad, a pesar de reconocerte a este último el mérito que tiene en cuanto que ya desde los tiempos de Antón Oneca recoge aspectos tanto de crítica a la legislación penal como de orientación de la pena a fines utilitaristas de inspiración ilustrada y liberal (101 S.). Para Moliné, el único modelo válido es el utilitarista puro, defendido en España por Gimbernat Ordeig. Solo este modelo (284 ss.) garantiza que el Derecho Penal huya de la metafísica y, por tanto, de toda frivolidad que se oponga a que el castigo sólo se imponga con criterios de estricta necesidad. Los límites liberales que los defensores de las teorías mixtas oponen a una pena sólo utilitarista, los comparte Cid Moliné y, como dice Gimbernat Ordeig, se pueden fundamentar con criterios de utilidad (290, 291). Cid Moliné, que conoce bien la filosofía utilitarista, asume las críticas que se pueden hacer a una teoría de la pena de estas características, fundamentalmente que la pena se justifique sólo porque con su aplicación la suma de utilidad de todos es mayor que sin su aplicación y pueda traducirse en el sacrificio del individuo que la sufre (287, 289). Éste autor, opone a esta objeción que tampoco las restantes teorías escapan a ella si fuesen excesivamente escrupulosas, p. ej., con el principio de culpabilidad. No obstante, él sigue prefiriendo su modelo, ya que sólo él garantiza el mínimo de castigar. Cfr. CID MOLINÉ, José. *¿Pena justa o pena útil?: El debate*

presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión: ojo por ojo, diente por diente. Describe el desarrollo de la pena de forma absolutamente correcta también desde el punto de vista histórico, puesto que en el desarrollo del curso cultural ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre familias y tribus, de tal forma que el derecho a la retribución pasa a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y que por ello creaba paz.

Sin embargo, lo que a la teoría de la retribución le ha consolidado científicamente durante tanto tiempo una influencia tan predominante, no fue tanto su dignidad histórica o su plausibilidad teórica cotidiana, cuanto más bien su fundamentación a través de la filosofía del idealismo alemán, cuyo significado para el desarrollo de la historia de las ideas de nuestro Derecho Penal difícilmente puede ser sobrestimado. KANT intentó en “La metafísica de las costumbres” (1798)⁶⁴² fundamentar las ideas de retribución y justicia como leyes inviolablemente válidas y hacerlas prevalecer con toda nitidez contra todas las interpretaciones utilitaristas: «Tantos como sean los asesinos que hayan cometido el asesinato, o que asimismo lo hayan ordenado, o hayan colaborado en él, tantos también tendrán que sufrir la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial según las leyes generales y fundamentadas *a priori*». Y sigue: «La Ley penal es un imperativo categórico; a aquel a quien por motivo de un propósito mundano cualquiera absuelva a un malhechor de la pena o incluso sólo de un grado de la misma», Immanuel Kant le invoca una “calamidad”: «Pues cuando perece la justicia, ya no tiene valor alguno que los hombres vivan sobre la tierra». Sí,

contemporáneo en la doctrina penal española. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1994. También, en una crítica de los postulados de von Hirsch véase CID MOLINÉ, José. “Prevención de delitos y utilitarismo: una confusión censurable (a propósito de “Censurar y Castigar de A. von Hirsch”). En, *Revista Jueces para la democracia*. No. 35. Madrid, 1997, pp. 20-27.

⁶⁴² La *Metafísica de las costumbres* (en alemán: *Die Metaphysik der Sitten*) es una obra de Immanuel Kant escrita en 1797 sobre filosofía jurídica y ética. Es la continuación del proyecto kantiano de la *Crítica de la razón Práctica*, en la cual se desarrolla el sistema que aborda los principios metafísicos de la doctrina del derecho y de la doctrina de la virtud.

para Kant tiene que haber pena incluso aunque el Estado y la sociedad ya no existieran; incluso si éstos se disolvieran –apunta el filósofo prusiano del período de la ilustración- «deberá ser previamente ejecutado el último asesino que se encontraba en prisión, para que cada cual sufra lo que sus hechos merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no ha exigido ese castigo⁶⁴³».

En una fundamentación con un tinte más jurídico, sobre la teoría de la retribución, encontramos a HEGEL, en sus “Líneas fundamentales de la teoría del Derecho”, uno de los más importantes textos filosófico-jurídicos hasta la fecha, llega a unos resultados muy parecidos –a los de Kant-, al interpretar el delito como negación del Derecho y la pena como la negación de esta negación, como anulación del delito, que de lo contrario tendría validez y, con ello, como restablecimiento del Derecho.

Materialmente, se distingue de Kant sobre todo en que el principio del Talión, prácticamente irrealizable, lo sustituye por la idea de la equivalencia de delito y pena, y en esta forma se ha impuesto la teoría de la retribución durante los siguientes 150 años. Sin embargo, Hegel está totalmente de acuerdo con Kant, al no reconocer tampoco metas preventivas como intimidación y corrección como fines de la pena.

También las Iglesias de ambas confesiones han apoyado hasta la época de la postguerra mayoritariamente la teoría de la retribución al concebir la realización de la justicia como mandamiento de Dios y la imposición de la pena como ejecución sustitutoria de las funciones de Juez de Dios.

⁶⁴³ Cfr. KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Tecnos. Madrid, 2006, p. 26 y ss. Es muy expresivo el ejemplo famoso de Kant de una isla cuya población decidiese disolverse y dispersarse por el mundo, y en la que se plantease la cuestión de si hay que mantener el castigo pendiente de los delincuentes, a lo que el autor alemán responde que, aunque resultara del todo inútil para dicha sociedad -puesto que dejaría de existir- deberá ejecutarse hasta el último asesino que se hallase en prisión, únicamente «para que todos comprendieran el valor de sus actos». Se advierte aquí claramente una consecuencia fundamental de la concepción retributiva: según ésta, la pena ha de imponerse por el delito cometido aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad.

De acuerdo con ROXIN⁶⁴⁴, el mérito de la teoría de la retribución radica en su capacidad de impresión psicológico-social, así como en el hecho de que proporciona un baremo para la magnitud de la pena. Si la pena debe corresponder a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad. Ciertamente es que no se puede determinar matemáticamente de forma exacta qué pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad; sin embargo, con la ayuda de las reglas legales de determinación de la pena y una teoría de la determinación de la pena científicamente perfeccionada, se consiguen de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculables.

A pesar de lo expuesto *ut supra* y ulterior al estudio que hemos realizado sobre la doctrina contemporánea, existe unanimidad, cuando de la esterilidad que la teoría retribucionista representa en nuestros días. En este orden de ideas, comulgamos con ROXIN, cuando afirma que «la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente», pues, si la finalidad del Derecho Penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescindiera de todos los fines sociales. La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria; pero entonces la pena ya no sirve de los cometidos del Derecho Penal y pierde su legitimación social⁶⁴⁵. En contra de la teoría de la retribución también hablan

⁶⁴⁴ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 84.

⁶⁴⁵ Tampoco en la formulación como teoría de la expiación puede defenderse la teoría de la compensación de la culpabilidad. Esto se sobreentiende cuando, como corresponde a un uso más amplio del lenguaje, sólo se usa el concepto expiación como otra palabra para indicar retribución. Sin embargo, con la expiación piensa a menudo que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana y social. Naturalmente, todo esto es deseable. Pero no puede servir para justificar la pena retributiva, pues una vivencia expiatoria de este tipo, que en la realidad se da muy raras veces, constituye un acto moral autónomo de la personalidad, que no puede imponerse a la

sus consecuencias indeseables desde el punto de vista de política social. Una ejecución de la pena que parte del principio de la imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización, que a menudo constituyen la causa de la comisión de delitos, y por ello no es un medio adecuado de lucha contra la delincuencia⁶⁴⁶.

Para el jurista español, MORILLAS CUEVA, «los aditivos de seudomodernismo con que se adornan y disimulan los parámetros de mayor tradición retribucionista son más rechazables que los propios originales, científicamente insostenibles»⁶⁴⁷.

En este ítem, MIR PUIG, confía en que «es correcto señalar la necesidad de que la pena guarde una cierta proporcionalidad con el delito, más de ello no se deriva la validez de la teoría retribución. La proporcionalidad puede concebirse como un límite que debe respetar el ejercicio de la función punitiva, y que como tal límite no fundamenta la necesidad de esta función, sino que, al revés, la restringe»⁶⁴⁸.

Es expresivo, en este sentido, el ejemplo de MAURACH⁶⁴⁹. En las ediciones de su Tratado que puso al día él mismo, este autor se declaraba abiertamente favorable a una concepción retribucionista de la pena desvinculada de todo fin; y, sin embargo, iniciaba el estudio sobre la pena afirmando: «Existe unanimidad en que la justificación de la pena reside en su necesidad. Una sociedad que quisiera renunciar al poder punitivo renunciaría a su propia existencia». Y, sobre todo, defiende la idea de la retribución

fuerza y que, por lo demás, puede ser motivado muchísimo mejor por una pena que no retribuya, sino que ayude. *Ibidem.*, p. 85. En el mismo sentido, *cfr.* JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit...* p. 25.

⁶⁴⁶ *Vid.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 84.

⁶⁴⁷ *Cfr.* MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit...* p. 113.

⁶⁴⁸ *Vid.* MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 79. Afirma este autor, que la concepción retribucionista de la pena no ha sido seguida en sus términos estrictos, ni por la Ciencia Penal ni por las legislaciones, que casi siempre han atribuido a la pena fines sociales de prevención trascendentes a la sola función de realización de la Justicia en sí misma.

⁶⁴⁹ *Cfr.* MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Juan Córdoba Roda. Ariel. Barcelona, 1962, pp. 63 y ss.

contra los ataques que le reprochan vacuidad de fines preventivos, afirmando que precisamente esta ausencia de fines utilitarios «despliega efectos social-psicológicos de una extensión y trascendencia superiores a los de los efectos propios de los fines de prevención», lo cual «concuera con las exigencias de la intimidación». Es decir: la retribución es concebida aquí como el mejor modo de prevención. No podría decirse que en concepciones como ésta –un tanto frecuentes- sea la retribución la función última de la pena, sino el servir a la subsistencia de la sociedad, siquiera sea a través de la retribución. Pero no es éste ya el terreno de las teorías retribucionistas puras, sino el de las teorías mixtas o de la unión. El hecho de que las teorías absolutas no hayan encontrado apenas acogida en el Derecho Penal ni en la doctrina penal, se debe a que la función del Estado moderno no se ve generalmente en la realización de la Justicia absoluta sobre la tierra. Esta tarea se considera hoy un cometido moral o religioso, pero no de un Estado como el actual, que quiere mantener deslindados los campos de la Moral y el Derecho porque no admite que la Ética o la Religión puedan imponerse por la fuerza de lo jurídico. No se admiten ya -en nuestro ámbito de cultura- las premisas del Estado teocrático, en el que sí era coherente atribuir a la pena el papel de instrumento de castigo del mal. En un Estado democrático las sentencias no se pronuncian en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo, y el Derecho sólo puede justificarse como medio de asegurar la existencia de la sociedad y sus intereses. Éste es el punto de partida de las teorías de la prevención.

4.2. Las teorías de la prevención o relativas

En tanto las teorías absolutas o de la retribución parten, en su sentido estricto, de que la pena debe imponerse para realizar la Justicia, sin que hayan de tomarse en consideración otros fines de utilidad social⁶⁵⁰, las teorías relativas o de la prevención, asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales. Se

⁶⁵⁰ Ya, *a posteriori*, hablaremos con mayor amplitud sobre este controvertido, pero considerable e importante criterio, que se perfila como un garante de la prevención especial de la pena.

trata de una función “utilitaria” que no se funda en postulados religiosos, morales, o en cualquier caso idealistas, sino en la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. La pena no se justificaría puramente como un castigo del mal, como mera respuesta retributiva frente al delito –ya- cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros. Como con acierto señala MIR PUIG, «mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro»⁶⁵¹. Es decir, como bien lo explican JESCHECK-WEIGEND, «en las teorías relativas, la pena no tiene que realizar la justicia, sino proteger a la sociedad y por lo tanto, no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención»⁶⁵².

Por lo tanto, tenemos que *versus* las teorías absolutas, las teorías preventivas reciben el nombre de teorías relativas. Y la explicación estriba en que, a diferencia de la Justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales.

Como corolario a este epígrafe, podemos señalar que un rasgo común a todas las teorías relativas es que atribuyen a la pena y al Derecho Penal la función de prevención de delitos, pero como señala el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Santiago Mir Puig⁶⁵³, «este punto de partida se concreta de forma muy distinta por las dos corrientes en que se bifurcan, sobre todo a partir del penalista germano redactor del Código Penal de Baviera de 1813: Feuerbach⁶⁵⁴ (1775-1833), iniciador de la doctrina penal alemana del siglo XIX: la doctrina de la prevención general y la de la prevención especial».

⁶⁵¹ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 81. Revítese también a QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit...* pp. 100-102.

⁶⁵² Cfr. JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas. *Tratado... Op. Cit...* p. 77.

⁶⁵³ *Ídem*.

⁶⁵⁴ El citado penalista, Doctor por la Universidad de Jena y famoso creador de la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, consideraba a la pena como «una coacción psicológica que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos». Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte... Op. Cit...* p. 48.

4.2.1. Sobre la teoría de la prevención general

Después de inmiscuirnos en el estudio de esta teoría, encontramos que proverbialmente, la hipótesis de la prevención general, sostiene que con la conminación y la posterior aplicación de la pena al reo se logra intimidar al resto de los ciudadanos para que no delinca. Arranca pues, de ese sentimiento social, que se reproduce en las más diversas esferas de la vida colectiva, de la “ejemplaridad del castigo”: la teoría de la prevención general no es, a la postre, más que el modo de manifestar jurídicamente esa idea.

De acuerdo con el pensamiento de CUELLO CONTRERAS, en la teoría de la prevención general «se pune para que el castigo del delincuente sirva de escarmiento a los demás ciudadanos, para que se abstengan de delinquir en el futuro»⁶⁵⁵.

En la pluma de MORILLAS CUEVA⁶⁵⁶, «la prevención general es la prevención de los comportamientos socialmente indeseables a través de la amenaza de una sanción legal», o como bien lo señala ROXIN⁶⁵⁷, «la prevención general es la incidencia sobre la comunidad que, a través de la amenaza y ejecución de la pena, aprende a respetar las prohibiciones legales y es intimidada para que se abstenga de infringirlas».

La teoría que ahora nos ocupa, como previamente referimos, fue desarrollada en su forma más eficaz históricamente por Paul Johann Anselm, von Feuerbach, quien es considerado como el fundador de la moderna ciencia del Derecho Penal Alemán. Este criminalista y filósofo alemán, deriva su doctrina de prevención general de la llamada teoría psicológica de la coacción, desarrollada por él. Se imaginaba el alma del delincuente potencial

⁶⁵⁵ Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español... Op. Cit...*p. 85.

⁶⁵⁶ Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...Op. Cit...* pp. 113-114.

⁶⁵⁷ También aquí se trata, de un teoría que tiene a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena, debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino que generalmente sobre la comunidad. *Vid.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 89. También véase, ROXIN, Claus. *Iniciación al Derecho Penal de hoy.* Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones. Sevilla, 1981, p. 32.

que había caído en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que le empujan hacia el delito y los que se resisten a ello; opinaba que había que provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una coacción psíquica para abstenerse de la comisión del hecho⁶⁵⁸.

Esta doctrina, al querer prevenir el delito mediante las normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal. Pero constituye asimismo, por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza⁶⁵⁹.

Como la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, aunque, sin embargo, la ejecución debe otorgarle eficacia a la ley, el fin mediato (fin último) de la aplicación de la pena es asimismo la mera intimidación de los ciudadanos por la Ley.

La teoría preventivo general tiene también hoy en día mucha influencia como teoría de la pena. Posee una cierta evidencia de psicología del profano y se justifica asimismo por la consideración e la psicología profunda de que muchas personas sólo contienen sus impulsos antijurídicos cuando ven que aquel que permite su satisfacción por medios extralegales no consigue éxito con ello, sino que sufre grandes inconvenientes⁶⁶⁰.

Una vez expuestos los razonamientos anteriores e involucrados en el ambiente que las ideas centrales de estos nos dejaron, es menester recordar

⁶⁵⁸ El manual de Feuerbach contiene un resumen exacto de esta concepción, tanto racionalista como determinista: Todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión. Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 90.

⁶⁵⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte... Op. Cit...* p. 48.

⁶⁶⁰ *Ibidem.*, p. 91.

lo que BECCARIA reflexionaba cuando de hablar de la finalidad de la pena se trataba, y es que el jurista nativo de Milán decía «Pero, ¿cuáles serán las penas convenientes a estos delitos? –hablando en un sentido macro- La muerte, ¿es una pena verdaderamente útil y necesaria para la seguridad y el buen orden de la sociedad? La tortura y los tormentos ¿son justos y obtienen el fin que se proponen las leyes? ¿Cuál es la mejor manera de prevenir los delitos? ¿Son las mismas penas igualmente útiles en todos los tiempos? ¿Qué influencia tienen sobre las costumbres? Es mejor prevenir los delitos que punirlos»⁶⁶¹.

Por otra parte, encontramos que el efecto general-preventivo más enraizado se realiza mediante la intimidación, pero no es el único pues cabe la posibilidad de delimitar otro independiente de aquél consistente en la manifestación de la reprobación social del hecho prohibido, que lleva al prevalecimiento del orden jurídico. Es lo que para un importante sector de la doctrina diferencia la prevención general negativa de la positiva. Esta última que surge como respuesta a la concepción de la prevención general como intimidación, es una prevención que pretende la afirmación positiva del Derecho Penal que asiente por medio de la pena la conciencia social de la norma, en las conclusiones de HASSEMER⁶⁶², o la confirmación de la vigencia de la norma, como propugna JAKOBS⁶⁶³, o ratifica una actitud de respeto por el Derecho, según el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Bonn, Armin KAUFMANN⁶⁶⁴. En referido orden de razonamientos, la reacción punitiva tendrá como función principal la de restablecer la confianza y reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce para la estabilidad del sistema y la integración social. Lo verdaderamente importante desde dicha perspectiva, en la

⁶⁶¹ Cfr. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas... Op. Cit...* p. 17 y ss.

⁶⁶² HASSEMER, Winfried. "Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico-social". Traducción de María Teresa Castiñeira Palou. En, *Derecho Penal y Ciencias Sociales*. Universidad Autónoma de Barcelona. Bellaterra, 1982, p. 137.

⁶⁶³ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit...* pp. 26-29.

⁶⁶⁴ KAUFMANN, Armin. *Política Criminal y reforma del Derecho Penal*. Temis. Bogotá, 1982, p. 127. También véase a MIR PUIG, Santiago. "Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva". En, *Seminario sobre "Pena y prevención"*. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 1985, p. 53.

valoración de un comportamiento delictivo y en la adscripción de la responsabilidad punitiva a un sujeto, no es prioritariamente la producción consciente y voluntaria de un hecho lesivo sobre bienes jurídicos, sino el grado de intolerancia funcional hacia la expresión simbólica de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento positivo⁶⁶⁵.

Estudiado lo que se antepone y antes de concluir el análisis de esta teoría, no es superfluo describir que en la dogmática penal existen ciertas objeciones sobre ella.

La primera refutación que recibe la doctrina de la prevención general es la de que, dado el modo de pensar que encierra, deja una puerta abierta a la pura intimidación utilitarista y, sobre todo, rebaja al hombre a la pura condición de instrumento al servicio de una política penal, degradando el respeto a su dignidad y haciéndole sufrir un castigo cuya gravedad o duración no se funda en el mal causado por él, sino por algo ajeno a su delito: el deseo de que otros no le quieran imitar. No cabe duda de que, si la prevención general es eso simplemente, ha de ser negada de plano en un Estado de Derecho. Es verdad que la teoría de la prevención general prescinde, en principio, excesivamente de lo que es en sí la pena, y no es admisible relegar a segundo plano la condición de gravísimo castigo que sufre un ser humano primando el problema de los fines que con ella se quieren alcanzar. Pero es que, además, encierra otro apriorismo que la moderna sociología de la desviación pone de manifiesto: la capacidad que el castigo que otro sufre tiene para inhibir el comportamiento de otros desviados en potencia, es nula. Los mecanismos de motivación del delincuente no son precisamente racionales, del mismo modo que no son normales llamando normal a lo mayoritario sus valores esenciales. La aplicación de la pena a otro sujeto carece de esa eficacia contramotivadora, con lo cual se desploma la que parece única explicación o sentido de la

⁶⁶⁵ En similar orden de pensamiento, confróntese a BARATTA, Alessandro. "Integración-prevenición: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática". En, *Revista Doctrina Penal*, año 8, N° 29. Buenos Aires, Argentina, 1985, pp. 9 y ss. También, en un estudio *lato* sobre el *item* que nos ocupa véase a SCHÜNEMANN, Bernd. "Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva". En, *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro homenaje a Claus Roxin. Bosch. Barcelona, 1997, pp. 89 y ss.

teoría de la prevención general. Sin embargo, la prevención general como función de la pena existe, pero no por el hecho de aplicarse castigos a sujetos concretos, sino por la misma existencia de una Ley penal promulgada.

4.2.2. Acerca de la teoría de la prevención especial

A *contrario sensu* de la teoría de la retribución, encontramos la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial).

En palabras de ZUGALDÍA ESPINAR, «la teoría de la prevención especial considera que la comisión de un delito revela en el autor la posibilidad de la comisión de nuevos delitos. Por ello la pena debe servir para evitar esos futuros delitos actuando sobre la persona de su autor»⁶⁶⁶.

De acuerdo con la opinión del Catedrático y Político español, CUELLO CONTRERAS, discípulo directo de KAUFMANN, en esta modalidad, «la pena sirve a una finalidad de prevención especial o resocialización –como también la denomina-, es decir, para evitar que ese delincuente vuelva a delinquir en el futuro –al menos mientras este privado de libertad- y obtener su reinserción social»⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *et al. Fundamentos de Derecho... Op. Cit.* p. 54.

⁶⁶⁷ Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español... Op. Cit...*p. 85. A propósito de la definición de este autor español y en este sentido véase a SILVELA CASADO, Luis. *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*. 2ª edición. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fe. Madrid, 1908, pp. 57 y ss. De esta forma, quien a su vez fuera Ministro de Gobernación y de Marina durante el reinado de Alfonso XIII en España, Luis Silvela, sostenía lo siguiente: «El sosiego y la confianza que la sociedad siente cuando se ha cumplido el castigo impuesto debe resultar sin buscarse directamente, sin que el hombre se convierta en simple medio, en objeto del derecho, y el delito en mero pretexto de intimidación y de escarmiento. Precisamente lo que ha rectificado algún tanto el sentido del Derecho Penal, lo que separa profundamente las legislaciones antiguas de las modernas, y lo que ha de llevar a ulteriores y preciosos adelantos, es el contemplar la pena desde el punto de vista del que ha de sufrirla. Por eso se abolieron los

Se habla, pues, según esta interpretación, de la prevención especial como fin de la pena. La teoría de la prevención especial, al diferencia de la concepción de la pena retributiva absoluta, es una teoría relativa, pues se refiere al fin de prevención de delitos⁶⁶⁸. También, como oportunidad refiere ROXIN, esta posición se remonta a los orígenes del pensamiento penal. Ya en Séneca, evocando la idea de Protágoras, que fue transmitida por Platón, se encuentra la formulación clásica de todas las teorías preventivas: «*Nam, ut Plato ait: nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur...*» (Pues, como dice Platón: Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque...)⁶⁶⁹.

Esta tesis se perfeccionó en el tiempo de la ilustración como teoría independiente de la prevención especial; más tarde fue arrinconada por la teoría de la retribución, pero hacia finales del siglo XIX la Escuela Jurídico-Penal Sociológica la reavivó de una manera muy influyente hasta hoy. Su portavoz fue Franz von Liszt, el político criminal alemán más significativo. Según su concepción, la prevención especial puede actuar de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro o internamiento de éstos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos y preservándole de la reincidencia mediante su corrección⁶⁷⁰.

castigos infamantes, los atroces y crueles, los que no eran personales, los que desmoralizaban al reo por su naturaleza o por el modo de cumplirse, y por este camino finalmente ha de llegar a reconocerse el castigo justo como tutela, pero como tutela penal o punitiva».

⁶⁶⁸ La palabra relativo, viene del latín referre = referirse a/que concierne a.

⁶⁶⁹ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 85.

⁶⁷⁰ Conforme a esto, von Liszt, en su denominado Programa de Marburgo (1882), que fue fundamental para su trabajo posterior, exponía un tratamiento de los delincuentes, diferenciado según el tipo de autor: la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore; la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor corregible. Sobre todo la tercera de las posibilidades de influencia preventivo-especial, la corrección, que en lenguaje técnico se denomina resocialización o socialización, ha desempeñado un papel significativo en la postguerra. La *Internationale Kriminalistische Vereinigung* (Unión Internacional de Derecho Penal), fundada en 1889 por von Liszt junto con el belga Prins y el holandés van Hamel, contribuyó mucho a la divulgación de los nuevos planteamientos político-criminales. En 1924 apareció junto a ella la *Association Internationale du Droit Pénale* (AIDP), que todavía hoy sigue existiendo. En

Acto seguido a lo que antecede, casi resulta obligada la referencia a lo que en España, QUINTERO OLIVARES⁶⁷¹ denomina corriente o Escuela de los correccionalistas. Estos, no cayeron en los excesos de los positivistas italianos, como tampoco incurrieron en ellos los positivistas naturalistas seguidores de von Liszt, cuya influencia habría de ser grande en España.

Hay que anotar que el positivismo naturalista italiano tuvo una enorme recepción en España. Exposiciones amplias de la doctrina positivista fueron realizadas por Aramburu, Amor Neveiro, Silió y Jiménez de Asúa. No obstante, en España no hubo positivistas “a la italiana” en sentido estricto, excepción hecha, tal vez, de Rafael Salillas, médico y penitenciario. En aquellos años la dirección preponderante era el correccionalismo que anteriormente había tenido una primera formulación próxima al clasicismo en algunos puntos, línea en la que destacó LUIS SILVELA, principalmente por su aproximación a postulados iusnaturalistas. El correccionalismo fue la traducción a lo penal de la filosofía krausista. Durante su etapa clásica el correccionalismo limitó su presencia a las doctrinas sobre el fin de la pena, aunque el krauso-correccionalismo, como pensamiento jurídico-penal, no se limitaba a eso. Es más, en aquella primera hora los postulados correccionalistas aparecerían más como un “propósito” orientador que como una formulación que abiertamente rompiera con el indeterminismo y el legalismo. El delincuente era considerado como un ser necesitado de tutela, protección y corrección, y la pena debía ser un tratamiento curativo. Limitada

1937 fue disuelto el grupo alemán de la IKV por los gobernantes de entonces. Después de la guerra fue sobre todo la Sociedad Internacional para la Defensa Social, fundada en 1947, la que continuó con el trabajo de Liszt. También el “Proyecto Alternativo de Código Penal”, publicado en 1966 por penalistas de Alemania Occidental (entre los que se encuentra Claus Roxin) y que ha influido notablemente en la reforma del Derecho Penal de la República Federal, le debe mucho y de forma muy especial a la teoría preventivo-especial, y con ello particularmente a Franz V. Liszt y a las opiniones de la defensa social. *Ibidem.*, p. 86. Sobre el papel de la inocuización véase a PÉREZ TOLENTINO, Jorge Alberto. “La inocuización como prevención especial negativa”. En revista, *Archivos de criminología, criminalista y seguridad privada*. N° 8, enero-julio. Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León, A.C. Nuevo León, México. 2012, pp. 1-6.

⁶⁷¹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit...* pp. 105 y ss.

la cuestión al problema del fin de la pena destacó la obra de CONCEPCIÓN ARENAL⁶⁷², figura señera del penitenciarismo español.

La ruptura con el sistema clásico y todos sus principios fundamentales se dio con DORADO MONTERO⁶⁷³, cuya obra, superó en alcance a la de los positivistas italianos pero colocando el respeto al hombre en el centro de su sistema, a diferencia del defensismo agresivo que anidaba en la ideología de los positivistas italianos. En Pedro García Dorado Montero, convergen la filosofía del Derecho krausista y la filosofía positivista. Gracias a su influencia krausista el ideal de humanidad será dominado por el pensamiento positivista radical. A su juicio el porvenir del problema penal estaba en la síntesis de positivismo y correccionalismo, tomando la mejor aportación de cada una de esas direcciones, así, el introductor del positivismo jurídico en España, como los positivistas italianos, defendió la tesis determinista (el delincuente lo es por razones que en el fondo no dependen de su voluntad, sino de su educación, herencia biológica, condiciones culturales y de vida, etc.). Al igual que ellos repudió a los clásicos que habían colocado el estudio del Derecho y del delito por encima del estudio del hombre delincuente. Pero él, se separa de los positivistas italianos y de la manera que éstos tenían de entender la prevención represiva y aflictiva. En conclusión, este autor, no podía compartir el autoritarismo defensista que anidaba en el pensamiento de los positivistas italianos⁶⁷⁴.

Pero, no obstante lo que hasta este momento se ha referido, el optimismo de la prevención especial y la puesta en práctica de su enfoque también suscita problemas, conocidos desde hace mucho tiempo, y que

⁶⁷² Cfr. RICO LARA, Manuel. "Concepción Arenal". En, *Revista Internacional de Pensamiento Político*. 1ª época, volumen 4. Fundación Tercer Milenio y Universidad de Huelva. Sevilla, 2009, pp. 157 y ss.

⁶⁷³ Después de revisar algunas de sus obras, consideramos que el jurista, penalista y criminalista español, nacido en Navacarros, Salamanca, fue un gran defensor de lo que podríamos denominar la "Pedagogía correccional", como un "derecho protector" de los delincuentes, desprovisto por completo de sentido represivo y doloroso, animado tan sólo de una finalidad tutelar y protectora.

⁶⁷⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit...* pp. 105-106.

después del transcurso del tiempo ha llevado a pisar el acelerador hacia un escepticismo cada vez más fuerte frente a esta doctrina⁶⁷⁵. Su defecto más grave consiste probablemente en que, al contrario de la teoría de la retribución, no proporciona un baremo para la pena. Este consistiría, en atención a sus consecuencias, en retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado.

Esto debería conducir a la introducción de una condena con pena de duración indeterminada y también, en su caso, a que por un delito de poca importancia se pudiera aplicar una pena privativa de libertad de muchos años, en el supuesto de que como síntoma se presentase una profunda alteración de la personalidad. Incluso se podría considerar un tratamiento (re)socializador, cuando alguien apareciese como sujeto que entraña un grave peligro de criminalidad, sin que se pudiese probar que hubiese cometido ningún delito hasta el momento. Todas éstas constituirían intervenciones que se saldrían ampliamente de la medida permitida según la teoría de la retribución; limitarían la libertad del individuo más radicalmente de lo que pueda ser deseable y permitido en un Estado libre de Derecho.

A propósito de la pena privativa de libertad, es oportuno citar a MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, quienes indican que «durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de prevención especial, porque lo que en ese estadio lo

⁶⁷⁵ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* pp. 87 y ss. También véase a MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...*p. 86. Según Jakobs, la respuesta a la cuestión de si funciona en absoluto un modelo así y por qué, no es evidente. Las dudas sobre su funcionamiento no son oportunas mientras que en el tratamiento que se aplica al autor, corrigiéndole, intimidándole o inocuizándole surja tanto padecimiento que se marque de ese modo al autor como titular de los costes de la infracción ocurrida, pues mientras se asigne un padecer como consecuencia aún siguen siendo posibles los efectos de la prevención general positiva. Incluso la circunstancia de que al autor se le atribuya algo y se reaccione contra él le señala como causa del conflicto, reafirmandose así la norma. Estos efectos se basan en la impresión que suscitan en la generalidad del juicio penal de imputación y el tratamiento preventivo y por ello no tiene nada que ver con las singularidades de la prevención especial; son más bien efectos secundarios de cuño preventivo-general. Cfr. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit...* pp. 29-30.

que debe perseguirse es la reeducación y socialización del delincuente o, por lo menos, su aseguramiento»⁶⁷⁶.

Asimismo, la teoría preventivo-especial se enfrenta con la cuestión de que, de todas formas, con qué derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos adultos por el Estado. Kant y Hegel veían en ello una violación de la dignidad humana.

En efecto, en la política criminal internacional se puede justificar desde 1975, más o menos, que se produce a menudo un abandono de la idea de resocialización antes dominante y una vuelta a la teoría de la retribución y a la prevención general. Esta dirección que se opone a un Derecho Penal del tratamiento, y que bajo el nombre de “neoclasicismo” adquirió influencia sobre todo en América y en Escandinavia, se dirige sobre todo contra las penas de duración indeterminada y contra el tratamiento forzoso que en estos países se había considerado admisible hasta ese momento por motivo del fin terapéutico criminal.

Otro punto débil de la prevención especial, se encuentra en el hecho de que no sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización.

⁶⁷⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte... Op. Cit...* p. 50. Con otras palabras, cuando el legislador –español- amenaza con la pena de prisión de diez a quince años en el art. 138 del Código Penal el hecho de matar a otra persona, lo hace con la esperanza de que, a la vista de la pena con que conmina la realización de ese hecho, la generalidad de los ciudadanos normales se abstendrán de matar a sus semejantes-prevención general negativa-. Pero si, a pesar de esta conminación, alguien llega a cometer culpablemente un homicidio, entonces debe aplicársele la pena prevista con un criterio retributivo es decir, porque ha cometido el homicidio, demostrando al mismo tiempo, con ello, la seriedad de la amenaza penal (prevención general positiva). Una vez impuesta la pena correspondiente, debe procurarse, sin embargo, sobre todo cuando ésta es una pena de prisión, de acuerdo con la idea de prevención especial, que durante la ejecución de la pena se actúe directamente sobre el delincuente educando y reprimiendo sus instintos agresivos, para que, una vez cumplido castigo impuesto, pueda integrarse en la comunidad como miembro perfectamente idóneo para la convivencia (*cfr.* Art. 25 CE).

Este problema no sólo surge con muchos autores de hechos imprudentes y con autores ocasionales de pequeños delitos, sino también con personas que han cometido delitos graves, pero en los no existe peligro de reincidencia porque el hecho se cometió en una situación de conflicto irrepetible, o cuando las distintas circunstancias temporales hacen imposible su nueva comisión.

¿Cómo va a justificarse desde un punto de vista de prevención especial, por ejemplo, el castigo de los delincuentes violentos del nacionalsocialismo que hoy en día son inofensivos y que viven en sociedad discretamente?

En anterior sentido, MIR PUIG⁶⁷⁷ confirma que «la prevención especial no puede, por sí sola, justificar el recurso de la pena: en algunos casos la pena no será necesaria para la prevención especial, en otros no será posible y, finalmente, en ocasiones no será lícita, y, sin embargo, sería absurda la imputación del sujeto».

Por último, de acuerdo con lo que expone ROXIN⁶⁷⁸, lo que también contribuyó al desencanto frente a la prevención especial fue la circunstancia de que, a pesar de todos los esfuerzos, no se ha podido desarrollar hasta ahora un concepto para la socialización del reincidente, que sea eficaz en amplia medida. Mientras que la pena de retribución lleva su fin dentro de sí misma y, por lo tanto, es independiente de cualquier “resultado o éxito”, la fijación de una meta preventivo-especial se toma sin sentido en el caso de

⁶⁷⁷ Agrega, vaticinando que, «con frecuencia los delincuentes primarios y ocasionales no manifiestan peligro de volver a delinquir-piénsese en muchos delincuentes de tráfico-, por lo que no son necesarias frente a ellos ni la intimidación, ni la resocialización, ni la inocuización. Pero también puede resultar innecesaria la prevención especial frente a sujetos que han cometido delitos graves, como sucedió con los delincuentes nacionalsocialistas juzgados años después de concluida la guerra: pese a la gravedad de sus cargos, bajo la nueva situación política dejaron, en su mayor parte, de encerrar peligrosidad criminal, condicionada al régimen que potenció su actividad criminal. Tampoco es necesaria la prevención especial cuando, como sucede en no pocos delitos graves, la actuación del delincuente obedeció a estímulos y circunstancias que casi con seguridad no volverían a repetirse en la vida del individuo». Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* pp. 86-87.

⁶⁷⁸ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 89.

carencia constante de éxito, aunque se la considere correcta teóricamente. Al menos, las dificultades que se interponen en el camino de la realización práctica de los planes de resocialización han llevado no pocas veces a un cansancio resignado, que repercute en el planteamiento mismo⁶⁷⁹.

4.3. Teorías de la unión, mixtas o unificadoras

Las teorías que dentro de este epígrafe ocupan nuestra atención y que, derivado nuestro estudio por la dogmática jurídico-penal, podemos concluir que se posicionan como las dominantes⁶⁸⁰ en la dogmática y en el derecho Positivo, responden a una característica que las distingue: consisten en una combinación de los anteriores razonamientos doctrinarios. Pero lo cierto es que las críticas expuestas a cada una de las posiciones extremas que cabe concebir ante la cuestión de la función de la pena -1. La realización de la Justicia; 2. Protección de la sociedad a través de la amenaza de la pena dirigida a la colectividad; 3. Protección de la sociedad evitando la reincidencia del delincuente- se dirigen fundamentalmente a combatir la exclusividad de cada una de estas concepciones⁶⁸¹. En este sentido, es muy acertado el bolígrafo de CUELLO CONTRERAS cuando, después de que, en su opúsculo de la Parte General del Derecho Penal Español, hace un lato y minucioso estudio sobre las teorías de la retribución, de la prevención y de

⁶⁷⁹ Sobre este tema, no es baladí exponer la reflexión de Santiago Mir Puig, quien señala que «en todos estos casos, -de prevención especial- sin embargo, es indudable que la improcedencia de la prevención especial no ha de poder conducir a dejar sin castigo al delincuente. Si esto se admite, se seguirá que no basta la idea de la prevención especial para legitimar la pena ¿Significa esto que deba rechazarse por completo? En absoluto. Quien vea en la protección de bienes jurídicos la función del Derecho Penal y atribuya consecuentemente a la pena la misión de prevenir delitos, deberá admitir que en muchos casos contribuye a la evitación de delitos una configuración de las penas que tienda a impedir la recaída en el delito, en especial mediante un adecuado tratamiento resocializador, o que, al menos, no favorezca la desocialización del delincuente». Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 87.

⁶⁸⁰ Entre otros, confróntese a QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit...* p. 111.

⁶⁸¹ No es, por ello, de extrañar que la lucha de escuelas que tuvo lugar a principios del siglo XX en Alemania dejara paso a una dirección ecléctica, iniciada por el jurista alemán Adolf Merkel, que desde entonces ha venido constituyendo la opinión dominante en aquel país. En España, ha sido y es éste el planteamiento más generalizado: se entiende que la retribución, la prevención general y la especial son distintos aspectos de un fenómeno complejo como la pena. Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 87.

cada uno de sus elementos, finiquita diciendo que «la reflexión sobre los fines de la pena pone de relieve que su esencia no se puede reducir a un único punto de vista, con exclusión de los restantes, o, dicho de otra forma, que el fundamento de la pena entraña una realidad compleja (dialéctica)».

Así, sumándose a concepciones análogas a lo *supra* dilucidado, respecto de este apartado MORILLAS CUEVA afirma que, «ni la prevención general, ni la prevención especial aisladamente consideradas, escapan a críticas, tampoco a alabanzas. Del enfrentamiento dialéctico entre los partidarios de la retribución y los defensores del preventivismo, que pone de manifiesto las lagunas de las actitudes unilaterales y dirige la opinión hacia soluciones mediadoras de diversa índole que, recogiendo los aspectos más interesantes de una y de otra, intentan por medio de la reflexión práctica de que la pena desarrolla siempre la totalidad de sus funciones en la realidad de su aplicación frente al afectado por ella y frente a su mundo circundante, surgen las teorías eclécticas, que intentan unificar los fines de la pena en una relación equilibrada que, lógicamente, no impide primar una u otra orientación en atención a la posición que con prioridad se mantenga»⁶⁸².

En este tenor, encontramos que sugerencias unificadoras que en muchos casos se han planteado como propuestas de arreglo que, según han advertido MUÑOZ CONDE - GARCÍA ARÁN⁶⁸³, «como toda solución de compromiso desembocan en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisfacen totalmente a nadie». Si verdad es semejante afirmación no lo es menos que la realidad actual nos muestra un claro vuelco doctrinal, legislativo y jurisprudencial hacia esta tendencia en sus diversas dimensiones. Porque como escribe MIR PUIG «cabría distinguir dos grandes direcciones, sobre todo en la doctrina alemana: la primera, la de los que

⁶⁸² Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit...* p. 116.

⁶⁸³ Los Catedráticos españoles agregan: «Retribución y prevención son dos polos opuestos de una misma realidad que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente. Reconducir ambas visiones de la pena a una unidad es una especie de “cuadratura del círculo” de difícil solución». MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte... Op. Cit...* p. 49.

creen que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa⁶⁸⁴, concediendo a los fines de prevención un mero papel complementario, dentro del marco de la retribución; la segunda vertiente – considerada como progresista-, la de los que invierten los términos de la relación, en el sentido de que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad -protección de bienes jurídicos-, y a la retribución», con éste o con otro nombre, se le asigna exclusivamente la función de límite máximo de las exigencias de prevención, para impedir que pueda llegarse a una pena superior a la merecida por el hecho cometido⁶⁸⁵. Situación esta última a la que se alcanza, sin necesidad de utilizar criterios retributivos, con la aplicación efectiva de los principios básicos garantistas que han de fundamentar el sistema de penas en el Estado social y democrático de Derecho, e incluso con la propia dialéctica entre prevención general y prevención especial⁶⁸⁶.

En todo caso, ambos planteamientos evidencian un dato indiscutible: la realidad de variadas tendencias dentro de las teorías eclécticas. Su concreción, por tanto y como se viene diciendo, no es fácil, precisamente por la existencia de numerosos matices intercambiables entre sí, que no han de estar sometidos a confusas etiquetas de conservadurismo o progresismo. Es preciso, si se quieren establecer reglas de verdadera racionalización y

⁶⁸⁴ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General...* Op. Cit... pp. 88-89. Como señala el Catedrático de la Universidad de Barcelona, esta acepción constituye una posición conservadora representada por el Proyecto ministerial alemán de 1962.

⁶⁸⁵ *Ídem*. A diferencia de la primera posición, ésta permitiría disminuir o incluso prescindir de la pena por debajo de lo que exigiría la retribución. El Proyecto Alternativo alemán, que se propuso por un grupo de profesores frente al oficial de 1962, representó una clara e importante expresión de esta última posición. Para la primera dirección el Derecho Penal está llamado a cumplir una doble función, no solo de protección de la sociedad, sino también de realización de la justicia; para la segunda corriente, en cambio, al Derecho Penal sólo el compete la función de protección.

⁶⁸⁶ Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...* Op. Cit... p. 98.

diferenciación, sentar criterios amplios para aceptar las diversas posibilidades sin un encorsetamiento excesivamente rígido⁶⁸⁷.

4.4. Recensión: Una lid entre retribucionistas y prevencionistas

Como corolario de este pasaje teórico-dogmático, podemos decir que, todas las ideas recogidas anteriormente, alimentadas y definidas por heterogéneos elementos, constituyen apenas la parte sustancial que da vida a un debate abierto entre prevención y retribución. Ya lo visualizaba así HART, el egresado de la Universidad de Oxford y uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX, hizo aportaciones importantes en este debate de las ideas, que después de una centuria, vendrían a ser cimiento relevante para la teorías de prevalencia más uniforme en nuestros días. Así el también Catedrático de Jurisprudencia en su *alma mater*, dilucidaba las siguientes reflexiones sobre la pena «Toda explicación moralmente aceptable de esta institución -el castigo penal- tiene que considerarse como un compromiso entre principios distintos y parcialmente en conflicto. Pero se trata de principios que, a diferencia de aquello a lo que estamos acostumbrados en la Ciencia Penal, no se toman cada uno como punto de referencia del que los demás constituyen límites. Los principios se limitan intrínsecamente, todos han de estar presentes al final -una vez que se enuncia qué fin general o valor alienta su conservación (de cualquier institución) debemos averiguar si existen, y en tal caso cuáles son, los principios que limitan la persecución incondicional de este fin o valor-. El primer principio de la pena es el de la ofensa: ¿Por qué ciertas clases de acciones son prohibidas por la Ley y de esta forma convertidas en delitos o transgresiones? La respuesta es: para anunciar a la sociedad que este tipo de acciones no deben ser realizadas y asegurar así que se llevará a cabo el menor número de ellas, con lo que se rebate el retribucionismo. El segundo

⁶⁸⁷ En un análisis más amplio de las teorías en cuestión, véase la obra de MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos. Madrid, 1991, pp. 18 y ss.

principio es que las consecuencias beneficiosas del principio anterior -la evitación del delito- deben respetar el principio de distribución, según el cual el transgresor sólo debe ser castigado por la transgresión, con lo que el utilitarista debe darse por satisfecho -sin aspirar a más- y el retribucionista, si así lo quiere -aunque desde luego no la sociedad-, se dará también por satisfecho con esta retribución en la distribución. El tercer principio es el de la exigencia de la voluntad maliciosa, no por razones de utilidad sino de racionalidad o moralidad, importante en sí mismo, ni por razones retribucionistas: simplemente porque nos repugna castigar a quien no fue consciente de lo que hizo y, además, porque hace al Derecho más imparcial, da una oportunidad al ciudadano de ejercer la libertad y aumenta su capacidad de elegir. Finalmente, el principio de rehabilitación o individualización no es un ideal -por lo que mal puede chocar con los anteriores principios-, pero atiende a una constitución personal del infractor en el momento del hecho y al efecto que le producirá la pena»⁶⁸⁸.

Así, de lo preconcebido, lo que pretendemos bosquejar es que, tampoco las soluciones mixtas son satisfactorias. Reconocen, pese a todo, partes esenciales tanto de las tesis retribucionistas como de las prevencionistas. Ya lo decía MANTOVANI⁶⁸⁹, -cuando reflexionaba sobre esta colisión de ideas- que conducían a una pretendida puesta en escena de las más radicalizadas constantes y que de mayor manera inciden en la exigencia social y mediática de intervención penal, así como las marcadas insuficiencias de los planteamientos preventivos, esencialmente de los preventivos especiales con la puesta en cuestión y alejamiento doctrinal de la ideología del tratamiento, quienes parecen transportar a un resurgimiento de las hipótesis retribucionistas, bien, en su estado más puro, las menos,

⁶⁸⁸ Cfr. ADHOLPUS HART, Herbert Lionel. "Introducción a los fines de la pena". En, *Derecho y Moral: Ensayos analíticos*. Traducción de Jerónimo Betegón Carrillo. Ariel. Barcelona, 1990, pp. 162-182.

⁶⁸⁹ Cfr. Mantovani, Ferrando. *Diritto Penale: Parte Generale*. 8ª edición. CEDAM. Padova, 2013, pp. 736 y ss.

bien acompañadas, como meros adornos, de complementos preventivos de muy baja intensidad, aunque a veces, de un fuerte impacto⁶⁹⁰.

Ya el jurista y filósofo alemán WELZEL⁶⁹¹, impregnado de las ideas de KANT, fundamentó la pena en la retribución justa, asimismo MAURACH⁶⁹² partió de la pena en su concepción retribucionista. Pero posiblemente el autor de referencia, sobre estos criterios, en la doctrina alemana vigente sea JAKOBS⁶⁹³. Para él, con la pena no se trata de intimidar a personas mediante un tratamiento duro al autor, tampoco de intimidar al autor para que no cometa ulteriores hechos, sino que de lo único que se trata es de «una compensación por el daño producido por el autor en la vigencia de la norma primaria». Ahora bien, sobre esta base que configura la función de la pena, en un Estado ordenado, basta en cuanto compensación, una pena que en vista de la culpabilidad sea entendida de modo general como pérdida fuerte, en esa situación el comportamiento delictivo se considera una alternativa inaceptable, y se produce una actitud natural de fidelidad al Ordenamiento Jurídico, con lo que deriva en la prevención general positiva, donde es la generalidad la destinataria del proceso, siendo confirmada en su actitud de fidelidad al ordenamiento, no mediante intimidación⁶⁹⁴. Pero todo lo que antecede está dirigido a lo que JAKOBS considera personas competentes, capaces de ser culpables y de expectativas normativas; sucede que junto a ellas hay individuos que denotan peligrosidad social, que no son personas competentes para la estructura social, que por su actitud no se dejan obligar por las normas, a ellos, en palabras del Catedrático alemán «hay que neutralizarlos», como a niños peligrosos, como a los enfermos mentales, como a animales

⁶⁹⁰ Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español". En, *Cuadernos de Derecho Judicial*. Nº 17, Ejemplar dedicado a Derecho Penitenciario II. Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 28 y ss.

⁶⁹¹ Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho Penal... Op. Cit...* pp. 326 y ss.

⁶⁹² Vid. MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho. Op. Cit...* pp. 79 y ss.

⁶⁹³ Cfr. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Ob. Cit.*, pp. 20-25.

⁶⁹⁴ Es decir, se considera que la función de la pena es la prevención general positiva, es decir, servir de apoyo y auxilio para la conciencia normativa social a través de la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales. Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *et al. Fundamentos de Derecho...Op. Cit.*, p. 58.

peligrosos, con la custodia de seguridad. Al hacer esto precisamente no se toma en serio como persona al sujeto potencialmente peligroso, pues de lo contrario se le dirigirían expectativas normativas; su ausencia muestra que el sujeto peligroso, en esa medida, ha sido excluido del ámbito de las personas, contándolo entre los enemigos. Se llega de esta forma a la propuesta de un Derecho Punitivo del enemigo frente al Derecho Penal de los ciudadanos⁶⁹⁵, basado aquél en esencia en un Derecho Penal de cárcel que con limitación de las garantías sustantivas y procesales y de las reglas de imputación deriva en un deficiente derecho con penas privativas de libertad pero sin sustento garantista suficiente. Esta comprensión, basada en el estructural-funcionalismo de LUHMANN está, como se ha visto, dirigida a personas que por su comportamiento, por su actuación delictiva o, esencialmente, por su

⁶⁹⁵ Consideramos importante exponer la aclaración que realiza José Miguel Zugaldía Espinar respecto del “Derecho Penal del enemigo”, afirmando que no constituye un fenómeno nuevo, ni inventado por Jakobs –pero quizá si introducido conceptualmente al Derecho Punitivo por el jurista alemán-: se trata de una noción descriptiva que define algo existente en ordenamientos democráticos actuales. Ya Thomas Hobbes distinguió entre los malos ciudadanos que infringen la Ley estatal y los enemigos del Estado, que como tales han de ser tratados conforme al Derecho de guerra. Rousseau también mantuvo que los autores de determinados crímenes dejaban de ser “personas morales” pertenecientes al estado civil y se convertían en menores “hombres” a los que era de aplicación el estado de guerra. También Kant consideró enemigos a quienes no dan garantías para la convivencia y von Liszt propuso la pena inocuidadora –frente a la admonitoria y la resocializadora- para los delincuentes incorregibles. *Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, et al. Fundamentos de Derecho... Op. Cit., pp. 60-61.* Tampoco el Derecho Penal del enemigo es un cuerpo extraño a los sistemas liberales. Antes al contrario, el Derecho Penal del enemigo (legislación antiterrorista o de emergencia) aparece como un mecanismo de defensa de los sistemas democráticos ya que sólo los sistemas democráticos pueden señalar a un grupo determinado de personas como enemigos: en los sistemas autoritarios, menos quien detenta el poder y quienes le apoyan, todos son enemigos. En la actualidad, paralelamente, se afirma que la “persona” (mal ciudadano que infringe la ley, persona moral o miembro del grupo social) deviene en no-persona (enemigo del Estado, hombre o individuo humano) cuando se aparta y se sale del grupo social cuya destrucción procura. Ahora bien, conviene aclarar que el enemigo es “no-persona” solo en el sentido filosófico de que pierde la “sensación de libertad” que la correspondería como miembro del grupo, pero no en el sentido de que no le incumban los derechos fundamentales de la persona. Es decir, frente al enemigo no-persona “no todo vale”: sus derechos fundamentales le corresponden plenamente como ser humano y a ningún Estado Democrático de Derecho se le ocurriría negárselos. Frente al enemigo “no todo está permitido” pues es del todo inadmisibles que se haga tabla rasa con los principios limitadores del poder punitivo del Estado que puedan hacer ineficaz una política de seguridad a toda costa. Y esto vale también para el proceso penal ya que a través de un proceso sin todas las garantías pueden convertirse en ineficaces las garantías del Derecho Penal. *Cfr. GÜNTHER Jakobs y Cancio Melia, Manuel. Derecho Penal del enemigo. 2ª edición. Civitas. Madrid, 2006, pp. 21 y ss.*

adscripción a estructuras permanentes de delincuencia abandonan de manera continuada el Derecho; se trata pues, de la prevalencia funcional de la capacidad de los órganos de defensa del Estado.

En conclusión, se está en la dicotomía de un Derecho Penal garantista para las personas y un Derecho Punitivo de seguridad y escaso de garantías para las “no personas”. Basado este último en criterios de necesidad y de eficacia frente al crimen, pretende dar respuestas contundentes a determinados comportamientos y situaciones que, además, pueden ser bien entendidas por un cierto sector social⁶⁹⁶.

⁶⁹⁶ Los sistemas democráticos han tenido siempre unos enemigos tradicionales en las personas integradas en organizaciones terroristas. Ello ha originado, en todos los países y desde hace años, una legislación antiterrorista o de emergencia que contempla medidas excepcionales: esto es lo que integra el prototipo, el auténtico Derecho Penal del enemigo. El terrorista es el enemigo por antonomasia, pero no por decisión de la sociedad democrática, sino porque es él quien, previamente, ha declarado la guerra al Estado y al sistema social a los que intenta derribar por medios delictivos (violentos y no democráticos). Se trata, no cabe la menor duda, de una legislación discutible y cuestionable porque busca la eficacia a costa de la restricción de derechos. Pero al mismo tiempo debe reconocerse que no se trata de una legislación que nos acerque al sistema “nacional socialista”, ni que amenace gravemente nuestra democracia, ni que –como se ha llegado a decir- constituya una manifestación de barbarie incivilizada. Antes al contrario, dentro de ciertos márgenes (porque los derechos fundamentales de la persona pueden verse restringidos de forma constitucionalmente conforme), se trata, en general, de legislaciones permitidas por las Constituciones democráticas y que han pasado el filtro de los Tribunales Constitucionales de los países de nuestro círculo de cultura. En España existe un Derecho Penal del enemigo (legislación antiterrorista) constitucionalmente firme (SSTC de 17 de noviembre de 1987 y 18 de noviembre de 1983) en el que no se permite, sin embargo, el establecimiento de penas desproporcionadas (STC de 20 de julio de 1999). La disminución o limitación de las garantías procesales está condicionada a la adecuada intervención judicial y el debido control parlamentario (art. 55, 2 CE). Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *et al. Fundamentos de Derecho... Op. Cit.*, pp. 61-62. Por otra parte, como refiere Jakobs, el tema del Derecho Penal del enemigo cobra hoy actualidad porque se discute si además de a estos enemigos tradicionales del sistema, el Derecho Penal del enemigo se podría aplicar también, excepcionalmente, a otras formas de criminalidad. En particular, y por lo que supone de expresión de contrariedad a la identidad social, se propone la aplicación del Derecho Penal del enemigo a la delincuencia económica organizada, ya que esta nueva forma de delincuencia afecta al sistema social en cuanto tal. También se propone la aplicación del Derecho Penal del enemigo a ciertos delincuentes extraordinariamente Peligrosos y de tendencia-que no están en condiciones de garantizar un ordenado desarrollo de su vida social-como pueden ser algunos delincuentes sexuales. Se trataría, eso sí, de un Derecho Penal del enemigo “limitado” a la admisión de medidas de seguridad que se imponen tras la pena como consecuencia de dar mayor importancia a la peligrosidad del

Pero su justificación es débil, como también lo es su previa esencia retribucionista⁶⁹⁷. Y aunque el resentimiento social por conductas que ponen en riesgo a la colectividad es alto, no parece indicado –en los Estados sociales y democráticos de Derecho- semejante método funcionalista de legitimación de la ausencia de derechos, incluso en relación con aquellos ciudadanos o grupos a los que la generalidad tiene que hacer frente de manera firme por su especial actitud delictiva conculcadora de intereses individuales y colectivos fundamentales.

Nihilo setius, parece ser que la percepción que de la realidad esta penetrando en los sentidos de la colectividad hacen “venerar” cada vez menos esos “límites” de los que JAKOBS habla, cuando del uso del Derecho Penal del enemigo se refiere. Y esto no obedece a un acto inconsciente, sino por el contrario, la colectividad ejerce presión en el sistema de impartición de justicia –penal por excelencia- derivado de un aumento acelerado de, “no personas”, que con sus actos lastiman gravemente a la tranquilidad social⁶⁹⁸.

En este orden, no le falta razón a MORILLAS CUEVA⁶⁹⁹, cuando cita la advertencia de SILVA SÁNCHEZ⁷⁰⁰, cuando afirma que los Estados van

autor que a su culpabilidad. Cfr. GÜNTHER Jakobs y Cancio Melia, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. 2ª edición. Civitas. Madrid, 2006, pp. 38-39.

⁶⁹⁷ En opinión de Jakobs, lo que debe hacer la comunidad científica ante el Derecho Penal del enemigo es identificarlo y describirlo, explicar en qué se fundamenta, poner de manifiesto que su utilización es peligrosa, que debe reservarse exclusivamente a los casos de excepción y que, por ello, debe estar bien definido y limitado, debiendo evitarse y criticarse sus excesos (aquellos que resulten incompatibles con el Estado de Derecho). Cfr. GÜNTHER Jakobs y Cancio Melia, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. 2ª edición. Civitas. Madrid, 2006, p. 56.

⁶⁹⁸ Sin que en este momento pretendamos pretender entrar en lo que sería un provechoso debate sobre este tema –en el que podríamos expresar con mayor amplitud diversas concepciones al respecto- por no constituir de fondo el tema principal de nuestro estudio en la presente investigación, si es oportuno aclarar que lo expuesto *ut supra*, no quiere decir que el Estado debe “ceder” ante cualquier presión social para “alterar” un sistema de justicia penal –por ejemplo con el aumento de penas o la creación de nuevos tipos penales- y con ello, las no menos veces, caer en un expansionismo de la forma mas grave de intervención que tiene el ente estatal para intervenir.

⁶⁹⁹ Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit...*p. 100.

⁷⁰⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 3ª edición. EDISOFER, S.L. Madrid, 2011, pp. 166-167

acogiendo con comodidad la lógica de la perenne emergencia, a la vista de lo cual no cree que sea del todo aventurado pronosticar que el círculo del Derecho Penal de los “enemigos”, con todas sus consecuencias en el sistema de penas, tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer. Crecimiento o, en este caso, inicio que ya se puede advertir en la reciente modificación del Código Penal español, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas -Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio- cuando excluye o limita sensiblemente, en varios preceptos,-periodo de seguridad del artículo 36, reglas del artículo 78, libertad condicional del artículo 90- beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado o cómputo de tiempo para la libertad condicional, a los reos de terrorismo de la sección 2ª, del capítulo V del Título XXII del Libro II, o a los que los cometan en el seno de organizaciones criminales.

De lado a estas propuestas, todavía más radicalizadas en otros componentes del debate, se manifiestan la de aquéllos que sin adherirse totalmente a una determinada concepción relativa, se aproximan en mayor o menor medida tanto a la prevención general como a la prevención especial. Punto de referencia, en esta línea, es ROXIN⁷⁰¹ para el que la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo-especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo-generales. Semejante teoría unificadora preventiva es intensamente seguida dentro de la doctrina penal actual.

Ciertamente estimamos que todavía hoy, el planteamiento más defendible, posiblemente el único a apoyar –con sus respectivos matices- es el que identifica el fin de la pena con opciones preventivas. La consecución simultánea de los fines preventivo generales y preventivo especiales no debe ser problemática pues han de concurrir por caminos paralelos. Sin embargo, no siempre es así, pues puede haber entre ellas disfuncionalidades e

⁷⁰¹ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...* Op. Cit... p. 103.

incompatibilidades, que requieran de un orden cualitativo determinado. Ni que decir tiene, que lo frecuente en la doctrina es la búsqueda –a veces exagerada- de una imprescindible armonización.

Ya señalaba el Catedrático de Derecho Penal ANTÓN ONECA⁷⁰² que «las dos son inconciliables cuando se toma la especial como reeducación con procedimientos blandos que haga la pena amena y atractiva para el propio delincuente o la general se identifica con el terror»; pero si se desechan ambas tendencias, es fácil la armonía de la mayor parte de los problemas. Evidentemente la tendencia es hacia la conciliación. Sin embargo, en algunas hipótesis esencialmente de determinación y de aplicación de pena no se presenta siempre fácil, sobre todo cuando cada uno de los fines citados requiere cuantías diferentes de pena. En el supuesto de que existan razones antagónicas, las soluciones selectivas no son pacíficas. Por ejemplo, LUZÓN PEÑA, cercano en otras cuestiones a los planteamientos de ROXIN, se decanta por la preferencia de la prevención general sobre la especial, en razón a que si el fin resocializador o, más ampliamente, de prevención especial fracasa o la ejecución no tiene sentido porque el sujeto no -o ya no- la necesita; éste ciertamente creará conflictos, pero únicamente respecto de una sola persona delincuente -conflictos para él y para la administración penitenciaria durante la ejecución, y posteriormente para la sociedad si la pena resultara incluso criminógena-, no respecto a muchos potenciales delincuentes que podrían pasar a serlo efectivamente -con lo que los peligros para la sociedad serían enormemente superiores-, si lo que se sacrificase fuera la eficacia de la prevención general y se relajaran las barreras inhibitoras frente a la generalidad⁷⁰³.

Frente a este pragmático y utilitarista planteamiento, otros autores se inclinan por lo contrario. ROXIN, en coherencia con lo fijado en su momento en el Proyecto Alternativo, aboga decididamente por la preferencia de la

⁷⁰² Cfr. ANTÓN ONECA, José. *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena: Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945*. Universidad de Salamanca. Salamanca, 1944, p. 99.

⁷⁰³ Vid. LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel. *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Universidad Complutense. Madrid, 1979, pp. 64-65.

prevención especial, sobre dos razones fundamentales: una, porque la resocialización es un imperativo constitucional que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento; otra, porque una primacía de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivo-especial, mientras que por el contrario, la prioridad de la prevención especial no excluye los efectos preventivo-generales de la pena, sino que, a lo más, los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventivo general⁷⁰⁴. De todas maneras, no deja el destacable penalista alemán de poner límite a su propia opción: corresponde la preferencia a las necesidades preventivo-especiales únicamente hasta donde la necesidad mínima preventivo-general todavía lo permita⁷⁰⁵.

A pesar de lo atractivo de la propuesta de ROXIN, nos sumamos a quienes, como MORILLAS CUEVA⁷⁰⁶, sin dejar de un lado la observancia de la constante pugna doctrinal que existe respecto al tema, son capaces de transpolar con especial acierto, la teoría a la *praxis* y, dilucidan que en la actualidad se detecta una vuelta a la preeminencia de la prevención general sobre la especial en caso de antinomia de los fines preventivos de la pena. Las continuas crisis que han soportado las tendencias preventivo-especiales

⁷⁰⁴ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* pp. 96-97. Sobre esta última afirmación, el Catedrático de Derecho Penal, que además es uno de los de mayor influencia en la tradición romano-germánica, cita el ejemplo del joven que ha causado una lesión con resultado de muerte en una riña. De ahí, surge el planteamiento de que puede parecer adecuado un castigo de tres años de privación de libertad sobre la base de la prevención general y en aplicación del § 226 II (se refiere a las lesiones corporales graves, cuando se pierda un miembro importante del cuerpo o no lo pueda utilizar permanentemente), mientras que las exigencias de prevención especial sólo permiten un año con remisión condicional, porque una pena más grave desocializaría al autor y cabría esperar un tropiezo en futura criminalidad. Cualquiera de ambas soluciones, obtiene pues, un beneficio preventivo, por una parte, a cambio de un perjuicio preventivo, por otra. En un caso así es necesario sopesar los fines de prevención especial y general y ponerlos en un orden de prelación. En ellos, Claus Roxin tiene preferencia por la prevención especial y la pena que se impondría sería la de un año de prisión, con remisión condicional.

⁷⁰⁵ *Ibidem.*, p. 97. Aclara Roxin, «por motivo de los efectos preventivo- especiales, la pena no puede ser reducida hasta el punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el Ordenamiento Jurídico y a través de ello se estimularía la imitación. En muchos casos, aunque no siempre, el límite inferior del marco penal atiende ya a la consideración del “mínimo preventivo general”».

⁷⁰⁶ Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit...* p. 120.

más radicales, el mayoritario alejamiento de las teorías retribucionistas que, a cambio, ha llevado a una mayor fijación de los postulados preventivo-generales, la mayor fortaleza de la sociedad frente al individuo y la vocación de las diversas instituciones que desarrollan sistemas de control social por la tutela de intereses comunitarios, abocan hacia la prevención general, para algunos, fundamentalmente a la prevención general positiva, pero solo en caso de extremo conflicto, en todos los demás supuestos, su instrumentalización conjunta es un objetivo irrenunciable.

Sendero previo a exponer nuestra percepción personal sobre las teorías de los fines de la pena, no podríamos dejar de dar una mirada a lo que acontece en la legislación penal española vigente –máxime, cuando la lid de la que hablamos en el enunciado que da título a este epígrafe, no se sofoca del todo en ese estadio- pues como señala CUELLO CONTRERAS, «lo que se diga de la pena habrá de tener en cuenta, ante todo, lo que establecen los Textos Legales que la regulan y además, lo que proporcione una reflexión filosófica y sociológica a cerca de lo que debe ser la pena y lo que es en la realidad empírica»⁷⁰⁷.

Por ejemplo, hay autores como MIR PUIG, que sin precisar objetivamente lo que sucede en el CPE, se ocupan de la cuestión *ex ante* señalada, haciendo un repaso por los distintos ordenamientos jurídicos – fundamentalmente la Constitución española y la Ley General Penitenciaria- que, en mayor o menor medida se preocupan por considerar algunas posturas –sustancialmente la de retribución y prevención especial- de los fines de la pena en sus postulados conformadores. Así, el otrora, Decano de Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, refiere que a menudo, se afirma que el Código Penal español es retribucionista. Sin duda, en el Derecho positivo -no sólo en el español- la pena es un mal que se impone en cuanto tal mal como respuesta a la comisión de un delito. Para expresarlo con palabras de Hugo Grocio⁷⁰⁸: «*Poena est malum passionis*,

⁷⁰⁷ Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español... Op. Cit...*p. 114.

⁷⁰⁸ Hugo Grocio es el gran defensor del Estado absoluto. Inaugura una nueva corriente sobre el Derecho natural, el iusnaturalismo immanentista. Para él el hombre es social por

quod infligitur propter malum actionis». Sin embargo, este “concepto” de pena como castigo no ha de prejuzgar la solución a la cuestión de la función de la pena. Que la pena sea conceptualmente un castigo, no implica que su función última sea la retribución. Así, la observación del Derecho positivo muestra que, aun entendida como castigo, la pena sirve a la función preventiva de defensa de bienes jurídicos. En esta dinámica, el penalista *supra* citado, esboza diversos argumentos para evidenciar la permisividad que el Derecho Penal español hace en contra de una función de realización de la Justicia.

En primer lugar, la protección penal de los bienes jurídico-penales es sólo fragmentaria. Por una parte, no se castigan todos los ataques que producen una determinada lesión en dichos bienes jurídicos, sino sólo las modalidades más peligrosas a los mismos. Así, el impago de una deuda no constituye delito ni falta por muy importante que sea la lesión patrimonial que supone, mientras que se castiga todo hurto o daño patrimonial por pequeño que sea. Ello no parece responder a un criterio de Justicia, atento a la reparación del mal causado según su gravedad, sino a la finalidad de prevenir los ataques según su peligrosidad. Tampoco se aviene con la función de realización de la Justicia que la medida de la protección penal del patrimonio –para continuar con el mismo ejemplo- dependa no sólo de la gravedad del ataque, sino sobre todo del grado de su peligrosidad⁷⁰⁹.

naturaleza, por lo que las normas de convivencia que hay en la sociedad son naturales e inherentes al ser humano, y constituyen objeto de derecho positivo. Como el hombre es social, Grocio sostiene que deben existir valores mínimos e indiscutibles, no por mera convención. La sociedad debe buscar esos principios inmutables para mantener el orden. Dichos principios basados en la naturaleza racional y social del hombre, son instaurados por Dios, y ni éste podría cambiarlos. De estos primeros principios se pueden ir deduciendo los demás matemáticamente. Las leyes serán justas si se deducen de estos principios abstractos. *Cfr.* BONILLA SAUS, David Javier *et al.* “Hugo Grocio, en los orígenes del pensamiento internacional moderno”. En, *Documento de Investigación*, N° 59. Universidad ORT Uruguay. Montevideo, 2010, pp. 12 y ss.

⁷⁰⁹ Del contexto ya se desprende que no se utiliza el término “peligrosidad” como juicio referido al autor, de probabilidad de comisión por su parte de ulteriores delitos, sino en referencia a los modos de ataque, como expresión de su virtualidad para conducir el resultado lesivo. Esta clase de peligrosidad no desborda el Derecho Penal del acto.

Así, en principio se castigan con mayor severidad las conductas que persiguen el enriquecimiento correlativo a la expropiación (robo, hurto, estafa) que las desprovistas de dicha finalidad, como los daños. Ello se debe, sin duda, a la mayor probabilidad de las primeras -su peligrosidad estadística, pues el móvil normal de los ataques al patrimonio es el lucro, como lo demuestra la composición de la casi totalidad de la delincuencia profesional en este sector. Más notorio es todavía que la levedad de las penas señaladas a la usurpación de bienes inmuebles se explica por la escasa peligrosidad de los ataques a esta clase de bienes, protegidos ya por la fe registral.

Lo mismo prueba, y con carácter general no limitado a una clase de delitos, el fundamento de la mayor parte de circunstancias agravantes. Si determinan la elevación de la pena no es porque expresen necesariamente mayor desvalor que en justicia merezca mayor castigo, sino porque suponen la utilización de medios de comisión, de situaciones subjetivas o de ocasión más peligrosos para el bien jurídico de que se trate. Ello motiva una prevención penal más intensa.

La figura moderna de la llamada condena condicional; admitida en el Código Penal (arts. 80 ss.), y que permite dejar en suspenso el cumplimiento de la pena impuesta a condición de que el sujeto no vuelva a delinquir en un cierto plazo, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad del sujeto, es otro ejemplo de primer orden. La admisión de instituciones como ésta indica que se renuncia a considerar la imposición de la pena como una exigencia de Justicia, pues no responde a ésta que el Juez pueda enunciar excepciones a la necesidad de que se cumpla la pena, por razones utilitarias como la de evitar los perjuicios de las penas cortas de prisión en orden a la prevención especial.

De esta forma, MIR PUIG⁷¹⁰, destaca tres argumentos que ofrece el Código Penal español en contra de la función de realización de la Justicia: 1º) La extinción de la responsabilidad penal por obra de la prescripción del

⁷¹⁰ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General...* Op. Cit...p. 97.

delito o de la pena, del indulto y del perdón del ofendido en ciertos delitos (art. 130; 2º) Esta misma presencia en el CP de delitos cuya persecución se hace depender de la voluntad del agraviado o de quien lo sustituya legalmente, exigiéndose su previa denuncia (como, p. ej., determinados delitos contra la libertad sexual) o incluso querrela (calumnia e injuria); 3º) La existencia de condiciones objetivas de punibilidad o excusas absolutorias basadas en puras razones de oportunidad y no de justicia (así, arts. 268, 480 y 606. 2). Son todas éstas instituciones que contradirían una concepción absoluta de la pena, pues miran a la conveniencia político-criminal.

Pero es cierto que, es fuera del CP donde se contienen los argumentos decisivos en contra del principio de Justicia como orientador de la función de la pena: tanto la Constitución de 1978 como la Ley General Penitenciaria de 1979 atribuyen expresamente a las penas privativas de libertad la función de reeducación y reinserción social. El art. 25. 2 de la Constitución establece: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social»⁷¹¹. El

⁷¹¹ Cfr. HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín y GIL IBÁÑEZ, José Luis. *Constitución española... Op. Cit...* p. 252. Para los efectos de lo que estudiaremos respecto de los fines de la pena en el cuerpo normativo español, nos resulta de interés orientativo la matización efectuada por Joaquín Huelin y José Luis Gil respecto de la reinserción social, los fines de la pena y la Constitución Española, así, afirman que no debe desconocerse la importancia del principio constitucional sobre la orientación de la pena privativa de libertad a la reeducación y reinserción social, que debe orientar toda la política penitenciaria del Estado, pero el artículo 25. 2 CE no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación (5 2/1987. De 21-1). Contiene un mandato al legislador para orientar la política penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos (SS 28/1988, de 23-2 ; 2/1997, de 13-1 y 81/1997, de 22-4; 75/1998, de 21-3). De la declaración contenida en el artículo 25. 2 CE no se sigue ni el que los fines reeducadores y resocializadores a que se refiere sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la CE la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista. Puede aceptarse de principio que las penas cortas privativas de libertad -y las medidas a ellas asimiladas por la Ley- se prestan con dificultad mayor a la consecución de los fines aquí designados por la CE, pero, con independencia de que la posible frustración de tal finalidad habrá de apreciarse atendiendo tanto a la duración de cada medida concreta como a su modo de cumplimiento, esta sola posibilidad no puede llevar a la invalidación del enunciado legal. La reeducación y la resocialización -que no descartan otros fines válidos de la norma punitiva- han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que éstas se presten, principalmente, por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el

artículo 1 de la Ley General Penitenciaria declara que «las Instituciones penitenciarias... Tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social...». Con la expresión reeducación y reinserción social se alude a la resocialización, uno de los aspectos de la prevención especial.

Ello resultaría incompatible con una concepción retributiva de la pena, que atribuya a ésta la función de realización de la Justicia, puesto que el objetivo resocializador supone diferenciar la determinación y la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad para cada sujeto en términos que pueden modificar en forma notable su carga de gravosidad, sin que ello se funde en razones vinculadas a la gravedad del hecho cometido, sino sólo a la personalidad del sujeto. Dos autores de hechos de la misma gravedad pueden, por esta vía, ser sometidos a regímenes penitenciarios diversos como el cerrado y el abierto, lo que sería evidentemente injusto desde el punto de vista de la retribución⁷¹².

No ha de entenderse, en cambio que el art. 25. 2 de la Constitución excluya las demás funciones de prevención general y especial que no menciona⁷¹³. La prevención general y la especial tienden al mismo objetivo

enunciado inicial del artículo 25. 2 CE tiene como destinatarios primero al legislador penitenciario y a la Administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla, y sin perjuicio de que la misma pueda resultar trascendente a otros efectos. No cabe pues, en su virtud, descartar sin mas, como inconstitucionales todas cuantas medidas privativas de libertad –tengan o no el carácter e pena- puedan parecer inadecuadas, por su relativamente corta duración, para cumplir los fines allí impuestos a la Ley a la Administración penitenciaria (S 19/1998, de 16-2).

⁷¹² En acuerdo con esto, a juicio del Tribunal Constitucional este precepto -25.2- ha de interpretarse en el sentido de que toda pena de prisión ha de perseguir necesariamente, pero no exclusivamente, la finalidad de resocialización del delincuente.

⁷¹³ De esta forma, encontramos que el TC se ha pronunciado a favor de la compatibilidad de los distintos fines en la Constitución española. Así lo admite, en la Sentencia 150/91, de 29 de julio, cuando señala lo siguiente: «Tampoco la CE erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el artículo 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituyan, asimismo, una finalidad legítima de la pena...En primer termino, el art. 25.2 no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni, desde luego, de entre los posibles –prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.- Ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho Penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 de la Constitución española contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad, pero no establece que la

último: la evitación de delitos como forma de protección social⁷¹⁴. Esto último, nos obliga a recordar y remembrarnos un tanto a la historia de la pena, misma que esta protagonizada por una pugna entre empiria y *praxis*, conceptos que ya KANT y HEGEL se dedicaban a diferenciar. La idea de fines de la pena, ya desde FEUERBACH, se emplea como “formula mágica” que no solo va a servir para justificarla sino que además pretende brindar un rendimiento efectivo en la lucha contra la criminalidad. Si la pena logra el efecto propuesto sea éste atemorizar al delincuente potencial (prevención general) se resocializarlo (prevención especial), el delito desaparecerá, por el contrario, una concepción de la pena que no responda a esa idea de finalidad, que no vea en la misma su fundamento, no tiene cavidad en la sociedad moderna –considerando al Estado social y democrático de Derecho- y es pura metafísica (sin necesidad de detenerse a analizar que detrás de ello puede haber un fundamento radicalmente práctico)⁷¹⁵.

De manera ulterior, Santiago Mir Puig, para tratar de explicar el punto anterior, formula la siguiente interrogante: «¿Cómo se combinan entonces las funciones de prevención general y especial en nuestro Derecho español? El planteamiento de ROXIN -más arriba expuesto- resulta válido, con ciertos matices, para dar respuesta a esta cuestión».

Así, señala que en el momento de la conminación legal no puede buscarse la prevención especial frente al delincuente que todavía no puede existir; luego, procederá entonces la función de prevención general. Esta prevención tiende a evitar ataques a bienes jurídicos en la medida de su

reeducación y la reinserción social san las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad». Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, p. 395.

⁷¹⁴ La necesidad de la prevención general junto a la especial puede fundarse en la imagen del Estado social y democrático de Derecho que establece el art. 1.1 de la Constitución, concretado en otros de la misma, como su art. 9.

⁷¹⁵ Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. “La «ideología» de los fines de la pena”. En, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 33, fascículo/mes 2. Ministerio de Justicia/Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1980, p. 436.

gravedad y de su peligrosidad, los dos baremos básicos de la selección de la incriminación penal y de la graduación de la pena.

La misma función de prevención general se confirma en las fases de aplicación judicial y de ejecución de la pena. Sin embargo, en la fase judicial puede intervenir la prevención especial, junto a la idea de proporcionalidad, como se sigue del art. 66. 1ª, que alude «a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho», y del art. 80. 1, que establece como criterio rector fundamental de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad «la peligrosidad criminal del sujeto», en relación con la exigencia de resocialización del art. 25. 2 de la Constitución. Pero en la determinación de la pena la idea de prevención especial sólo puede ser tomada en cuenta por el Juez dentro del marco, estrecho, que permiten los márgenes penales fijados por la Ley a cada delito y según las circunstancias modificativas concurrentes, previstas como de obligada apreciación y con efectos tasados. La prevención especial podrá conducir, no obstante, a la apreciación de la condena condicional dentro de ciertos límites que aseguran la prevención general, como el de que no se puedan suspender penas de más de dos años de prisión o, en ciertos casos, de más de tres años de duración.

Expresado lo anterior y antes de exponer otra concepción que sobre las teorías de los fines de la pena se tienen en el Ordenamiento Jurídico español, nos parece oportuno expresar la consideración de ORTS BERENGUER-GONZÁLEZ CUSSAC, a quienes no les falta razón cuando señalan que «según el Tribunal Constitucional, el art. 25. 2 sólo obliga a orientar el Sistema de Ejecución de Penas a la reeducación y reinserción, como uno de los fines de las penas privativas de libertad. Pero ello no significa que la resocialización constituya la función de la pena o que deba considerarse como finalidad única»⁷¹⁶.

⁷¹⁶ Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho Penal... Op. Cit...* p. 395.

Con independencia de la postura que adoptemos *a posteriori*, creemos que es importante adelantar que, la evolución general de los sistemas penales contemporáneos ha venido presidida por una tendencia más humanista, iniciada paradigmáticamente con la celebre obra de BECCARIA⁷¹⁷. Así mismo, la ideología del “tratamiento”, ligada al principio resocializador, de gran predicamento durante muchas décadas del siglo XX, se encuentra hoy en retroceso. E igual sucede con el movimiento de “humanización” del sistema penal, hoy cuestionado por el nacimiento de reacciones vindicativas.

Otra de las nociones que podemos encontrar en la dogmática jurídico-penal española, por cuanto hace a la prevalencia o no de las teorías de los fines de la pena al interior de los Textos Legales y que nos parece interesante citar, es la de ZUGALDIA ESPINAR quien además, -a diferencia del autor previamente citado sobre este tema (los fines de la pena en el Ordenamiento Legal español)- sí hace una referencia-analítica concreta sobre el CPE, para, solo después, pasar una matización oportuna que recae en la CE.

De esta manera, quien fuera en otrora Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, señala que «El Código Penal vigente, no responde a ningún modelo de teoría de la pena. Esta actitud del legislador aparentemente podría considerarse un acierto ya que no cerraría una discusión absolutamente abierta y viva en la dogmática. Pero en realidad constituye un grave error desde el momento en que deja sin resolver cuestiones prácticas trascendentales en este ámbito de trascendencia (*sic*) incluso constitucional. Por ejemplo, se renuncia a consagrar en la legislación ordinaria el principio constitucional de culpabilidad, debiéndose suplir esta omisión con una remisión directa a la CE, ya que tanto el TC -sentencia de 4 de julio de 1991, entre otras- como el TS -sentencia de 6 de abril de 1990 (Tol 456566), entre otras-han reconocido que la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad, de manera que no sería legítimo un

⁷¹⁷ Nos referimos a su gran opúsculo “De los delitos y la penas”.

Derecho Penal que no determine la pena en atención a la culpabilidad del autor en la comisión de los hechos»⁷¹⁸.

Con estas reflexiones y en el ánimo de probar lo sostenido, el autor en comentario, pasa a realizar algunas consideraciones. Previo a ello y para dar sentido a la postura que en abstracto perfila sobre el tema de los fines de la pena, es importante que conozcamos su autodenominado “modelo integrado”.

Así, en la cuarta edición que dirige, sobre los fundamentos de Derecho Penal, parte general, en un principio ya nos deja ver su afirmación sobre la posibilidad de que no se puede hablar de una única vía de legitimación de la pena, ni se pueda asignar a ésta un fin exclusivo. Por el contrario y concordando con él en esta parte –sobre la concepción-función de la pena-, la vislumbra como un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones y que se debería legitimar a través de un “modelo integrado” -del que habíamos hablado antes- que no sea excluyente de axiomas legitimantes: en definitiva, de lo que se trataría es de articular la teoría de la prevención general positiva con la teoría dialéctica de la unión⁷¹⁹.

⁷¹⁸ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *et al. Fundamentos de Derecho Penal... Op. Cit...* p. 65.

⁷¹⁹ Zugaldía Espinar, visualiza como ventaja de este modelo integrado, que sumaría los distintos límites al poder punitivo del Estado propuestos por cada una de las diferentes teorías de la pena. Fundamentalmente, de la teoría de la retribución se asumiría la necesidad de respetar la dignidad de la persona y el principio de culpabilidad; de la teoría dialéctica de la unión el fundamento de la pena en su necesidad para la prevención del delito aunque con el límite de la culpabilidad del autor; y de la teoría de la prevención general positiva, la necesidad de desterrar falsos optimismos sobre los efectos intimidantes o resocializadores de la pena. Así, En el momento de la conminación legal, la pena sirve a los fines de la prevención general negativa o de intimidación (como efecto posible y no descartable de la amenaza). No obstante, debe relativizarse lo que el Derecho Penal puede conseguir a través de la intimidación y admitirse que el legislador ha de huir del excesivo rigor de las penas, esto es, del terror penal a través de la desproporcionada agravación de las penas. En el momento de la individualización e imposición judicial de la pena, ésta debe servir a los fines de la prevención especial -necesidad individual de pena-, aunque siempre dentro del límite determinado por la culpabilidad del autor por el hecho. Sin que ello suponga una instrumentalización de la persona contraria a su dignidad (ya que la pena no va a exceder en ningún caso a la adecuada a la culpabilidad del autor), en este momento se confirma indirectamente la seriedad de la amenaza de la pena y la vigencia de la norma

En decisiva, de la forma integrada que ilustra el también Catedrático de la Universidad de Granada, la pena se fundamentaría (se legitimaría) en su necesidad para el buen funcionamiento del sistema social y serviría a los fines socialmente útiles de la prevención general (negativa) y especial (con el límite de la culpabilidad del autor), así como para reforzar la conciencia colectiva en torno a la vigencia de las normas sociales fundamentales y afirmar el valor y la validez de las normas violadas (prevención general positiva).

Pero, de la asunción de algunos de los postulados de la teoría de la prevención general positiva, en el modelo integrado de legitimación del Derecho Penal que propone, lo obliga a hacer una puntualización. La debilidad de las construcciones preventivas clásicas (que en teoría legitiman la pena por su capacidad para la prevención-evitación de delitos aunque en última instancia se termine reconociendo que la pena ni intimida, ni resocializa) debe llevar, sobre todo, a un incremento de las investigaciones sobre los efectos preventivos de las penas⁷²⁰.

Con ideas que no se enconan en el debate doctrinal, sino que alumbran una realidad imperante, continua José Miguel Zugaldía Espinar, señalando que «en la actualidad es frecuente que esa debilidad –sobre el efecto preventivo de las penas- se intente simplemente ocultar (porque la mejor defensa es un buen ataque) con una crítica irracional (ya que el argumento del miedo carece de base racional) a la teoría de la prevención general positiva, a la que se vincula con una ideología conservadora y con

violada. En fase de ejecución, la pena debe servir a los fines de la prevención especial (esencialmente, aunque sin falsos optimismos, como generalmente se admite, a la resocialización del autor si se trata de una pena privativa de libertad). *Ibidem.*, pp. 63-64.

⁷²⁰ Nos parece coherente esta matización, pues en la actualidad nos podemos percatar de que a pesar de que “se castiga” y “se castiga bien” –esto por el endurecimiento muy cuestionable de las penas, para ciertos tipos penales-, lejos de percibir una creación de conciencia por respeto al Ordenamiento Jurídico, por la colectividad en general y por los delincuentes en potencia en particular –que decir de los reincidentes-, que sería uno de los cometidos de la prevención especial positiva, lo que si podemos percibir es un gran nerviosismo en ente estatal –obviamente en los sectores involucrados- que incita a replantear políticas criminales que sofoquen aumentos considerables en las crecientes listas de las incidencias delictivas.

una intervención desmesurada del Derecho Penal en la vida social. De este modo se olvida que las teorías preventivas clásicas han legitimado la pena de muerte y las penas largas privativas de libertad (por razones de prevención general negativa), así como el Derecho Penal de autor propio de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y la supuesta capacidad resocializadora de la pena privativa de libertad (por razones de prevención especial), y han conducido a un sistema penal dónde un tanto por ciento altísimo de reclusos son enfermos que no han cometido más delito que el de haber nacido pobres»⁷²¹.

Revelado el ya citado “modelo integrado” que define la ideología que de los fines de la pena sostiene el autor en cita, por su acertada ejemplificación, nos parece de interés, que nos avoquemos a estudiar su elaboración de sistemática comparativa de “encuadramiento” entre aquel - modelo integrado- y el Código Penal español. Con ello, estipula las siguientes consideraciones: «1. El Código Penal no responde a los postulados de las teorías absolutas de la pena. Precisamente por ello pueden existir en nuestra legislación penal sustitutivos penales como los contenidos en los arts. 80 (suspensión de la ejecución de la pena) y 90 (libertad condicional) a través de los cuales, por razones de prevención especial, se frustran las exigencias de la Justicia; 2. Destaca en el Código Penal vigente, en el que desaparición la institución de la redención de penas por el trabajo y se consagró el principio del cumplimiento efectivo de las penas, un fuerte matiz preventivo general negativo o intimidatorio (valga como ejemplo que una infracción penal absolutamente bagatela -como es el hurto- se castiga con una pena de hasta año y medio de prisión -art. 234 CP-). Es más: este rigor penal se ha visto acentuado por la incontinencia represiva de sucesivas reformas penales que han dibujado un panorama político-criminal autoritario, defensista y preconstitucional⁷²²; 3. Sin embargo,

⁷²¹ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *et al. Fundamentos de Derecho Penal... Op. Cit...*p. 64.

⁷²² En este sentido, matiza el penalista español que «debe subrayarse -y criticarse- que se haya reintroducido en nuestra legislación penal la pena de prisión de hasta cuarenta años de duración (art. 76 CP) ; que se hayan restringido sustitutivos penales como el tercer grado -

este rigor preventivo general resulta mitigado por la presencia en el Código Penal de instituciones de marcado carácter preventivo-especial tales como los sustitutivos penales de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 80 CP), la sustitución de la pena (art. 88 CP) o la libertad condicional (art. 90 CP). En otros casos, el legislador establece para ciertos delitos penas alternativas (privativas de libertad y de otra clase), aunque sólo en un número muy limitado de casos (ejemplo: art. 294 CP, que prevé pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses)⁷²³ y 4. Las teorías de la unión no han sido recogidas expresamente en el Código Penal, pues en ningún lugar del mismo se indica, expresamente, que no puede haber pena sin culpabilidad o que la culpabilidad del autor determine la medida máxima de la pena. Sin embargo, en la práctica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aceptado básicamente las premisas de la “teoría dialéctica de la unión”. En la fase de la individualización judicial de la pena (en la que se dejan sentir con especial énfasis las teorías de la pena), el Tribunal Supremo opera constantemente con las exigencias de la prevención

estableciendo un “periodo de seguridad” facultativo en algunos casos y automático en otros (art. 36. 2 CP, reformado por la LO 5/2010, de 22 de junio- y la libertad condicional; que se haya procedido a reconocer la habitualidad en las faltas en el sentido de elevar a la categoría de delito, en ciertos casos, la reiteración de conductas constitutivas de falta (p. ej. : hurto del art. 234, 2 CP), olvidando que cuando bajo el lema “tolerancia O a la reincidencia” - o con la finalidad de “barrer las calles de delincuentes”, en desafortunada expresión que asimila al delincuente con la basura- se recurre a la habitualidad para convertir faltas en delitos, se camina peligrosamente hacia un panorama auténticamente preconstitucional y próximo al del Derecho Penal de autor; que se haya procedido a automatizar y endurecer las reglas de individualización de la pena, recuperando incluso la agravante de multirreincidencia (art. 66. 1, 5ª), olvidando que cuando se automatizan las reglas de individualización de la pena limitando el arbitrio judicial se corre el riesgo de instrumentalizar a la persona de forma contraria a su dignidad, al hacer posible que las exigencias de la prevención general (la necesidad social de pena) prevalezcan sobre las exigencias de la prevención especial (la necesidad individual de pena) y el límite de la culpabilidad. También es criticable que se hayan devuelto a nuestro Código Penal las penas cortas privativas de libertad (inferiores a seis meses -art. 33 CP-), eliminando incluso una de las pocas alternativas a la prisión que introdujo el Código Penal de 1995 (el arresto de fin de semana)».

⁷²³ La regla básica de la individualización de la pena -el art. 66. 1, 6ª CP-obliga al Juez o Tribunal a tener en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho (mismo) atendidos los factores que el caso concreto lo hagan más o menos grave (no debe atenderse por consiguiente a la mayor o menor demanda social de pena en el caso concreto, que es algo externo y ajeno al hecho en sí), así como a su peligrosidad -que indicaría la necesidad preventivo especial de pena- y, como es obvio, a su culpabilidad).

especial y el límite de la culpabilidad del autor. Así, se ha afirmado que el Tribunal debe establecer la pena valorando las eventuales necesidades de prevención general -gravedad del hecho- y de prevención especial -personalidad del autor- aunque ajustándose y sin exceder de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho⁷²⁴. Y es que “en el sistema del Código Penal vigente la culpabilidad por el hecho se determina en forma general mediante dos operaciones diversas. La primera operación está predeterminada por la apreciación de las circunstancias agravantes y atenuantes establecidas por el legislador, que indican respectivamente mayor o menor gravedad de lo ilícito y de la culpabilidad del autor. Dentro de este marco legal tiene lugar la segunda operación con la que culmina la individualización judicial de la pena que también se debe guiar por la culpabilidad del autor⁷²⁵. Por ello, es necesaria una ponderación expresa de las circunstancias personales del delincuente cuando el Tribunal considere que existen razones preventivo especiales que inducen a pensar en la necesidad, en sentido atenuante, de no agotar la pena adecuada a la culpabilidad del autor. De este modo, es la teoría de los fines de la pena (valorándose las exigencias de la prevención general, especial y la culpabilidad) la que permite adecuar la pena al caso concreto⁷²⁶».

Este planteamiento se observa de forma especialmente clara en la Jurisprudencia que ha establecido los presupuestos sobre los cuales es lícito (respetando el principio de culpabilidad) aplicar la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22, 8ª CP, una circunstancia agravante que se fundamenta en la mayor necesidad preventivo-especial de pena por la mayor peligrosidad del autor.

Después de haber sido declarada conforme a la CE en abstracto (STC de 4 de julio de 1991), el Tribunal Supremo (a partir de la importante Sentencia de 6 de abril de 1990 (*ToI* 456696) ha precisado la cuestión (de

⁷²⁴ Véase: STS de 30 de marzo de 2009 (*ToI* 1499119) y de 24 de abril de 2009 (*ToI* 1554245).

⁷²⁵ Confróntese la STS de 5 de julio de 1991 (*ToI* 455566) y la de 31 de octubre de 2002 (*ToI* 229920).

⁷²⁶ Véase la STS de 21 de noviembre de 1988 y 5 de junio de 2000 (*ToI* 44659).

legalidad ordinaria) relativa a la forma correcta en que debe ser aplicada esta agravante para no vulnerar la CE. En efecto, “la agravante de reincidencia es una respuesta penal orientada a la personalidad del autor, no a su culpabilidad por el hecho. De qué manera se puede articular la agravante de reincidencia, basada en la personalidad, con el principio de culpabilidad, basado en el hecho del delito, es una cuestión que el Tribunal Constitucional ha dejado abierta para que se resuelva por los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial, quienes han sostenido que la agravante de reincidencia sólo puede operar en tanto la pena resultante no supere la medida de la pena determinada por la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho” STS de 15 de octubre de 1990, 30 de abril de 1991, 5 de julio de 1991 (*Tol* 455566) y 30 de mayo de 2000 (*Tol* 42940)⁷²⁷.

De todos modos, como advertencia al legislador, el TS ha puesto de manifiesto «que la agravante de reincidencia es un medio político-criminal inidóneo para resolver los problemas que plantea la peligrosidad del autor y recuerda la necesidad de introducir en el Código Penal para estos casos medidas de terapia social que permitan lograr unos resultados para los que

⁷²⁷ La Sala estima -afirmaba la STS de 6 de abril de 1990- que la agravante de reincidencia puede ser aplicada sin vulnerar la Constitución. Ello importa, sin embargo, para ajustarla a los límites que impone el principio de culpabilidad, dado que, de las agravantes contenidas en el art. 22 CP, es la única que tiene su fundamento en la comisión de otros hechos ya sancionados, que los Tribunales podrán contemplar la agravación que dispone el art. 22, 8ª CP siempre que de esa manera no se supere la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho. La consecuencia práctica de esta redefinición del régimen de la reincidencia afecta directamente a la forma de aplicar el art. 22, 8ª en relación con las reglas del art. 66 CP. Concretamente: a) Los Tribunales solamente deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta un límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender a las reglas del art. 66 CP cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite; b) La cuestión referente a la superación de este límite como consecuencia de la apreciación de la agravante de reincidencia permitirá fundamentar el recurso de casación por infracción de Ley con amparo en los arts. 5. 4 LOPJ y 10. 1 de la CE). Dicho de otro modo: Cuando la gravedad de la culpabilidad por el hecho (establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor ni pronósticos de conducta desfavorables para el futuro) no alcance para justificar la aplicación de los efectos agravatorios de la reincidencia, el Tribunal -aunque el autor sea “formalmente reincidente”- deberá imponer la pena prescindiendo, a favor de la Constitución, de las previsiones establecidas en el art. 66 CP, ejemplo: Al autor de un robo del art. 242 CP en el que concurra la agravante de reincidencia del art. 22, 8ª CP no se le puede imponer la pena de prisión de tres años y medio a cinco años (la mitad superior de la pena de prisión de dos a cinco años), aunque así lo exija la regla 3ª del art. 66 CP si, habida cuenta la escasa culpabilidad del autor (v. gr., por un debilitamiento de los frenos inhibitorios frente al delito debido a la reiteración de hechos delictivos, a problemas de drogadicción, a marginación social, etc.) esa pena excede de la adecuada a la gravedad de su culpabilidad. En este caso el Juez o Tribunal deberá imponer la pena en su mitad inferior (prisión de dos a tres años y medio).

la pena privativa se ha mostrado ineficaz⁷²⁸». De lo anterior, ZUGALDÍA ESPINAR, considera que «resulta por ello difícilmente explicable que se haya introducido en el Código Penal, tanto la agravante de multirreincidencia (art. 66, 5ª como el sistema de la habitualidad para convertir infracciones leves -faltas- en infracciones graves –delitos- (v. gr., arts. 147, 1, 2º ; 234. 2 y 244. 2 CP), salvo que se entienda que la transformación no exceda de la adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho. Piénsese por ejemplo, en el caso del imputado que en el plazo de diez meses ha cometido cinco faltas de hurtos por un importe total de 400 euros: la posibilidad de calificar los hechos como constitutivos de un delito de hurto del art. 234 CP debería estar condicionada a que la pena a la que conduce la aplicación del precepto indicado no exceda de la que corresponda a la gravedad de la culpabilidad del autor. Caso contrario, los hechos deberían calificarse (y sancionarse) constitutivos como cinco faltas de hurto: en definitiva, la regla de “transformación” del art. 234. 2 CP debe ceder e interpretarse a la luz del principio constitucional de culpabilidad⁷²⁹».

Dicho lo que antecede y como bien nos hemos podido percatar a lo largo de este nada minúsculo trayecto, configurado por diversas creaciones intelectuales que han protagonizado el debate doctrinal, -habiéndolas de todo tipo, desde las iusfilosóficas, caminando por las de corte sociológico, hasta las más prácticas y obedientes de una realidad latente en la vida jurídico-penal- sobre las teorías de los fines de la pena, es patente que la pugna entre retribucionismo *versus* prevencionismo, la culpabilidad *versus* la utilidad –pena justa⁷³⁰- y demás elementos que dan denominación a los

⁷²⁸ Sobre este tema, confróntese STS de 30 de mayo de 2000.

⁷²⁹ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *et al. Fundamentos de Derecho Penal... Op. Cit...* p.68.

⁷³⁰ A propósito de este *item*, al que hemos hecho referencia en diversos momentos, no es baladí conocer la postura *ius-filosofica* de quien fuera Profesor de Filosofía Política en la Universidad de Harvard y autor de la Teoría de la Justicia, puesto consideramos que en cierta medida, los vértices que dan explicación a las distintas versiones de la “pena justa” encuentran, al menos en teoría, su naturaleza en la concepción del gran maestro Rawls. Así, se refiere a la justicia como «la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es, de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, concisa y elocuente que sea, tiene que ser rechazada o revisada, sino es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser

razonamientos teóricos, podrían extenderse en documentos con amplia extensión, sin lograr homologar todo pensamiento en una sola teoría que defina el por qué de la pena, hacia donde va ésta cuando se impone; en definitiva, la razón de su existencia y su implementación al individuo que ha “traicionado” a la norma penal. Por ello, con un acierto que merece resaltar, la doctrina mayoritaria ha apostado por formular concepciones personales a partir de una selección-fusión de elementos de las diversas teorías dominantes. Pero la tarea de los estudiosos del Derecho Penal, quienes estamos –al menos en primera instancia- convocados para ser los artífices de la dogmática en la materia, no acaba aquí, pues si bien es cierto que algunos elementos que dan vida a las teorías de la pena –sea cual sea su denominación- serán perennes, lo es también que, habrá algunos que, sino transformarse, si deberán actualizarse por salud político-criminal, es decir, estar de acuerdo con las demandas que la propia evolución social requiere, puesto que, el penalista de hoy no puede anclarse a una idea de dogmática pura, si ella no da respuestas y elementos al juzgador, que permitan sofocar los problemas que yacen en nuestra vida cotidiana. Y con esto, solo por citar un ejemplo, nos atreveríamos a abrir algunas interrogantes, que sin duda, debatir para darles respuesta, sería materia de otra extensiva investigación que no agotaremos en esta instancia: ¿Ha conseguido la pena, cumplir su fin de prevención especial pen su fase de ejecución? Es decir, ¿lo previsto por la doctrina mayoritaria y por el propio 25. 2 de la CE verdaderamente ha

reformadas abolidas. Cada personas posee una inviolabilidad fundada en la justicia, que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios que sean impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto, en una sociedad justa –y es ésta a la que el Derecho Punitivo debe aspirar u observar antes de entrar en acción como instrumento más reprimente que posee el Estado- las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos ni a cálculos de intereses sociales. Lo único que nos permite tolerar una teoría errónea es la falta de una mejor –y es precisamente aquí el sitio en el que, como hemos visto hasta lo aquí estudiado, descasan muchos de los dogmáticos penalistas cuando de hablar de la necesidad de la pena se trata, es decir, esta existe porque no se ha creado otra herramienta que de mejores resultados político-criminalmente-. Cfr. RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. 2ª edición. Traducción de María Dolores González. Fondo de Cultura Económica. México, D.F., 1995, pp. 17 y ss.

finiquitado su objetivo? ¿Podemos hablar hoy que la pena reeduca y reinserta a la sociedad al que ha delinquido?

4.5. Adopción de postura

Como acto seguido y en plena conexión con lo que estudiamos anteriormente, donde analizamos algunas de las teorías sobre los fines de la pena dominantes en la doctrina jurídico-penal de nuestros días y los elementos que las definen y delimitan, es menester que procedamos a estructurar nuestra posición al respecto.

De esta manera, *ab initio*, tenemos que afirmar que a la pena hay que juzgarla como un mal, en el sentido de acto de fuerza que la sociedad emplea para su defensa y que supone para el individuo que la recibe una privación de derechos, es decir –y aunque esto pueda ser discutible en la *praxis*- la pena existe porque, para gran parte del colectivo social, la existencia del Derecho Punitivo, se traduce en seguridad para la protección de los bienes jurídicos –necesidad social-. Esto no quiere decir que se esté adelantando ningún otro criterio pues ese mal no tiene por qué significar retribución necesariamente. Como ya hicimos referencia, se justifica en su necesidad para la protección de bienes jurídicos a través de la prevención. Su fundamento es bifuncional: por un lado, la culpabilidad, que arbitra fundamentalmente como limitación de la intervención; por otro, la necesidad, y aquí enlaza con la justificación: una pena adecuada a la medida de la culpabilidad únicamente puede fundamentarse cuando realmente sea necesaria para la protección de la sociedad y del individuo; si no lo fuera para atender a las exigencias preventivas no debe de ser aplicada. Así entendido, en esta acepción, la culpabilidad juega un notable papel de garantía: cuando la pena adecuada a la culpabilidad entre en conflicto con los fines preventivos de la pena, el límite superior será invariable, mientras que el límite inferior puede ceder en disminución e incluso en sustitución de la pena si los fines preventivos así lo reclaman, con la única limitación de que las causas de disminución o sustitución vengan legalmente establecidas por la Ordenamiento normativo.

En corolario, con ciertos matices, no distamos mucho de lo que la doctrina mayoritaria viene conceptualizando⁷³¹, influenciada –esencialmente– por los postulados heterogéneos del maestro alemán ROXIN. Con ello, los fines a procurar por las penas serán medularmente preventivos, tanto preventivo-generales como preventivo-especiales⁷³². A efecto de conducirnos a una mejor comprensión de esta última idea y de sus diversos significados es conveniente situarla en las tres fases que habitualmente, atiende la doctrina.

La primera, esta determinada por la de conminación legal, misma que contiene un marcado carácter preventivo general. La pena fijada en la Ley con anterioridad a la comisión del delito se dirige a la colectividad y se fundamenta y justifica en la necesidad para la convivencia a través de la protección de bienes jurídicos. En la segunda, la de determinación e imposición, la justificación es la misma, pero para su fundamento junto a la necesidad hay que situar la culpabilidad, con el carácter garantista que le hemos otorgado, los fines son preferentemente preventivo-generales, aunque también pueden advertirse algunos preventivo-especiales: al suponer la determinación e imposición de la pena, una confirmación de la amenaza abstracta tipificada previamente en la Ley, se está sirviendo esencialmente a criterios preventivo-generales; sucede, no obstante, que en ciertos casos la aplicación de una pena juega como elemento de prevención

⁷³¹ Para una síntesis referencial en abstracto del tema sobre los fines de la pena, véase la excelente recapitulación realizada por el Político y Catedrático penalista de la Universidad de Sevilla y en otrora Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español... Op. Cit...*pp. 116-118.

⁷³² En este momento tan sensible, más para la doctrina que para la empiria de la *praxis*, estimamos oportuno esbozar un matiz que complementa nuestro raciocinio. Y estriba en que si partimos del principio de que la pena es un mal, el criterio culpabilista –de manera implícita– del que nos valemos como baremo de la pena, contiene ya la prevención general, también en el sentido de retribución; puesto que al momento de que el Juez determina una pena –un mal, en cualquier acepción que se le considere– para el autor de un hecho constitutivo de delito, el mensaje que transmite a la sociedad, aunque no sea ese el fin y aunque este delimitado-justificado por el nexo causal de culpa del autor, no deja de ser una contraprestación entre el infractor –capaz de ser culpable– de la norma y el castigo –que corresponde y previamente establecido (atendiendo al principio de legalidad)– para esa vulneración que quebranta la tranquilidad social.

especial⁷³³ cuando incida en el delincuente frente a una posible reincidencia. La tercera, la de ejecución, se vuelve a justificar y fundamentar en su necesidad para los fines preventivos. Éstos se encaminan en este ciclo ejecutivo primordialmente hacia el terreno de la prevención especial, aunque sin soslayar los efectos preventivo-generales, como pueden ser los producidos por una ejecución efectiva, que reitere la necesidad de la conminación legal para el resto de los ciudadanos de un Estado social y democrático de Derecho.

Con esto, aún podemos clarificar ciertos cabos que merece la pena que no estén sueltos. Pues creemos que la pena no puede ser sólo la retribución del autor que libremente eligió el mal en lugar del bien, puesto que la opción por el mal, no es más que el resultado final de un proceso de marginación cuyos motivos determinantes son muy complejos, aun sin caer en el radical determinismo de los positivistas. La pena, frente a él, no es más que un torpe remedio, porque no se ha sabido inventar otro mejor, al que se acude para reforzar una serie de prohibiciones cuya observancia se considera absolutamente necesaria para preservar el orden establecido. De ello, QUINTERO OLIVARES⁷³⁴ extrae importantes consecuencias: «si se abandona la obsesión retribucionista, la sociedad puede llegar a prescindir de la pena si considera que ésta es innecesaria, y lo será en todos aquellos casos en que su imposición no sea precisa para mantener el orden social».

⁷³³ En este código postal, el de la prevención especial –concretamente por la exaltación de la resocialización vale la pena resaltar las reflexiones del maestro José, referente obligado en el Derecho Penal español, quien, cuando a la armonía entre prevención general y especial se refería, señalaba que «ambas prevenciones son inconciliables cuando se toma la especial como reeducación con procedimientos blandos que hicieran la pena amena y atractiva (lo cual pocas veces se habrá realizado si es que se ha realizado alguna) o la general se identifica con el terror. Desechadas ambas tendencias es fácil la armonía en la mayor parte de los problemas concretos. Así, la prevención especial se logra por la readaptación del delincuente a la vida social o por la eliminación. No hace falta ponderar que ésta, sea perpetua o por largo tiempo, ha de servir de aleccionador ejemplo a la multitud. En materia de readaptación –contemporáneamente utilizado el termino reinserción social de manera mayoritaria- nos habremos de contentar con producir hábitos de trabajo y de disciplina, y con la representación íntimamente causada por la privación de libertad bajo un régimen austero, pero siempre humano. La intimidación es pues, el principal medio, para la corrección y a la vez, para la prevención general». Cfr. ANTÓN ONECA, José. *La prevención general y la prevención especial... Op. Cit...* p. 99.

⁷³⁴ Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit...* p. 109.

La decisión de aplicar una pena, la duración de ésta y su clase, en la Política Criminal moderna, no depende ya de juicios científicos -las más de las veces exclusivamente teóricos- sino de la fidelidad a una Política Criminal que realmente intente la recuperación y module qué es lo esencial y qué lo accesorio para el Derecho Penal. El problema de la pena no puede despegarse de ellos y navegar sólo de la mano de un automatismo legal que impida a los jueces la realización de cualquier Política Criminal. Las teorías penales adolecen de un exceso de conceptualismo, el concepto teórico se impone a la realidad que se manifiesta de dos modos: a) En primer lugar se olvida la función de la pena desde un punto de vista estático, esto es, cuando sólo es una amenaza dispuesta por una norma positiva para el que realice el comportamiento descrito en ella; b) En segundo lugar se relega su carácter básico de acto de fuerza, de afirmación del poder del Estado; carácter que prima por encima de cualquier otro.

Con relación a lo primero importa destacar que, con independencia del fundamento y función que se diga tiene la pena para el autor de un delito, la pena cumple mucho antes, una función evidentemente intimidatoria pues su conminación o amenaza pretende apartar a los ciudadanos de la posible tentación de transgredir la Ley, y eso no tiene nada que ver con que la Ley sea buena o mala. Vista así la cuestión, es adecuado hablar de una función de prevención general que la pena cumple, aunque no sea su fundamento. Cuando la pena se aplica a un individuo concreto refiriéndonos ahora al segundo planteamiento, es cuando se formulan las teorías penales que la presentan como algo emanado del razonamiento científico-jurídico y perfectamente coherente con un esquema total de lo que es y persigue el Derecho Penal; pero ocultan que la pena en ese momento, por encima de todo, y con independencia de que incluso sea democráticamente administrada, es un acto de fuerza que la sociedad emplea. Que sea un acto no significa cuestionar su necesidad o su licitud, sino sólo poner de manifiesto su naturaleza esencial.

Entendida así la pena, como acto de fuerza, puede reformularse el sentido que debe tener en un Estado de Derecho social y democrático. Lo

primero que se desprende es que la defensa del principio de retribución, como nos pudimos dar cuenta, latente en diferentes teorías penales, no puede ser llevada hasta el extremo de justificar en su nombre toda imposición de castigos sean o no necesarios a la sociedad. Si el Derecho Punitivo pretende proteger a la vez a ésta y al individuo, la aplicación de la pena, el recurso a esa *ultima ratio*, sólo podrá aceptarse cuando realmente sea imprescindible, y no cuando así lo determine un automatismo legal que encadene al Juez, o la defensa de un postulado dogmático. La máxima *fiat iustitia et pereat mundus*, defendida casi textualmente por KANT, gran exponente del retribucionismo, puede admitirse como lema heráldico, pero no como regla de convivencia.

De consonante forma, la medida de la pena, su *quantum*, que por imperativo del principio de seguridad jurídica ha de estar claramente fijada en el Derecho Positivo, habrá de ajustarse al ideal de resocialización por difícil de alcanzar que ésta sea (25.2 CE), y es sabido que, a partir de cierta duración, el tiempo de privación de la libertad ya no sirve para nada. De no ser así la pena se transforma en una pura desquite legalizado e incompatible con el estadio de civilización política y social que, al menos, nos atribuimos. En suma, la potestad punitiva debe ajustarse al humanitarismo, que no es simple caridad o benevolencia, conceptos moralistas o paternalistas que no tienen nada que ver con el tema, sino manifestación del respeto a la dignidad del hombre, incluso cuando repugne lo que ha hecho, pues si se admiten excepciones a este principio nos colocamos de nuevo en el camino de la admisión de la pena de muerte, afortunadamente desterrada. Junto a eso, la potestad punitiva se enfrentará a la necesidad social, aún no evitada, de administrar castigos, obligación política que se sitúa por encima de cualquier otra consideración científico-teórica.

5. Referencia a las consecuencias jurídicas del delito aplicadas en los delitos ambientales: la pena, la medida de seguridad y la reparación del daño

Una vez realizado el estudio, análisis y comprensión sistemática de las derivaciones que emanan de vulnerar lo contenido en los tipos penales en abstracto, así como las distintas funciones que esas consecuencia desempeñan o deberían desempeñar en el colectivo social, es menester, que en un ejercicio de recensión, nos inmiscuyamos en lo que acaece particularmente en los delitos de corte ambiental. Para ello, es tenemos que destacar, lo contenido en el capítulo III del Código Penal Español: “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, desde el artículo 325 hasta el 331, imponiendo las penas de prisión, multa e inhabilitación especial para profesión u oficio.

Por lo que se refiera a la pena como consecuencia jurídica del delito ambiental, el artículo 325 señala: «Será castigado con las **penas de prisión** de dos a cinco años, **multa** de ocho a veinticuatro meses e **inhabilitación especial para profesión u oficio** por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones⁷³⁵, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, **en la atmósfera**,

⁷³⁵ Cfr. SERRANO TARRAGA, María Dolores *et al.* *Tutela Penal Ambiental*. Dykinson. Madrid, 2009, p. 139. «Emitir implica “arrojar, exhalar o echar hacia fuera una cosa”, mientras que según las distintas acepciones del Diccionario de la RAE, la primera acepción del verbo verter es la de “derramar o vaciar líquidos y también cosas menudas como sal, harina, etc.”, definiendo vertidos como “materiales de desecho que las instalaciones industriales o energéticas arrojan a vertederos o al agua». Como bien dicen, Rodríguez y Olmedo, la «emisión aparece como forma típica de contaminación del aire, frente al vertido, susceptible de afectar al suelo y al agua».

Sobre el proceso de emisión, MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual... Op. Cit...* p. 235. «La emisión consistente en la transmisión a la atmósfera de sustancias nocivas, o simplemente incómodas, para las formas de vida con especial transcendencia para la especie humana, se realiza por ciertos agentes, que a través de los focos emisores envían partículas sólidas, gases o vapores. La aportación más importante a la contaminación atmosférica dimana de procesos de obtención de energía a través de combustiones incompletas, de aquí que la mayoría de las legislaciones hagan especial hincapié en la regulación de estos procesos».

o suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido alta mar, 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»⁷³⁶.

Por consiguiente y aunque en otrora ya nos hemos referido con mayor detenimiento a esta temática, no es baladí, a propósito de las penas, lo que sucede en el caso de actualizar la hipótesis de la responsabilidad de las personas jurídicas y la forma como sanciona el Código Penal Español en su artículo 327: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el **artículo 31 bis** una **persona jurídica** sea **responsable** de los **delitos** recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas: a) **Multa** de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años. b) **Multa** de uno a tres años, en el resto de los casos»⁷³⁷.

De otro lado y por cuanto respecta a las medidas de seguridad contempladas por el Código Penal Español en los casos de delitos ambientales, podemos citar a la inhabilitación especial de carácter profesional, la clausura de la empresa contaminante, sus establecimientos o locales de forma temporal o definitiva. De esta manera, también es relevante señalar lo que aborda el tipo penal del artículo 129 sobre las consecuencias accesorias aplicadas sobre las personas jurídicas como, por ejemplo, empresas, organizaciones, grupos, entidades, etc. Cuando incluye, entre otras cuestiones, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales, como también la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita⁷³⁸.

⁷³⁶ Vid. DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio. *Código Penal y legislación complementaria*. Thomson Civitas. 36ª edición. Pamplona, 2010, pp. 198-199.

⁷³⁷ Cfr. DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio. *Código Penal... Op. Cit...* p. 200.

⁷³⁸ Para complementar lo que dice el artículo 129 del Código Penal, ver el artículo 33.7.

Además, tenemos que la Ley Penal española considera la reparación del daño ambiental en el artículo 340 del CPE, cuando afirma: «Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido **voluntariamente a reparar el daño causado**, los Jueces y Tribunales le **impondrán la pena inferior en grado** a las respectivamente previstas». La tutela mediante represión penal del ambiente es imprescindible, sobre todo por los efectos que tiene en cuanto a las conductas ambientalmente perjudiciales. Es indudable que el legislador tiene la intención de estimular el sujeto a la reparación, quizás como forma de educar y concientizar a quién ha cometido el delito ambiental.

Por su parte, por lo que concierne al tratamiento que se le da a la temática en comento en la legislación brasileña, es importante que nos concentremos en el contenido que da sentido al artículo 225, párrafo 3º de la Constitución Federal de Brasil: «As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os **infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas**⁷³⁹, independentemente da **obrigação de reparar os danos causados**»⁷⁴⁰. De esta manera, la Carta Magna brasileña responsabiliza las personas físicas o jurídicas, imponiendo sanciones penales y administrativas, como también, la obligación de reparar los daños causados por ellos.

Finalmente, para hablar de las sanciones penales y administrativas aplicadas por la legislación brasileña es esencial destacar la Ley de los

⁷³⁹ Sobre las infracciones administrativas ambientales en **Brasil**, ver el **Decreto 5.514**, de 22 de julho de 2008. «Artigo 2º - Considera-se infração administrativa ambiental, toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente, conforme o disposto na Seção III deste Capítulo. Parágrafo único. O elenco constante da Seção III deste Capítulo não exclui a previsão de outras infrações previstas na legislação. Artigo 3º - As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções: I - advertência; II - multa simples; III - multa diária; IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora e demais produtos e subprodutos objeto da infração, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; V - destruição ou inutilização do produto; VI - suspensão de venda e fabricação do produto; VII - embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas; VIII - demolição de obra; IX - suspensão parcial ou total das atividades e X - restritiva de direitos».

⁷⁴⁰ Cfr. MEDAUAR, Odete. Brasil. Constituição (1988). *Coletânea de Legislação de Direito Ambiental*. Revista dos Tribunais. 6ª edición. São Paulo, 2007, p. 145.

Crímenes Ambientales (Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998⁷⁴¹). Esta responsabiliza tanto las personas físicas como a las personas jurídicas cuando cometen delitos ambientales, sancionando a sus responsables con pena de prisión, multa, la interdicción temporaria de derechos, suspensión de actividades, prestación de servicios a la comunidad y la reparación del daño⁷⁴².

IV. Otra consecuencia jurídica del delito: La medida de seguridad

Pareciera que hasta lo aquí estudiado, acto seguido encontraríamos una “tranquilidad y comunión doctrinal” con relación a otra de las consecuencias jurídicas del delito; sin embargo, *ex ante* de dar inicio a esté epígrafe que delinea nuestra siguiente parada de análisis y estudio dogmático penal, nos atrevemos a adelantar que estamos lejos de esa “homologación teórica” - que, para fortuna de la Ciencia Penal, esa distancia existente entre la conciliación en el debate de las ideas, enaltece los postulados que han de resolver las controversias suscitadas en nuestra vida diaria- pues el tema de las medidas de seguridad, también presenta sus distintas perspectivas

⁷⁴¹ Vid. MEDAUAR, Odete. Brasil. Constituição (1988). *Coletânea... Op. Cit...* p. 425 y ss.

⁷⁴² La recuperación del daño ambiental puede ocurrir por tres vías (recuperación *in natura*, compensación ecológica y compensación económica). Sobre el tema ver: MONTEIRO DA SILVA, Danny. *Dano ambiental e sua reparacão*. Juruá. Curitiba, 2007, p. 206-208. «A compensação ecológica consiste na reparacão unicamente de certos elementos naturais, capazes de provocar um efeito ecológico equivalente ao que produziam os restantes irreparáveis, no momento da lesão. Manifesta-se, na compensação física real do prejuízo num local espacial e funcionalmente ligado ao lugar do atentado ou na substituição ou criação *ex nihilo* de um ecossistema diferente do precedente. Portanto, consiste numa forma de restauração natural do dano ambiental, que se volta para uma área, distinta ou não da área degradada, tendo por objetivo assegurar a conservação de funções ecológicas equivalentes. Seu objetivo primordial é a substituição dos bens naturais lesados por outros funcionalmente equivalentes, ainda que situados em local diferente, sendo que seu emprego somente se justifica nos casos de danos ecológicos, onde a lesão afeta sobretudo ao patrimônio natural (...) Assim, tratando-se de dano ambiental, deve englobar, primordialmente, a recomposição do ambiente, seja pela recuperação *in natura* seja pela compensação ecológica, e, de forma subsidiária, pela imposição da compensação pecuniária, sempre restrita aos casos de reconhecimento da desproporcionalidade da medida ou da impossibilidade técnica.

Tais medidas, restritas ao enfoque até aqui abordado, tendem apenas à reparação do caráter material do dano, restando, entretanto, abordar as formas de **reparação do caráter imaterial**, ou seja, da dimensão extrapatrimonial ou moral, que também é negativamente afetado pela lesão ao patrimônio ambiental».

intelectuales, que sobre todo, encuentran su cenit en el escenario de la *praxis* jurídico-penal.

De esta manera, tenemos que la medida de seguridad y corrección es la segunda de las consecuencias jurídicas del delito. Su acepción actual -como se ha “pactado” en gran parte de la doctrina- es inseparable del delito y de la pena, pues como afirma CUELLO CONTRERAS⁷⁴³, «si el delito representa el ataque más grave contra la convivencia social, y la pena su consecuencia primordial cuando el autor fue una persona plenamente responsable, la medida trata básicamente de evitar el delito de quien carece de capacidad de culpabilidad y no puede ser hecho responsable, en todo o en parte, mediante la pena».

1. Antecedentes de las medidas de seguridad

Aunque bajo la etiqueta de medidas de seguridad, se puede decir que su existencia se registra desde siempre, a lo largo de toda la historia⁷⁴⁴ de la humanidad (v. gr., recuérdense los hospitales y casas de trabajo para mendigos y “locos” –hoy, en una acepción más correcta: discapacitados mentalmente- en la Edad Media⁷⁴⁵), obtienen su significado vigente a fines del siglo XIX, cuando la influencia del positivismo antropológico italiano puso en peligro el principio de culpabilidad jurídico-penal y colocó a la Ciencia Penal ante el dilema de convertir el Derecho Penal en un Derecho de medidas o mantener a ultranza el “libre albedrío”, en el sentido metafísico que le atribuía la Escuela Clásica⁷⁴⁶. La solución fue una de compromiso,

⁷⁴³ Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español... Op. Cit...*pp. 139-140.

⁷⁴⁴ Sobre el origen histórico de las medidas de seguridad, véase, entre otros, URRUELA MORA, Asier. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*. Comares, Granada, 2009, pp. 7-15.

⁷⁴⁵ Vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 6ª edición. Tecnos. Madrid, 2005, pp. 165.

⁷⁴⁶ En consonancia a esto y como hicimos referencia, en su momento los positivistas defendieron la necesidad de abandonar para siempre la pena clásica. Frente a tal postura, y a la vista del ataque frontal que ello implicaba a todo el sistema jurídico-penal, se produjo la

según la cual, se mantiene el principio de culpabilidad y la pena, pero se añade una segunda vía (sistema binario) de control social⁷⁴⁷. El nuevo sistema fue recogido en los Códigos penales europeos por influencia del precedente legislativo que supuso el Anteproyecto de Código Penal suizo, de Carlos Stoops (1893)⁷⁴⁸. En España –con reserva de que más adelante nos ocuparemos de hablar de la concepción actual dentro del CPE-, en concreto, se incluyeron en el CP de 1928 (durante la dictadura de Primo de Rivera). Pero no se mantuvo esta buena tradición sistemática, y ya en 1933 las medidas de seguridad se tipificaron en una Ley independiente (la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933), cuya técnica y denominación dan cuenta de lo que algunos autores españoles llaman la “defectuosa y desafortunada”⁷⁴⁹ regulación de esta materia en España (se llega incluso a prever medidas predelictuales y estados peligrosos que nada tienen que ver con el delito, como el alcoholismo y la homosexualidad; lo que impide hablar de su pertenencia al Derecho Penal, pues la preexistencia de un delito cometido por quien debe soportar la medida, o por un tercero, es requisito mínimo para su inclusión en el Derecho Penal)⁷⁵⁰. Las mismas objeciones, pese a las mejoras introducidas en 1974 y 1978, alcanzaban a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 1970, que vino a sustituir a la anterior de 1933. No tiene nada de extraño, pues, que, tras el advenimiento

defensa del principio de culpabilidad y de la pena. A esta situación se le llamó después “lucha de escuelas”, expresando así el enfrentamiento producido en Italia y en otros países, entre ellos España, entre clásicos y positivistas. Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal... Op. Cit...* p. 119.

⁷⁴⁷ Sobre esto, véase al Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, quien es un especialista en el tema que nos ocupa – el de las medidas de seguridad- y quien ya desde 1976 le ocupaba su atención: JORGE BAREIRO, Agustín. *Las medidas de seguridad en el Derecho Penal español*. Civitas. Madrid, 1976, pp. 23 y ss. También véase a quien fuera maestro de Barreiro: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. “Medidas de seguridad y Estado de Derecho”. En, *Peligrosidad social y medidas de seguridad. (La Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*. Colección de estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia, 1974, pp. 345 y ss.

⁷⁴⁸ Cfr. JORGE BAREIRO, Agustín. *Las medidas de seguridad... Op. Cit...* pp. 38 y ss.

⁷⁴⁹ Vid. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español... Op. Cit...* p. 147.

⁷⁵⁰ A propósito del epígrafe que nos ocupa y específicamente con relación a la evolución legislativa del Derecho de medidas en España, resulta ilustrativo ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*. Bosch. Barcelona, 1986, pp. 103 y ss.

de la Democracia, la mencionada Ley se dejase prácticamente de aplicar, en una especie de derogación por desuso⁷⁵¹. Además de los reparos que, desde el punto de vista constitucional suscitaba⁷⁵², pues como afirma MIR PUIG, «era innegable que los presupuestos de las medidas predelictuales eran demasiado poco precisos para que respetaran la exigencia de determinación que encierra materialmente el principio de legalidad», como nada tiene de extraño que, siendo uno de los mayores déficit del sistema penal español⁷⁵³, se hayan incluido con exuberancia de detalles en el texto del CP de 1995 (artículos 95 y ss.)

2. Aceptación

Consideramos importante hacer una parada, previo a que nos avoquemos a hablar de la función y fines de las medidas de seguridad, esto, para conocer el significado que le ha dado la doctrina penal a este tipo de medidas, a las que se les enmarca como otra de las consecuencias jurídicas del delito. Y es precisamente en este punto de partida, donde nos podremos percatar que, aunque la doctrina pareciera ir encontrando cauces homogéneos hacía la unificación de criterios que definen la función y finalidad de las referidas medidas, la lid de discernimientos no puede considerarse del todo transparente y mucho menos unificada, pues en el intento de establecer conceptos personales, se inyectan matices a cada uno de ellos que, aunque no lo queramos así, no sería complejo invitarnos a clasificar técnicamente el

⁷⁵¹ Además de las etiquetas mencionadas *ex ante supra*, fueron tildadas, entre otras cosas, de “dudosa constitucionalidad”. La STC, de 12 de febrero de 1986 llegó a afirmar incidentalmente –sin validez general, pues se refería a un caso concreto– que las medidas predelictuales se oponen al principio de legalidad penal. Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Estudios penales*. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1991, pp. 38 y ss. Cfr. También, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal: Parte General I*. Universitat, Madrid, 1996, p. 56.

⁷⁵² Sobre la reforma del Derecho de medidas, consúltese a BARBERO SANTOS, Marino. *Marginación social y Derecho represivo*. Bosch. Barcelona, 1980, pp. 129 y ss. Asimismo véase a VIVES ANTÓN, Tomás Salvador *et al.* “Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas”. En, *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*. Generalitat Valenciana. Valencia, 1987, p. 261.

⁷⁵³ Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español... Op. Cit...* p. 147.

nacimiento de nuevas corrientes teóricas o, por lo menos, a cuestionar las mayoritaria y contemporáneamente adoptadas.

De esta manera, tenemos que decir, que buscar una definición de medida de seguridad es tanto como indagar en las diversas concepciones que sobre esta consecuencia del delito existen. Referenciales son las propuestas que en su momento hicieron ANTÓN ONECA⁷⁵⁴, quien las etiquetaba como «privaciones de bienes jurídicos que tiene por finalidad evitar la comisión de delitos que se aplican en función del sujeto peligroso y se ordenan a la prevención especial».

En otra visión, ANTOLISEI⁷⁵⁵ estimaba que eran «ciertos medios orientados a reorientar al delincuente a la vida social libre, es decir, a promover su educación o curación, según que tenga necesidad de una o de otra, poniéndolo en todo caso en la imposibilidad de perjudicar».

Desde el análisis de BERISTAIN IPIÑA⁷⁵⁶, encontramos que las percibía como «medios asistenciales consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicado por los órganos jurisdiccionales a tenor de la Ley, a las personas peligrosas». Tales percepciones encaminadas a su concepción como privaciones de bienes jurídicos, como medios destinados a readaptar al delincuente, o como medios asistenciales pecan, analizadas desde una perspectiva actual, de generalistas y de mostrar un contenido próximo a los objetivos y fines de la propia pena⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ Vid., ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal*. 2ª edición, anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino. Akal. Madrid, 1986, p. 620.

⁷⁵⁵ Cfr. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 13ª edición, actualizada por Luigi Conti. Giuffrè. Milano, 1994, pp. 737-738.

⁷⁵⁶ Vid. BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*. Reus. Madrid, 1974, pp. 49-50.

⁷⁵⁷ En un análisis de la evolución que han presentado las medidas de seguridad véase a SANZ MORÁN, Ángel José. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*. Lex Nova. Valladolid, 2003, pp. 197 y ss.

En este apartado MORILLAS CUEVA⁷⁵⁸, parte especificando que el Derecho Penal preventivo es una opción desarrollada tanto desde la pena como desde la medida de seguridad. La medida de seguridad conlleva, cierto que con menor intensidad que la pena, también privación de bienes jurídicos al ser impuesta por el Estado al individuo; ello no quiere decir que no sea prudente ni necesario interpretarla como un medio asistencial que la acción estatal tiene el derecho pero al mismo tiempo la obligación de ofrecer al ciudadano y no como una pretensión sancionadora sustitutiva de la pena en sentido tradicional con el carácter más amenazante de su indeterminación. De cualquier forma, el aceptar la medida de seguridad como privación de bienes jurídicos no conlleva en absoluto menosprecio alguno a las finalidades preventivas de curación y readaptación que persigue esta institución jurídica. Ya en otros opiniones más contemporáneas, encontramos a CUELLO CONTRERAS⁷⁵⁹, quien va directamente a desmembrar su opinión conceptual del Texto Legal, señala que las medidas de seguridad y de corrección deben estar ubicadas sistemáticamente en el CP, deben presuponer la previa comisión de un delito y deben ser de duración proporcional a la gravedad del mismo, siempre que, además, se haya comprobado (prognosis) la posibilidad de que el infractor de la norma penal vuelva a incidir en la misma conducta. De todo ello a nivel de principio, da cuenta el art. 6 del CPE: «1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito; 2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor».

⁷⁵⁸ Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit...* p. 37.

⁷⁵⁹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español... Op. Cit...* p. 148. Además, *cfr.*, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal y legislación complementaria*. Thomson Civitas. 36ª edición. Pamplona, 2010, p. 54.

En otra perspectiva MIR PUIG⁷⁶⁰ puntualiza que las medidas de seguridad no suponen la amenaza de un mal para el caso de que se cometa un delito, sino un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo. Mientras que la pena se inflige por un delito cometido, la medida de seguridad se impone como medio de evitarlo. Conceptualmente para el penalista de la Autónoma de Barcelona, las medidas de seguridad no presuponen la comisión de un delito previo, sino el peligro de un delito futuro. A diferencia de las penas, las medidas no se imponen como realización de una amenaza legal prevista para reforzar un mandato o prohibición dirigidos a los ciudadanos. En suma, la medida es un tratamiento que no responde a los mecanismos de conminación legal, norma imperativa e infracción.

Expuesto lo que se antepone, celebramos que -afortunadamente- el Código Penal español vigente, así como sus homónimos en la mayoría de los países contemporáneos que adoptan la etiqueta de estados sociales y democráticos de Derecho, afilian el criterio consistente en admitir sólo medidas de seguridad postdelictuales⁷⁶¹. Estas medidas solo pueden imponerse cuando el sujeto ha demostrado su peligrosidad mediante la efectiva comisión de un delito previo. No se imponen como reacción frente al delito cometido, sino para evitar otros en el futuro, pero se entiende que la peligrosidad del sujeto sólo queda suficientemente comprobada cuando el mismo ya ha cometido un delito. Un ejemplo de medidas de seguridad postdelictuales lo ofrece la regulación prevista para el enfermo mental que comete un delito, según el cual éste podrá ser ingresado en un establecimiento psiquiátrico o sometido a un tratamiento ambulatorio. El sentido de estas medidas no es infligir un mal al enfermo mental por el delito cometido, sino sustraerle del estado psíquico que pudo llevarle a delinquir, para que no vuelva a hacerlo. El delito anterior se considera, sin embargo, la

⁷⁶⁰ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General...* Op. Cit... pp. 43-44.

⁷⁶¹ En este sentido véase, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio. "Las medidas de seguridad con arreglo al Código Penal: carácter, presupuestos y límites". En, *Revista del Poder Judicial*. Nº 60. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2000, p. 112.

prueba necesaria -aunque no sea por sí sola bastante- de que el enfermo mental encierra suficiente peligrosidad criminal.

Las alusiones a la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95. 2 CPE, prevenir la peligrosidad del autor, art. 6. 2, etc.) parecen mencionar la necesidad de pronosticar, sobre la base de datos de la personalidad o las circunstancias del sujeto a quien se va a imponer la medida, la comisión de nuevos delitos. Es por ello por lo que la doctrina científica, sobre todo la criminológica, se ha ocupado de los métodos para su averiguación. Descartado el método intuitivo, auténtico albur para la peligrosidad, se ha fijado la atención en métodos científicos y, sobre todo, estadísticos de apreciación.

Estos métodos, sin embargo, coincidimos con la doctrina vigente en que son sumamente defectuosos y pueden propiciar, precisamente, lo que quieren evitar (*self-fulfilling prophecy* o profecía autocumplida). De hecho, el método estadístico puede permitir pronosticar los casos extremos (de claro peligro y de ausencia de peligro), dejando fuera la más amplia criminalidad media. Para alumbrar esta sensible desconcierto y como vía más satisfactoria para salir del dilema, nos parece atinada la referencia que de los penalistas alemanes Eckhard HORN y Heinz SCHÖCH realiza CUELLO CONTRERAS⁷⁶², así, estos afirman que «en un Estado de Derecho, con una Constitución que obliga a orientar las reacciones penales a la resocialización (Art. 25. 2 CE), debe elegirse la que más la favorezca en beneficio del sujeto a quien impone». De esta forma, ante el binomio pena-medida (v. gr., a imponer a semiinimputables) se tomará la medida, en cuanto que por la experiencia general es la más favorable; ante el binomio pena o medida-libre absolución, se optará por la libre absolución, quedando un amplio abanico de medidas favorecedoras de carácter administrativo que no restringen derechos (o no en tan alta medida como las penales: exigencia de voluntariedad, por ejemplo.). De esta forma, la peligrosidad a que alude el Texto Legal no faculta a imponer una medida, sino que obliga a poner los

⁷⁶² Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español... Op. Cit...* p. 147

medios (medidas) para ayudar al autor de un delito a que no vuelva a recaer⁷⁶³. La situación no se diferencia en nada de aquella otra (prevista expresamente en el Derecho Penal alemán y tácitamente en el español) en la que, para otorgar el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, se exige un pronóstico de no peligrosidad para el que, según dice acertadamente HORN, debe bastar la comprobación de que la condena condicional contribuirá mejor a evitar el futuro delito que el cumplimiento de la pena. Y añade: «Esto debe aplicarse a todos los casos en que el legislador utilice la cláusula general de peligrosidad».

Por último, la definición de la que parte el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, SANZ MORÁN, creemos que supera en buena medida algunas de las polémicas doctrinales existentes, de esta manera, el también miembro de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, considera que «las medidas de seguridad constituyen un mecanismo jurídico-penal de respuesta al delito, complementario de la pena, aplicado conforme a la Ley, por los órganos jurisdiccionales, en atención a la peligrosidad del sujeto, con finalidad correctora o asegurativa⁷⁶⁴».

3. Fundamento y justificación de las medidas de seguridad

Una vez que hemos abordado algunos de los conceptos -que sobre las medidas de seguridad- manejados por la doctrina jurídico-penal, es menester que nos ocupemos de señalar cual es el fundamento de estas, cuestión que dará margen para puntualizar ciertas diferencias que existen respecto de las penas.

En afinidad con lo previo, tenemos que decir que en el contexto histórico de su surgimiento, las penas y las medidas de seguridad se distinguieron por ser diversas en sus fundamentos y en sus fines: la pena,

⁷⁶³ De similar razonamiento véase a BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HOMARZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Vol. I.* Trotta. Madrid, 2006, p. 216.

⁷⁶⁴ Cfr. SANZ MORÁN, Ángel José. *Las medidas de corrección... Op. Cit...* p. 71.

como hemos estudiado con antecendencia, se fundamentaba en la culpabilidad y la medida de seguridad, como hasta nuestros días, en la peligrosidad personal del individuo⁷⁶⁵. Así, es precisamente este elemento – la peligrosidad- protagonista de su fundamento y/o legitimador de las medidas como respuesta alternativa a la pena⁷⁶⁶, el que es digno de análisis, pues será también, precisamente el que delibere en la generalidad de las cuestiones prácticas, dando o no elementos al Juez, para poder operar los presupuestos dedicados a esta institución jurídica dentro del Ordenamiento positivo. No obstante, esta luz que proporciona el elemento de referencia, también es oscuridad que –como veremos más adelante- pregona no pocas críticas que tambalean a la existencia de las medidas de seguridad y a la supervivencia propia del sistema de doble vía.

No es baladí señalar que no existe –o por lo menos no claramente- una definición satisfactoria, a pesar de los esfuerzos invertidos por la doctrina para consolidarlo, desde que GAROFALO se refiriera a la temebilidad⁷⁶⁷. En su momento, ya JIMÉNEZ DE ASÚA⁷⁶⁸ la identifico como «la probabilidad de que un individuo cometiera o volviera a cometer un delito». Quien fuera Secretario de Estado en Defensa y Catedrático de

⁷⁶⁵ Véase a MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 548. También, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit...* p. 104. De lo dicho puede deducirse que la diferencia fundamental, aunque no decisiva, que distingue a la pena de la medida de seguridad es precisamente su naturaleza. Mientras aquélla se basa en el delito cometido sobre la base de la culpabilidad o responsabilidad del sujeto; ésta, lo hace sobre el individuo que también ha realizado una conducta observada por la Ley penal como infracción y que revela una determinada peligrosidad criminal, aunque su conducta pueda ser no culpable.

⁷⁶⁶ Con relación a la problemática de determinar la peligrosidad criminal, confróntese a SANZ MORÁN, Ángel José. *Las medidas de corrección... Op. Cit...* pp. 87-107.

⁷⁶⁷ Verbigracia, ROCCO, aunque rechazaba el propio termino de temebilidad, diría que la peligrosidad «es la potencia, aptitud, la idoneidad, la capacidad de las personas para ser causa de acciones dañosas o peligrosas y, por tanto, de daños de peligros». *Vid.*, DONNA, Edgardo Alberto. *La peligrosidad en el Derecho Penal*. Astrea. Buenos Aires, 1978, pp. 24-25.

⁷⁶⁸ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El estado peligroso. Nueva formula para el tratamiento penal y preventivo*. Imprenta Juan Pueyo. Madrid, 1922, p. 19.

Derecho Penal de la Complutense de Madrid, OCTAVIO DE TOLEDO⁷⁶⁹ la conceptualizaría como «probabilidad de comisión de futuros hechos delictivos por el mismo sujeto que ya ha delinquido».

En este orden de ideas y no con distinta esencia, pero si con mayores matices, PETROCELLI⁷⁷⁰, quien fuera Juez de la Corte Constitucional de la República italiana, Rector de la Universidad de Bari y Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nápoles, ya definió la peligrosidad como un complejo de condiciones, subjetivas y objetivas, bajo cuya acción es probable que un individuo cometa un hecho socialmente dañoso. MUÑOZ CONDE-GARCIA ARÁN⁷⁷¹ la juzgan como la probabilidad de que produzca un resultado, en este caso, la probabilidad de que una determinada persona cometa en el futuro un delito. En ambas opiniones, marcadas por las diferencias temporales de más de sesenta años, se manifiesta, sin embargo, como un pronóstico o juicio de probabilidades referido al comportamiento futuro del individuo. Por otro lado, se exige conceptualmente la necesidad para fundamentar la medida.

Es oportuno mencionar que, originalmente en los planteamientos genéricos de peligrosidad, existen dos principios prácticamente confundidos: la peligrosidad criminal y la peligrosidad social. La primera es la posibilidad de que un individuo cometa un delito o siga un vida delincuencia; la segunda es la probabilidad o realidad de que el sujeto realice actos levemente perturbadores de la vida comunitaria (actos asociales), sin llegar a cometer delitos propiamente dichos; se trata, pues, de personas asociales. En este

⁷⁶⁹ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. “Las medidas de seguridad con arreglo al Código Penal: carácter, presupuestos y límites”. En, *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. N° 60. Madrid, 2000, p. 122.

⁷⁷⁰ Cfr. PETROCELLI, Biagio. *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*. CEDAM. Padova, 1940, p. 47.

⁷⁷¹ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte... Op. Cit...* p. 52. Resulta de interés la reflexión que realizan estos autores sobre algunas otras aristas a considerar dentro del concepto de peligrosidad, así señalan que «el juicio de peligrosidad se lleva a cabo a través de –como ya hicimos referencia- una prognosis de la vida del sujeto en el futuro. Para ello deben tenerse en cuenta varios datos: el género de vida del sujeto, su constitución psíquica, el ambiente en el que vive, etc. De aquí se desprende que la peligrosidad de un sujeto, es decir, la posibilidad de que cometa un delito en el futuro, puede constatarse aun antes de que se haya cometido delito alguno».

tenor y atendiendo a uno de los principios rectores del Derecho Penal, el de *ultima ratio*, consideramos que la peligrosidad social resulta insuficiente para imponer medidas penales, debiendo quedar su prevención a la política social del Estado y, si en este ámbito fracasa, en todo caso, a medidas de corte administrativo.

La peligrosidad criminal, concebida en definitiva como un juicio de probabilidad de delinquir en el futuro, se manifiesta a su vez de dos maneras: peligrosidad criminal predelictual y peligrosidad criminal postdelictual. En la primera, la peligrosidad no se manifiesta por medio de la realización de una conducta delictiva, sino por “indicios” personales distintos de la concreta comisión del delito. En la segunda, se expresa con un hecho tipificado como delito (sin necesidad de que el sujeto sea imputable y culpable), que es conjetura de su inclinación antisocial. Esta segunda, es exclusivamente el motivo de atención penal, por lo que hay que excluir de la esfera punitiva las medidas de seguridad predelictuales y, coherentemente, limitar el presupuesto de las medidas de seguridad de forma especial a las generadas por la peligrosidad postdelictual⁷⁷².

Como bien exponen JESCHECK-WEIGEND⁷⁷³ las medidas de seguridad requieren al igual que las penas, una justificación: no solo tienen que ser adecuadas a su fin sino que también deben de poder ser sostenidas a la luz de la justicia⁷⁷⁴. Por ello debe ser decisiva la idea de que la libertad que un sistema constitucional garantiza a todo ciudadano, es una libertad

⁷⁷² *Ibidem.*, p. 53.

⁷⁷³ Cfr. JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal... Op. Cit...* pp. 91-92.

⁷⁷⁴ Acorde a un Estado de Derecho es también el respeto de los principios de legalidad y proporcionalidad en las medidas de seguridad, de igual manera que en las penas. Así, en virtud del principio de legalidad, para que se pueda imponer una medida de seguridad, será necesario que, previamente se encuentre en la Ley tanto la medida como los hechos y circunstancias para que, efectivamente, pueda aplicarse exigencia de taxatividad, prohibición de analogía en *malam partem* y principio de irretroactividad. En un estudio más amplio sobre los principios de proporcionalidad y de legalidad véase al penalista ALONSO RIMO, Alberto. “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho Penal de la peligrosidad”. En, *Estudios Penales y Criminológicos*. No. 29. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. 2009, pp. 107-139.

vinculada a la comunidad. Quien no posee la capacidad de desenvolverse en la sociedad sin poner en grave peligro a otros, debe tolerar las limitaciones necesarias de su libertad en interés de la seguridad de todos.

Para quien fuera fundador del Instituto Vasco de Criminología, BERISTAIN IPIÑA, diferencia en dos bloques las opiniones de los penalistas en la búsqueda de una justificación adecuada para las medidas de seguridad: a) los vinculados a orientaciones neoclásicas exigen una justificación ético-moral, y por tal motivo aceptan sólo aquellas medidas que privan de sus derechos a quienes no pueden o no saben ejercerlos con libertad interior, o a quienes esa privación de derechos resulte en conjunto provechosa para superar la rémora en su desarrollo personal; b) los más cercanos a las orientaciones positivistas que las justifican en su necesidad y utilidad social, desde el momento en que la pena por sí sola no es suficiente para alcanzar las metas del Derecho Penal actual⁷⁷⁵.

De ambos planteamientos han de sacarse provechosas enseñanzas, sobre todo del segundo. La justificación última de la medida de seguridad es, también como en la pena, su necesidad para la sociedad. A pesar de ello, un importante sector de autores estima que esto no es suficiente para deducir de ahí su única justificación. Lo que es útil, dice RODRÍGUEZ MOURULLO⁷⁷⁶, no está, por esa única razón, justificado. Desde esta perspectiva, la doctrina científica ha introducido otros parámetros junto a la fundamentación utilitarista, como la ético-social (WELZEL) o el interés social preponderante de la prevención del delito, de íntima conexión con el principio de proporcionalidad (STRATENWERTH)⁷⁷⁷.

Aunque *a posteriori* veremos el comportamiento de las medidas de seguridad dentro del Texto Legal, en esta parte no podríamos dejar de lado

⁷⁷⁵ Cfr. BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Medidas penales... Op. Cit...* pp. 93-94.

⁷⁷⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad". En, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Reus. Madrid, 1965, p. 27.

⁷⁷⁷ En un estudio más exhaustivo véase a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Teoría de las consecuencias... Op. Cit...* pp. 227-228.

la referencia al artículo 6 del CPE, pues en éste, se establecen los presupuestos materiales que fundamentan las aludidas medidas. Conforme a este precepto las medidas de seguridad tienen –como ya lo hemos dicho- su presupuesto en la peligrosidad criminal, es decir, en el pronóstico favorable de la comisión de nuevos delitos y sólo se pueden imponer por la comisión de un delito. Esta última exigencia excluye la aplicación de medidas de seguridad por la comisión de las faltas (Libro III CPE) y, además, elimina la posibilidad de someter a un sujeto a las actualmente inconstitucionales medidas de seguridad predelictuales, es decir, proscribire la aplicación de medidas de seguridad antes de la comisión de un hecho delictivo.

Por consiguiente, MARÍN DE ESPINOSA afirma con acierto, que la única diferencia que existe entre penas y medidas de seguridad radicaría en sus heterogéneos límites: mientras la pena está limitada por la culpabilidad del autor, la medida de seguridad está limitada por el principio de proporcionalidad. Dicho de otra forma y en los postulados del maestro alemán ROXIN⁷⁷⁸, «a la sanción preventiva de una conducta socialmente insoportable la llamamos pena si esta limitada por el principio de culpabilidad y medida de seguridad si lo está por el principio de proporcionalidad». En definitiva, la medida de seguridad debe ser proporcionada a la peligrosidad del hecho cometido, que se concreta en la duración máxima de la pena prevista por la Ley para el delito (artículos 101, 1 y 104.1 del CPE).

La combinación racional entre necesidad, utilidad y libertades individuales proyecta el auténtico fundamento de la medida de seguridad. Convenimos, no obstante -pues como adelantábamos al principio de este epígrafe- en la dificultad que, en la práctica encuentra la aplicación de estos principios teóricos, insuficiente, a todas luces, para negar idoneidad a la necesidad y utilitarismo en sentido científico. En cualquier caso, es imprescindible asumir y defender que junto a esta necesidad de la medida se

⁷⁷⁸ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...* Op. Cit... p. 105.

sitúan los derechos y libertades ciudadanos en una reclamada simbiosis, al igual que sucede con la pena y, en definitiva, con el Derecho Penal⁷⁷⁹.

4. Sobre el fin de la medida

De lo hasta aquí estudiado, podemos comentar que, si la función y el fin de la pena se muestran como un problema frecuentemente discutido, no necesariamente sucede lo mismo con respecto a la medida de seguridad, sobre la que existe “cierta unanimidad” en admitir que su finalidad es de tipo preventivo y, más concretamente, preventivo especial. Así también lo

⁷⁷⁹ Concordando con este razonamiento, es oportuno absorber la percepción de un referente obligado en la dogmática jurídico-penal española, nos referimos pues a José Cerezo Mir, quien ha llamado la atención sobre el contenido ético de la medida, al que se contrapondría una consideración puramente utilitarista de la misma. El contenido ético-social de la medida de seguridad -señala el otrora Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza y Doctor *Honoris Causa* por el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México- no es otro que el de su referencia al principio de culpabilidad pues, como dice Hans Welzel, si falta la capacidad de culpabilidad, no se podrá participar sin restricciones en la vida comunitaria, y estará justificada una restricción de la libertad exterior de quien carece de libertad interior. De aquí cabe colegir fácilmente que no basta con atajar mediante penas los comportamientos delictivos de personas con capacidad de culpabilidad, y mediante medidas los de los incapaces o no plenamente capaces, para prevenir el delito; que, más bien, las únicas medidas que interesan en Derecho Penal son aquellas que resulten aplicables a quienes, de haber tenido plena capacidad de culpabilidad, habrían sido sometidos a la imposición de una pena, como viene a decir Armin Kaufmann -referido por su distinguido discípulo Joaquín Cuello Contreras-. Es cierto que predomina, aquí, la idea de protección de bienes jurídicos sobre la de culpabilidad; pero se salva el significado ético del Derecho Penal desde el momento en que no se atiende tanto (o no sólo) al peligro de comisión de futuros delitos como a la gravedad del delito cometido, aunque su autor sea un inimputable. Por tanto, el límite de la prevención del delito futuro reside en la gravedad del delito cometido, y no en la prognosis (en cualquier caso requisito esencial *ex lege*) acerca de futuros delitos del infractor. Se parte, así, del presupuesto libero-arbitrista, y no del determinista. En un sentido análogo véase a MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte... Op. Cit...* p. 52 *in fine*, cuando se inclina por el bien social -dejando del lado a la persona del delincuente- cuando la medida de seguridad no consiga corregirlo o reeducarlo. También véase a MUÑOZ CONDE, Francisco. “Monismo y dualismo en el Derecho Penal español”. En, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*. N° 6. Universidad Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1983, p. 226. En este estudio, donde, entre otras cosas, aborda una crítica -puntualizando que hay una falacia implícita- al sistema dualista, señala: «Un sistema dualista en el que junto a la pena limitada por la culpabilidad existe otro tipo de sanciones no limitadas o limitadas por principios o ideas diferentes constituye un peligro para las garantías y la libertad del individuo frente al poder sancionador del Estado».

relaciona el propio Texto constitucional español (art. 25.2) cuando afirma que las medidas de seguridad privativas de libertad deben orientarse –finalidad- a la reeducación y reinserción social del sometido a ellas⁷⁸⁰.

Para el también Doctor Honoris Causa por el INACIPE, ROXIN⁷⁸¹, sin embargo, los acentos se reparten de forma diferente, por cuanto el fin preventivo especial no aparece de la misma forma en las medidas en particular. Así, el internamiento preventivo o de seguridad manifiesta exclusivamente el componente asegurativo de la prevención especial, mientras que en el caso de los hospitales psiquiátricos se colocan al mismo nivel los fines de aseguramiento y de resocialización. Aparte de ello, la mayoría de las medidas de seguridad surten también un efecto preventivo general y esto ha sido también tenido en cuenta por el legislador como fin secundario: una medida de seguridad como la privación del permiso de conducir tiene la mayoría de las veces un efecto más intimidatorio sobre la comunidad que la pena que cabe esperar en los delitos de tráfico.

Sucede, no obstante, que en la mayoría de las legislaciones -y en la española no es la excepción- hay una duplicidad de muchas de las medidas y de las penas -por ejemplo la citada por ROXIN⁷⁸², de privación del permiso de conducir-, con lo que no solo la finalidad preventivo general corresponde con absoluta prioridad a la pena, sino incluso la preventivo especial. Sea como fuere, parece indiscutible que si hay que asignar una finalidad autónoma a la medida de seguridad, en los ámbitos residuales que le son propios -a través de los diferentes sistemas de regulación (dualista, monista y vicarial) que más adelante abordaremos-, ésta es la de prevención especial, sin ocultar, en muchos casos, su vertiente asegurativa defensiva de la sociedad, bajo la continua tutela de los principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho.

⁷⁸⁰ Véase STS de 15 de julio de 2002 (Tol 213371).

⁷⁸¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 104. También consúltese en idéntico sentido a MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *Fundamentos de Derecho Penal... Op. Cit...* p. 549.

⁷⁸² *Ibidem.*, p. 106.

5. Cuestionamiento al concepto de peligrosidad: “Crisis de la doble vía”

Estancia previa a que demos atención a las diversas críticas de las que ha sido objeto el concepto de peligrosidad como elemento que cimienta a las medidas de seguridad y todo vez que ya hemos estudiado la naturaleza, fundamento, justificación y finalidad de ésta institución jurídica –situación esencial para comprender el debate científico generado por la prevalencia de sistemas que tratan la interrelación de la pena y la medida de seguridad y el binomio culpabilidad-peligrosidad-, encaja referir y aclarar que se entiende precisamente por los denominados “sistemas”, tales como el monista, dualista y vicarial.

No son reducidos los autores que se han dedicado a segmentar los presupuestos que definen a los sistemas referidos *supra*⁷⁸³. Ya señala QUINTERO OLIVARES⁷⁸⁴ que «monismo significa, originalmente, que el Derecho Penal no puede contemplar otra clase de reacción que la pena. Las tesis monistas iniciales se correspondían, lógicamente con las doctrinas retribucionistas puras. De otro lado, tenemos el dualismo, el cual significa que el sistema penal concibe, junto a las penas fundadas en la culpabilidad, otra clase de reacciones, las medidas de seguridad, de naturaleza

⁷⁸³ Véase la opinión de Joaquín Cuello Contreras, quien además de definir cada uno de los sistemas de referencia, claramente afirma que es el sistema vicarial el que en nuestros días «se encuentra en franco auge». CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español... Op. Cit...* pp. 151-152.

⁷⁸⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit...* pp. 120. Este es el entendimiento del monismo y del dualismo originarios. Naturalmente, uno y otro concepto no se emplean en la Ciencia Penal más que después de la irrupción del positivismo y, con él, de la oposición de peligrosidad a culpabilidad y de medida a pena. Con respecto de esta concepción en el CPE –cuestión que abordaremos con mayor detalle en el próximo epígrafe– señala el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Rovira I Virgili que Ordenamiento sustantivo penal, tiene regulados los estados peligrosos y las medidas de seguridad dentro del propio Código Punitivo. Eso plantea problemas diferentes: se partía de la preocupación por no dejar el sistema de medidas de seguridad desvinculado de las garantías penales, para evitar que a través del llamado “fraude de etiquetas” se pudiera abrir una vía de represión incontrolada a través del sistema de doble vía. Cuestión muy distinta es que la lucha por evitar que la imposición de medidas de seguridad se haga prescindiendo de las garantías penales se confunde con una aceptación del sistema llamado dualista. El Código español ha hecho precisamente eso: optar por la expresa proclamación de un modelo dualista -lo que para el autor es discutible-. Véase también a MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte... Op. Cit...* pp. 51-52.

educadora, terapéutica, rehabilitadora, que se fundan en la peligrosidad del sujeto». Por último el sistema vicarial⁷⁸⁵, estriba en que pena y medida cumplen el mismo fin y, por tanto, el cumplimiento de la medida absorbe el de la eventual pena que cupiera imponer⁷⁸⁶. La expresión vicarial procede de la voz “vicario”, que, en su primera acepción gramatical significa que tiene las veces de otro o le sustituye. Así, en suma, el sistema vicarial se caracteriza porque en él la medida de seguridad hace las veces o sustituye a la pena. Esto es, en inferencia, como señala MARÍN DE ESPINOSA⁷⁸⁷ que mediante el sistema vicarial la pena y la medida de seguridad aparecen como magnitudes fungibles (intercambiables) en tanto que la pena sirve como la medida de seguridad (para continuar el tratamiento, si el de la medida de seguridad ha sido insuficiente) y la medida de seguridad –con la garantía de un tiempo máximo de duración- cumple la función encomendada a la pena (se computa como tiempo de cumplimiento de la misma).

Dilucidadas las características que definen a los sistemas en cuestión, es momento de retomar el título que encabeza el presente epígrafe y entrar en materia. Con ello, nos avocaremos a conocer algunas de las críticas que se originan en el concepto de peligrosidad como arista operativa que fundamenta a las medidas de seguridad –cuando se visualizan a éstas en su relación con las penas que comporten privación de libertad- y que ha inclinado la balanza para que algunos doctrinarios de la Ciencia Punitiva, hablen de la “crisis”, misma que, incluso, dirige hacia un destino que cuestiona la “supervivencia” del sistema dualista o de la doble vía.

De esta forma MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN ya hablan de los “inconvenientes” que se suscitan del hecho de valerse de la peligrosidad como ingrediente que fundamenta a la medida seguridad. Sobre todo, estos penalistas españoles, connotan a dichos obstáculos del corte jurídico-

⁷⁸⁵ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General...* Op. Cit...pp. 60-61.

⁷⁸⁶ Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español...* Op. Cit...pp. 151-152. También en este sentido, consúltese a JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...* Op. Cit... p. 89 *in fine*.

⁷⁸⁷ En un estudio más detallado consúltese a MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *Fundamentos de Derecho Penal...* Op. Cit... pp. 558-559.

constitucional. Señalan que el presupuesto de la medida de seguridad, la peligrosidad criminal, es un juicio de probabilidad y como tal puede ser erróneo: el que no se considera peligroso vuelve a reincidir y el que se considera altamente peligroso puede no volver a delinquir nunca más. Las bases sobre las que descansa tal juicio son movedizas y los criterios que se manejan en las prognosis son todavía muy inseguros. Contra ellos se formulan objeciones de índole dogmática y psicosocial. En realidad, debe aceptarse el riesgo de que la prognosis falle; y efectivamente la experiencia así lo demuestra.

También aseguran, que se pueden formular objeciones contra la aplicación misma de la medida de seguridad, puesto que la aplicación de una pena es la consecuencia fundamental del delito, con ella se consiguen los fines de prevención general, intimidando a los demás ciudadanos, y de prevención especial, asegurando o corrigiendo al delincuente, por eso, la aplicación conjunta de pena y medida de seguridad puede lesionar el principio de *ne bis ídem*, al traducirse en un doble castigo (fraude de etiquetas)⁷⁸⁸.

Por su parte CUELLO CONTRERAS⁷⁸⁹, en una reflexión de mayor intensidad, con gran desenvoltura se ocupa de correlacionar la situación, concretando que «ni siquiera la peligrosidad (de que se cometa en el futuro un nuevo delito) -que para muchos sigue siendo todavía una nota distintiva de la medida: en el sentido de que, aunque la pena también quiere prevenir el futuro delito, se impone sin embargo por el ya cometido, en tanto que la medida no puede imponerse por algo que pertenece al pasado y no es imputable delito cometido por quien carece de capacidad de culpabilidad) sino por la “peligrosidad” inminente de que su autor vuelva a cometerla (quizá por su propia inimputabilidad: v. gr. Un enfermo mental agresivo)- es nota distintiva porque, aunque la medida no se imponga en atención a la

⁷⁸⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte... Op. Cit...* pp. 54-55. También consúltese a JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal... Op. Cit...*pp. 91-94.

⁷⁸⁹ Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español... Op. Cit...*pp. 141-142.

culpabilidad (el cierre del local donde se practique la prostitución, por ejemplo, no se impone porque se suponga que su dueño se dedicaba a fomentar la prostitución), la “peligrosidad” que se considera a efectos de la medida es la misma que se considera a los efectos de la pena: la que cabe extraer del anterior delito cometido y no la que puede tener su origen en una suerte de añadido asociado a la personalidad anormal del autor o sus circunstancias sociales. También la pena manifiesta aquella peligrosidad (por eso se impone para prevenir el delito) aunque, además, incorpore la nota de la culpabilidad. En suma: Lo que caracteriza a la medida frente a la pena es un “déficit”, en cuanto que en la medida está ausente la culpabilidad; pero en todo lo demás la medida no añade nada que no esté contenido ya en la pena»⁷⁹⁰.

Uniéndose a las críticas, QUINTERO OLIVARES, señala que «el concepto de peligrosidad no ha podido quedar indemne ante la crítica científica, mas contundente con lo que se refiere a este concepto que al de culpabilidad, si cabe, puesto que el de peligrosidad al ser abiertamente no normativo, es un juicio de probabilidad de naturaleza criminológica, juicio que ha sido reducido no sin esfuerzo al pronóstico del futuro delito en base al delito ya cometido. Pero, a pesar de todo, juicio de peligrosidad, aun reducido a la de carácter postdelictual y criminal, continúa ofreciendo una alta dosis de irracionalidad. Formalmente se aportan métodos objetivos o legalistas, que consisten sólo en proporcionar al Juez indicios definidos apriorísticamente con base a los cuales se proclama obligadamente la peligrosidad, método que, sin duda satisfaciendo la seguridad jurídica, aleja el resultado de cualquier posibilidad de individualización real. Por su parte, los métodos individualizadores de la prognosis criminal sobre un futuro

⁷⁹⁰ BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Medidas penales... Op. Cit...* p. 85. El Catedrático español, quien fuera Presidente del Consejo de Dirección del Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia y las relaciones sociales, por el contrario no vislumbra diferencias entre el juicio de culpabilidad y el de peligrosidad. De esto Joaquín Cuello Contreras (*Op. Cit.* anteriormente, nota 294 *in fine* y 295) con acierto esclarece que lo cierto es que el primero se basa en algo que ya ha tenido lugar (juicio de culpabilidad), el segundo se basa en algo tan incierto e imprevisible como el comportamiento futuro de un hombre. No es la estructura del hombre (compleja en ambos casos) lo que se cuestiona con la “peligrosidad” sino el hecho (pasado en la culpabilidad y futuro en la peligrosidad) que lo fundamenta.

hecho delictivo que puedan merecer la calificación de razonablemente científicos (así los biológicos, psicológicos, sociológicos), no han pasado hasta ahora de una simple fase experimental, resultando en definitiva que lo realmente determinante de un juicio de peligrosidad libre no sería otra cosa que la intuición del Juez, basada en su experiencia, sistema abiertamente científico, con un elevado riesgo de subjetivismo, aunque tal vez pueda ser idealmente el más correcto político-criminalmente, por ser en abstracto el único adecuado para una perfecta individualización. Pero lamentablemente los riesgos serían superiores a las ventajas»⁷⁹¹.

Una vez que hemos visto el comportamiento de algunos autores en este estadio, tenemos que decir que, sin embargo, no es la totalidad de la doctrina jurídico-penal quien se muestra “taciturna” ante la función que desenvuelve el concepto de peligrosidad -como fundamento de la medida de seguridad- y como consecuencia de ello, sea proclive a “debilitar” la prevalencia del sistema de doble vía o dualista.

En el anterior orden de ideas, encontramos la posición del Catedrático penalista alemán ROXIN, quien con su usual maestría y consciente de los postulados –con tendencia a la adopción de la vía única- que existen en la periferia doctrinal, no tan sólo de su natal Alemania, sino de distintos países⁷⁹², vierte el siguiente y necesario entresijo: «Puede plantearse la pregunta de si la amplia fungibilidad de pena y medida no sugiere el total paso hacia la vía única y, con ello, la renuncia a la pena». Ante ello, afirma que «es preferible el sistema realizado en la República Federal, que mantiene en pie la doble vía en la limitación de la pena. Pues, según ello, la pena constituye por su vínculo con la culpabilidad, en comparación con la medida, la intervención menor en la libertad del ciudadano. El mantenimiento de la pena significa que el legislador, por regla general, sólo piensa realizar su interés preventivo en el marco trazado por la

⁷⁹¹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit...* pp. 121-125. Además, con singular pericia, el Catedrático español de Derecho Penal, propone como solución a la problemática estudiada, el regreso al sistema monista. *Ibidem.*, p. 121.

⁷⁹² Tales como Suecia, Inglaterra, Bélgica, Grecia, entre otros. *Vid.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit...* p. 107.

culpabilidad por el hecho y que, en atención a la libertad de los ciudadanos, también admite meras preventivas, que pueden producirse cuando la medida de culpabilidad pone un límite a la duración de la sanción. Solamente en casos excepcionales de una puesta en peligro de la comunidad especialmente consistente puede saltarse este límite mediante la imposición de una medida. Si, mediante la abolición de la pena, se elevara esta excepción a la categoría de Ley de validez general, ello supondrá renunciar a una parte importante de liberalidad y dar un paso mas hacia el Estado de bienestar total, que no parece deseable político-socialmente»⁷⁹³.

6. Presupuestos doctrinales en la legislación penal española

El sistema penal español, a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y hasta la reforma operada mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, contenía lo que se ha venido a llamar por la doctrina como “dualismo flexible” o “dualismo mitigado”⁷⁹⁴, ya que preveía como posibles respuestas o vías ante un acto delictivo la pena y la medida de seguridad y, además, condescendía su aplicación de forma conjunta, aunque sólo en determinados casos y siempre y cuando se llevase a cabo de forma sustitutoria, no acumulativa.

Conforme a esto, la pena se reservaba como respuesta única de los sujetos imputables y se hacía lo propio con la medida de seguridad y los sujetos inimputables. Pero, también, el legislador español preveía una aplicación conjunta, si bien sustitutoria, en el supuesto en el que los sujetos fueran declarados semiimputables, es decir, en aquellos casos en los que los sujetos en el momento de producirse los hechos se encontrasen en una posición de imputabilidad disminuida -eximente incompleta relacionada con una anomalía o alteración psíquica, embriaguez, drogadicción, o alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia-. La articulación de

⁷⁹³ *Ídem*.

⁷⁹⁴ Véase a SANZ MORÁN, Ángel José. *Las medidas... Op. Cit...* p. 261.

ambas consecuencias jurídicas para los casos señalados -todavía en vigor-, conforme al artículo 99 del Código Penal⁷⁹⁵ –como también referiremos a *posteriori*- se lleva a cabo de la siguiente manera: cuando la medida de seguridad prevista sea privativa de libertad, conforme al artículo 99 del Código Penal, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento previo de la medida, el cual se descontará del de la pena. Además, una vez alzada la medida de seguridad podrá suspender el cumplimiento del resto de la pena o aplicar alguna medida no privativa de libertad⁷⁹⁶.

Todo ello sobre la base de lo previsto en el artículo 6 del Código Penal Español⁷⁹⁷, en el que se reconoce la peligrosidad criminal como la fundamentación de las medidas de seguridad, aunque se vinculan los límites máximos temporales y de gravedad de aquéllas con la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. De manera que el legislador penal español optó por la vinculación del principio de proporcionalidad con los hechos realizados.

Sin embargo, como analizaremos en el epígrafe posterior -donde veremos el debate entre libertad *versus* seguridad- no son pocos los autores que se han mostrado críticos con la revisión de este apartado del artículo 6 ya que, consideran, la peligrosidad criminal futura se vincula a hechos pasados y, como consecuencia, la duración de la medida no puede superar la que hubiera correspondido si se le hubiera impuesto una pena, independientemente de que la medida haya alcanzado su fin preventivo especial. Sin embargo, también hay quien considera que usar como criterio delimitador de la duración de la medida la peligrosidad del sujeto conlleva un

⁷⁹⁵ Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal... Op. Cit...* p. 95.

⁷⁹⁶ Artículo 99 CPE: «En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alcanzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquella, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3». Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal... Op. Cit...* p. 92.

⁷⁹⁷ *Ibidem.*, p. 54. También, sobre un claro análisis del comportamiento que tiene el principio de culpabilidad en el CPE, véase a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit...* pp. 128-129.

riesgo importante para el respeto de garantías propias del Estado Social y Democrático de Derecho tan relevantes como la seguridad jurídica, el principio de legalidad y la dignidad humana.

Así, en un análisis del sistema de medidas de seguridad en el actual Código Penal español, sintetizamos que atiende, entre otros, a los siguientes principios y garantías:

1. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente en la Ley (art. 1. 2 CPE, principio de legalidad)⁷⁹⁸.

2. Del hecho y de las circunstancias personales del sujeto se debe deducir un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos -pronostico de peligrosidad criminal- prognosis- (art. 95. 1, 2ª CPE). Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, existe una gran dificultad para determinar el juicio de peligrosidad, ya que se debe responder a estos dos interrogantes: ¿Reúne el sujeto en cuestión las características indiciarias de su supuesta peligrosidad?, y ¿puede deducirse a partir de ellas la probabilidad de que cometa delitos en el futuro? Con independencia de que de manera ulterior nos suspendamos un poco más en el entendimiento de esta poco llana situación, hemos de decir que, para dar respuesta a la primera cuestión relativa a si el sujeto reúne los síntomas y características indiciarios de su supuesta peligrosidad habrá que comprobar el delito cometido y la forma concreta de ejecución. Ambos datos revelarán aspectos significativos de la personalidad del autor. También y con base en la criminología, se procederá al estudio de todos los factores biológicos, psicológicos y ambientales del sujeto.

Para determinar la peligrosidad criminal de un sujeto que comete un delito contra la libertad sexual, será imprescindible conocer cómo lo ha ejecutado, esto es, si ha empleado violencia o, por ejemplo, si ha empleado astucia y ha engañado a la víctima, si la ha trasladado a un lugar

⁷⁹⁸ Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal y legislación... Op. Cit...* p. 53.

determinado-v.gr. a un descampado, a su casa- o, por el contrario, se ha aprovechado de un lugar solitario -el portal de la casa de la victima, un callejón oscuro-. Junto a ello, es fundamental conocer la persona del autor, datos como si padece algún trastorno, si el sujeto es o no violento y, además, sus circunstancias ambientales, su nivel cultural, su estabilidad emocional, etc.

En relación a la segunda cuestión, esto es, la relativa a si se puede deducir a partir de esos síntomas indiciarios que el sujeto cometerá delitos en e futuro, es necesario realizar una prognosis de peligrosidad. Para ello, se partirá de los primeros datos obtenidos y se establecerá un cálculo de probabilidades que permitan predecir si ese sujeto volverá a cometer delitos en el futuro. Con el fin de determinar ese pronóstico de peligrosidad se pueden emplear diferentes métodos⁷⁹⁹.

El método preferentemente empleado por el Ordenamiento Jurídico es el método científico tal como se deduce de los artículos 95 y 98 CPE⁸⁰⁰. El art. 95 CPE exige para la aplicación de las medidas de seguridad un pronóstico de comportamiento futuro que deberá hacerse en base a los informes que el Juez estime convenientes. Por su parte, al hacer referencia a la propuesta del Juez de vigilancia penitenciaria en relación con el cese, sustitución o suspensión de una medida de seguridad, el art. 98 CPE establece, en su apartado primero, que «cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de vigilancia penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las

⁷⁹⁹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *Fundamentos de Derecho Penal... Op. Cit...* pp. 550-551.

⁸⁰⁰ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit...* p. 769.

demás actuaciones que a este fin ordene. En su apartado segundo aclara que cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva. Y, finalmente, que en todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto»⁸⁰¹.

Por otra parte, tenemos que, las medidas de seguridad deben ser aplicadas por un Juez o Tribunales (artículos 3º y 95.1 del CPE, garantía jurisdiccional en la aplicación y en la ejecución). En efecto, el art. 95. 1 CPE establece que las medidas de seguridad se aplicaran por el Juez o Tribunal, previos informes que estime convenientes. De esta afirmación debe deducirse que la peligrosidad criminal del sujeto no puede ser una mera presunción, sino que debe ser declarada expresamente por el Juez o Tribunal, siendo imprescindible razonarlo en la sentencia. Será, por tanto, una decisión potestativa del Juez o Tribunal, y para ello, como señala el art. 95.1 CPE, podrá solicitar los informes que estime convenientes. Por consiguiente, la aplicación de las medidas de seguridad es facultativa, cosa que no ocurre con la aplicación de las penas que es obligatoria para el Juez. Además, el propio articulado del Código Criminal introduce en la regulación

⁸⁰¹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal y legislación... Op. Cit...* pp. 92-94. Lo que si es evidente es que, como señala la Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Granada, Elena B. Marín de Espinosa, «la aplicación de las medidas de seguridad no se puede llevar a cabo nunca de forma mecanicista o automática. La expresión “se le podrá aplicar, si fuese necesario” -u otras análogas como “el Juez o Tribunal podrá imponer” -se reiteran con insistencia en los artículos 101, 102, 103 y 104 CPE». MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *Fundamentos de Derecho Penal... Op. Cit...* p. 551

de las medidas una mayor flexibilidad en su ejecución, como por ejemplo la posibilidad de cese anticipado, sustitución o suspensión de la medida inicialmente aplicada (art. 97 CPE), atendiendo a la mejor obtención del fin prioritario de la misma, que no es otro que el de la desaparición, a través del tratamiento terapéutico, de la peligrosidad del sujeto inimputable, que le sirve de fundamento para su aplicación y mantenimiento (art. 6. 1 y 2 CPE) – STS 14 de marzo de 2002 (*ToI* 155975-. Finalmente, no se podrán ejecutar medidas de seguridad, si no es en virtud de una sentencia firme que debe ser dictada por un Juez o un Tribunal, conforme a las leyes procesales (art. 39 CPE).

También, encontramos que el sujeto debe haber cometido un hecho previsto por la Ley como delito (art. 95. 1 CPE: las medidas de seguridad han de ser postdelictuales). En la actualidad, por ejemplo, un Juez no podría internar en un centro de desintoxicación a un toxicómano si previamente éste no ha realizado un hecho previsto por la Ley como delito, por muy beneficiosa que esta medida predelictual pueda resultar para el propio toxicómano y para la sociedad⁸⁰².

Otro de los principios que podemos repasar dentro del Ordenamiento Legal es que, la medida de seguridad debe ser proporcional a la peligrosidad del autor, dentro de límite que permite la proporcionalidad a la gravedad del hecho cometido (art. 6. 2 CPE: principio de proporcionalidad). Este principio se concreta en la imposibilidad de imponer una medida privativa de libertad si el delito no está castigado con una pena privativa de libertad (arts. 95. 2 y 104 CPE), y en la exigencia de que el internamiento no exceda del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si hubiese sido declarado culpable y el Juez debe fijar ese límite máximo (arts. 101, 102 y 103 CPE), que no puede resultar ni mas gravoso ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido (art. 6º CPE). En las medidas no

⁸⁰² Tampoco es posible aplicar medidas de seguridad por la realización de faltas (Libro III CPE), ya que éstas suponen la ejecución de hechos de escasa gravedad y, por tanto, de ellos será muy difícil poder deducir la peligrosidad criminal.

privativas de libertad, la duración debe ser proporcional a la gravedad del hecho cometido, dentro de los límites máximos fijados en el art. 105 CPE⁸⁰³.

En un principio puede figurarse que la idea de “tratamiento” que conlleva la medida de seguridad es incompatible con el establecimiento de un límite temporal al tratamiento mismo (un tratamiento, en principio, debería poder prolongarse todo el tiempo que fuera necesario hasta alcanzar sus efectos). Sin embargo, el tratamiento no puede ser a perpetuidad, y una vez alcanzado el máximo de la pena abstracta prevista por la Ley para el delito, hay que poner en libertad a este sujeto, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho, la gravedad de la sanción penal se debe ajustar a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a los que se asignan, atendiendo al grado de “dañosidad” del ataque al bien jurídico. Por ello, la sociedad debe asumir el riesgo de esa puesta en libertad. De todos modos, una vez concluido el tratamiento de la medida de seguridad, es posible que el sujeto pueda ser nuevamente internado por una decisión judicial emitida por un Tribunal Civil (artículos 199 y ss. Del Código Civil español. Título IX. De la incapacitación)⁸⁰⁴.

⁸⁰³ Pensemos, por ejemplo, en un sujeto que comete un delito de homicidio doloso con una patología psíquica que disminuye su imputabilidad de forma moderada. La pena aplicable (art. 138 en relación con el art. 21. 1ª CPE) ha de ser la inferior en uno o dos grados a la del art. 138 CPE (v. gr., 6 años de prisión). Sin embargo, si debido a su peligrosidad se le impone una medida de seguridad de internamiento en un centro especializado para la clase de patología que sufra, la medida de seguridad no podrá tener una duración superior a los 15 años (duración máxima de la pena prevista por la Ley para el delito). Si se trata del autor de un delito poco grave, como por ejemplo un hurto (art. 234 CP), en un supuesto igual al anterior la duración de la medida de seguridad no podría ser superior a los dieciocho meses. Es importante no incurrir en el grave error de considerar que la duración máxima de la medida de seguridad es la duración de la pena impuesta al autor: si la pena impuesta al autor está limitada por su culpabilidad y afirmamos que la medida de seguridad esta limitada por la pena impuesta al autor, se llegaría a la conclusión de que, en el fondo, la medida de seguridad estaría limitada por la culpabilidad del autor, lo que supone directamente dinamitar el sistema de doble vía.

⁸⁰⁴ Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 105 (art. 95. 2 CP). Esta exigencia, deducida del principio de proporcionalidad, viene a determinar la necesaria proporción entre el hecho y la sanción pues, si la pena abstracta prevista por la Ley para el delito cometido no es privativa de libertad, sólo se podrán acordar medidas de seguridad no privativas de libertad.

En última instancia del repaso de algunas consideraciones doctrinales que se encuentran en el Ordenamiento Jurídico Penal español, concretamente en el Código Penal de 1995, pero no menos importante, es la incorporación de la medida de seguridad de libertad vigilada⁸⁰⁵, mediante la reforma de 22 de junio de 2010. En sí misma, esta nueva medida, tal y como lo puntualiza BENÍTEZ ORTÚZAR, no es mas que la unificación de «medidas de seguridad que aparecían en los apartados 3º , 4º y 5º del modificado artículo 96.3 del CPE⁸⁰⁶, consistentes respectivamente en “la obligación residir en determinado lugar”, la “obligación de residir en el lugar o territorio que se designe” y la “prohibición de acudir a determinados lugares y territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego”⁸⁰⁷ », las cuales podrán ser impuestas por el Juez a sujetos inimputables o semi-imputables. Siendo esto así, la novedad la encontramos en la previsión por la cual deviene obligatoria la imposición de esta medida de seguridad a sujetos imputables después de

⁸⁰⁵ Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. «La nueva “medida de seguridad” de “libertad vigilada” aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad: La admisión de los postulados del Derecho Penal del enemigo por la LO 5/2010». En, *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 103, Mayo. EDERSA. Madrid, 2011, p. 98.

⁸⁰⁶ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José. “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”. En, MUÑOZ CONDE, Francisco José, *et al. Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, pp. 489-492.

⁸⁰⁷ Consúltese el artículo 106 del CPE: « 1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas: a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente; b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca; c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo; d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal; e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos; h) La prohibición de residir en determinados lugares; i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza; j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares; k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico». Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal... Op. Cit...* p. 98.

cumplida la pena, cuando así se prevea en el CPE, esto es, en los supuestos de terrorismo y de delitos sexuales⁸⁰⁸.

En ambos casos el legislador español presume de forma absoluta la (futura) peligrosidad de los terroristas y los agresores sexuales⁸⁰⁹ cuando han cometido más de un delito de esa naturaleza, y por ello considera que es necesario añadir a la pena una medida de seguridad que amplíe el tiempo en el que la peligrosidad del sujeto resulta neutralizada, señalando el propio legislador la imposibilidad de prolongar de forma «ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad» por ser contrario a «los principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara»⁸¹⁰.

No le falta razón a TAPIA BALLESTEROS⁸¹¹, cuando señala que el cambio de rumbo el legislador penal español se inicia con la incorporación de esta medida de seguridad porque supone la aceptación de la extensión de la aplicabilidad de las medidas de seguridad, también a los sujetos imputables, y la implantación de un modelo dualista no flexible o no mitigado. El legislador adoptará esta decisión argumentando que existen determinados supuestos en los que el efecto rehabilitador de la pena no es suficiente o adecuado para eliminar el riesgo de reincidencia, de manera que se antoja necesario complementarlo con una medida de seguridad que neutralice su peligrosidad⁸¹². Esta refiriéndose a los casos de delincuentes habituales de delitos graves, los cuales, hasta el momento, habían sido abordados por el legislador optando por una política criminal dirigida al endurecimiento de la respuesta penal, tanto en la determinación de la pena como en su ejecución.

⁸⁰⁸ Cfr. Art. 579. 3 del CPE. *Ibidem.*, p. 285.

⁸⁰⁹ Vid., SANZ MORÁN, Ángel José. “La nueva medida de libertad vigilada... Op. Cit... pp. 997-1028.

⁸¹⁰ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, apartado IV.

⁸¹¹ Cfr. TAPIA BALLESTEROS, Patricia. “Las medidas de seguridad. Reformas más recientes y últimas propuestas”. En, *Revista Jurídica de Castilla y León*. Nº 32. Junta de Castilla y León. 2014, p. 12.

⁸¹² Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia. “La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos”. En, *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Nº 7, 3ª época. UNED, Madrid, 2012, p. 39. Advierte la autora que «la regulación de la libertad vigilada implica la presunción de que la pena privativa de libertad no surtirá ningún efecto en el sujeto»

Siendo esto así, la libertad vigilada responde a una demanda principalmente social, aunque también doctrinal⁸¹³, aunque los términos en los que se ha materializado finalmente no han sido tan aplaudidos por la generalidad de los autores como hubiera cabido esperar. Y es que, efectivamente, parte de la doctrina venía reclamando la ampliación de las medidas de seguridad a sujetos imputables que mostraban síntomas de una evidente peligrosidad criminal, pero el automatismo en la previsión de la libertad vigilada ha resultado ser objeto de crítica prácticamente unánime, debido a que se niega la elaboración de un pronóstico individualizado de peligrosidad criminal, exigible para la imposición de las demás medidas de seguridad, e imprescindible para legitimar su adopción. Si bien es cierto que el pronóstico positivo del resultado del seguimiento de la evolución del sujeto sometido a vigilancia otorga al Juez la facultad de dejar sin efecto la medida si se considera que ha desaparecido el factor codeterminante de la peligrosidad por la que se impuso⁸¹⁴.

7. Estimaciones finales

Habiendo hecho un repaso del comportamiento que han tenido las medidas de seguridad en diferentes universos, es menester arribar a algunas conclusiones. De esta manera, tenemos que la génesis de las medidas de seguridad en la concepción de la Escuela Positiva italiana, y su defensa de una noción determinista del ser humano, condicionaron su vinculación tradicional con los sujetos inimputables, de tal manera que a quienes no se pudiera responsabilizar por sus actos penales se les impondría una medida de seguridad, en virtud de la peligrosidad que representaban para la

⁸¹³ Consúltense la recapitulación de NAVARRO FRÍAS, Irene. "Psicopatías y medidas de seguridad: el caso de los psicópatas sexuales y a libertad vigilada tras la última reforma del Código Penal". En: *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 105, diciembre. EDERSA. Madrid, 2011, p. 118.

⁸¹⁴ En un análisis más amplio sobre el comportamiento de esta institución jurídica en la Propuesta de reforma al Código Penal publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 4 de octubre de 2013 véase el análisis de TAPIA BALLESTEROS, Patricia. "Las medidas de seguridad... Op. Cit... pp. 13-15.

sociedad, otorgando a las medidas una función preventivo-especial. Además de las importantes bases que significaron las aportaciones de Carl Stooss⁸¹⁵, ese fue el acuerdo que se alcanzó entre la Escuela Clásica y la Escuela Positiva, y así se adoptó en el Código Penal español de 1995.

Con la finalidad de otorgar a las medidas el mismo carácter garantista que a las penas y para desvincularlas de las prácticas tradicionales dirigidas contra mendigos, ebrios, dementes o “gente de mala vida”, el ordenamiento jurídico-penal español asocia la duración de las medidas de seguridad a la de aquella pena que le hubiera correspondido al sujeto, de haber sido imputable. De este modo, se garantiza que el inimputable no se vea privado de su libertad -o de cualquier otro derecho- por más tiempo ni de forma más gravosa por el hecho de ser, precisamente, inimputable.

Sin embargo, como matizamos en epígrafes anteriores del presente estudio, esta bienintencionada previsión ha sido objeto de críticas reseñables por parte de la doctrina ya que implica, en cierta medida, confundir las penas con las medidas de seguridad⁸¹⁶, restando importancia a la peligrosidad criminal, la cual debería ser el fundamento único de la aplicación de una medida de seguridad.

⁸¹⁵ No podemos olvidar que fue Stooss, quien en 1893, como autor intelectual del Código Penal suizo, referente de muchas de las legislaciones aun vigentes, estableciera las características que debían reunir esos nuevos instrumentos de lucha contra el delito (las medidas de seguridad). Entre ellas: 1) Su carácter jurisdiccional, las medidas de seguridad han de ser impuestas por los tribunales de justicia; 2) Han de aplicarse bajo la forma de sentencia relativamente indeterminada, pues su duración dependerá, dentro de los límites fijados por la Ley, de que cese el estado de peligrosidad criminal del sujeto; 3) Su función será la de complemento de la pena y la de cumplir cometidos de prevención especial que aquella no puede cumplir, siendo posible en ciertos casos –delincuentes peligrosos con imputabilidad disminuida- que la medida de seguridad llegue a sustituir a la pena; 4) su ejecución debe tener lugar en establecimientos especialmente adecuados y con el personal idóneo a tal efecto. *Cfr.* JORGE BARREIRO, Agustín. “Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal español”. En, *Revista Jueces para la Democracia*. Nº 25. Madrid, 1996, p. 46.

⁸¹⁶ Situándose en la famosa hipótesis del “fraude de etiquetas”, cuestión que ha sido sofocada en cierta medida por la implementación del sistema vicarial. Con relación a otras críticas que recibió en su momento el CPE de 1995 véase a JORGE BARREIRO, Agustín. “Reflexiones sobre la regulación... *Op. Cit.* pp. 51-52.

Como hemos tratado de dilucidar a lo largo de las páginas precedentes, en los últimos tiempos, en concreto desde la reforma del Código Penal de 22 de junio de 2010, el legislador penal ha iniciado un cambio en la formulación de las medidas de seguridad que, tradicionalmente, venía regulando. De este modo, ya ha ampliado su ámbito subjetivo de aplicación a los sujetos imputables, para los que, además, prevé la imposición de una medida de seguridad de forma posterior y acumulativa a la pena impuesta, en determinados supuestos. Junto a esto, de aprobarse el Proyecto de Reforma del Código Penal, la peligrosidad criminal terminaría de adquirir el monopolio sobre la determinación y duración de las medidas de seguridad⁸¹⁷.

Ya recapitulamos que esto no es algo novedoso del ordenamiento jurídico- penal español, se trata pues, de una decisión de política-criminal que, como tal, no solo alberga discusiones de tinte doctrinal, sino que las

⁸¹⁷ Al respecto, basta recoger algunas de las críticas y observaciones que ya se vienen dando en torno al Proyecto de Reforma del Código Penal español de 1995 –ya en su fase final para ser aprobado-, sobre todo, por parte del sector académico y algunas otras voces de funcionarios al servicio del Estado. V. gr., encontramos las siguientes afirmaciones que dejan patente lo aquí referido: José Luis Díez Ripollés: «Hay atentados a la libertad de expresión, reunión y manifestación». Duplicamos la estancia media en prisión de Francia o de Italia, y casi triplicamos la de Alemania»; María Josep Feliú Morell: «Es el Código Penal de la peligrosidad»; Ignacio Moñagorri Lagúa: «Vamos a un Derecho Penal del riesgo o de la seguridad en razón de peligros futuros»; Santiago Vidal i Marsal: «No se pueden equiparar actos de desobediencia o actos de resistencia pasiva o activa con actos de atentado, ni tan siquiera con el delito de coacciones»; Javier Gómez Lanz: «No es normal que teniendo un Código Penal en 1995 hayamos tenido veintitantas reformas a estas alturas»; Gonzalo Quintero Olivares: «Nuestro Código, a diferencia de otros códigos europeos, tiene 40 años de cumplimiento íntegro, que es algo tan severo o más que la cadena perpetua»; Bernardo del Rosal Blasco: «La prisión permanente lleva el germen de la autodestrucción, porque la van a revisar siempre los tribunales»; Francisco Javier Álvarez García: «Sigue la línea de la irracionalidad, del castigo de la pobreza y una opción en contra de los principios esenciales del Derecho Penal liberal. Se trata del Código Penal de la peligrosidad. Esto empieza a colocar al sistema democrático un poco al otro lado»; José Miguel Zugaldía Espinar: «Cualquier privación de libertad de por vida es inhumana»; Mercedes García Arán: «Nos estamos acercando a la vieja idea de peligrosidad social que inspiraba la vieja Ley de peligrosidad». Consúltese el siguiente vínculo en la red: http://politica.elpais.com/politica/2014/03/30/actualidad/1396196487_576399.html consultada el 30 de junio de 2014.

cuestiones de carácter netamente político, no dejan de permear a este proceso⁸¹⁸.

Ciertamente parece que, si no fuera por el automatismo de la libertad vigilada y por el riesgo a la perpetuidad del internamiento en centro psiquiátrico, la nueva concepción de las medidas de seguridad se adecua más al espíritu y justificación con el que se crearon, que la regulación surgida en el Código Penal de 1995. Meditamos, no obstante, que el legislador penal no se ha visto movido en este cambio por las críticas o consejos doctrinales sino que le han influido, en gran medida –aunque no siendo la única de las influencias que podríamos llamar “extra materia”–, los medios de comunicación y, por ende, las exigencias de la sociedad. Entendemos que esta reforma integral de las medidas está en consonancia con otras reformas penales amparadas en la prevalencia de la seguridad frente a la libertad, en el cada vez más presente Derecho Penal del Enemigo⁸¹⁹.

Lo que no podemos dejar de lado es que, la adopción de una concepción de medidas de seguridad basada en la peligrosidad (*per se* compleja y titubeante, máxime si se hace a la exclusiva -y por consecuencia limitada- luz de los estudiosos de la Ciencia Penal) del sujeto, precisa de una

⁸¹⁸ Con el objeto de conocer un estudio más lato sobre lo apuntado, véanse las interesantes aportaciones que existen en los diversos artículos contenidos en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier *et al.* *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. En este pasaje contenido en el opúsculo de referencia, encontraremos las opiniones de especialistas en el tema de las medidas de seguridad, tales como María Acale Sánchez, Ángel José Sanz Morán, José Miguel Zugaldía Espinar y Xabier Etxebarria Zarrabeitia (Medidas de seguridad y su ejecución), pp. 415-484.

⁸¹⁹ Comulgando con este orden de ideas, véase el relevante estudio realizado por la Asociación Española de Neuropsiquiatría, donde, con la intervención de especialistas médicos y jurídicos – como por ejemplo el Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba y colaborador de SOLCOM, Fernando Santos Urbaneja–, segmentan en una correcta dimensión el concepto de peligrosidad, el que, como ya dijimos, es protagonista en el proyecto de este “nuevo” Código Penal español. *Cfr.* SANTOS URBANEJA, Fernando *et al.* “Comentario sobre la propuesta de anteproyecto de modificación del Código Penal en relación a las medidas de seguridad”. Grupo de “Ética y Legislación”. En, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN)*. Volumen 34, Nº 121, enero-marzo. Madrid, 2014, pp. 2-14. También, con interesantes comentarios en el contexto de razonamientos *supra* señalados revítese a SERRANO GÓMEZ, Alfonso. “Notas al Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de octubre de 2012”. En, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 15, 2013, pp. 2-18.

regulación que no propicie la imposición injustificada a un individuo de una doble sanción por los mismos hechos, o la vulneración de los principios de proporcionalidad junto con el respeto de la dignidad de las personas, en aras de la protección de la sociedad. En suma, de una correcta valoración de la ya aludida batalla entre seguridad contra la libertad. En este sentido, no es discordante la propuesta integral de SANZ MORÁN quien, en lo que aquí nos interesa, defiende, como ya dijimos, la redacción del artículo 6.2 del Anteproyecto. Si bien, limita a un máximo de quince años el internamiento en centro psiquiátrico, el cual sólo se puede alcanzar mediante la imposición de una medida de seguridad por un período de diez años, prorrogable anualmente hasta alcanzar los citados quince. Además, en lo que a la libertad vigilada se refiere, entre otras propuestas, plantea la eliminación del automatismo, siendo necesario acreditar en cada caso la peligrosidad del sujeto.

En definitiva, creemos que el importante apartado que encierra el tema de las medidas de seguridad en un sistema de sanciones, solo ha sido “administrado” al momento de actualizarse en la *praxis*, más no ha sido lo suficientemente “sólido” para sosegar las fundamentadas críticas que ha recibido y, pensamos, que aún esta lejos de serlo. Basta con prevenir que desde este momento, ya existen acaloradas amonestaciones intelectuales en los diversos ámbitos y niveles en los que se delibera sobre la génesis de la próxima reforma que padecerá el CPE de 1995 en esta materia. Y no es para menos, pues no es cuestión sencilla cuando -por citar una circunstancia toral- los intereses políticos “contaminan” a los postulados rectores de Ciencia Punitiva y a la ejecución que estos deban tener en un Estado Social y Democrático de Derecho. Sin embargo, no todo es un telón lánguido y gris en este contexto -pues los avances se han registrado y se va caminando a un paso, mas o menos constante-, lo que nos debe incitar a ser “proactivos” para que la dogmática penal y político-criminal, terminen por encontrar una brecha que permita confabular un cauce hacia una simbiosis con la voluntad política, que en gran medida es animada por la reacción social y presionada por “otros poderes” como los medios de comunicación. En este sentido y

sólo a modo de consideración, valdría la pena formularse la reflexión que en otrora hiciera el, -entre otras cosas- Catedrático de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Friburgo y miembro del Consejo Científico Criminológico (Oficina del Comité Europeo para los Problemas Criminales) del Consejo de Europa, Estrasburgo, Nicolás Queloz: «¿Para que sirve acumular reforma tras reforma, si los nuevos textos son interpretados y aplicados con el espíritu antiguo, sea por que las concepciones de los prácticos son rebeldes al cambio, sea porque piensan que el público no comprendería ni aceptaría los cambios demandados?».

V. La reparación del daño: ¿Tercera vía en Derecho Penal?

En el Derecho Penal moderno la doctrina muestra una preocupación por brindar una adecuada reparación a quien sufre las consecuencias de un hecho criminal. Si bien la reparación del daño, de acuerdo con la tradición legislativa, ocupaba un espacio en el Derecho Penal español, a través del reconocimiento de la responsabilidad civil derivada de delito o responsabilidad civil ex delicto, se suscitaban grandes críticas por su ubicación en el Código Penal y sobre la función político-criminal que cabe otorgarle.

En todo caso, la reparación⁸²⁰ desde la óptica político-criminal actual difiere de la mera indemnización de daños y perjuicios perteneciente al Derecho civil. A ésta se asocian los efectos de los fines de la pena: de integración, de resocialización y de pacificación. Acertadamente, SILVA SÁNCHEZ, señala que desde la óptica del Derecho penal «la reparación tiene más que ver con el autor y con la norma (con la colectividad) que con la

⁸²⁰ Sobre la reparación del daño ambiental, de acuerdo con la legislación brasileña, es importante destacar lo que revela MONTEIRO DA SILVA, Danny. *Dano ambiental e sua reparacão*. Juruá. Curitiba, 2007, p. 195. «No Brasil, além da restauração natural ser prevista no **art. 225**, da **Lei Maior**, como forma prioritária de reparacão, na esfera infraconstitucional, a matéria é reforçada e regulada pelo **art. 14, da Lei 6.938/81** (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) e também pela **Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública)** que não deixam margem de dúvidas quanto ao fato de a restauração natural ser a opção fundamental para a reparacão do dano ambiental».

víctima en sí misma: más con la resocialización y con la prevención de integración que con la indemnización. Más con la renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada que con el pago de una obligación. Aquello sería lo esencial, esto lo accidental».

Para la doctrina mayoritaria, la atención a la víctima de los delitos y, de forma particular, el interés por la reparación de los perjuicios que haya experimentado ésta, ha sido determinante para revitalizar la reparación del daño. Un claro ejemplo de ello es la plasmación legal en los tratados internacionales y el Derecho comunitario europeo, así como los ordenamientos penales de diversos países del entorno cultural, de la reparación del daño a la víctima.

Se refleja en la tutela jurídica la influencia de ciertos modelos teóricos que proponen la reorientación del Derecho penal a la satisfacción de la víctima, a la vez que muestran que en la reparación de las víctimas de los delitos se involucra un interés privado de restitución de los daños, pero fundamentalmente el interés es social.” Generándose en este momento profusas reflexiones doctrinales desde la perspectiva del Derecho penal sustantivo y procesal.

El Tribunal Constitucional, haciéndose eco de los movimientos internacionales a favor de la reparación del daño a la víctima del delito, ha señalado la necesidad de adopción de medidas tendentes a obtener una rápida reparación a las víctimas y a evitar demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos sentencias que concedan indemnizaciones a los perjudicados. En ese sentido, STC 84/1992 de, 28 de mayo; STC 5/1993 de, 14 de enero. En idénticos términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en STS 26-abril-1999 (A 3215), al señalar que la reparación del daño es consecuente con una política criminal orientada a la protección de la víctima.

Las ideas de la reparación del daño se muestran sugerentes y cautivantes, y es que, como indicara DÜNKEL, aludiendo a la justificación sociológica de la reparación del daño, a estas alturas del desarrollo humano,

«A quien le gusta presentarse como contrario a la paz o a la resolución pacificadora de los conflictos y por ello, de inmediato, como supuesto defensor de una orientación represiva de la pena?»

En consonancia con la tesis anterior, para GARCÍA-PABLOS la reparación del daño y la conciliación cuentan con una poderosa «vis atractiva». Una vez superado el ideal resocializador, las ideas de la reparación del daño son tan llamativas que encuentran legitimación en distintas corrientes político-criminales, pues representan la llegada de aires nuevos, con grandes dosis de positivismo y optimismo frente a las tesis que propugnan el lema «nada funciona».

Las propuestas de la reparación del daño son «activas», «incluyentes», «comunicativas», «participativas», se trata de una justicia más cercana en la que se fomenta una actitud de responsabilidad activa, cuyas consecuencias desde el punto de vista cualitativo son más acabadas y exigentes que el sistema de respuesta penal actual.

La reparación del daño se sustenta en la idea de responsabilidad que se caracteriza por su carácter dinámico y por una actitud de diálogo en que autor y víctima, quienes deciden sobre las propias consecuencias jurídico-penales. Resaltándose el comportamiento postdelictivo orientado a la reparación del daño o a la superación de las consecuencias del hecho ilícito.

Sin embargo, como señala VARONA MARTÍNEZ, deben procurarse unas garantías mínimas para aminorar los desequilibrios de las partes más débiles, pues de lo contrario éstas optarán por el proceso formal que asegure sus derechos, o bien, por el recurso a la justicia de propia mano.

CONCLUSIONES

Toda consecución de una meta está escindida por dos extremos que van desde su planteamiento hasta su conquista, polos distantes que sin duda alguna, cada uno de ellos, marca a quien se propone transitarlos. De esta manera y marcados por la enriquecedora e inigualable experiencia que ha significado realizar un trabajo de investigación sobre algunas cuestiones del *Ius Puniendi* ambiental en el escenario de la prevención del cambio climático, es menester exponer las conclusiones a las que modestamente hemos llegado:

1ª. Para entender las distintas problemáticas que encierran al fenómeno del cambio climático -y que decir, de los vastos y multifacéticos debates que han surgido en la periferia de éste “importante tema para la vida de la sociedad contemporánea”-, no debemos perder de vista que, comenzar por entender ¿qué es un bien común?, debe ser una labor prioritaria en nuestra agenda; pues si no adquirimos la capacidad para concebir y dimensionar ¿qué es algo que nos hace bien a todos?, difícilmente podremos comprender, el ¿por qué se vuelve un riesgo descuidar la observancia de ese algo?, el ¿por qué lo debemos trasladar a una frontera foránea, supranacional o global? – término comúnmente utilizado en nuestros días- y mucho menos, el ¿por qué debemos recurrir para su protección, al Derecho en un sentido macro y en particular, a su brazo mas fuerte, cruel o agresivo como lo es el Derecho Penal o sancionador?

2ª. Entendemos que el bien común no consiste en la simple suma de los bienes particulares de cada sujeto del cuerpo social. Siendo de todos y de cada uno, es y permanece común, porque es indivisible y porque sólo con el esfuerzo de la colectividad es posible alcanzarlo, acrecentarlo y custodiarlo. Ninguna forma expresiva de la sociabilidad –desde la familia, pasando por el grupo social intermedio, la asociación, la empresa de carácter económico, la ciudad, la región, el Estado, hasta la misma comunidad de los pueblos y de las Naciones– puede eludir la cuestión acerca del propio bien común, que es

constitutivo de su significado y auténtica razón de ser de su misma subsistencia.

3ª. Constatado que el medio ambiente se propone, a los ojos del Derecho, como un concepto no cerrado, voluble y también mutable en el tiempo (no es comprendido hoy como lo fuera hace unas décadas), no resulta menos cierto que dicho concepto ha tendido a ampliarse progresivamente, propiciando la paralela extensión del ámbito objetivo del Derecho Ambiental hacia materias que antes eran reguladas por otras ramas o sectores del ordenamiento administrativo, como el Derecho urbanístico o el Derecho Sanitario. Después de hacer un amplio recorrido por las distintas posiciones que se incrustan en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el tema en comento, nos adherimos a la concepción de CASTELLÓ NICÁS, quien afirma que «el medio ambiente ha de circunscribirse a la atmosfera, el medio acuático, el suelo y el medio biótico, dejando excluidos todos aquellos aspectos que inventados o modificados por el hombre puedan otorgar más calidad de vida a sus existencia, pero que no procedan de la formación natural de nuestro planeta».

4ª. En la modernidad avanzada, la sociedad, con todos sus sistemas parciales (economía, familia, política, cultura), ya no se puede comprender de una manera autónoma respecto de la naturaleza. Los problemas del medio ambiente no son problemas del entorno, sino (en su génesis y en sus consecuencias) son problemas sociales, problemas del ser humano, de sus historias, de sus condiciones de vida, de su referencia al mundo y a la realidad, de su ordenamiento económico, cultural y político. La naturaleza interior del mundo civilatorio, transformada industrialmente, ha de ser comprendida como no entorno ejemplar, como medio ambiente interior frente al cual fracasan todas, absolutamente todas nuestras posibilidades de distanciamiento y de exclusión. En presente siglo XXI tenemos que decir que el medio ambiente es sociedad, que la sociedad es también medio ambiente y que, en este contexto, es éste último quien se ve “amenazado” por aquella, en donde, sin tener conciencia, se elude magnificar el perjuicio que se está generando.

5ª. Anteponiendo el carácter preventivo (evitar las agresiones ambientales antes de que ocurran) y reparador (ocurrida la agresión ambiental, hay que reparar las consecuencias que produce y, en la medida de lo posible, hacerlo con cargo al responsable), podemos entender al Derecho Ambiental como la rama del Ordenamiento Jurídico que tiene como objetivo garantizar la supervivencia del medio ambiente a través de la preservación, conservación y mejora de los elementos físicos y químicos que la hacen posible. Esta finalidad última se descompone en otras finalidades mediatas, entre las que se encontraría, de un lado, la garantía de los recursos y de los elementos esenciales en los que se basa la trasmisión de la vida: el aire, el agua, el suelo y las especies vivas y de otro, la regulación preventiva de los procesos humanos y naturales que pueden poner en peligro la cadena de elementos que aseguran la vida en el planeta. A propósito de lo que precede, afirmamos que las competencias sobre el medio ambiente se caracterizan por su transversalidad dado que inciden en otro conjunto de materias que están incluidas en el reparto constitucional de competencias, pero esta transversalidad no hace que se encuadre bajo el medio ambiente cualquier tipo de actividad relativa a los recursos naturales “sino solo la que directamente tienda a su preservación, conservación o mejora.

6ª. Por su propia naturaleza, el Derecho Ambiental es Derecho Público y, sin perjuicio de que en su conformación participen otras ramas de este último (como el Derecho Penal o el Derecho Tributario), el indiscutible protagonista en este sistema normativo va a ser –y debería ser así- el Derecho Administrativo. Ello resulta coherente con la caracterización que pretendemos “enfaticar” del Derecho Ambiental, como un Derecho esencialmente preventivo, y se plasma en el hecho de que la mayor parte de los instrumentos que aquél incorpora, se corresponden con las herramientas clásicas empleadas por la Administración en el desempeño de su actividad de control o policía (autorizaciones, inspecciones, registros, etc.) y fomento (subvenciones y ayudas) en la propia ordenación y programación de la actividad de ejecución de las políticas públicas (técnicas de planificación).

Así, consideramos que los rasgos característicos que perfilan al Derecho Ambiental son: El ecologismo como fundamento básico del Derecho Ambiental, sesgo universalista, preponderancia de los intereses colectivos, énfasis preventivo, multidisciplinariedad, componente técnico-reglado, su configuración en varios niveles (afecta a todos), dispersión normativa, flexibilidad y eficacia limitada.

7ª. Por cuanto hace a los principios que rigen el Derecho Ambiental, los podemos dividir en dos grupos; por una parte los estructurales que comprenden la globalidad, la horizontalidad, la sostenibilidad y la responsabilidad compartida y por otra, los funcionales que se integran por el principio de prevención, principio el de precaución o cautela, el principio de corrección en la fuente, el principio de quien contamina paga, el principio de subsidiariedad y el principio de participación y transparencia.

8ª. Una de las cuestiones que se presentan con mayor intensidad en el Derecho Penal del presente y del futuro es el de su mundialización o, al menos, el de su relación con el acelerado movimiento económico de la globalización y su incidencia en el respeto a los Derechos Humanos desde una perspectiva de compromiso mundial. Cuando hablamos de globalización en la esfera punitiva y en distintos temas que son estudiados por ésta última, podemos afirmar que frente a la naturaleza económica de los fenómenos de la globalización y la integración, el Derecho Penal es, obviamente, **un producto político** y, en particular un producto de los Estados nacionales del siglo XIX, que adquieren su plasmación última en las codificaciones respectivas. Sobre la base de una larga tradición de estudios acerca de la relación de la humanidad con la naturaleza, el progresivo agravamiento de los conflictos ambientales ha provocado la intensificación y renovación del debate, en el contexto de la actual crisis sistémica. La escasez, el encarecimiento o agotamiento de recursos no renovables (materiales, suelos, energías fósiles) y renovables (agua, aire, productos agro-forestales, biodiversidad, calidad ambiental, paisajes) se interpreta de diferentes maneras en el marco de distintas aproximaciones a la dialéctica naturaleza-sociedad y de valoraciones contrapuestas del sistema capitalista.

9ª. La Tierra y muchos de los espacios que la componen están sumidos en un conflicto ecológico que puede cortocircuitar la sociedad humana en un futuro no muy lejano si no se adoptan acciones urgentes e inmediatas para retrotraer la Naturaleza a un estado de equilibrio más benigno. De esta manera, asistimos a un proceso indiscutible de profundo deterioro ecológico, combinado con el comienzo de una crisis social y económica que se anuncia larga y de final muy incierto. Paso a paso se confirman los augurios sobre la orientación de las dinámicas globales que empezaron a concretarse en los años 70. Desde entonces han estado parcialmente enmascarados por tres décadas de combustibles fósiles baratos y eso, unido a errores y exageraciones, ha dado cobertura a descalificaciones poco consistentes. La realidad es que, en el lado del pensamiento crítico, por contradictorios que puedan ser los enfoques esencialista-realista y constructivista en sus métodos y supuestos básicos, ambos coinciden en el diagnóstico de la situación actual: la sociedad del riesgo y de la crisis global. Para uno, son los peligros (los escenarios del desastre total) de la sociedad del riesgo global los que constituyen el centro principal de atención; para el otro, son las oportunidades, los contextos en los que actúan los actores.

10ª. La crisis energética, el cambio climático y el deterioro ecológico global están íntimamente relacionados. Desde importantes instancias de poder global, aunque no desde todas, se habla de uno de sus vértices, el cambio climático y sus consecuencias, pero se ignora casi totalmente hasta el presente, la más inminente crisis energética global y el declive ecológico, que también está en marcha. Es significativo constatar esta tendencia, cuando para el actual capitalismo global el declive energético es un problema mayor a corto plazo que el cambio climático, cuyas consecuencias son todavía limitadas, a pesar de su gravedad, puesto que todavía no afectan a las dinámicas centrales de la expansión y concentración del capital, aunque lo harán en el medio y largo plazo. A pesar de que el optimismo tecnológico sigue constituyendo el núcleo del pensamiento neo-liberal, el complejo científico-técnico es visto cada vez con mayor claridad como parte esencial

del problema, no de la solución. Como dice HORACIO CAPEL: «Seguramente no necesitamos de mas estudios científicos, aunque sean útiles todos los que se realicen. Lo que se necesita **es una nueva actitud** que reconozca que no basta simplemente el conocimiento científico».

11ª. El medio ambiente, como concepto meta-jurídico y normativo propiamente dicho, se caracteriza por una inclinación antropocéntrica y economicista, en su contenido. Del que se desprende, el denominado concepto amplio del medio ambiente, que abarca el entorno natural comprendido por el hombre, los recursos y elementos naturales, y el patrimonio histórico-artístico. En cambio el concepto restringido de medio ambiente, se caracteriza por una inclinación ecocéntrica y conservacionista en su contenido, y que abarca los elementos naturales entendidos como bases o sistemas naturales, que comprenden, el agua, el suelo, el aire. Y con la fusión de los conceptos amplio y restringido del medio ambiente, se formula un concepto ecléctico, que se funda finalmente sobre el carácter ecocéntrico no radical de las bases naturales y su vinculación con el aspecto antropocéntrico no radical.

12ª. El concepto ecléctico de medio ambiente, es el que permite delimitar las bases o sistemas naturales, sin perder de vista el sistema humano o al hombre, como parte de su entorno. Abarca el agua, el aire, y el suelo en su biodiversidad, al igual que la fauna y la flora. Considerados todos estos un conjunto de elementos o subsistemas naturales, que deben ser preservados en razón a su valor inherente y su influencia en la de la vida humana. También, esta configuración heterogénea da contenido al bien jurídico medio ambiente, y que conforme a su naturaleza, indivisible, indisponible y de titularidad compartida, lo configura como un bien jurídico colectivo que efectivamente es conceptual, real y jurídicamente imposible dividirlo en partes y asignar una porción de este a un individuo.

13ª. El medio ambiente interpretado a partir de un concepto ecléctico, permite una protección autónoma de las bases o sistemas naturales, porque reconoce la entidad propia que subyace en el referido bien jurídico colectivo.

En el cual se puede observar la declinación por el conservacionismo y no por el economicismo utilitarista, porque no protege a las bases o sistemas naturales por la simple y necesaria utilización que debe hacer del mismo el hombre, sino porque su detrimento produce un desequilibrio en los subsistemas naturales y su entorno. Sin embargo no se debe negar, que la mayoría de las conductas que afectan de forma relevante al medio ambiente se desarrollan en la actividad de producción de bienes o actividad empresarial, y que desde esta perspectiva criminológica lo ubica en el contexto de los delitos económicos.

14ª. La hermenéutica del equilibrio de los sistemas naturales, demuestra que esta se funda en la conjunción de los elementos sistema y equilibrio. El primero responde a la teoría general de los sistemas, que busca integrar a las ciencias para obtener un mejor funcionamiento de los subsistemas comprendidos en los sistemas. El segundo elemento pertenece originalmente al modelo económico que busca el equilibrio, y que para determinarlo utiliza al concepto la estabilidad y la perturbación como referentes de la balanza. Por tanto, el bien jurídico definido en el CPE como equilibrio de los sistemas naturales, se funda en los subsistemas (agua, suelo, aire) que componen el sistema natural, y cuya perturbación se puede percibir por la falta de equilibrio y estabilidad.

15ª. El desequilibrio o perturbación a la estabilidad del sistema natural, protegido en el CPE se puede determinar: 1) cuando se perturba potencialmente a un subsistema natural; 2) cuando la perturbación potencial de uno de los subsistemas afecta a otro subsistema del sistema natural; 3) cuando la perturbación potencial de un subsistema perteneciente al sistema natural, tiene alcance al entorno del mismo.

16ª. La utilización del concepto ecléctico de medio ambiente, se observa legal y materialmente en el art 325 del Código Penal español. Esta diferenciación se basa, en que el CPE protege en un tipo básico penal genérico el equilibrio de los sistemas naturales, configurado e interpretado como un bien jurídico colectivo ecocéntrico. Estampando no obstante, en el

sub-tipo agravado del mismo tipo penal, el carácter antropocéntrico de todo ordenamiento, y que permite por tanto concretar la corriente ecocéntrica-antropocéntrica.

17ª. La protección jurídico penal de las bases o sistemas naturales, entendido como un concepto ecléctico de medio ambiente, no implica la protección de las funciones administrativas encargadas de velar de *prima ratio* por el referido interés colectivo. Afirmación que ratifica, de que la intervención penal no sanciona a la inobservancia formal de las normas administrativas, sino a la realización de hechos potencialmente peligrosos.

18ª. Cualquier estudio que se realice sobre la protección jurídica del medio ambiente tendrá como plataforma a las corrientes dogmáticas del ecocentrismo y el antropocentrismo, porque en ellas se encuentran el fundamento de las tesis de tutela ambiental o ecológica, adoptadas en los Ordenamientos Jurídicos. Y se convierten al mismo tiempo en propulsoras de la protección de las bases o sistemas naturales en razón a su valor inherente, y conforme al ideario político, económico y jurídico en el que se ha desarrollado.

19ª. En el entramado de la protección jurídico penal del medio ambiente, existe un alto grado de eclecticismo entre las acepciones provenientes del ecocentrismo, antropocentrismo y la teoría del bien jurídico respecto a sus diferentes funciones, clasificatoria, sistemática, dogmática y crítica. Precisamente las contrariedades que hasta hoy presenta el medio ambiente como bien jurídico y contenido material del injusto penal, se reflejan en las numerosas interpretaciones de carácter amplio, restringido y ecléctico, derivadas del concepto propio de medio ambiente y de las concepciones propias sobre el bien jurídico. En la doctrina española, a este bien jurídico se lo encuadra con diferentes nomenclaturas, como bien jurídico social o universal, supraindividual, intermedio, macrosocial y colectivo, entre otros.

20ª. La opción por un modelo ecocéntrico moderado, no lleva a caer en falacias y fundamentalismos, que propugnan una protección ecológica no

equilibrada y eficaz. Al contrario, el paradigma ecocéntrico moderado postula equilibradamente la protección de los elementos, bases o subsistemas naturales, sin perder de vista la vertiente antropocéntrica débil, que la definimos en este marco como una corriente que reconoce el valor del hombre, pero determina al mismo tiempo los límites, ante el uso y abuso que el mismo puede hacer de los recursos naturales. Esta visión antropocéntrica se funda entonces en un economicismo no agresivo con el medio ambiente, que si bien no reconoce su valor per se pretende conciliar la visión conservacionista o hasta preservacionista en su relación con la economía.

21^a. El ambientalismo y ecologismo, como ideología económico-político, preceden al antropocentrismo y ecocentrismo como corrientes que han influenciado en los Ordenamientos Jurídicos, y que en los últimos diez años viene decantado por la fusión de ambas corrientes, que terminan por conformar una corriente antropocéntrica moderada y ecocéntrica moderada. Paradigmas estos que son incorporados en las normas que despliegan la tutela sobre bases o subsistemas naturales.

22^a. Estos modelos sin embargo logran su fusión sobre la base de la economía, que subyace a cualquier sistema contemporáneo. Es fundamental y realmente destacable esta vinculación, porque al final es el modelo económico el que dicta las reglas, para llegar a la fusión de los corrientes meta-jurídicas que se convierten en conceptos jurídicos que regulan las actividades vinculadas a las bases o subsistemas naturales, y sancionan el riesgo grave para las mismas. Sin embargo, la inclinación de pasar por alto la vinculación del medio ambiente con la economía, no hace otra cosa que propulsar algo neurálgicamente sensible: normas simbólicas, no adecuadas con la propia naturaleza del interés o bien jurídico protegido.

23^a. Buscar un equilibrio entre medio ambiente y economía, nos remite al denominado desarrollo sostenible, que declina mas bien por sacrificar el medio ambiente para lograr un mayor desarrollo económico, y no así por lograr un modelo que obligue a las empresas a basar el desarrollo de sus actividades, sobre una ética ecológica. Que respete el propio biorritmo de la

naturaleza, de los subsistemas naturales que lo componen, como el agua, el suelo, la atmosfera, la fauna y la flora, y puedan obtener por tanto mayor rentabilidad, desarrollando actividades en los tiempos en que los elementos naturales se encuentra en un estado de potencial estabilidad. Sólo valorando a los elementos ecológicos en su naturaleza, se podrá hablar de una fusión equilibrada entre desarrollo y ecología, y no sólo se postulara por una simple y desafortunada valoración simbólica.

24^a. El trípede conformado por la economía, las bases o sistemas naturales y el hombre, tiene como actor principal al primero, el que finalmente es el que determina a los riesgos que se debe exponer a las personas y a su entorno, al hombre y el medio que le rodea, a las bases naturales y la vida humana. Es la economía la que decreta los límites entre el riesgo permitido y no permitido conforme a los intereses que subyacen en todo sistema político y jurídico. Por ello, el estudio de las instituciones jurídicas no siempre llegan a su concreción efectiva, cuando al momento de tomar decisiones legislativas, se tienen en cuenta por una parte el conocimiento de la ciencias jurídicas, como incluso el de otras ciencias (cuando se pretende proteger un bien jurídico como el medio ambiente, caracterizado por la multidisciplinariedad que debe ser valorado para concretar su tutela) y por otra parte, la preminencia de ciertos intereses que buscan el blindaje jurídico al desarrollo de ciertas actividades. Las que al mismo tiempo en nombre de la incerteza, se llevan a cabo aunque se sospeche de que no sólo se puede poner en peligro a los sistemas naturales, sino también a su entorno, en el cual se encuentra el sistema humano. Llegando por tanto a lesionarlos en sus respectivas entidades materiales.

25^a. En consecuencia, la creación de instrumentos técnico-jurídicos como el principio de precaución, que tiene como eje fundamental a la institucionalización del riesgo, ostentan un doble discurso de eficiencia en la protección de intereses como la salud y el medio ambiente, y de permisividad para el desarrollo de actividades que reportan el aumento considerable de capitales. Que si bien se manifiestan en el libre albedrío o el dejar hacer al

capital, también deben encontrar su límite en el respeto a los derechos individuales y colectivos. Razón por la cual se sustenta el doble carácter del principio de precaución, en el que se observa igualmente la característica propia de un Estado social, que tiene obligación de velar por la incolumidad y protección de intereses sociales. Por ello, en este trabajo se sostiene que el principio de precaución consiste en la obligación que tiene un Estado para prohibir, previo análisis técnico pormenorizado del caso concreto, el desarrollo de actividades que pongan en peligro el medio ambiente y la salud de las personas.

26^a. Todos los elementos meta-penales referidos, son observados en el desarrollo de la política ambiental de un país, que conforme a su propia tradición jurídica, institucional y social, selecciona los instrumentos a utilizar para concretar la protección del medio ambiente. Interés jurídico al que se lo define como nativo de la figura del Estado social, que efectivamente llega a su realización conforme a la coyuntura de cada país, y de la política social que en ella se gesta, como núcleo base de las demás políticas adoptadas en un Estado. Y en cuyo contexto de desarrolla la política-criminal, que preferentemente esta orientada a prevenir la criminalidad más que a punirla. Sin embargo, cuando estos instrumentos no funcionan correctamente, por la falta objetividad en su propio desarrollo, se puede llegar a no castigar conductas que verdaderamente merecen y necesitan ser sancionadas penalmente, o bien se pueden crear normas penales que no son eficaces en su aplicación; pero que con un replanteamiento sobre el fin, y el alcance de la protección de los bienes jurídicos, como el medio ambiente, se puede lograr la justificación de la intervención penal del *Ius Puniendi* en este ámbito.

27^a. No le hace falta razón a OLMEDO CARDENETE-RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, cuando señalan que «sólo desconociendo la gravedad de los peligros que la sociedad postindustrial genera para el medio natural puede entenderse que el ser humano sólo queda afectado como individuo concreto en una situación determinada. No únicamente porque el deterioro conjunto

del medio ambiente afecte a una colectividad indeterminada actualmente existente, sino porque, en última instancia, está en juego también la propia supervivencia del género humano y la calidad de vida de las generaciones futuras. Esta es precisamente una de las dimensiones esenciales de la solidaridad colectiva aludida en el artículo 45.2 CE». Pues el único modo efectivo de preservar el medio para las generaciones venideras es el mantenimiento de su integridad cualitativa, al margen de la concreta y actual afectación de la vida o la salud de personas determinadas.

28ª. La búsqueda del equilibrio en la protección del medio ambiente, desplegada por diferentes normas, lleva a concretar la protección de las bases naturales de la vida humana y de los sistemas naturales, a través de la confluencia de las normas administrativas y las normas penales, en el denominado arquetipo de accesoriadad *relativa del lus Puniendi* al Derecho Administrativo. Modelo a través del cual, no se permite sancionar toda infracción genérica de la norma administrativa protectora del medio ambiente, sino sancionar aquella conducta que habiendo contraviniendo las disposiciones administrativas, también es valorada como potencialmente lesivas para el medio ambiente.

29ª. La accesoriadad relativa del Derecho penal al Derecho Administrativo, en la protección del medio ambiente, no sólo se concreta por medio de la vinculación y remisión a las normas y leyes administrativas, sino también por la concurrencia de actos administrativos, que llegan a ser valorados como elementos normativos del tipo que completan la norma penal en blanco.

30ª. La fórmula de remisión de la norma penal a la administrativa se traduce como la técnica de la Ley penal en blanco, utilizada por antonomasia en la protección del ambiente y que efectivamente se concreta con la contravención administrativa y la estricta lesividad del hecho. En el fondo de la remisión de la norma penal a la norma administrativa subyace el análisis de la existencia o no de autorización administrativa, lo que nos conduce finalmente a la accesoriadad de acto.

31^a. El Art. 325 del Código penal español responde al arquetipo de accesoriadad relativa, pero específicamente se decanta por la accesoriadad de norma o de Derecho, en cuya forma la dependencia penal se estructura con la intersección de la legislación administrativa protectora del medio ambiente y no con la concurrencia de un acto administrativo de licencia o autorización. La preminencia de la accesoriadad de Derecho refleja mayor seguridad de independencia del Derecho Penal, respecto de las decisiones de la autoridad administrativa.

32^a. El límite entre el ilícito penal y el administrativo se funda en el grado de afección al bien jurídico protegido. Por ello, el elemento valorativo de gravedad del peligro o riesgo, utilizado por el legislador español en el art. 325 del CPE, es el que marca la línea divisoria entre ilícito penal y administrativo.

33^a. Asumimos dejar patente que la configuración del art. 325 del CPE, no sólo ha sido objeto de reforma legislativa, sino también se contantes críticas por las características abstractas y poco claras que se sostiene en ella recae. Sin embargo, del análisis jurisprudencial, de las numerosas sentencias existentes sobre el tipo penal genérico en cuestión, se puede concluir en primer término de que existe homogeneidad en la valoración del bien jurídico equilibrio de los sistemas naturales, y de los requisitos establecidos para su configuración como delito de peligro hipotético (1. Contravención administrativa; 2. La conducta debe comportar un potencial peligro al bien jurídico). Se ha avanzado en la concreción de la norma penal protectora del medio ambiente, y fundamentalmente en la eficacia que se encuentra al momento de su aplicación. Esta afirmación encuentra sin embargo sus contrariedades, cuando se observa que tanto en la doctrina y en numerosas sentencias, se interpreta al delito ecológico como un delito de resultado, como un delito de peligro concreto, que como técnica de tipificación para este bien jurídico colectivo, no reporta resultados eficaces en su aplicación. La problemática que puede derivar de un tipo penal proclive, a unos límites diluidos en lo referente al alcance del bien jurídico protegido en un tipo genérico y con un sin números de conductas contaminantes previstas, se ha ido subsanando con el conjunto de un sin número de sentencias que han

tratado de seguir un hilo conductor para homogeneizar, sentar jurisprudencia sobre la interpretación de los delitos ambientales en el CPE. Subrayamos de que en el referido tipo penal, existen disyuntivas técnico-jurídicas, que en este trabajo no han sido objeto de investigación, pero que se han convertido en luces que hacen ver la importancia de la aplicación y de los aplicadores, del tipo penal que protege un bien jurídico como el equilibrio de los sistemas. Por tanto, la eficacia no solo depende de la configuración normativa-valorativa, sino fundamentalmente de que la norma responda a una política-criminal autóctona, y que las sentencias sienten jurisprudencias, que lleguen finalmente a convertirse en doctrina.

34^a. Sobre la responsabilidad por organización, planteada a partir de la existencia de una institución que se justifica por el cumplimiento de los fines genéricos de la Administración Pública, proyectados de modo concreto en el ejercicio de funciones protectoras del medio ambiente y en el supuesto de la administración pública competente para la gestión medioambiental en aquellos sistemas jurídicos en que la protección del entorno se halla enmarcada en un contexto regulativo administrativo, se espera de la Administración, en general, y de sus funcionarios públicos en particular, la realización de una serie de conductas activas y la abstención de realizar otras, todo ello en cumplimiento del deber de garantía institucional que pesa sobre ellos. Por ello, y según la configuración del caso, puede reputarse ilícita la intervención activa (por ejemplo, concesión de autorizaciones) u omisiva (la no realización de inspecciones) de la referida administración, con la consiguiente atribución de responsabilidad.

35^a. De la anterior conclusión se deriva que para que la dinámica institucional se desarrolle correctamente conviene no ignorar que la institución “Administración medioambiental” se integra de personas que son quienes, en última instancia, valoran la procedencia de conceder o no permisos y licencias, de llevar a cabo inspecciones o no, y de reflejarlas correctamente o no, dando lugar a las correspondientes rectificaciones. Este contexto explica que en Derecho Penal español se

haya producido una atribución de responsabilidad penal a los funcionarios públicos competentes que se expresa, por ejemplo, en el art. 329 CPE y que, asimismo, es posible derivar de la relación entre el art. 325 y ss. y el art. 11 CPE.

36^a. Dentro de las hipótesis de responsabilidad que se pueden dar entre los integrantes de un ente colectivo, concluimos que, la reciente introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho Penal Español, supone la ampliación del número de sujetos a los cuales la norma penal va dirigida, llegando de este modo a abolir el principio *societas delinquere non potest*, al posibilitar la aplicación del *Ius Puniendi* a las personas jurídicas. Lo que significa que ahora, en el marco de los delitos ambientales, las *societas delinquere et puniri potest*, toda vez que concurren los presupuestos establecidos en el art. 31 *bis* del CPE. Así pues, ya desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, el mensaje de la norma contenida en los artículos 325 va dirigida de forma indeterminada e indiferenciada a cualquier sujeto que pueda realizar la conducta descrita en dicho tipo penal. En efecto, la utilización de la expresión genérica «el qué» o «quiénes», permite una interpretación no restringida del núcleo de los posibles sujetos activos y determina la configuración del delito ecológico, como un delito común al no requerir en su contenido característica específica alguna. Lo mismo viene acaeciendo con la categoría de sujetos, puesto que la introducción del art. 329 en el CPE de 1995, ya describía un tipo especial cuyo sujeto activo ha de ser autoridad o funcionario. Sin embargo, otra característica de los delitos ecológicos es que la condición de sujeto activo recaiga igual y fundamentalmente sobre las empresas. Por lo cual el Código Penal de 1995 ya preveía en el art. 327 (Parte Especial) y en concordancia con el art. 129 (Parte General) del mismo cuerpo normativo, la posibilidad de aplicar consecuencias accesorias a las personas jurídicas. Lo mismo viene acaeciendo con la categoría de sujetos, puesto que la introducción del art. 329 en el CPE de 1995, ya describía un tipo especial cuyo sujeto activo ha de ser autoridad o funcionario. Sin embargo, otra característica de los delitos ecológicos es que la condición de sujeto activo recaiga igual y

fundamentalmente sobre las empresas. Por lo cual el Código Penal de 1995 ya preveía en el art. 327 (Parte Especial) y en concordancia con el art. 129 (Parte General) del mismo cuerpo normativo, la posibilidad de aplicar consecuencias accesorias a las personas jurídicas.

La introducción de estas cláusulas, tanto en la Parte General como en la parte especial del Código Penal de 1995, fue la respuesta que el legislador ha dado a la insuficiencia de las sanciones de carácter administrativo impuestas a las empresas. De esta forma, el principio *societas delinquere non potest* que rechaza tradicionalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha sido permeabilizado a través de las consecuencias accesorias, cuya naturaleza también ha sido objeto de constante análisis, para determinar si estas se encuadran en la categoría de las penas, medidas de seguridad o simplemente, no pertenecen a ninguna de ellas. La introducción de estas cláusulas, tanto en la Parte General como en la parte especial del Código Penal de 1995, fue la respuesta que el legislador ha dado a la insuficiencia de las sanciones de carácter administrativo impuestas a las empresas. De esta forma, el principio *societas delinquere non potest* que rechaza tradicionalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha sido permeabilizado a través de las consecuencias accesorias, cuya naturaleza también ha sido objeto de constante análisis, para determinar si estas se encuadran en la categoría de las penas, medidas de seguridad o simplemente, no pertenecen a ninguna de ellas.

37^a. La reciente reforma penal de 2010 introduce la imputación directa a las personas jurídicas en el Ordenamiento Penal español, dando de este modo una respuesta legal a la necesidad de punir a las sociedades que delincan en el ejercicio de sus actividades. Esto permite a la actual legislación aumentar el número de sujetos cuyos actos puedan ser imputados a las personas jurídicas. En este sentido el art. 31 *bis* numeral 1 prevé doble vía para la imputación a la persona jurídica: **a)** para los delitos cometidos por el administrador o representante de la persona jurídica, en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, **b)** para los delitos cometidos por un empleado

sometido a la autoridad del administrador o representante, cuando haya podido cometerlo debido a la falta de la debida vigilancia sobre él. Y el numeral 2 del art. 31 *bis*, prevé la imputación a la persona jurídica de manera autónoma e independiente de la persona física que haya cometido el delito, con lo cual es posible condenar a la persona jurídica sin la existencia de la condena a la persona física. No obstante, conforme a la descripción de autoría mediata (el que realice directa o indirectamente el vertido o emisión) contenida en el art. 325, y a su configuración como un delito común, será aplicado el precepto contenido en el art. 31 cuando los riesgos provengan de las personas jurídicas, y sean por ello objeto de aplicación de las sanciones penales previstas en el art. 33 numeral 7 del CPE.

38^a. La imputación penal de las personas jurídicas se realiza conforme al sistema *numerus clausus* de delitos, entre los que se encuentran el ámbito del delito ambiental y cuyos arts. 327 y 328, prevén actualmente la responsabilidad directa a las personas. Así, el art. 327 establece un doble sistema de penas: a) las obligatorias: 1) aplicando la multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años; y 2) la multa de uno a tres años, en el resto de los casos; b) las potestativas, que permite a los jueces y tribunales imponer algunas de las penas establecidas en las letras b) a g) del art. 33.7 del CPE, que recoge el catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas. Se observa igualmente que el art. 328.6, prevé para la sanción de las personas jurídicas, la aplicación de penas obligatorias y potestativas previstas en el art. 327, pero presenta algunas diferencias referentes al sistema de multas, puesto que estas deberán ser aplicadas conforme al sistema de multa por cuotas o proporción al daño causado.

39^a. Consideramos que la responsabilidad jurídica en materia medioambiental entronca con la responsabilidad moral en este ámbito. A la vista del poder adquirido por el ser humano, resulta indispensable que la actuación de éste se rijan por un análisis no sólo de las consecuencias próximas de sus acciones, sino también de las remotas. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico la responsabilidad y la imputación en

materia medioambiental son, en buena medida, difusas. La imputación a colectivos concretos y, más aún, a personas individuales, constituye un fenómeno excepcional. En este punto debe tenerse en cuenta tanto la responsabilidad por organización, y sus niveles de delegación, como la responsabilidad institucional de las Administraciones Públicas. En consonancia con lo anterior, podemos decir que no le falta razón a DÍAZ PITA cuando señala que «la problemática procesal que genera la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y, más concretamente, la cuestión de su posible legitimación para intervenir en el proceso penal en calidad de imputado, nace del criticable y legendario defecto del legislador de pasar por alto en no pocas ocasiones un hecho incuestionable que no se escapa a penalistas y procesalistas: el proceso penal y el Derecho Penal deben encajar a la perfección. Esto es algo que, evidentemente, no ocurre en esta materia concreta que hemos sometido a análisis.

40^a. Por último y como una toral recensión -pues fue el tema que despertó el interés por el presente trabajo de investigación-, sobre el cambio climático, debemos decir que éste es una consecuencia de no tutelar y verticalizar las acciones encaminadas a proteger el medio ambiente y los recursos naturales, a pesar de que hoy en día, afortunadamente existen un amplio número de instrumentos destinados a coadyuvar para, sino evitar, retardar su consumación. Estos van desde las respuestas internacionales como la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kyoto, hasta los vanguardistas esfuerzos por parte de la Comunidad Europea. Empero, podemos afirmar que la realidad que avasalla al colectivo social y el relativo “fracaso” de estas herramientas, obedece más bien a otras cuestiones fuera del carácter normativo. Que la sustitución de los modelos energéticos basados en los combustibles fósiles por el de las energías renovables funciona, es cierto; que la regulación y reestructuración del aparato jurídico-administrativo en materias proambientales y ecológicas apoya, es patente; que la creación de una rama específica del Derecho para atender las demandas en esta orbe, como lo es el de corte ambiental, abona a la causa de la transformación climática, es verdad; pero de lo que estamos

convencidos, producto de esta investigación, es que lo que sustancialmente hará diferencia en esta materia, es que los andamiajes económicos y los intereses políticos de los países industrializados e impregnados del modelo capitalista, abandonen el egoísmo que permea sus actuaciones y, en beneficio de la supervivencia de la Tierra, ejecuten acciones impregnadas de un compromiso real y desinteresado a las aspiraciones propias, donde el único protagonista sea el medio ambiente y la evitación del cambio climático. Sin duda, esto no solo hará votos para hacer de nuestro planeta un mejor lugar para vivir, sino que también, desde nuestra óptica, asumiendo la acción citada como una, por no decir la más eficaz conducta preventiva, impedirá que pisemos el acelerador a fondo del vehículo donde se transporta el tan indeseado expansionismo del *Ius Puniendi* y permita a la Ciencia Penal, dar vigencia en esta área de conocimiento, a uno de sus principios fundamentales del que somos partidarios, nos referimos pues al de *ultima ratio*.

FUENTES DE CONSULTA

ADHOLPUS HART, Herbert Lionel. "Introducción a los fines de la pena". En, *Derecho y Moral: Ensayos analíticos*. Traducción de Jerónimo Betegón Carrillo. Ariel. Barcelona, 1990.

ADHOLPUS HART, Herbert Lionel. *El concepto de Derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1989.

ADHOLPUS HART, Herbert y HONORÉ, Tony. *Causation in the Law*. 2ª edición. Oxford University Press. New York, 1985.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. "Las competencias de la Comunidad Europea en materia medioambiental y su incidencia en el ejercicio de las competencias en el ámbito interno". *RDUMA*. Montecorvo. Año 33, Nº 172. Madrid, 1999.

ALASTUEY DOBON, María del Carmen. *El delito de contaminación ambiental: (Art. 325.1 del Código Penal)*. Comares. Granada, 2004.

ALENZA GARCÍA, José Francisco y SARASÍBAR IRIATE, Miren. *Cambio climático y energías renovables*. Thomson Civitas. Pamplona, 2007.

ALENZA GARCÍA, José Francisco. Las sanciones administrativas y penales en materia ambiental: Funciones y problemas de articulación. *Derecho Penal de la empresa*. Universidad Pública de Navarra. Navarra, 2002.

ALENZA GARCÍA, José Francisco. *Manual de Derecho Ambiental*. Universidad de Navarra. Pamplona, 2002.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos". *Revista Penal*. Nº 32. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos". *Estudios penales y criminológicos*. Nº 29. Universidad Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2009.

ALONSO GARCÍA, Enrique. *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. Volumen I. El marco constitucional de la política comunitaria de*

medio ambiente. Aplicación de la legislación ambiental comunitaria. Civitas, Madrid, 1993.

ALONSO GARCÍA, Ricardo; PLAZA MARTÍN, Carmen y LOZANO CUTANDA, Blanca. “El medio ambiente ante el Tribunal Constitucional: problemas competenciales y ultraeficacia protectora”. En, *Revista de Administración Pública*. Nº 148. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999.

ALONSO RIMO, Alberto. “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho Penal de la peligrosidad)”. En, *Estudios Penales y Criminológicos*. Nº 29. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. 2009.

ALMAGRO NOSETE, José. “Protección procesal de los intereses colectivos o difusos en la Ley de Enjuiciamiento”. *Actualidad Civil*. Nº 1. La Ley-actualidad. Madrid, 2004.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier *et al.* *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Sobre el principio de legalidad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Giuffrè. Milano, 1983.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 13ª edición, actualizada por Luigi Conti. Giuffrè. Milano, 1994.

ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal*. 2ª edición, anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino. Akal. Madrid, 1986.

ARAGÃO, Alexandra. “Direito constitucional do ambiente da união européia”. En, GOMES CANOTILHO, José Joaquim y MORATO LEITE, José Rubens Morato (organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. Saraiva. São Paulo, 2007.

ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: alemania y españa*. PPU – Promociones y publicaciones universitarias S.A. Barcelona, 1991.

AROUDO MOTA, José. *O Valor da Natureza. Economía e político dos recursos naturais*. Garamond. Rio de Janeiro, 2006.

ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo. El Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha. Cuenca, 2003.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Las sanciones del Código Penal aplicables a las personas jurídicas en los delitos contra el medioambiente*. En, Jorge Barreiro Agustín (Director). *Estudios sobre la protección del medio ambiente en el Ordenamiento Jurídico español*. Comares. Granada, 2005.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal Parte General*. Akal/lure. 5ª edición. Madrid, 1998.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”. *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los Consejos de Administración*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 1995.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”. En, *Estudios penales y criminológicos*. Nº 5. Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1981.

BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Bosch. Barcelona, 1994.

BARATTA, Alessandro. “Integración-prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática”. En, *Revista Doctrina Penal*, año 8, Nº 29. Buenos Aires, Argentina, 1985.

BARBERO SANTOS, Marino. ¿Responsabilidad penal de la empresa? *Doctrina Penal*. Nº 35. Depalma. Buenos Aires, 1986.

BARBERO SANTOS, Marino. *Marginación social y Derecho represivo*. Bosch. Barcelona, 1980.

BASTIDAS MORA, Patricia. "El modelo constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso". *Revista Vía Iuris*. Nº 7. Fundación Los Libertadores. 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Martin Claret. São Paulo, 2000.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. 5ª edición. Paidós. Barcelona, 2014.

BECK, Ulrich. *Generación global*. Paidós. Barcelona, 2008.

BECK, Ulrich. "Generaciones globales en la sociedad de riesgo mundial". *Revista CIDOB d'affers Internacionals. Fronteras: Transitoriedad y dinámicas interculturales*. Nº 82-83. Fundación CIDOB. Barcelona, 2008.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Siglo XXI. Madrid, 2002.

BECK, Ulrich. *La democracia y sus enemigos*. Textos escogidos. Traducción Daniel Romero Álvarez. Paidós. Barcelona, 2000.

BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Traducción de Bernardo Moreno y María Rosa Bórras. Barcelona, Paidós, 1999.

BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la sociedad de riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. El roure. Barcelona, 1998.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. «La nueva "medida de seguridad" de "libertad vigilada" aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad: La admisión de los postulados del Derecho Penal del enemigo por la LO 5/2010». En, *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 103, Mayo. EDERSA. Madrid, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman. *Paisagem, natureza e direito*. Volume 2. Instituto o Direito por um Planeta Verde. São Paulo, 2005.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*. Reus. Madrid, 1974.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “El medio ambiente como bien jurídico tutelado”. *El delito ecológico*. Trotta. Madrid. 1992.

BESSON, Samantha. “Ubi Ius, Ibi Civitas: A Republican Account of the International Community”. En, Samantha Besson y José Luis Martí (eds.). *Legal Republicanism: National and International Perspectives*. Oxford University Press, Oxford, 2009.

BLANCO LOZANO, Carlos. *La protección del medio ambiente en el Derecho Penal español y comparado*. Comares. Granada, 1997.

BOADA JUNCÁ, Martí y TOLEDO, Víctor. El planeta, nuestro cuerpo. La ecología, el ambientalismo y la crisis de la modernidad. Secretaria de Educación Pública y Fondo de Cultura Económica. Colección la Ciencia para todos. México, D.F., 2003.

BOFF, Leonardo. *La sostenibilidad: Qué es y qué no es*. Editorial Sal Terrae. Vizcaya, 2013.

BOIX REIG, Javier. “Protección penal del medio ambiente”. *Intereses difusos y Derecho Penal. Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, 1994.

BOLEA BARDÓN, Carolina. “Tendencias sobre autoría y participación en el ámbito de la criminalidad empresarial (Especial referencia al concepto de autor en los delitos relativos al mercado y los consumidores)”. *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. Diego Manuel Luzón (Director). La Ley. Madrid, 2010.

BONET ESTEVA, Margarita. *La víctima del delito: (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*. McGraw-Hill/Interamericana de España. Madrid, 1999.

BORBA CASELLA, Paulo, CELLI JUNIOR, Umberto, DE ALMEIDA MEIRELLES, Elizabeth y BERTINI PASQUOT POLIDO, Fabrício. *Direito Internacional, humanismo e globalidade*. Atlas. São Paulo, 2008.

BRIDI, Sônia. *Diário do Clima*. Globo. São Paulo, 2012.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José y HOMARZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Volumen I. Trotta. Madrid, 2006.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. Ariel. Barcelona, 1986.
- CALDERÓN, Ángel y CHOCLÁN, José Antonio. *Código Penal comentado*. Deuto Jurídico. 4ª edición. Barcelona, 2004.
- CALVO CHARRO, María. *Sanciones medioambientales*. Madrid/Barcelona. Marcial Pons, 1999.
- CAPEL SÁEZ, Horacio. “La geografía y los dos coloquios sobre la incidencia del hombre en la faz de la Tierra”. *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*. Volumen 8, Nº 459. Departamento de Geografía Humana de la Universidad de Barcelona. Barcelona, 2003.
- CARMONA SALGADO, Concepción. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. La flora la fauna y los animales domésticos. Disposiciones comunes”. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Manuel Cobo del Rosal (Coordinador). Dykinson. 2ª edición. Madrid, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoría general del delito*. Reus. Madrid, 2007.
- CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del ambiente, delitos y técnicas de tipificación*. Grafica Horizonte. Lima, 1999.
- CASADEI, Rodolfo. *Los mitos de la nueva izquierda. Las profecías incumplidas la antiglobalización*. Encuentro. Madrid, 2005.
- CASSESE, Antonio. *International Law in a Divided World*. Clarendon Press. Oxford, 1986.
- CASTELLANO, Danilo. “¿Qué es el bien común?” En, *El bien común. Cuestiones actuales e implicaciones jurídico-políticas*. Itinerarios. Madrid, 2013.
- CASTELLANO, Danilo. *L'Ordine della politica*. Scientifiche. Nápoles, 1997.

CASTELLÓ NICÁS, Nuria. “Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma LO 5/2010 de 22 de junio)”. *El cambio climático en España: Análisis técnico-jurídico y perspectivas*. Nuria Castelló Nicas (Directora). Dykinson. Madrid, 2011.

CASTELLÓ NICÁS, Nuria. “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”. *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Lorenzo Morillas Cueva (Coordinador) y Carlos Aránguez Sánchez (aut.). EDERSA. Madrid, 2002.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español: Parte General II. Teoría jurídica del delito*. 6ª edición. Tecnos. Madrid, 2004.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte General*. Volumen I. Tecnos. 5ª edición. Madrid, 1998.

CID MOLINÉ, José. “La suspensión de la pena en España: Descarcelación y reincidencia”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Nº 15. UNED, Madrid, 2005.

CID MOLINÉ, José. “Prevención de delitos y utilitarismo: una confusión censurable (a propósito de “Censurar y Castigar de A. von Hirsch”)”. En, *Revista Jueces para la democracia*. Nº 35. Madrid, 1997.

CID MOLINÉ, José. *¿Pena justa o pena útil?: El debate contemporáneo en la doctrina penal española*. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1994.

COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones de Derecho Penal español. Parte General*. Cesej. Madrid, 2004.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 5ª edición. Valencia, 2009.

COBO DEL ROSAL, Manuel y BOIX REIG, Francisco Javier. “Garantías constitucionales del Derecho sancionador”. *Comentarios a la legislación penal*. Edersa, Madrid, 1982.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Director). *Código Penal comentado*. Tomo I. Bosch. 2ª edición. Barcelona, 2004.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. "Introducción al delito ecológico". *El delito ecológico*. Trotta, Madrid, 1992.

CORTÁZAR VINUEZA, Carlos. "El medio ambiente: bien jurídico-penal y reserva de Ley orgánica para su protección. Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=152&Itemid=34. Consultado: 5 de julio de 2010.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Límites objetivos a la intervención penal en el control de riesgos". *Política Criminal y Reforma Penal*. Santiago Mir Puig (Director), Víctor Gómez Martín (Coordinador). B de F. Edisofer. Barcelona, 2007.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente". *Estudios de Derecho Penal económico*. Coordinados por Santiago Mir Puig, Juan Luis Modolell González, José Ignacio Gallego Soler y Carlos Simón Bello Rengifo. Livrosca. Caracas, 2002.

COSTA DE SOUZA DUARTE, Marise. *Meio ambiente sadio: direito fundamental em crise*. Juruá. Curitiba, 2003.

CRUZ RODRÍGUEZ, Manuel. *Hacerse cargo: sobre responsabilidad e identidad personal*. Paidós. Barcelona, 1999.

CUELLO CALÓN Eugenio. *La moderna penología. Represión del delito y tratamiento de los delincuentes, penas y medidas, su ejecución* Bosch. Barcelona, 1974.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín y MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición. Tecnos. Madrid, 2014.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español. Parte General. Volumen II. Teoría del delito 2*. Dykinson. Madrid. 2009.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*. Dykinson. 3ª edición. Madrid, 2002.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho Penal”. *ADPCP*. Tomo 34^a, fasc-mes 2-3. Ministerio de Justicia. Madrid, 1981.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. “La «ideología» de los fines de la pena”. En, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 33, fascículo/mes 2. Ministerio de Justicia/Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1980.

CUERVO-ARANGO, María Amérigo. “Medio ambiente y comportamiento humano”. *Revista Internacional de Psicología Ambiental*. Nº 3. Volumen 10. Resma. La laguna. 2010.

DA CRUZ, Humberto. *Conservación de la naturaleza*. Editorial Complutense. Madrid, 1996.

DA SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 6^a edición. Malheiros. São Paulo, 2007.

DAL CASTEL VERONEZZI LAZZARI PRESTES, Cássio Vinicius. *O Princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal*. Memória Jurídica. São Paulo, 2003.

DE BESSA ANTUNES, Paulo. *Direito ambiental*. Lumen Juris. 10^a edición. Rio de Janeiro, 2007.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Respuesta penal al peligro nuclear*. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1994.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Unión Europea, Derecho Penal (ambiental) y Derecho comunitario”. *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al Profesor Josep Miguel Prats Canut*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal”. En, *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Adán Nieto Martín (Coordinador). Universidad Castilla La Mancha. Cuenca, 2001.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Cuestiones dogmáticas relativas a delito de contaminación ambiental”. *Revista Penal*. Nº 4. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

DE LA CUESTA ARAZAMENDI, José Luis. “La reciente historia del delito ecológico: del artículo 347 *bis* al Proyecto de Nuevo Código Penal de 1994”. *La protección jurídica del medio ambiente*. Coordinador por José Manuel Valle Muñiz. Aranzadi. Pamplona. 1997.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (Capítulo III, Título XVI, Libro II del nuevo Código Penal de 1995)”. *El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado: Actas del Congreso de Derecho Penal y Procesal*. Sevilla, 11 al 15 de noviembre de 1996.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente”. *Documentación Jurídica*. Volumen II, 37-40. Ministerio de Justicia. Madrid, 1983.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “La Ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente”. *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 18. EDERSA/Universidad Complutense: Instituto Universitario de Criminología. Madrid, 1982.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. “Delitos contra el medio ambiente: Accesoriedad administrativa”. *Estudios de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a: Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*. Nº 75. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2005.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. “La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídicos penales de carácter supraindividual”. En, López Barja de Quiroga/Zugaldía Espinar. *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Marcial Pons, 2004.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. “Configuración como Ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente”. *Estudios jurídicos (en*

memoria del profesor Dr. D. Ramón Casabó Ruiz), primer volumen, Universidad de Valencia. Valencia, 1997.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. “Derecho Comunitario y Derecho Estatal en la tutela penal del ambiente”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 2. Universidad de Granada. 2000.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. “Configuración como Ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente”. *Estudios Jurídicos en memoria de Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz*. Volumen I. Publicaciones de la Universidad de Valencia. Valencia, 1998.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *Protección penal del ambiente y accesoriad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Cedecs editorial. Barcelona, 1996.

DE MIGUEL PERALES, Carlos. *Derecho español del medio ambiente*. Thompson Reuters. 3ª edición. Pamplona, 2009.

DE SOUZA NUCCI, Guilherme. *Código Penal comentado*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. “La protección penal del medio ambiente como bien jurídico protegido”. *Lecciones de Derecho del medio ambiente*. Lex Nova. Valladolid, 1998.

DIAS VARELLA, Marcelo. *Direito internacional público*. Saraiva. São Paulo, 2009.

DIAS VARELLA, Marcelo. “O surgimento e a evolução do Direito Internacional do meio ambiente: da proteção da natureza ao desenvolvimento sustentável”. En, DIAS VARELLA, Marcelo y BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. *Proteção internacional do meio ambiente*. Unitar, UniCEUB e UnB. Brasília, 2009.

DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Teoría del delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*. Straf. México, 2006.

DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio. *Código Penal y legislación complementaria*. Thomson Civitas. 36ª edición. Pamplona, 2010.

DÍAZ PITA, María Paula. “La legitimación pasiva Independiente de la persona Jurídica en los Procesos Penales por delitos contra el medio ambiente”. *Justicia y medio ambiente*. Álvaro Sánchez Bravo (Editor). Punto Rojo. Madrid, 2013.

DÍAZ ROCA, Rafael. *Derecho Penal general: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*. Tecnos. Madrid, 1996.

DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Aranzadi. 4ª edición. Pamplona, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La nueva Política Criminal española”. Las recientes reformas penales: algunas cuestiones. Universidad de Deusto. Bilbao, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. En, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XXXV, N° 103, enero-abril de 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta. Madrid, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El Bien Jurídico protegido en el Derecho Penal garantista”. *Jueces para la Democracia*. N° 30. Madrid. 1997.

DONINI, Massimo. “El Derecho Penal diferenciado: la coexistencia de lo clásico y lo postmoderno en la penalidad contemporánea”. *Revista General de Derecho Penal*. N° 8. Iustel. 2007.

DONNA, Edgardo Alberto. *La peligrosidad en el Derecho Penal*. Astrea. Buenos Aires, 1978.

DORADO MONTERO, Pedro. *El Derecho protector de los criminales*. Nueva edición muy aumentada y rehecha de los estudios de Derecho Penal Preventivo. Analecta. Navarra, 1999.

DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para un nuevo Derecho Penal*. 9ª edición (con prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba). Depalma. Buenos Aires, 1973.

DORADO MONTERO, Pedro. *Nuevos derroteros penales* Jiménez Gil. Barcelona, 1999. (Versión de la editorial Henrich y Cía de 1905).

DORNELES TRENNEPOHL, Terence. *Fundamentos de direito ambiental*. Podivm. 2ª edición. Salvador, 2007.

DUARTE QUESADA, Carlos Manuel. *Cambio Climático*. Catarata/CSIC. Madrid, 2007.

EMBED IRUJO, Antonio. *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Iustel. Madrid, 2008.

ERICKSON, John. *La vida en la Tierra: Origen y evolución*. McGraw-Hill. Interamericana de España. Madrid, 2006.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *El medio ambiente en la crisis del Estado social. Su protección penal simbólica*. Comares, Granada, 2006.

ESCUIN PALOP, Vicente. *Elementos de derecho público*. Tecnos. 7ª edición. Madrid, 2011.

ESER, Albin. "Sobre la exaltación del Bien jurídico a costa de la víctima". Traducción al idioma español por Manuel Cancio Meliá. *Cuadernos de conferencias y artículos*. Nº 18. Universidad externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, 1998.

ESER, Albin. "Derecho Ecológico". *Revista de Derecho Público*. 2ª época. XI, volumen III-IV. Traducción de Julián de la cuesta Arzamendi y Ángel Sanz Morán. Edersa. Madrid, 1985.

ESTEVE PARDO, José. "Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido". En, PÉREZ ALONSO, Esteban; ARANA GARCÍA, Estanislao; MERCADO PACHECO, Pedro y SERRANO MORENO, José Luis. *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

ESTEVE PARDO, José. *El desconcierto de Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*. Marcial Pons. Barcelona, 2009.

ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*. 2ª edición. Marcial Pons. Madrid, 2008.

ESTEVE PARDO, José. *Ley de responsabilidad medioambiental. Comentario sistemático*. Marcial Pons. Madrid, 2008.

ESTEVE PARDO, José. “Protección penal y accesoriad administrativa en la nueva regulación para la protección del medio ambiente”. *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007.

ESTEVE PARDO, José. *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*. Ariel, Barcelona, 1999.

FARIA, José Eduardo. “Democracia y gobernabilidad: Los Derechos Humanos a la luz de la globalización económica”. *Travesías: Política. cultura y sociedad en Iberoamérica*. Nº 1. Ejemplar dedicado a: Globalización, democracia y Derechos Humanos). Universidad Internacional de Andalucía. Sevilla, 1996.

FERNANDES NOGUEIRA DA CRUZ, Ana Paula. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel. *Diccionario Jurídico*. 6ª edición. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2012.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La tutela de los intereses difusos”. *Revista chilena de Derecho*. Volumen 20. Nº 2-3. Pontificia Universidad Católica de Chile: Facultad de Derecho. Santiago, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trotta. 4ª edición. Madrid, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley más débil*. Trotta. 6ª edición. Madrid, 2009.

FERRERES COMELLA, Víctor. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia: (una perspectiva constitucional)*. Civitas. Madrid, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho Penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

FISHKIN, James. "Las fronteras de la obligación". *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Nº 3. Universidad de Alicante. Alicante, 1986.

FLANNERY, Tim. *Os senhores do clima*. Record. Rio de Janeiro, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Alianza Editorial. Madrid, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI. Madrid, 2008.

FREIJEIRO VARELA, Marcos. "La gestión política en tiempo de crisis: Un análisis de la actuación de los agentes públicos en el caso Prestige". En, José Ignacio Cases Méndez (Editor.) *Catástrofes Medioambientales. La reacción social y política*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

GÁLVEZ MONTES, Javier. "Artículo 45". *Comentarios a la Constitución*. 3ª ed. Civitas. Dirigido por Fernando Garrido Falla. Civitas. Madrid, 2001.

GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel. "¿Nullum crimen sine lex certa? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad". *Jueces para la Democracia*. Nº 62. Madrid. 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología una introducción a sus fundamentos teóricos*. Tirant lo Blanch. 4ª edición. Valencia, 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Universitaria Ramón Areces. 4ª edición. Madrid, 2006.

GIDDENS, Anthony. *La Política del Cambio Climático*. Traducción de Francisco Muñoz de Bustillo. Alianza Editorial. Madrid, 2010.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*. Tecnos. Madrid, 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?: Responsabilidad por el producto, accesoriedad

administrativa del Derecho Penal y decisiones colegiadas”. *ADPCP*. Tomo 52, fas/mes 1-3. Ministerio de Justicia. Madrid, 2000.

GLAZNER, Paul. “Competition and the Environment”. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. Nº 171/2. Springer. Max Planck Institute for Innovation and Competition. Germany, 1993.

GOLDSCHMIDT PAUL, James. *Derecho, Derecho Penal y Proceso I. Problemas Fundamentales del Derecho*. Traducción de Miguel Ángel Cano Paños, et al. Marcial Pons, Madrid, 2010.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim y MORATO LEITE, José Rubens. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. Saraiva. São Paulo, 2007.

GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons, Madrid, 2005.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

GONZÁLEZ ARMADA, Carlos. *Cambio Climático: Causas, Consecuencias y Soluciones*. Mundi-Prensa. Madrid, 2010.

GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles; GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel Ángel y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. *Legislación sobre el cambio climático*. Tecnos. Madrid, 2009.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “El artículo 347 bis: aproximación al estudio de sus tipos”. (Ejemplar dedicado a: Medio Ambiente). *Anales del Centro de Alzira de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*. Nº 4. Madrid, 1986.

GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis. “Sobre la accesoriedad del Derecho Penal en la protección del medio ambiente”. *Estudios penales y criminológicos*. Volumen XIV. Nº 64, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1991.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. “Sobre la supresión del 2o apartado del art. 325 del CP”. En, Francisco Javier Álvarez García (Director). *La adecuación*

del Derecho Penal español al Ordenamiento de la Unión Europea: La Política Criminal Europea. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. “El principio de intervención mínima del Derecho Penal en el ámbito de las infracciones ambientales: Relaciones entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal en la protección del ambiente”. *Derecho y medio ambiente: Revista jurídica para el desarrollo sostenible*. Volumen I, Nº 0. oct./dic. Exlibris. Madrid, 1999.

GORDON FRANKFURT, Harry. “Freedom of the Will and the Concept of a Person”. *The Journal of Philosophy*. Volumen 68, Nº 1. New York, 1971.

GRACIA MARTÍN, Luis. “¿Qué es modernización del Derecho Penal?” *Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Coordinado por José Luis Díez Ripollés. Tecnos, Madrid, 2002.

GRANADOS CALERO, Francisco. “El Estado Social y Democrático de Derecho”. Nº 15. (Ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución Española). *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*. Cortes Valencianas. Valencia, 2004

GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Impetus. 6ª edición. Niterói, 2011.

GUARDINI, Romano. *El fin de los tiempos modernos: Ensayo de orientación*. (Traducción Alberto L. Bixio). Buenos Aires: Sur. Buenos Aires, 1958.

GUERRA PALMERO, María José. “Responsabilidad ampliada y juicio moral”. *Revista de Filosofía moral y política*. Ejemplar dedicado a: Ética y responsabilidad. Nº 29. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 2008.

HARDIN, Garrett. “The Tragedy of the commons”. *Science*. Volumen 162, nº 3859. Cambridge, 1968.

HASSEMER, Winfried. “¿Puede Haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2007.

HASSEMER, Winfried. “Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na política criminal”. En, *Revista de Estudos Criminais*. Ano VIII. Nº 29. Fonte do Direito. PUC/RS. Porto Alegre, 2008.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.

HASSEMER, Winfried. *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”. *Doctrina penal*. Año 12, abril-septiembre. Buenos Aires, 1989.

HASSEMER, Winfried. “Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico-social”. Traducción de María Teresa Castiñeira Palou. En, *Derecho Penal y Ciencias Sociales*. Universidad Autónoma de Barcelona. Bellaterra, 1982.

HAVA GARCÍA, Esther. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”. En, Álvarez García (Director). *Derecho Penal. Parte Especial II*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

HEINE, Günter. “Accesoriedad Administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente”. *ADPCP*. Tomo 46, mes I. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.

HEFENDEHL, Roland. “El Derecho Penal medioambiental: ¿Por qué o cómo?”. *Estudios Públicos*. Nº 110. Centro de Estudios Públicos. Santiago de Chile, 2008.

HEFENDEHL, Roland. “El bien jurídico como eje material de la norma penal”. *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons/Ediciones jurídicas y Sociales. Madrid, 2007.

HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2007.

HEFENDEHL, Roland. “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”. *RECPC*. Nº 4. Universidad de Granada. 2002.

HEINE, Günther . “Nuevos desarrollos nacionales e internacionales del Derecho Penal del medio ambiente”. *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal económico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

HERNÁNDEZ SUÁREZ – LLANOS, Francisco Javier. “Técnicas de tipificación en el delito de contaminación ambiental: comentario a la sentencia del TS de 25 de mayo de 2004. *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*. Año 7. Nº 73. La Ley-actualidad. Madrid, 2005.

HERZOG, Felix. “Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo” *Revista Penal*. Nº 4. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Traducción de Antonio. Escohotado. Losada. Buenos Aires, 2003.

HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Traducción de Jacobo Muñoz. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 200

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. “El principio de lesividad y el delito ecológico”. *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, Pamplona, 2001.

HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín y GIL IBÁÑEZ, José Luis. *Constitución española*. 5ª edición. Colex. Madrid, 2010.

HUERTA TOCILDO, Susana. “El delito ecológico y sus técnicas de tipificación”. *Actualidad Penal*. Volumen. 13. La Ley. Madrid, 2002.

HUERTA TOCILDO, Susana. “Principios básicos del Derecho Penal y Art. 325 del Código Penal”. *Revista penal*. No 8. Praxis, Barcelona, 2001.

HUME, David. *Investigación sobre los principios de la moral*. Prólogo, traducción y notas de Carlos Mellizo. Alianza, Madrid, 2006.

IBÁÑEZ, MÉNDEZ, Inés. “Los poderes públicos y la defensa del medio ambiente”. *Observatorio medioambiental*. Universidad Complutense: Instituto Universitario de ciencias Ambientales. Nº 6. Madrid, 2013.

INNERARITY GRAU, Daniel. *Dialéctica de la modernidad*. Rialp. Madrid 1990.

JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. 2ª edición. Civitas, Madrid, 2006.

JAKOBS, Günter. “La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente”. Traducción de Teresa Manso Porto. *Estudios de Derecho Judicial*. Nº 20. Escuela Judicial. Galicia, 1999.

JAKOBS, Günther. «Imputación jurídico penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma». En, *Revista del Poder Judicial*. Nº 49. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1998.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons. 2ª edición. Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. «Sobre la teoría de la pena». En, *Revista del Poder Judicial*. Nº 47. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1997.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Derecho Ambiental: El desafío del cambio global. Ocho cuestiones clave*. Dikynson. Madrid, 2009.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Vocabulario ambiental práctico*. Dykinson. Madrid, 2007.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. “La criminalización del ruido”. *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario*. Nº 6. Año 2, junio. Madrid, 2004

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Derecho Ambiental*. Dykinson. 2ª edición. Madrid, 2004.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*. Dykinson. Madrid, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares. 5ª edición. Traducción de Miguel Domingo Olmedo Cardenete. Granada, 2002.

JIMÉNEZ, Eduardo Pablo. *Los Derechos Humanos de la tercera generación*. Sociedad Anónima. Buenos Aires, 1997.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El estado peligroso. Nueva formula para el tratamiento penal y preventivo*. Imprenta Juan Pueyo. Madrid, 1922.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia. "La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos". En, *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Nº 7, 3ª época. UNED, Madrid, 2012.

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad*. Traducción Andrés Sánchez Pascual. Herder. Barcelona 1994.

JONAS, Hans. *The Imperative of Responsibility*. University of Chicago Press. Chicago, 1984.

JORGE BARREIRO, Agustín. "El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995". *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el Ordenamiento Jurídico español*. Agustín Jorge Barreiro (Director), Manuel Cancio Meliá (Coordinador). Comares. Granada, 2005.

JORGE BARREIRO, Agustín. "Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal español". En, *Revista Jueces para la Democracia*. Nº 25. Madrid, 1996.

JORGE BAREIRO, Agustín. *Las medidas de seguridad en el Derecho Penal español*. Civitas. Madrid, 1976.

KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Tecnos, Madrid, 2006.

KAUFMANN, Armin. *Política Criminal y reforma del Derecho Penal*. Temis. Bogotá, 1982.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Revista dos Tribunais. 3ª edición. São Paulo, 2003.

KELSEN, Hans. *La paz por medio del Derecho*. Trotta. 2ª edición. Madrid, 2008.

LAGASABASTER HERRARTE, Iñaki; GARCÍA URETA, Agustín y LAZCANO BROTONS, Iñigo. *Derecho Ambiental. Parte General*. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 2004.

LAMPE, Ernst-Joachim. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Editora Jurídica Grijley. Perú, 2003.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 6ª edición. Tecnos. Madrid, 2005.

LARA SÁNCHEZ, Francisco. “Una moral para santos. Sobre las exigencias del consecuencialismo y las opciones centradas en el agente”. *Ética sin dogmas, racionalidad, consecuencias y bienestar en el utilitarismo contemporáneo*. P. Francés/F. Lara. Madrid, 2007.

LARUMBE BIURRÚN, Pedro María. “Medio ambiente y Comunidad Autónoma”. *Revista Vasca de Administración Pública*. No. 8. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1984.

LATOUCHE, Serge. “La mundialización de la economía y sus efectos sobre el medio ambiente”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. (Departamento de Filosofía del Derecho)*. Nº 32. (Ejemplar dedicado a: Mundialización económica y crisis político-jurídica). Granada, 1995.

LAVRANOS, Nikolaos. “Multilateral Environment Agreements: Who makes the binding decision?” *European Energy and Environmental Law Review*. Nº 2. February 2002.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental brasileiro*. Malheiros, 13ª edición. São Paulo, 2005.

LEONARD, Annie. *La historia de las cosas: de cómo nuestra obsesión por las cosas está destruyendo el planeta, nuestras comunidades y nuestra*

salud. Y una visión del cambio. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2010.

LEOPOLD Aldo. *Una Ética de la Tierra.* Catarata. Madrid, 1999.

LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena.* Tirant Lo Blanch. 6ª edición. Valencia, 2005.

LOMBORG, Bjorn. *El ecologista escéptico: Midiendo el estado real del mundo.* ESPASA-CALPE. Madrid, 2005.

LÓPEZ BONILLO, Diego. *El medio ambiente.* Cátedra. Madrid, 2001.

LÓPEZ MENUDO, Francisco. "Concepto constitucional de medio ambiente: el reparto competencial". Ejemplar dedicado a: Reparto competencial en materia de medio ambiente. Control medioambiental de la administración pública. En, *Estudios de Derecho Judicial.* Nº 56. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2004.

LÓPEZ TOBAJAS, Agustín. *Manifiesto contra el progreso.* José J. de Olañeta, Palma, 2013.

LOPERENA ROTA, Demetrio. *La calidad del aire y la protección de la atmósfera.* Aranzadi. Pamplona, 2010.

LOVELOCK, James Ephraim. *La Tierra se agota. El último aviso para salvar nuestro planeta.* Planeta. Barcelona, 2009.

LOVELOCK, James Ephraim. *La venganza de la tierra. La teoría de Gaia y el futuro de la humanidad.* Traducción de Mar García Puig. Planeta. Barcelona, 2009.

LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo.* Dykinson. 10ª edición. Madrid, 2009.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal: Parte General I.* Universitas, Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Estudios penales.* Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1991.

LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel. *Medición de la pena y sustitutivos penales.* Universidad Complutense. Madrid, 1979.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: Parte Generale*. 8ª edición. CEDAM. Padova, 2013.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario. “Riesgo permitido por legitimación histórica”. *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Tomo II. Eduardo Montealegre Lynnet (Coordinador). Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá 2003.

MARQUÈS I BANQUÉ, Maria. “La protección penal del medio ambiente”. *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al Profesor Josep Miguel Prats Canut*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

MARTÍ, José Luis. “Política y bien común global”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Nº 16. Ejemplar dedicado a: La protección de bienes jurídicos globales. Coordinado por Carlos Espósito Massicci y Francisco José Garcimartín Alférez. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2012.

MARTÍ MARTÍ, Joaquim. *La defensa frente a la contaminación acústica y otras inmisiones*, Bosch. Barcelona, 2008.

MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Ambiental*. Thompson Aranzadi. 3ª edición. Navarra, 2003.

MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Volumen 1. Trivium. Madrid, 1991.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. *Derecho Penal Ambiental*. Exlibris. Madrid, 2006.

MASON DIAMOND, Jared. *Colapso: ¿Por qué unas sociedades perduran y otras desaparecen?* Debate. Barcelona, 2005.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca. “El principio *non bis in idem*: la acumulación de sanciones penales y administrativas en la protección del medio ambiente”. En, PÉREZ ALONSO, Esteban; ARANA

GARCÍA, Estanislao; MERCADO PACHECO, Pedro y SERRANO MORENO, José Luis. *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

MATA Y MARTIN, Ricardo Manuel. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Comares. Granada, 1997.

MATTEI, Ugo. *Bienes comunes. Un manifiesto*. Traducción de Gerardo Pisarello. Trotta. Madrid, 2013.

MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Derecho Penal del medio ambiente*. Iustel. Madrid, 2008.

MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Medio ambiente y funcionarios públicos*. Bosch. Barcelona, 2000.

MATEO RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho Penal y protección del medio ambiente*. Colex. Madrid, 1992.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Juan Córdoba Roda. Ariel. Barcelona, 1962.

MEDAUAR, Odete. Brasil. Constituição (1988). *Coletânea de Legislação de Direito Ambiental*. Revista dos Tribunais. 6ª edición. São Paulo, 2007.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Centro de Estudios Judiciales. Madrid, 1993.

MENDOZA BUERGO, Blanca. “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”. *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano Bilbao-Granada, 2004.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Civitas, Madrid, 2001.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia. “Protección del medio ambiente en Alemania, Italia, Francia y España: Estudio de Derecho Penal comparado”. *Derecho Penal Ambiental*. Exlibris, Madrid, 2006.

- MÉRIDA DÍAZ, Susana. “La protección del medio ambiente desde la perspectiva del defensor del pueblo andaluz”. *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*. Nº 4. Junta de Andalucía: Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla, 2008.
- MERLE, Roger. “Confrontación del Derecho Penal clásico con el de la defensa social: el punto de vista doctrinal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 1, fasc-mes 1. Ministerio de Justicia. Madrid, 1968.
- MESTRE DELGADO, Esteban. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia pena”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1988.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. Revista dos Tribunais. 3ª edición. São Paulo, 2004.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor. 9ª edición. Barcelona, 2011.
- MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. B de F. Buenos Aires. 2006.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. B y F. Buenos Aires, 2002.
- MIR PUIG, Santiago. “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”. En, *Seminario sobre “Pena y prevención”*. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 1985.
- MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. Bosh. 2ª edición. Barcelona, 1982.
- MOLINA PASQUEL y HENRÍQUEZ, José Mario. *El impacto global de la actividad humana en la atmósfera*. En, *El impacto del hombre sobre el planeta*. Complutense. Madrid, 2005.
- MONTEIRO DA SILVA, Danny. *Dano ambiental e sua reparação*. Juruá. Curitiba, 2007.

MORAL ITUARTE, Leandro Del. "Crisis del capitalismo global y medio ambiente". *Nuevos aires en la geografía española del siglo XXI*. Ministerio de Fomento. Madrid, 2012.

MORALES PRATS, Fermín. "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro". *La protección jurídica del medio ambiente*. Aranzadi, Pamplona, 1997.

MORALES PRATS, Fermín. "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro". *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Volumen II. Universitat de Valencia. Valencia, 1998.

MORALES PRATS, Fermín. "Técnicas de tutela de los intereses difusos". En, Boix Reig (Director) *Intereses difusos y Derecho Penal*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1994.

MOREU CARBONELL, Elisa. "Relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho Penal en la protección del medio ambiente". *Revista española de Derecho Administrativo*. Nº 87. Civitas. Madrid, 1997.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho Penal español*. Parte especial. Dykinson, S.L. Madrid, 2011.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*. Dykinson, S.L. Madrid, 2010.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: juicio de antijuridicidad*. Tomo II. Volumen I. Dykinson, S.L. Madrid, 2008.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "El agua como objeto de protección penal en su vertiente ambiental". *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al Profesor Josep Miguel Prats Canut*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español". En, *Cuadernos de Derecho Judicial*.

Nº 17, Ejemplar dedicado a Derecho Penitenciario II. Consejo General del Poder Judicial, 2003.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 4. Universidad de Granada, 2002.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos. Madrid, 1991.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Derecho Penal e Ideología". *Derecho y Economía en la sociedad española actual*. Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Granada. Granada, 1978.

MOTA, José Aroudo. *O valor da natureza. Economia e política dos recursos naturais*. Garamond. 2ª edición. Rio de Janeiro, 2006.

MULERO MENDIGORRI, Alfonso. *La protección de espacios naturales en España*. Ediciones Mundi-Prensa. Madrid, 2002.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. "Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente". *La insostenible situación del Derecho Penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (edición española). Comares. Granada, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 8ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 19ª edición revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco, LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen y GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *Manual de Derecho Penal Medioambiental*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del delito*. 4ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

MUÑOZ LORENTE, José; BAUCCELLS i LLADÓS, Joan y FARALDO CABANA, Patricia. "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, arts. 325, 327, 328, 329 y 339". *Comentarios a la Reforma Penal*

de 2010. Francisco Javier Alvarez García (Director), José Luis González Cussac (Director). Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

MUÑOZ LORENTE, José. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de Ley de 2007 de reforma del Código Penal de 1995. *La Ley Penal*. Nº 40. La Ley-actualidad. Madrid, 2007.

MUÑOZ LORENTE, José. “Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medio ambiental introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”. *La Ley penal: revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario*. Nº 6. La Ley-actualidad. Madrid, 2004.

MUÑOZ LORENTE, José. “El cambio de criterio jurisprudencial en relación con la calificación del peligro exigido para la consumación del tipo básico de los delitos contra el medio ambiente: el artículo 325 del Código Penal y su estructura de peligro hipotético (y II). Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2a, de 25 de octubre de 2002. Ponente: Sr. Sánchez Melgar)”. *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*. Año 5, Nº 55. La Ley-actualidad. Madrid, 2003.

MUÑOZ LORENTE, José. “Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista del Poder Judicial*. Nº 67. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2002.

MUÑOZ LORENTE, José. “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico”. *Revista de Derecho y proceso penal*. Aranzadi, Nº 6. Navarra, 2001.

MUÑOZ LORENTE, José. *La nueva configuración del principio non bis in idem (Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito ambiental)*. Ecoiurus, Madrid, 2001.

MUTSAKU KAMILAMBA, Kande. *La globalización vista desde la periferia*. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey- Porrúa. México, 2002.

NAVARRO FRÍAS, Irene. “Psicopatías y medidas de seguridad: el caso de los psicópatas sexuales y a libertad vigilada tras la última reforma del Código

Penal”. En: *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 105, diciembre. EDERSA. Madrid, 2011.

NEALE, Jonathan. *Cómo detener el calentamiento global y cambiar el mundo*. Traducción de Esther Pérez Pérez. Ediciones de Intervención Cultural/El viejo topo. Barcelona, 2012.

NIETO GARCÍA, Alejandro. “La vocación del Derecho Administrativo en nuestro tiempo”. *Revista de Administración Pública*. Nº 76. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1975.

NOVO, María. *La educación ambiental: bases éticas, conceptuales y metodológicas*. Editorial Universitas. Madrid, 2012.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. “Las medidas de seguridad con arreglo al Código Penal: carácter, presupuestos y límites”. En, *Revista del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Nº 60. Madrid, 2000.

OLCINA CANTOS, Jorge. “Globalización y sostenibilidad: retos ambientales en un mundo globalizado. Una visión desde la geografía española”. *Nuevos aires en la geografía española del siglo XXI*. Ministerio de Fomento. Madrid, 2012.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. “Delitos sobre la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio histórico y medio ambiente (III). Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”. En, *Sistema de Derecho Penal Español. Parte especial*. LORENZO MORILLAS CUEVA (coordinador) Dykinson, Madrid, 2011.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. “Análisis de la responsabilidad penal por el delito de contaminación atmosférica”. En, *El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas*. NURIA CASTELLÓ NICÁS (Directora). Dykinson. Madrid, 2011.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo y ARAÚJO NETO, Félix. *Introducción al Derecho Penal*. Ara editores. Lima, 2007.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. “Art. 325”. *Comentarios al Código Penal*. Segunda Época. Tomo X. Volumen II. Libro II. Manuel Cobo del Rosal (Director). Madrid, 2006,

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. “El mandato constitucional de protección del medio ambiente y su plasmación en el Código Penal de 1995”. En, *Estudios de Derecho Público: homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Volumen I. Tecnos. Madrid, 1997.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Tratado de Derecho Ambiental*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. “Comunidad Europea: Los programas de acción ambiental, el Sexto programa vigente”. *Diccionario de Derecho Ambiental*. Iustel. Madrid, 2006.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Lecciones de Derecho del medio ambiente*. Lex Nova. 4ª edición. Valladolid, 2005.

ORTEGA Y GASSET, José. “Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía”. *Obras Completas*. Volumen 21 (a cargo de P. Garagorri). Alianza. Madrid, 1982.

ORTEGA NAVARRO, Asensio. “Derecho de aguas”. *Derecho Ambiental. (Adaptado al EESS)*. Tecnos, Madrid, 2012.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Memento Experto. *Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010. Actualizado a julio 2010*. Ediciones Francis Lefebvre. Madrid.

ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

PARDO BUENDÍA, Mercedes. “Protección penal y accesoriadad administrativa en la nueva regulación para la protección del medio ambiente”. *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007.

PARDO BUENDÍA, Mercedes. “Sociología y medioambiente: hacia un nuevo paradigma relacional. *Política y sociedad*. Nº 23. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1996.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente” *Actualidad Penal*. Nº 10. La Ley. Madrid, 1997.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *et al.* *Código de medio ambiente*. 6ª edición. Thomson Aranzadi. Pamplona, 2008.

PASSOS DE FREITAS, Vladimir y PASSOS DE FREITAS, Gilberto. *Crimes contra a natureza*. Revista dos Tribunais. 8ª edición. São Paulo, 2006.

GARCÍA ALVAREZ, Pastora. “Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, con referencia a la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, y a la jurisprudencia sobre la materia”. *Revista General de Derecho Penal*. Nº 19. Iustel. Madrid, 2013.

PALMA HERRERA, José Manuel. “El papel de los *compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica”. En, *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA (director). Dykinson. Madrid, 2014.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal*. Editorial Porrúa. 3ª edición. México, D.F., 2003.

PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María. “Preferencias, coordinación y prevalencia en el ejercicio de competencias concurrentes”. Nº 149. *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999.

PÉREZ ALONSO, Esteban. “Expansión, riesgo y principio de precaución en el Derecho Penal”, En, PÉREZ ALONSO, Esteban; ARANA GARCÍA, Estanislao; MERCADO PACHECO, Pedro y SERRANO MORENO, José Luis. *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor: salud pública y alimentación: análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo*. Praxis, Barcelona, 1991.

PÉREZ FERRER, Fátima. “Derecho Penal *versus* cambio climático”. En, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. Nº 12. Granada, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de Derechos Humanos*. Thomson–Aranzadi, Pamplona, 2006.

PÉREZ MORENO, Alfonso. “Las bases de un Derecho Ambiental europeo”. *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi*. Coordinado por Rafael Gómez-Ferrer Morant. Civitas. Madrid, 1989.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 13ª edición. Revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán. Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 2012.

PÉREZ TOLENTINO, Jorge Alberto. “La inocuización como prevención especial negativa”. En, *Archivos de criminología, criminalista y seguridad privada*. Nº 8, enero-julio. Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León, A.C. Nuevo León, México. 2012.

PERIS RIERA, Jaime Miguel. *Delitos contra el medio ambiente*. Colección de Estudios Serie Minor. Universidad de Valencia. Valencia, 1984.

PETROCELLI, Biagio. *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*. CEDAM. Padova, 1940.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídicos-penais*. Revista dos Tribunais. 3ª edición. São Paulo, 2006.

PIMENTEL ÁLVAREZ, Julio. *Diccionario latín-español y español-latín*. 9ª edición. Editorial Porruá. México, 2009.

PLAZA MARTÍN, Carmen. “Medio ambiente en la Unión Europea”. *Tratado de Derecho Ambiental*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. “La criminalidad ecológica en la legislación penal española”. En, *Política Criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan Cobo del Rosal*. Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1993.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PRATS CANUT, Josep Miquel y MARQUÈS I BANQUÉ, María. En, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. GONZALO QUINTERO OLIVARES (Director) y FERMÍN MORALES PRATS (Coordinador). Thompson Reuters. 8ª edición. Pamplona, 2009.

PRATS CANUT, Josep Miguel. “El delito ecológico: Artículo 347 bis del Código penal”. *Economía industrial*. Nº 271. Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Madrid, 1990.

PRATS CANUT, Josep Miguel. “Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el proyecto de Código penal de 1980”. *Estudios jurídicos en honor al Prof. Octavio Pérez de Vitoria*. Bosch, Barcelona, 1984.

PRAT GARCÍA, Josep María; SOLER MATUTES, Pedro. *El delito ecológico: Jurisprudencia actual comentada (Incluye las STS 42/1999 y 177/1999)*. Cedecs. Barcelona, 2000.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*. Trotta. 2ª edición. Madrid, 2007.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho Penal Español Parte Especial*. 5ª edición. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, 2008.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal Ambiental*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. Aranzadi. 4ª edición. Navarra, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS (Coordinadores), Fermín. *Estudios de Derecho Ambiental*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. 9ª edición. Aranzadi. Pamplona, 2011.

RAMOS TAPIA, María Inmaculada. “La Directiva relativa a la protección penal del medio ambiente”. En, PÉREZ ALONSO, Esteban; ARANA GARCÍA, Estanislao; MERCADO PACHECO, Pedro y SERRANO MORENO, José Luis. *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

RAWLS, John. *A theory of justice*. 2ª edición. The Belknap press of Harvard University Press. Cambridge, 1999.

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. 2ª edición. Traducción de María Dolores González. Fondo de Cultura Económica. México, D.F., 1995.

REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal do ambiente*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 22º edición. Disponible en: www.rae.es

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Saraiva. 27ª edición. São Paulo, 2009.

REMIRO BROTONS, Antonio y FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María. *El cambio climático en el derecho internacional y comunitario*. Fundación BBVA. Bilbao, 2009.

RICO LARA, Manuel. “Concepción Arenal”. En, *Revista Internacional de Pensamiento Político*. 1ª época, volumen 4. Fundación Tercer Milenio y Universidad de Huelva. Sevilla, 2009.

RIPA JULIÁ, Isabel. *El cambio climático: una realidad*. Viceversa. Barcelona, 2011.

RIQUERT, Fabián Luis. y PALACIOS, Leonardo Pablo. “El Derecho Penal del enemigo o las excepciones permanentes”. *La Ley. Revista Universitaria*. Nº 3, año V. Buenos Aires, 2003.

ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no Direito Penal brasileiro*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2001.

RODRÍGUES-ARANA MUÑOZ, Jaime. “Medio ambiente y Administración Local”. *RDUMA*. Montecorvo. Año 35. Nº 188. Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal. Parte General*. Dykinson. Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Medidas de seguridad y Estado de Derecho". En, *Peligrosidad social y medidas de seguridad. (La Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*. Colección de estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia, 1974.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad". En, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Reus. Madrid, 1965.

RODRÍGUEZ MURILLO, Juan Carlos. "Globalización y medio ambiente". *Revista de Estudios Sociales y Sociología Aplicada*. Nº 125. Ejemplar dedicado a: Las otras caras de la globalización. Caritas española. Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "Balance de las aportaciones del Código Penal de 1995 en materia ambiental". *Revista de la Asociación de Derecho Ambiental*. No 1. Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "Alternativas de la protección ambiental". *Cuadernos de Política Criminal*. Universidad Complutense de Madrid. Instituto de Criminología. Madrid, 1983.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "La protección del medio ambiente en el Proyecto de Código Penal (Arts. 323 a 325 del Proyecto)" En, *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1981.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*. Bosch. Barcelona, 1986.

ROSEMBUJ, Tulio. "Globalización". *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Comparado*. (Ejemplar dedicado a: Globalización y Cooperativismo). Nº 40. Asociación Internacional de Derecho Comparado. Bilbao, 2006.

ROXIN, Claus. “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 15. Universidad de Granada, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Thompson civitas. Madrid, 2008.

ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”. *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehl (Coordinador). Marcial Pons. Madrid, 2007.

ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*. Hammurabi. 2ª edición. Buenos Aires, 2002.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

ROXIN, Claus. “El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo”. *Dogmática Penal y Política Criminal*. Traducción de Abanto Vázquez. Idemsa. Lima, 1998.

ROXIN, Claus. *Iniciación al Derecho Penal de hoy*. Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones. Sevilla, 1981.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Reus. Madrid, 1981.

ROXIN, Claus. *Problemas básicos del Derecho Penal*. Reus. Madrid, 1976.

RUBIO CARRACEDO, José. *El hombre y la ética: humanismo crítico, desarrollo moral, constructivismo ético*. Antrophos. Barcelona, 1987.

SAAVEDRA RUIZ, Juan. *Código Penal: Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. 2ª edición actualizada conforme a los cambios de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Colección Tribunal Supremo. El Derecho, Madrid, 2011.

SÁNCHEZ GARCÍA, María Isabel. *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico – Universidad de Valladolid. Valladolid, 1999.

SÁNCHEZ ORTIZ, Mónica y PÉREZ PINO, Virginia. *Diccionario Jurídico básico*. 5ª edición. Tecnos. Madrid, 2012.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga. *Los principios en el Derecho Penal y la dogmática penal*. Dykinson. Madrid, 2004.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián. “La jurisprudencia penal en materia medioambiental”. *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007.

SÁNCHEZ–MESA MARTÍNEZ, Leonardo J. “Aspectos básicos del Derecho Ambiental: objeto, caracterización y principios. Regulación constitucional y organización administrativa del medio ambiente”. *En, Derecho Ambiental. (Adaptado al EEES)*. Tecnos, Madrid, 2012.

SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José. “Los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente”. *Revista de Administración Pública*. Nº 163. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004.

SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Dykinson. Madrid, 2000.

SANTOS URBANEJA, Fernando *et al.* “Comentario sobre la propuesta de anteproyecto de modificación del Código Penal en relación a las medidas de seguridad”. Grupo de “Ética y Legislación”. *En, Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN)*. Volumen 34, Nº 121, enero-marzo. Madrid, 2014.

SANZ ENCINAR, Abraham. “El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del Derecho”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad en el Derecho). Nº 4. Madrid, 2000.

SANZ MORÁN, Ángel José. “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”. *En, MUÑOZ CONDE, Francisco José, et al. Un Derecho*

Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

SANZ MORÁN, Ángel José. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal.* Lex Nova. Valladolid, 2003.

SANZ PÉREZ DE GUSMÁN, Elena. *Los cambios del clima.* Editorial Darwin. Almería, 2007.

SCHMID, Wilhelm. *El arte de vivir ecológico: lo que cada uno puede hacer por la vida en el planeta.* Pre-Textos. Valencia, 2011.

SCHÜNEMANN, Wolfgang Bernward. “La destrucción ambiental como arquetipo del delito”. Ponencia presentada en el Congreso Jurídico Internacional sobre globalización, riesgo y medio ambiente organizado por la Universidad de Granada. 3-5 de marzo de 2010.

SCHÜNEMANN, Wolfgang Bernward. “Sobre la Dogmática y la Política Criminal del Derecho Penal del medio ambiente”. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio.* Tecnos. Madrid, 2002.

SCHÜNEMANN, Wolfgang Bernward. “ Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva”. En, *Política Criminal y nuevo Derecho Penal.* Libro homenaje a Claus Roxin. Bosch. Barcelona, 1997.

SEGURA GARCÍA, María José. *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

SEN, Amartya. *Desarrollo y crisis global.* Editorial Complutense. Madrid, 2011.

SERRANO BUTRAGUEO, Ignacio. *Las penas en el nuevo Código Penal: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre: doctrina, jurisprudencia, Derecho comparado y casos prácticos.* Comares. Granada, 1996.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso. “Notas al Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de octubre de 2012”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* Nº 15. Universidad de Granada, 2013.

SERRANO MORENO, José Luis. *Principios de Derecho Ambiental y ecología jurídica.* Trotta. Madrid, 2007.

SERRANO TÁRRAGA, María Dolores *et. al.* *Tutela Penal Ambiental*. Dykinson. Madrid, 2009.

SGUBBI, Filippo. "Tutela penale di interessi diffusi". *La Questione Criminale: Rivista di ricerca e di dibattito su devianza e controllo sociale*. No. 3. Bologna, 1975.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 3ª edición. EDISOFER. B de F. Madrid, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Tiempos de Derecho Penal*. B de F. Buenos Aires, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales". *Incidencia medioambiental y Derecho Sancionador*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". En, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Nº 2. Barcelona, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Del Derecho abstracto al Derecho real". En, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. Número 4. Barcelona, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María "La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas". *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. Nº 342. Barcelona, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos contra el medio ambiente*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente". *La reforma de la justicia penal: (estudios en Homenaje al Prof. Klaus Tiedmann)*. Coordinado por Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac. Universitat Jaume I. Castellón de la Plana, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1982.

SILVELA CASADO, Luis. *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*. 2ª edición. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fe. Madrid, 1908.

SINGER, Peter. *Un solo mundo*. Barcelona, Paidós, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. Saraiva. 4ª edición. São Paulo, 2011.

SKAGEN EKELI, Kristian. "Environmental risks, Uncertainty and intergenerational ethics". En, *Environmental values*. Volumen. 13, Nº 4. The White Horse Press. Cambridge, 2004.

SOTO NAVARRO, Susana. Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos. Tomo LVIII. *ADPCP*. Ministerio de Justicia. Madrid. 2005.

SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*. Comares. Granada, 2003.

SPEEDING, D.J., *Contaminación atmosférica*. Editorial Reverté, S.A., Barcelona, 2002.

STIGLITZ Joseph Eugene. *El malestar en la globalización*. Traducción de Carlos Rodríguez Braun. Taurus. México, 2002.

SÚAREZ RODRÍGUEZ, Ernesto *et al.* "¿Qué motiva la relación del medio ambiente?: La relación del ecocentrismo y del antropocentrismo con la motivación interna y externa". *Revista de Psicología Social*. Nº 3. Volumen 22. Fundación Infancia y Aprendizaje. Madrid, 2007.

SUTHERLAND, Edwin. *El delito de cuello blanco*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969.

SWYNGEDOUW, Erik. "¡La naturaleza no existe! La sostenibilidad como síntoma de una planificación despolitizada". Traducción: Álvaro Sevilla Buitrago. *Revista Urban*. NS01. Universidad Politécnica de Madrid. Madrid, 2011.

TAMARIT SUMALLA, José María. “Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En, Díez Ripollés/ Romeo Casabona/ Gracia Martín, Higuera Guimera, (editores). *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, 2003.

TAPIA BALLESTEROS, Patricia. “Las medidas de seguridad. Reformas más recientes y últimas propuestas”. En, *Revista Jurídica de Castilla y León*. Nº 32. Junta de Castilla y León. 2014.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. “Protección penal del medio ambiente. Jurisprudencia e intuición”. *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al Profesor Josep Miquel Prats Canut*. Coordinador por Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. “El Derecho Penal de la globalización: Luces y sombras”. Transformaciones del Derecho en la mundialización. *Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, 1999.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Derecho Penal del medio ambiente*. Trotta. Madrid, 1997.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. “Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras”. *Estudios penales y criminológicos*. Nº XIX. Universidad Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1996.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. “Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español: Luces y sombras”. *Estudios penales y criminológicos*. Nº 19, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1996.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Derecho Penal de la empresa*. Trotta. Valencia, 1995.

THOMPSON, Allen. “Environmentalism, Moral Responsibility, and the Doctrine of Doing and Allowing”. *Ethics, Place and Environment*. Volumen 9, Nº 3. Routledge. Carolina del Sur, 2006.

TIEDEMANN, Klaus. "El Derecho Penal alemán del ambiente: cuestiones dogmáticas novedosas". *Derecho Penal económico*. Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU). Barcelona, 1993.

TELLERÍA, José Luis. *El impacto del hombre sobre el planeta*. Editorial Complutense. Madrid, 2005.

TELES DA SILVA, Solange. *O Direito Ambiental Internacional*. Del Rey. Belo Horizonte, 2010.

TOHARIA CORTÉS, Manuel. *El Cambio Climático y otros problemas de la humanidad*. Fundación ECOEM. Sevilla, 2010.

TOMLINSON, John. *Globalización y cultura*. Traducción de Fernando Martínez Valdés. Oxford University Press. México, 2001.

TORRES LÓPEZ, María Asunción. "El Derecho Sancionador: ámbito penal y ámbito administrativo". *Derecho Ambiental. (Adaptado al EEES)*. Tecnos, Madrid, 2012.

TORIO LÓPEZ, Ángel. "Los delitos del peligro hipotético". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Nº 34. Ministerio de Justicia. Madrid, 1981.

TRABADO ÁLVAREZ, Concepción. *Protección penal del medio ambiente. Derecho Penal y normativa extrapenal sobre medio ambiente*. Septem Ediciones. Oviedo, 2001.

URRUELA MORA, Asier. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*. Comares. Granada, 2009.

VALLS PRIETO, Javier. "Instrumentos internacionales para la protección del aire. Especial referencia al protocolo de kyoto y su asimilación en el Derecho Europeo". En, *El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas*. NURIA CASTELLÓ NICÁS (Directora). Dykinson. Madrid, 2011.

VALERY MIRRA, Álvaro Luiz. *Impacto ambiental. Aspectos da legislação brasileira*. 4ª edición. Editora Juarez de Oliveira. São Paulo, 2008.

VELAYOS CASTELO, Carmen. “Responsabilidad ante el cambio climático”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. Nº 12. Granada, 2009.

VERA JURADO, Diego José. “La evaluación de impacto ambiental y las competencias ejecutivas en materia de medio ambiente: Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Administración Pública*. Nº 148. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador *et al.* “Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas”. En, *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*. Generalitat Valenciana. Valencia, 1987.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi Colettivi e proceso: la legittimazione ad agire*. Giuffrè. Milano, 1970

VIZCAÍNO SÁNCHEZ – RODRIGO, Paz. *Introducción al Derecho del medio ambiente*. CTO Medicina, Madrid, 1996.

VOGEL, Joachim . “Derecho Penal y globalización”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Nº. 9. Ejemplar dedicado a: Globalización y Derecho. Coordinado por Manuel Cancio Meliá. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2005.

VON IHERING, Rudolf Caspar. *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*. Edición de Federico Fernández-Crehuet. Trotta. Madrid, 2008.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. B de F., Buenos Aires, 2004.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad., Bustos Ramírez-Yañez Pérez. 12ª ed., alemana y 3ª castellana. Jurídica de Chile. Chile, 1967.

WEYERMÜLLER, André Rafael. *Direito Ambiental e aquecimento global*. Atlas. São Paulo, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La virtud de la duda. Una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi*. Editorial Trotta. Madrid, 2012.

ZAMAGNI, Stefano. “El bien común en la sociedad posmoderna: propuestas para la acción política-económica”. En, *Revista Cultura Económica*. Ejemplar dedicado a pacto social y bien común. Nº 70. Pontificia Universidad Católica Argentina. Buenos Aires, 2007.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *et al.* *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”. *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 53. EDERSA/Universidad Complutense: Instituto Universitario de Criminología. Madrid, 1994.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *Societas delinquere non potest*”. *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 11. EDERSA. Madrid, 1980.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Colex, Madrid, 2001.

