

Prof. Beatriz Suárez López

Máster en Derecho, con especialidad en Derecho penal de la Universidad de Alcalá. Profesora de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Colombia. Socia de la FICP.

~La estructura del tipo de injusto del delito de contaminación ambiental*~

INTRODUCCIÓN

El Derecho penal ambiental plantea una problemática muy interesante en relación con el denominado *Derecho penal moderno*. Dentro de esta discusión se señala que los delitos que forman parte de este grupo –donde se encuentran los delitos ambientales–, tienen al menos tres aspectos en común. Por una parte, protegen bienes jurídicos supraindividuales; por otra, tienen como característica la dificultad de delimitación del bien jurídico, dado su carácter difuso; y, en último lugar, el uso del peligro abstracto como técnica de tipificación para determinar su lesividad¹.

Se puede señalar que, en relación con el medio ambiente, se está en presencia de un bien jurídico supraindividual, y donde es además posible delimitar y concretar el contenido de este. El análisis del uso de la técnica de delito de peligro abstracto será el tema que principalmente se abordará en esta ponencia.

La tipificación de delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales tiene su mayor proliferación en los últimos veinte años². A este fenómeno se le ha denominado

* El presente trabajo abarca algunos de los avances realizados en el marco de mi tesis doctoral “Los delitos contra el medio ambiente: estudio específico del arts. 325 CP español” –codirigida por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña y la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas–.

¹ SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, p. 171, resalta que la principal incidencia de este fenómeno tiene que ver con la legitimidad de esos bienes jurídicos, pero además con la eficacia del DP en brindar una protección adecuada a los mismos. Así mismo, la autora destaca diversos problemas Y agrega, para el debate que ocupa estas líneas: «Estos dos últimos [haciendo referencia a los principios de seguridad jurídica y de lesividad] se habrían visto especialmente afectados por la proliferación, con respecto a los bienes jurídicos colectivos, de estructuras típicas de peligro». Por su parte MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, p. 3, mediante una metáfora explica este fenómeno: «El hecho de que hoy el tipo de peligro abstracto se haya convertido en prototipo de modelo de técnica legislativa del Derecho penal moderno, ha hecho que se pase de su condición de “hijastro” abandonado por la dogmática y la ciencia penal en general, a ser prácticamente el “hijo preferido” del legislador y de buena parte de la doctrina», p. 5: «La discusión sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto debido a la falta de lesividad o peligrosidad de algunas de las acciones finalmente incluidas en el tipo, plantea el problema de la no coincidencia entre la infracción formal del precepto y la vulneración del fin de protección de la norma, si este se considera ha de consistir, en definitiva, en la protección de bienes jurídicos frente a conductas que sean capaces de crear, al menos un peligro serio para los mismos»; así tb., MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, pp. 35-37.

² Sobre el particular SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, p. 171, señala que un fenómeno presente en las sociedades democráticas modernas es la introducción de nuevos bienes jurídicos de carácter colectivo, lo que ha encendido las alarmas por parte de buena parte de la doctrina

DP moderno³, aunque algunos llegan a calificar esta tendencia como DP expansivo⁴. Con independencia del nombre que se le dé, lo relevante es que se identifica a este grupo de delitos con un DP que merma garantías⁵. Al aplicar estas argumentaciones a los delitos ambientales, mediante un silogismo, ello podría verse así:

- Premisa mayor: Los bienes jurídicos supraindividuales y las estructuras típicas de peligro abstracto no son propias de un DP garantista.
- Premisa menor: Los delitos ambientales protegen bienes jurídicos supraindividuales y tienen estructuras típicas de delitos de peligro abstracto.
- Por tanto: Los delitos ambientales no son propios de un DP garantista.

Una conclusión como esta no puede ser aceptada sin más, al menos no desde lo que se pretende defender en esta ponencia. Por ello, aunque la conclusión a la que se llegará es que tratándose del delito de contaminación ambiental es posible admitir el uso de la estructura de delito de peligro abstracto, ello no implica aceptar las premisas que fueron expuestas⁶. Antes de desarrollar las cuestiones dogmáticas respecto a la estructura del injusto en el delito ecológico, conviene recalcar que mi trabajo investigativo se enmarca en un modelo de DP garantista. Si bien se considera que el DP debe dar pasos hacia la modernidad, este avance no puede suponer el sacrificio de garantías propias del DP. Por ello, las técnicas de tipificación usadas por los legisladores deben cuidar y salvaguardar las garantías que con tanto recelo se han pretendido proteger⁷. Entonces, la tarea es encontrar para el delito de contaminación ambiental, la manera de que dichas garantías se puedan proteger en el nivel más alto

³ MAYO CALDERÓN, Bienes jurídicos colectivos, 2005, p. 35.

⁴ Aunque se recuerda, que no se deben asimilar a la ligera los conceptos de DP expansivo con DP moderno, v. *supra* capítulo 5, apartado II (referencias dentro de la tesis).

⁵ MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, p. 4; ALONSO ÁLAMO, en: Serrano-Piedecabras, J./Demetrio Crespo, E. (dir.), Derecho penal económico, 2010, pp. 156-158; v. *supra* capítulo 5, apartado II. a. y b. (referencias dentro de la tesis).

⁶ Se aclara que, si bien se considera esta estructura como posible para el delito de contaminación ambiental, ello se hace con salvedades, las cuales serán revisadas al finalizar este acápite.

⁷ Resulta muy relevante lo señalado por MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, p. 7: «La necesidad de intervenir penalmente para prevenir ciertos comportamientos indeseables es incuestionable, pero también debe serlo la convicción de que ello solo puede hacerse de manera compatible con los principios que hoy entendemos que pertenecen a un sistema legítimo de intervención penal, como son las garantías de legalidad, certeza, seguridad, intervención mínima y *ultima ratio*, lesividad para bienes concretos, culpabilidad y proporcionalidad. No se trata de la “vuelta” a un modelo previo mejor, sino de tender a perfeccionar un ideal garantista nunca totalmente consolidado y de no dejar que una posible crisis de efectividad y legitimidad afecte de manera irreversible a la orientación en la que parece más adecuado perseverar».

posible, sin que ello implique una pérdida en cuanto a la eficacia del DP⁸. Así las cosas, aceptar que el medio ambiente como bien jurídico supraindividual tiene como única estructura típica la de delitos de peligro abstracto⁹, sin hacer ciertas aclaraciones al respecto, sería pasar de largo sobre estas críticas, y en último término, llevaría a darle la razón a estas tácitamente.

1. BREVE APROXIMACIÓN A LA ESTRUCTURA DEL INJUSTO TÍPICO DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

Parece que se suele aceptar, sin mayores reparos, una estructura de peligro abstracto para el delito de contaminación ambiental, excluyendo de plano las demás posibilidades, sin determinar las razones que llevan a optar por una y descartar las otras. Lo que se pretende hacer, a partir de este momento, es precisamente analizar, desde el punto de vista dogmático y político criminal, los argumentos que subyacen a esta discusión, abonando el terreno para el análisis específico del art. 325 CP.

En materia de delitos ambientales, se parte de una presunción. Teniendo en cuenta su carácter supraindividual, aunado a la dificultad para delimitar el bien jurídico, se afirma la imposibilidad de establecer su lesión¹⁰, imposibilidad meramente aparente, como se verá¹¹.

⁸ Se aclara que cuando se dice eficacia, se quiere señalar que la pretensión del DP ha de ser la de brindar una verdadera protección al bien jurídico tutelado, evitando caer en un mero simbolismo de la norma. Como lo señala CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, p. 200 «A la intervención penal en estos nuevos sectores también se le ha denominado Derecho penal simbólico, en la mayoría de las ocasiones en un sentido crítico, es decir, en el sentido de negar que el Derecho penal pueda ser eficaz en estos ámbitos y, al mismo tiempo, negar legitimidad a un Derecho penal que no tiene eficacia real y que solo cumple una función simbólica. Así formulado este planteamiento es incorrecto en sus dos premisas, respecto de la primera, porque no está demostrada su inutilidad ya que el Derecho penal puede ser eficaz también en estos ámbitos y, no solo puede ser eficaz, sino que ya lo es actualmente. La pretendida ineficacia no puede fundarse en que se persiguen muy pocos de estos delitos ni en que se siguen realizando actividades delictivas en estos ámbitos, sino que debería de examinarse hasta que punto la creación de estos nuevos delitos no está sirviendo ya para que muchos dejen de realizar estas actividades de forma delictiva, y para obligar a la Administración a tener un mayor cuidado en sus actuaciones».

⁹ Al respecto, MAYO CALDERÓN, *Bien jurídico colectivo*, 2005, p. 116, n. 466, señala que la técnica de tipificación de delitos de peligro abstracto es una opción que el legislador toma como posible, con el fin de proteger el bien jurídico, pero que no viene dada por el bien jurídico en sí mismo. En ese sentido, los bienes jurídicos colectivos pueden configurarse como delitos de peligro abstracto, así como bienes jurídicos individuales pueden decantarse por esa misma opción.

¹⁰ Se reconoce que existe dificultad en determinar la lesión de todos los bienes jurídicos supraindividuales, sin embargo, al margen de esa dificultad, se enfatiza en que el objetivo de esta tesis es la de hacer un estudio dogmático del delito de contaminación ambiental, por ello los presupuestos de los cuales se partirá, y las conclusiones a las cuales se llegarán, solo serán aplicables al delito objeto de estudio.

¹¹ PAREDES CASTAÑÓN, en: LH-Rodríguez Ramos, 2013, p.764; PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, 11, 2003, p. 97.

Esta problemática, sin embargo, no es extensible al bien jurídico medio ambiente. Este bien jurídico penal obedece a un concepto no solo normativo (aunque puede llegar a serlo) sino, principalmente de carácter naturalístico, de manera que lo que se pretende proteger es la capacidad de la estructura —denominada *pirámide de la tierra*¹²— de recuperarse, de contrarrestar los efectos de diversas actividades que inciden en ella. Actividades muchas veces provenientes de la misma naturaleza (piénsese en un fenómeno natural que altere la composición de la pirámide) o del ser humano (explotación de recursos naturales para diversos usos). Este concepto es lo suficientemente concreto para determinar que la lesión al medio ambiente se dará cuando se afecte la capacidad de resiliencia, recuperación o regeneración de la pirámide, capacidad que puede ser natural (cuando la propia naturaleza lo realiza), o con incidencia humana (cuando el ser humano realiza acciones con el fin de ayudar al proceso de recuperación natural).

De lo anterior, a grandes rasgos, se desprende que el bien jurídico medio ambiente no tiene como única opción de tipificación la de peligro abstracto, pues la lesión al bien jurídico sí que puede llegar a delimitarse¹³. Esta postura pretende darle mayor legitimidad, y trata de hacer frente a las críticas atrás mencionadas¹⁴.

Como acabamos de ver, el bien jurídico medio ambiente puede ser lesionado. Sin embargo, con el fin de asegurar la protección al mismo, el legislador tipificó la contaminación ambiental como un delito de peligro. Y, según interpretación de la

¹² El concepto *pirámide de la tierra* es el que he determinado con el fin de describir el contenido y delimitación del bien jurídico, a lo largo de la ponencia se irá señalando en qué consiste el mismo.

¹³ Esta discusión en torno a la posibilidad de lesión de los bienes jurídicos supraindividuales tiene especial relevancia cuando se hace referencia a los bienes supraindividuales que no tienen un referente conceptual natural, sino normativo. En ese sentido, se considera que, además de la concreción del bien jurídico, se debe también, redefinir el concepto de lesión y de causalidad lesiva, v. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Delitos, Tesis doctoral inédita, 2017, pp. 358-375. Sin embargo, esta situación no es tan clara en los delitos ambientales, por lo cual, acudiendo a criterios tradiciones puede determinar su lesión y su causalidad lesiva, siendo, en todo caso, absolutamente determinante para ello, la concreción del bien jurídico que se pretende tutelar.

¹⁴ Bajo este entendido, se puede desmontar aquella crítica que se le hace a los delitos de peligro abstracto como única estructura posible en delitos supraindividuales, la cual señala que todo aquello que no puede ser lesionado tampoco puede peligrar, por tanto, establecida la posibilidad de lesión, también se puede concretar la posibilidad de peligro. Cfr. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Delitos, Tesis doctoral inédita, 2017, pp. 359-360. Hacen parte de esta doctrina SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, p. 178: «En mi opinión, es erróneo el recurso a estructuras típicas de peligro abstracto sobre la base de que no es determinable la lesión de os bienes jurídicos colectivos, por tratarse de objetos ideales. Partimos de que el peligro es el estadio previo a la lesión y el adelantamiento de la tutela a través de estructuras típicas de peligro solo tiene sentido para evitar la posible lesión del bien jurídico, por lo que si esta no es determinable, difícilmente lo será la efectiva puesta en peligro del bien jurídico (peligro concreto) o la peligrosidad general de una acción (peligro abstracto)»; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Delitos de peligro, 1993, pp. 40-43, 160-161.

doctrina mayoritaria, bajo una estructura de peligro abstracto. Si bien son varios los reparos que se le han hecho a esta estructura¹⁵, parece ser que esta es la que más se ajusta a los intereses de tutela ambiental. El hecho de que a muchas de estas críticas no les falte razón, crea una carga especial al momento de intentar legitimar los delitos de peligro abstracto.

Se propone entonces analizar las razones que permiten defender el uso de los delitos de peligro abstracto en los delitos ambientales, pero desde una orilla más garantista. Resaltan dos argumentos relevantes. Por un lado, mediante esta configuración se permite adelantar las barreras punitivas con el fin de pretender la prevención de estas conductas punibles¹⁶. Y por otro, —argumento que se considera más importante—, que mediante el uso de esta técnica el DP puede intervenir antes de que se dé la lesión al bien jurídico, pues en muchas ocasiones la lesión se verifica solo tras

¹⁵ Resumiendo, algunas de las críticas, atendiendo al grado de exigencia, MENDOZA BUERGO, en: Jorge Barreiro (dir.), *Estudios*, 2005, p. 114, señala que es posible afirmar que los delitos de peligro abstracto son utilizados, en muchos casos, con el fin de evitar la prueba de la efectiva lesión y del concreto peligro del bien jurídico. Igualmente se considera que esta estructura se aplica a aquellos bienes jurídicos en donde la lesión resulta difícil de esclarecer, como es el caso, dirían algunos, de los bienes jurídicos supraindividuales, así lo señala MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, p. 16, llegándose a afirmar, que esta clase de delitos no prevén la posibilidad de lesión, sino solamente la realización de una conducta que se considera peligrosa. Al respecto indica CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, p. 213, que en estos casos se «fundamenta la punibilidad en la peligrosidad general de un comportamiento determinado o de una determinada consecuencia y acepta que son necesarios cuando es necesario organizar un ámbito social regularizando conductas». Estas características llevan a aseverar que se está ante una estructura típica poco garantista (SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, 2003, pp. 1-3; PAREDES CASTAÑÓN, en: LH-Rodríguez Ramos, 2013, pp.764-765). Así, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, pp. 20-30; p. 183: «Una de las objeciones a la protección de bienes jurídicos supraindividuales es la rotura de principios básicos del Derecho penal que supone castigar una conducta sin verificar la existencia de peligro incriminando la mera desobediencia». Todo esto lleva como consecuencia que se desconozcan algunos principios básicos del DP como el de lesividad u ofensividad (Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, p. 216; SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, 2003, p. 176; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, *Delitos*, Tesis doctoral inédita, 2017, p. 36-42). Pese a estas dificultades, lo paradójico es que lejos de evitarse el uso de estas estructuras, en la actualidad se encuentran cada vez más delitos con dicha técnica de tipificación, justificándose en la necesidad de brindar una tutela preventiva del bien jurídico (CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, p. 213; MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, p. 5).

¹⁶ Pese a que la labor preventiva del DP se encuentra en entredicho, esto no es suficiente para anular el hecho de que es una función que cumple la norma penal. Cfr. FRISCH, *Indret*, 4, 2005, p. 8, «Para ser justos, pues, también deberá trasladarse esto al Derecho penal del medio ambiente: puede ser que alguna infracción medioambiental que anteriormente (i. e. antes de la entrada en vigor de los mencionados tipos) se cometía con ligereza, se haya evitado gracias al efecto prolongado del Derecho penal del medio ambiente; especialmente si se lo acompaña de la creciente concienciación popular respecto al medio ambiente. En esa línea, es posible que algún empresario, dadas las consecuencias penales que acarrea superar ciertos límites, se haya esmerado y se esmere más en cumplirlos que lo que quizás haría si no hubiese consecuencias de esa naturaleza. En definitiva, podrá y deberá atribuirse un cierto efecto preventivo a los tipos penales para la protección del medio ambiente —y ello aunque esa fuerza preventiva sea difícil de medir—»; MENDO ESTRELLA, *ADPCP*, 2008, p. 244, resalta la labor preventiva del DP en este ámbito, considerando además, que frente a los atentados medio ambientales no es adecuado esperar a la lesión, pues los daños pueden llegar a ser irreparables.

varios años de haberse ejecutado la acción¹⁷, lo que dificulta, por no decir hace imposible, determinar la causalidad entre acción y resultado. Esto lleva a considerar que no ha de esperarse a que el daño al bien jurídico se materialice, ya que basta con determinar el despliegue de una actividad contaminante, y sancionar con base en la peligrosidad que esta conducta genera para el bien jurídico¹⁸. Debe aclararse que, el límite de esta postura está dado por la posibilidad de determinar que la acción individual es peligrosa para afectar el medio ambiente, sin que pueda ello presumirse, y sin que pueda considerarse lesiva una acción que quede en el campo de la bagatela. Por ello, se anticipa que los delitos de acumulación no tendrían cabida como estructura típica posible, por ir en contra de muchas garantías del DP.

Igualmente, parece necesario aclarar que la doctrina identifica varios tipos de peligro abstracto¹⁹. Por una parte, están los delitos de peligro abstracto en sentido estricto, también llamados puros, o de peligro presunto, que se caracterizan porque la peligrosidad de la conducta forma parte de la *ratio legis* del delito, es decir, la peligrosidad no se considera un elemento del tipo objetivo y, por tanto, no se requiere probarla, sino que se presume, por lo que es relevante el hecho de que el legislador consideró que determinados comportamientos son generalmente peligrosos para el objeto de protección y el bien jurídico protegido²⁰. Podría decirse, coloquialmente, que el legislador hizo la tarea por el juez. Él determinó la existencia de unos parámetros de peligrosidad que están implícitos en la conducta.²¹ Por otro lado, se encuentran los

¹⁷ Al respecto señala GÓMEZ RIVERO, en: Martos Núñez, *Ambiental*, 2006, p. 80, que en materia de delitos ambientales el uso de la técnica de delitos de peligro se encuentra más que justificado. De tal manera que si se considerara la lesión al bien jurídico como exigencia de consumación de la conducta ello llevaría a múltiples dificultades de índole probatoria, pues sería prácticamente imposible demostrar el vínculo causal entre acción y resultado. Indica la autora «Baste pensar en que la complejidad de los factores que se interrelacionan hace realmente difícil afirmar que la causa de la lesión al medio ambiente ha sido una determinada conducta. Y ello, al menos, por tres razones. La primera porque en algunas modalidades de conducta, como las emisiones, sus efectos suelen acumularse durante años, siendo el resultado lesivo consecuencia de un largo proceso de actuación. La segunda, porque a veces el efecto de emisión de materias contaminantes se refuerza con la combinación de otros agentes, lo que resulta especialmente frecuente en los polos industriales en los que confluyen emisiones de diferente tipo, donde el deterioro medio ambiental es fruto, la mayoría de las veces, de una combinación de factores en los que resulta difícil desglosar la contribución de cada uno de ellos. En tercer lugar, porque a veces el efecto lesivo se debe a factores aleatorios, ajenos a la acción misma, como puede ser el viento, la temperatura, etc.». Sumado a estas razones, la autora también señala que esperar a la lesión implicaría una intervención tardía por parte del DP.

¹⁸ Cfr. SERRANO TÁRRAGA/SERRANO MAÍLLO/VÁSQUEZ GONZÁLEZ, *Tutela*, 3.ª, 2017, p. 170, n. 74.

¹⁹ Sobre el particular v. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, *Delitos*, Tesis inédita, 2017, pp. 24-30, 50-59.

²⁰ MENDOZA BUERGO, en: Jorge Barreiro (dir.) *Estudios*, 2005, pp. 114, 127-128; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, *Delitos*, Tesis inédita, 2017, pp. 24-26.

²¹ TORIO LÓPEZ, *ADPCP*, 1981, p. 825, señala que esta situación ha llevado a la parte de la doctrina a considerar los delitos de peligro abstracto como delitos de peligro presunto, considerando que aplica una presunción *iure et de iure*. Al respecto, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª, 2016, 12/47, afirma que aún es estos

delitos de peligro abstracto que exigen algo más que la mera realización de la conducta; entre ellos se ubican los delitos de aptitud o idoneidad o delitos de peligro abstracto hipotético²². Estos reclaman por parte del legislador algo más que la mera descripción de una conducta catalogada como peligrosa. Por ello, el juez debe probar que la acción es idónea para afectar el objeto de protección, y como consecuencia de ello, la peligrosidad forma parte del tipo objetivo, y ha de ser comprobada. Esta es la estructura que, a mi juicio, se ha empleado el delito del art. 325 CP²³.

2. LA ESTRUCTURA DEL TIPO DE INJUSTO PARA EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

Con la entrada en vigor del CP/95, se tratan de corregir algunas dificultades detectadas del delito ecológico del CP anterior. Específicamente en el tema que se aborda en esta ponencia, pues en la redacción inicial el legislador establecía que las conductas de contaminación eran punibles cuando *puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*, o cuando exista un *riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas*.

La interpretación doctrinal estaba dividida. Para cierto sector, el legislador estableció un delito de peligro concreto²⁴. Para otro, se estaba en presencia de un delito de peligro abstracto, pero entendido como de peligro hipotético o de aptitud²⁵. Se aclara en todo caso, que el punto de partida común era el rechazo absoluto frente a la

supuestos de un peligro abstracto puro, la referida presunción debe ser *iuris tantum* en el entendido de que, sí admite prueba en contrario, y recalca que una interpretación diferente debería ser rechazada de plano pues iría en contravía con los principios del DP; MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, p. 75.

²² MENDOZA BUERGO, en: Jorge Barreiro (dir.) Estudios, 2005, p. 114, «Entiendo preferible concebir los delitos de peligro abstracto como un conjunto de diferentes delitos cuyo común denominador es que el tipo sanciona la realización de una conducta peligrosa, esto es, que de acuerdo con un juicio *ex ante* suponga un riesgo típicamente relevante de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico y no exige una efectiva puesta en peligro, juzgada *ex post*, para el objeto de la acción o el bien jurídico protegido»

²³ Avalan la estructura de delito de peligro abstracto en sentido de peligro hipotético o de aptitud: MENDOZA BUERGO, en: Jorge Barreiro (dir.) Estudios, 2005, p. 114; ALONSO ÁLAMO, en: Serrano-Piedecabras, J./Demetrio Crespo, E. (dir.), Derecho penal económico, 2010, p. 195.

²⁴ MATEOS-RODRÍGUEZ ARIAS, 1997, p. 98.

²⁵ MENDO ESTRELLA, ADPCP, 2008, pp. 247-248. Para fundamentar la exigencia de un delito de peligro abstracto señala este autor que cuando el legislador ha querido establecer un tipo de peligro concreto ha dejado clara la exigencia de peligro en el tipo penal, como sucede con los delitos de los arts. 380 y 362 CP; DE LA CUESTA ARZAMENDI, en Valle Muñiz (coord.), Protección jurídica, 1997, p. 190.

consideración de un delito de peligro abstracto puro²⁶. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se inclinaba por considerar el peligro hipotético como estructura típica.

Esta estructura se mantuvo intacta a pesar de las reformas del 2003 y 2010. Sin embargo, la última reforma (2015) modifica sustancialmente ente el delito²⁷. Así, se reforma el tipo básico (art. 325.1), estableciendo que el delito puede cometerse cuando la conducta *cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas*. Por su parte, el que era el tipo básico antes de la reforma pasa a ser un subtipo agravado (art. 325.2,1), señalando que el delito se cometerá cuando las conductas descritas en el tipo básico *pusieran perjudicar*

²⁶ Sobre el particular, MENDO ESTRELLA, ADPCP, 2008, p. 148, «La ausencia de un peligro abstracto en el 325.1 resulta, si cabe, más evidente, pues aquel tipo de peligro se expresa con la simple enunciación de la acción u omisión típicas y, como se ha dicho, no exige ningún tipo de lesividad potencial. Para entender el 325.1 como un delito de peligro abstracto bastaría, para considerar colmado el tipo, con la realización o provocación de los agentes perjudiciales estudiados contraviniendo la normativa extrapenal pero el legislador, como se desprende de su lectura, no se conforma simplemente con ello». Así también, la jurisprudencia descarta la posibilidad de entender este delito como de peligro abstracto puro, así por ejemplo: STS de 25 de mayo de 2004, que señala: el tratamiento de este problema, la más reciente jurisprudencia ha calificado el tipo delictivo del artículo 325 del Código Penal vigente, no como un delito de peligro concreto ni tampoco abstracto estricto sensu, sino como un delito de peligro hipotético, no siendo bastante constatar la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa»

²⁷ Existe una discusión por parte de la doctrina en relación con esta nueva estructura. Para la mayoría el numeral 1º establece un nuevo tipo básico, mientras que el num. 2º contempla dos subtipos agravados (cfr. SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Curso, PE, 4.ª, 2017, p. 532; ALASTUEY DOBÓN, en: Romeo Casabona/Sola Reche/Baldova Pasamar (coords.), DP PE, 2016, pp.554-556; MUNÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, Manual, 2.ª, 2015, p. 241; OLMEDO CARDENETE, en: Morillas Cuevas (dir.), Estudios, 2015, p. 768; MATA Y MARTÍN, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios, IV, 2015, p. 98). Por el contrario, otros opinan que el num. 2º,1 establece el tipo básico y que el num. 1º es un supuesto atenuado, en consideración a que la sanción es bastante menor en comparación con el supuesto contemplado en el num. 2º. Bajo esta interpretación, el num. 2º,2 viene a ser un supuesto agravado del num. 2º,1 (cfr. PELEGRÍN LÓPEZ, en: Cuadrado Ruíz (dir./ed.)/Aoulad Ben Salem Lucena (coord.)/España Alba (coord.), Cuestiones, 2016, pp. 165-166; GÓRRIZ ROYO, en: González Cussac (dir.)/Matallín Evangelio/Górriz Royo (coords.), Comentarios, 2015, p. 1019; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: González Cussac (coord.), DP PE, 5ª, 2016, pp.554-556). Así lo señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: González Cussac (coord.), DP PE, 5ª, 2016, pp.554-555 «La creación de este tipo, en la reforma de 2015, revela una técnica bien original por parte del legislador. Se introduce un delito que *materialmente* es un tipo privilegiado con relación al tradicional tipo de contaminación, que ahora se tipifica en el apartado 2. Ello no obstante, es este tipo del apartado 1 el que se erige ahora en la figura de referencia, dado que incorpora todos los elementos que antes eran parte integrante del delito tradicional de contaminación, con una única excepción, que es la representada por el elemento característico de este último delito: “la posibilidad de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”». Frente a estas dos posiciones, se opta por aceptar la primera pues atendiendo a la técnica legislativa, el num. 1º recoge todos los elementos necesarios para la configuración del tipo, mientras que el num. 2º se remite a los mismos. Así lo expone MATA Y MARTÍN, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios, IV, 2015, p. 98: «Pese a esta diferente composición típica del precepto en tres modalidades de conducta puede señalarse que los primeros elementos de la estructura típica se van a mantener para los distintos supuestos, aunque se complementen en los tipos agravados con otros añadidos. Esta estructura de los elementos se expone por el legislador para el primero de los supuestos, el que ha sido incorporado en último lugar, dándoles por reproducidos en los dos restantes casos. Por ello puede entenderse que la conducta del número 1 del art. 325 se constituye en el tipo básico de las previstas en todo el precepto pues representa la forma más elemental de la realización de la conducta y es la única que contiene en la descripción típica los elementos necesarios para la realización de cualquiera de las modalidades».

gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. De igual manera, la reforma introduce la posibilidad de que estas conductas puedan darse *por sí mismas o conjuntamente con otras*²⁸. De otro lado, el numeral segundo establece otro subtipo agravado cuando *se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas* (art. 325.2,2). Como puede advertirse, son varios los supuestos que presenta el delito. Por lo cual, es preciso detenerse en un análisis más detallado e individual de cada uno de ellos.

Artículo 325.1. El tipo básico exige que la conducta *cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas*. La doctrina critica, y con razón, la nueva descripción del art. 325.1, en tanto que introduce la posibilidad de lesión sin hacer distinción frente a la puesta en peligro, ya que prevé la misma sanción en los dos supuestos, situación que afecta el principio de proporcionalidad de la ley penal²⁹. Si bien es cierto, tal como se resaltó en el apartado anterior, que la doctrina se había mostrado a favor de la estructuración de este delito como delito de lesión, lo es también que ello obedecía a la necesidad de diferenciar entre supuestos de peligro y de lesión, pues quien ponía en peligro el bien jurídico recibía igual pena que quien lo lesionaba. Así lo subrayó PAREDES CASTAÑÓN al considerar que el delito sancionaba igual la lesión efectiva y la puesta en peligro abstracto³⁰. La reforma, sin embargo, no solventa el problema, sino que lo agrava, pues expresamente equipara la lesión al peligro.

²⁸ Cfr. Al respecto debe indicarse que tras la reforma de 2015, cierto sector de la doctrina considera que el legislador estableció expresamente la posibilidad de acumulación en el delito ecológico, si bien esto será analizando más adelante, se anticipa que se comparte la SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Curso, PE, 4.^a, 2017, p. 532.

²⁹ MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, Manual, 2.^a, 2015, p. 249; SERRANO TÁRRAGA, en: Serrano Gómez/Serrano Maíllo/Serrano Tárraga/Vásquez González, Curso, 4.^a, 2017, p. 531; ALASTUEY DOBÓN, en Romeo Casabona/Sola Reche/Baldova Pasamar (coords.), DP PE, 2016, p. 555. Al respecto GÓRRIZ ROYO, en: González Cussac (dir.)/Matallín Evangelio/Górriz Royo (coords.), Comentarios, 2015, p. 1015, va más allá pues indica que no solamente se afecta este principios sino también el del ofensividad, fragmenariedad y culpabilidad.

³⁰ PAREDES CASTAÑÓN, en: LH-Rodríguez Ramos, 2013, p. 706 «Si todo lo anterior es cierto, entonces se puede ver cuál es el error de nuestros legisladores en este aspecto: al optar por la extraña solución de crear delitos de peligro abstracto contra el medio ambiente, sin que existan delitos de peligro concreto ni delitos de lesión contra el mismo bien jurídico, y al prescindir así —al menos, en apariencia— de la lesión efectiva del bien jurídico como elemento típico determinante de la completud del injusto, se pone interprete ante una extraña situación». Así mismo, señala el autor que esta situación ponía de relieve la necesidad de una reforma penal «Todo lo dicho abona la idea de que es imprescindible una reforma legislativa en este ámbito, que defina más adecuadamente el concepto de lesión del bien jurídico medioambiente, lo concreto en resultados típicos expresados en el lenguaje de las ciencias naturales y que distinga grados diferentes de lesividad para el medio ambiente (tanto para seleccionar solo algunos de ellos como hechos jurídico-penalmente relevantes, como para fijar los que sí que lo sean unas penas diferencias, ajustadas a su relativa gravedad)»

Igualmente señala MUÑOZ CONDE que resulta problemático el hecho de que la sanción prevista en el tipo básico sea menor ante la producción de un daño sustancial, en comparación con el supuesto del art. 325.2, es decir, cuando la conducta sea meramente peligrosa³¹. Esta confusión podría traer problemas en el momento de aplicar el delito.

De igual forma, la fórmula de diferenciación de la afectación a la calidad del agua, suelo o aire, o la afectación a los animales o plantas, a efectos de determinar cuándo ha de activarse la vía penal, se hace sobre la base de un concepto valorativo indeterminado, bajo el entendido de que se requiere que el daño sea *sustancial*, por lo cual no resulta claro cuándo sucede ello, lo que en la práctica podría generar una situación de inseguridad jurídica³².

En relación con el término *sustancial*, en principio pudiera pensarse que se introduce con el fin de diferenciar entre el ilícito administrativo y el penal, tal como sucede con el vocablo *grave* previsto en art. 325.2³³. Sin embargo, no puede perderse de vista que esta reforma obedece a la necesidad de ajustar la normativa penal interna a las Directivas 2009/123/CE y 2008/99/CE. Así debe indicarse que la Directiva 2008/99/CE, tiene por objeto establecer medidas relacionadas con el DP *para proteger con mayor eficacia el medio ambiente*, para lo cual prevé que los Estados miembros *deben asegurarse* de «[...] que las siguientes conductas sean constitutivas de delito, cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave». Las mentadas conductas son «[...] el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas». Se desprende de lo anterior que el legislador realizó una mera transcripción de este supuesto en el tipo

³¹ MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, Manual, 2.ª, 2015, pp. 249-250: «todavía más sorprendente resulta al respecto que se castigue en el tipo básico una conducta *lesiva* de los recursos naturales con una pena muy inferior a la prevista en el párrafo primero del art. 325.2 para el caso de *peligro* hipotético para el equilibrio de los sistemas naturales. Pero es que, además, si la conducta realizada llegara efectivamente a dañar sustancialmente la calidad del aire, del suelo o del agua, o a animales o plantas, deber ser porque tal conducta es al menos idónea para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, lo que determinaría que el tipo del primer apartado de este art. 325 quede desplazado por el tipo cualificado de su segundo apartado, más gravemente penado y en realidad más fácil de aplicar en la práctica en cuanto que no exige un resultado lesivo, sino una mera peligrosidad de la conducta»

³² MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, Manual, 2.ª, 2015, pp. 249-250.

³³ ALASTUEY DOBÓN, en: Romeo Casabona/Sola Reche/Baldova Pasamar (coords.), DP PE, 2016, p. 555; FUENTES OSORIO, RCDA, 2, 2010, p. 12.

penal reformado, por lo cual el término sustancial no se incluyó para diferenciar el supuesto administrativo del penal, sino solo para “ajustarse” a la Directiva, sin hacer distinción alguna en cuestiones que resultaban evidentes, como lo es, la necesidad de diferenciar entre lesión y puesta en peligro. Frente a este fenómeno debe recalcar que la norma europea hace mención de supuestos de hecho que considera lesivos con el propósito de que los Estados miembros tipifiquen estas conductas. Empero se espera que esta tipificación se haga conforme a los principios y garantías del Derecho interno, pues debe insistirse que la UE no sustituye la labor del legislador nacional.

De otro lado, se aprecia que la reforma introduce la posibilidad de causar o poder causar daños sustanciales a la calidad del agua, aire o suelo o animales o plantas. Esta nueva previsión establece dos retos para esta investigación: por un lado, diferenciar este supuesto del contemplado en el núm. 2,1, es decir, del perjuicio grave para al equilibrio de los sistemas naturales. Y por otro, el que esta interpretación sea armónica con el concepto de bien jurídico. Se empezará por esto último a efectos de encontrar la mejor interpretación posible.

El concepto de bien jurídico que ha sido desarrollado en esta investigación se identifica con el término *pirámide de la tierra*, que permite explicar la protección que el DP pretende dar al medio ambiente. Por ello se señala que bajo este concepto no es posible realizar una consideración individual de cada elemento que compone el medio ambiente, sino que la consideración debe realizarse en su conjunto, es decir, bajo el entendido de que el funcionamiento de la pirámide depende del adecuado uso y valor que se le dé a cada elemento que lo compone. Debe advertirse, además como se indicó, que bajo este concepto no todas las acciones que tuvieran incidencia con el medio ambiente entran en consideración del DP, pues el bien jurídico medio ambiente tiene que ver con el funcionamiento adecuado y equilibrado de la pirámide, que vendrá a afectarse en el momento en el cual se interfiera en la capacidad de recuperación que tiene la pirámide. Por ello, debe recordarse que no se pretende que los recursos naturales se mantengan incólumes, sino que el aprovechamiento que de ellos se hagan respete el ciclo natural de regeneración del recurso natural³⁴.

³⁴ Debe diferenciarse entre *homeostasis* y *resiliencia*. El primero hace referencia a la capacidad que tienen los sistemas de mantener una estabilidad interna, es decir la estabilidad o equilibrio natural; mientras que el segundo se refiere a la capacidad del sistema de resistir impactos y seguir permaneciendo. Tiene que ver con la recuperación y adaptación que desarrolla el sistema natural. Cfr. HOLLING, Annual Review of Ecology and Systematics, 4, 1973, p. 9.

Así las cosas, bajo este concepto, la protección a la calidad sustancial del agua, suelo, aire, o los animales o plantas encuadra en el concepto de pirámide de la tierra en el entendido de que el precepto no se refiere a cada elemento individualmente considerado, como podría pensarse, sino que se hace referencia a ello en el entendido de que ciertas acciones pueden afectar dichos recursos, aunque ello no suponga todavía un peligro para el *equilibrio de los sistemas naturales*. La interpretación que se propone intenta escapar de un mayor adelantamiento de las barreras punitivas, ya que no se está pretendiendo sancionar cualquier acción que dañe o pueda causar daño a estos recursos sin tomarlos dentro de su propio contexto, sino solo aquellas que generen o puedan generar una alteración al conjunto de propiedades que le son propias y que permite con ello juzgar su valor.

Esclarecido lo anterior, debe advertirse que de la redacción del delito se desprenden dos posibilidades. La primera que se dañe la calidad sustancial del aire, agua, suelo, o se dañe sustancialmente animales o plantas, evento en el cual se estaría en presencia de un delito de lesión, en donde deberá probarse que en efecto la acción desplegada generó el resultado de lesión requerido por la norma. La segunda, es la relativa al peligro, que se materializa cuando la acción pueda causar daños sustanciales a la calidad del agua, del aire o del suelo, o pueda causar daños sustanciales a los animales o plantas. En este evento se exige un resultado jurídico de peligro abstracto, entendido como peligro hipotético³⁵, tal como se expuso atrás. Por lo tanto, deberá determinarse que la acción desplegada es idónea para generar esa situación exigida por el legislador sin que ello implique todavía un peligro para el equilibrio de los recursos naturales, situación que se considera más gravosa para el bien jurídico y, por tanto, tiene prevista una sanción más grave.

Si bien puede apreciarse que hasta el momento se ha pretendido encontrar una interpretación dogmática y político criminalmente adecuada para este nuevo numeral, lo cierto es que debe reconocerse que en la práctica resulta difícil diferenciar entre la posibilidad de dañar sustancialmente la calidad de algunos de los elementos mencionados en el delito con el ilícito administrativo. Es posible que, desde el plano teórico, sea factible encontrar distinciones, sin embargo, en el plano práctico ello puede

³⁵ Frente a este aspecto señala ALASTUEY DOBÓN, en: Romeo Casabona/Sola Reche/Baldova Pasamar (coords.), DP PE, 2016, p. 556: «Pero también integran el tipo los vertidos, emisiones, etc. que no lleguen a causar esos daños, pero *puedan causarlos*. Se sanciona aquí, por tanto, un peligro hipotético para el bien jurídico, al tiempo que, dada su actual definición, se diluyen las diferencias con el ilícito administrativo».

resultar muy complejo, por no decir que imposible, lo que pone en duda el principio de fragmentariedad del DP y *ultima ratio*.

CONCLUSIONES

Para encontrar la estructura más acorde a la postura que se quiere plantear, se hace necesario aclarar los postulados de los cuales se parte, y sobre los que se considera, permiten darles sustento y coherencia a las ideas acá defendidas. En primer lugar, se comparte el planteamiento de cierto sector de la doctrina cuando afirma que el problema de los bienes jurídicos supraindividuales recae principalmente en dificultad, y en ocasiones, imposibilidad de concretar los contornos del bien jurídico, de tal manera que no es posible establecer el momento en el cual este puede llegar a ser lesionado por una conducta individual. Sin embargo, este no es un problema que adolezca el bien jurídico objeto de estudio, pues como se estableció *supra* es posible su determinación. De lo anterior se desprende que, sí es posible determinar la lesión del bien jurídico, esto será en el momento en el cual se afecte la capacidad de recuperación de la *pirámide de la tierra*, como estructura dinámica, de tal manera que no es posible retrotraer las consecuencias nocivas por sus propios medios, y ni siquiera con la intervención del ser humano. Por su parte, se pondrá en peligro concreto el medio ambiente cuando se realice una acción que dada su magnitud amenace la capacidad de resiliencia de la *pirámide de la tierra*. Y habrá peligro abstracto, cuando la conducta tenga la capacidad de peligrosidad *ex ante*.

Frente a esta posición debe advertirse que el legislador consideró, cuestión que comparto en este estudio, que el delito de contaminación ambiental debía protegerse mediante la técnica de delitos de peligro abstracto, no en su sentido puro, sino como peligro idóneo. Se advierte que en efecto el bien jurídico medio ambiente puede ser lesionado, tal como se ha indicado en el capítulo dedicado a esta cuestión, se desprende que ello ocurre cuando se altera la capacidad de regeneración de los sistemas naturales, entendidos como un todo, es decir cuando las funciones que los recursos naturales y los elementos que componen el medio ambiente entran en un estado tal de estancamiento, en donde, de acuerdo con lo que se plantea, solo la intervención del ser humano puede tratar de revertir el deterioro pues el medio ambiente en sí mismo no puede hacerlo, y en ocasiones ni siquiera la intervención del ser humano resulta pertinente, por ser ya demasiado tarde. Entonces, como se expone, si es posible identificar una lesión al bien jurídico, sin embargo, el legislador decidió que la intervención del DP no debía esperar

a que ello ocurriera, por ello consideró como más viable la opción de sancionar la puesta en peligro del bien jurídico.

Por último, la reforma de 2015 modifica sustancialmente la estructura del delito de contaminación ambiental. Y pese a los esfuerzos que se han intentado hacer para entender este delito en un plano garantista, lamentablemente la reforma destruye esta consideración. Una vez expuestas las críticas por parte de la doctrina a este delito, debe señalarse, por un lado, que son varias las objeciones dogmáticas y político criminales frente a la misma. Y como consecuencia de ello, no parece muy claro la aplicación en el plano práctico de este delito, por lo que el reto será identificar una interpretación adecuada a la norma que no suponga su inaplicación práctica, pero que permita conjurar las dificultades que se han puesto de relieve.

* * * * *

