

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



Universidad de El Salvador

Hacia la libertad por la cultura

**EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL EN EL CÓDIGO PENAL
SALVADOREÑO Y SU ANÁLISIS DESDE LA PROBLEMÁTICA DE LOS
DELITOS DE PELIGRO**

TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO(A) EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

CRUZ DE ARIAS, EDITH ALEJANDRA
ORTEGA CHACON, JESSICA LILIANA
CHINCHILLA SALAZAR, OSCAR MAURICIO

DOCENTE ASESOR

LICDA. GEORLENE MARISOL RIVERA LÓPEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ENERO DE 2018

TRIBUNAL CALIFICADOR

DR. ARMANDO ANTONIO SERRANO

PRESIDENTE

LIC. SANTOS CECILIO TREMINIO SALMERÓN

SECRETARIO

LICDA. GEORLENE MARISOL RIVERA LÓPEZ

VOCAL

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego

VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Nelson Bernabé Granados

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Lic. Cristóbal Hernán Ríos Benítez

SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. José Nicolás Ascencio Hernández

VICEDECANO

Lic. Juan José Castro Galdámez

SECRETARIO

Lic. René Mauricio Mejía Méndez

DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo

DIRECTORA GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

Msc. María Magdalena Morales

COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA

DE CIENCIAS JURÍDICAS

DEDICATORIA

*“Cuando la sangre en tus venas vuelva al mar y el polvo en tus huesos vuelva al suelo,
Quizá recuerdes que esta Tierra no te pertenece a ti, Si no que tú perteneces a esta Tierra”*

La culminación de mi carrera es algo muy importante en mi vida y sin lugar a duda no hubiese sido posible sin la ayuda de Dios, de mis padres, de mi esposo y de mi hijo, a quienes les dedico este triunfo que no es sólo mío, sino de ellos también.

A mi amado esposo, Rudy Osmin Arias Castillo, que en altas y bajas me ha demostrado su amor incondicional, su fortaleza y su dedicación, la persona que hace que mis días sean mejores, te amo con todo mi corazón.

A mi hijo, Osmin Alessandro Arias Cruz, quien es mi motor, mi vida y quien me impulsa a seguir adelante, a nunca decaer, a superarme cada día y ser un buen ejemplo para él.

A mis padres, América Elizabeth López, quien ha sido y seguirá siendo base fundamental en mi formación académica, social y cultural, a través de su ejemplo me ha inculcado valores y principios que me han convertido en una mejor persona. A mi padre Cristian Agustín Cruz Colato, por apoyarme en la distancia y brindarme sus muestras de amor. Así también a mi padrastro Iván por sus consejos y regaños.

A mis hermanos, porque ellos han estado en cada etapa de mi vida, cuando hemos llorado y reído han estado ahí, demostrándonos ese amor que nos une, a mi Pao, a Ivancito y a mi ángel María José.

Edith Alejandra Cruz de Arias

DEDICATORIA

“La constancia y el estudio hacen a los hombres grandes, y los hombres grandes son el porvenir de la Patria”

Al terminar esta parte de mi etapa académica y de mi vida debo de estar consiente de aquellos que estuvieron conmigo en cada momento, en cada año, en cada día de mi lucha y para ustedes es esto.

A mi hermosa madre, Ana Leonor Salazar Rodríguez, que cada día estuvo conmigo cada mañana cada noche dándome su gran apoyo y fuerza para seguir adelante.

A mi Padre, Oscar Mauricio Chinchilla Matus, quien con su amor y su dureza forjo en mi un carácter fuerte y sobre todo de superación para llegar a ser un gran profesional.

A mis hermanos, Eduardo Ernesto y Alicia María Chinchilla Salazar, quienes estuvieron conmigo en las buenas y en las malas dándome sus fuerzas y palabras de aliento hasta que llegara a la meta.

A mis amigos y compañeros de trabajo, porque ellos estuvieron pendientes de cada una de mis etapas, me permitieron tener la oportunidad de continuar con mi carrera y de llegar con tiempo a mis clases, hasta el día de mi defensa a cada uno gracias.

Oscar Mauricio Chinchilla Salazar

AGRADECIMIENTOS

Estas líneas no son suficientes para dar gracias por todas las cosas que me han permitido llegar hasta donde estoy. Deseo dar infinitas gracias a:

Jehová Dios que me ha brindado las fuerzas necesarias para superar todos los obstáculos que se me han presentado a lo largo de mi vida.

A mi familia, por sus constantes y dulces muestras de cariño, a mis abuelos Dina de Cruz y Agustín Cruz, a mis suegros Santos Arias y Osmin Castillo por sus atenciones y sus sabios consejos, a mi prima Leslie Cruz por su ayuda cuando más lo necesito.

A mis amigos, Alex Portillo y Roxana de Portillo, por guiarme siempre en el camino correcto y ayudarme a acercarme más a Dios, por ser mis consejeros y ser como parte de mi familia.

A la Universidad, por haberme acogido, ilustrado y guiado académicamente. ¡Qué orgullo ser hija de la minerva!

A mi asesora, Georlene Marisol Rivera López que, con su sabiduría, sus consejos, por todo el conocimiento que nos brindó antes y durante este proceso, por su alegría, su responsabilidad y las tantas veces que nos alentó a seguir, dejando a un lado todas las dificultades.

A mis compañeros de tesis, Jessy, Chinchilla. Por tomar de su tiempo y aportar de su conocimiento en la elaboración de esta investigación. Para concluir quiero agradecer a todos los docentes que sirvieron de pilar en todo el conocimiento que he obtenido en este proceso.

Edith Alejandra Cruz de Arias

AGRADECIMIENTOS

A Dios, gracias por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecerme, por darme sabiduría y por haber puesto en mi camino personas que han sido mi soporte

A mis padres, Margarita Reina Chacón de Ortega y Abraham de Jesús Ortega. Por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, y a **mi hijo**, Douglas Edgardo Umaña Ortega, quien ese el motor e inspiración de lucha constante quien con su sonrisa ha sido pieza fundamental para alcanzar mis metas y hace ángel que siempre me cuida y desde el cielo me acompaña en cada etapa de mi vida.

A mis hermanos, Abraham Ortega, Walter Chacón y José Ortega quien ahora se encuentra al lado del creador. Por ser el ejemplo de hermanos mayores y de los cual aprendí aciertos y de momentos difíciles;

A mi Asesora, Licda. Georlene Marisol Rivera López por su gran apoyo y motivación para la culminación de nuestros estudios profesionales y para la elaboración de esta tesis por apoyarnos en su momento, por sus consejos, por esas observaciones que pudimos superar

A mis amigos, que estuvieron siempre de manera incondicional, que nos apoyamos mutuamente en nuestra formación profesional y que hasta ahora, seguimos siendo amigos: Wilfredo Antonio Raymundo Medina, Oscar Mauricio Chinchilla Salazar, Yoselin Lisseth Rivera Meléndez y Edith Alejandra Cruz de Arias por haberme acompañado y ayudado a realizar este trabajo.

¡GRACIAS A TODOS USTEDES!

Jessica Liliana Ortega Chacón

AGRADECIMIENTOS

Esta parte que solo la conforma una página va dedicada con amor y esmero en agradecimiento a cada uno que estuvo conmigo en esta etapa académica y de mi vida gracias a:

Al Arquitecto del Universo Dios que en todo momento estuvo conmigo en cada mañana desde el primer día en cada noche de desvelo y de sacrificio en cada momento duro y en cada momento de éxito todo se lo debo a él.

A mi familia, que, con sus consejos, sus ánimos, sus palabras, sus alientos me dieron fuerzas para seguir adelante para triunfar y llegar a la culminación de mi carrera a cada uno a mis padres y hermanos por formar parte de este momento.

A mis amigos, con quienes pasamos grandes momentos en la universidad que con su amistad cosechamos éxitos como derrotas pero que los gramos superar para llegar a estas instancias y salir vencedores.

A la Universidad, que desde mi pequeño quise formar parte de ella por su historia y su valor cultural siempre aportar grandes profesionales para nuestra patria que tanto necesita.

A mi asesora, Georlene Marisol Rivera López que, con su paciencia, su tiempo, su preparación y su conocimiento nos apoyó para sacar adelante este proyecto.

A mis compañeros de tesis, Alejandra y Jessy. Por estar unidos en las buenas y en las malas y juntos hacemos este pequeño aporte académico.

Oscar Mauricio Chinchilla Salazar

ÍNDICE

RESUMEN	i
INTRODUCCIÓN	ii
SIGLAS Y ABREVIATURAS	xi

CAPÍTULO I

BREVE DESARROLLO HISTÓRICO DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE Y LA EVOLUCIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO

1.1 El poder punitivo del Estado.....	2
1.1.1 La Criminalización.....	4
1.1.1.1 La Criminalización Primaria.....	6
1.1.1.2 La Criminalización Secundaria.....	7
1.1.2 El Carácter Privativo	
1.1.3 El Carácter Autolimitativo.....	8
1.1.4 Principios Limitadores del Ius Puniendi.....	9
1.1.4.1 El Principio de Necesidad.....	10
1.1.4.2 El Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos.....	11
1.1.5 El Bien Jurídico.....	14
1.1.5.1 Desarrollo Conceptual del Término Bien Jurídico.....	16
1.1.5.2 Concepto de Bien Jurídico.....	24
1.1.5.3 Clasificación de los Bienes Jurídicos.....	27
1.1.5.3.1 Surgimiento de los Bienes Jurídicos Colectivos y Difusos.....	29

1.1.5.4 Técnicas Legislativas utilizadas para la Protección de Bienes Jurídicos.....	32
1.1.5.4.1 Técnica de las Leyes Penales en Blanco.....	34
1.1.5.4.2 Surgimiento de los Delitos de Peligro.....	35
1.2 Nacimiento de la Preocupación Medioambiental, Necesidad de la Tutela Penal del Medioambiente.....	37
1.2.1 Causas de la Protección Penal del Medio Ambiente.....	39
1.2.1.1 Expansión del Derecho Penal.....	40
1.2.1.2 Derecho Penal del Riesgo.....	41
1.2.1.3 Derecho Penal de Peligro.....	44

CAPITULO II
ASPECTOS CONCEPTUALES SOBRE
LOS DELITOS DE PELIGRO Y LA PROTECCIÓN
PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

2.1 Concepto de Peligro.....	45
2.1.1 Peligro y Peligrosidad. Cuestiones terminológicas emergente.....	48
2.1.2 Concepción Subjetiva de Peligro.....	49
2.1.3 Concepción Objetiva de Peligro.....	50
2.1.4 Concepción normativa del peligro	
2.2 Concepción sobre los delitos de lesión y los delitos de peligro.....	52
2.2.1 Definición y naturaleza de los delitos de lesión.....	54
2.2.2 Definición y naturaleza de los delitos de peligro.....	55

2.2.2.1 Teorías del Peligro.....	57
2.2.2.1.1 Teoría Objetiva.....	58
2.2.2.1.2 Teoría Subjetiva.....	59
2.2.2.1.3 Teoría Mixta.....	61
2.2.2.1.4 Clasificación de los delitos de peligro.....	62
2.2.2.1.5 Delitos de peligro concreto.....	63
2.2.2.2.2 Delitos de peligro abstracto.....	65
2.2.2.2.3 Delitos de peligro hipotético.....	68
2.3 Distinción entre Delitos de Lesión y Delitos de Peligro.....	72
2.3.1 Sobre el concepto de bien jurídico medio ambiente y sus componentes.....	74
2.3.1.1 Suelo.....	79
2.3.1.2 Agua.....	80
2.3.1.3 Fauna.....	81
2.3.1.4 Flora.....	82
2.3.1.5 Atmósfera	
2.4 Principios que rigen la protección penal del medio ambiente.....	84
2.4.1 Principio Prevención.....	85
2.4.2 Principio Precaución.....	86
2.4.3 Principio “quien contamina paga”.....	87

CAPITULO III
MECANISMOS SOBRE LA PROTECCIÓN
DEL MEDIO AMBIENTE

3.1 Regulación Jurídica sobre la Protección Ambiental.....	90
3.1.1 Constitución Salvadoreña	
3.1.2 Convenios Internacionales.....	92
3.1.2.1 Convenio de Basilea.....	93
3.1.2.2 Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (COP).....	94
3.1.2.3 Convención sobre la Protección de la Flora y de la Fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América.....	95
3.1.2.4 Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono.....	96
3.1.2.5 Convenio sobre la Diversidad Biológica.....	98
3.1.2.6 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Protocolo de San Salvador. 1988).....	99
3.1.2.7 La Agenda 21 año 1992.....	100
3.1.2.8 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992	
3.1.2.9 Protocolo de Kioto 1997.....	101
3.1.3 Código Penal.....	102

3.1.4 Leyes Secundarias.....	104
3.1.4.1 Ley del Medio Ambiente	
3.1.5 Reglamentos.....	106
3.1.5.1 Reglamento General de la Ley de Medio Ambiente.....	107
3.1.5.2 Reglamento Especial en materia de sustancias residuos y desechos peligrosos.....	109
3.1.5.3 Reglamento Especial de Aguas Residuales y Desechos Peligrosos.....	110
3.1.5.4 Reglamento Especial sobre el manejo integral de los desechos sólidos.....	111
3.1.6 Derecho comparado.....	112

CAPITULO IV
ANALISIS DEL DELITO DE
CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

4.1 Determinación del Bien Jurídico protegido en el delito de contaminación ambiental.....	118
4.2 Técnica Legislativa en el Delito de Contaminación Ambiental Tipificación.....	122
4.2.1 Ley penal en blanco.....	123
4.2.1.1 Teorías Contrarias al Efecto Retroactivo.....	125
4.2.1.2 Teoría que reconocen efecto retroactivo a la modificación de la norma complementaria.....	126

4.2.2 El Delito de Contaminación Ambiental como un Delito de peligro.....	129
4.3 Análisis dogmático del tipo penal de Contaminación Ambiental.....	130
4.3.1 Tipo objetivo. Planteamiento General sobre el contenido.....	131
4.3.2 Los Sujetos de la Conducta.....	132
4.3.2.1 Sujeto Activo.....	133
4.3.2.2 Sujeto Pasivo.....	134
4.3.3 El Núcleo de la Conducta Típica.....	135
4.3.4 Los Verbos Típicos.....	136
4.3.5 Modalidades Adverbiales.....	137
4.3.5.1 Directamente.....	138
4.3.5.2 Indirectamente.....	139
4.3.6 Modalidades Contaminantes.....	140
4.3.6.1 Emisiones.....	141
4.3.6.2 Radiaciones.....	142
4.3.6.3 Vertidos	
4.3.7 Relación de Causalidad.....	144
4.3.8 Pluralidad de Conductas Idóneas para Configurar el Tipo Penal.....	147
4.3.8.1 Sinergia.....	148
4.3.8.2 Acumulación	
4.3.9 Los objetos materiales de las conductas típicas.....	150

4.3.9.1 Suelo.....	151
4.3.9.2 Atmósfera.....	152
4.3.9.3 Aguas.....	153
4.4 Accesoriedad Administrativa del Derecho Penal.....	154
4.4.1 Tipo Penal en Blanco.....	156
4.5 El nivel de peligro exigido en el Tipo Penal.....	157
4.5.1 Grados de Peligro.....	158
4.5.1.1 Concreto	
4.5.1.2 Abstracto.....	160
4.5.1.3 Hipotético.....	161
4.5.2 El uso adjetivo “grave” como elemento valorativo orientador.....	162
4.5.3 Conclusión.....	166
4.6 Tipo Subjetivo.....	169
4.6.1 Planteamiento General sobre el Contenido.....	170
4.7 Tipo de Injusto Doloso.....	172
4.7.1 Clases de Dolo.....	173
4.7.1.1 Directo	
4.7.1.2 Eventual.....	175
4.7.1.3 Toma de Postura.....	176
4.7.2 Elementos del Dolo	
4.7.2.1 Conocimiento.....	178

4.7.2.2 Voluntad.....	179
4.7.2.3 Toma de Postura.....	182
4.7.3 Tratamiento del error del tipo.....	183
4.7.3.1 Supuestos de error sobre autorizaciones administrativas.....	184
4.8 Prueba en el Delito de Contaminación Ambiental.....	187
4.8.1 Consideraciones Preliminares.....	188
4.8.1.1 Concepto de Prueba.....	192
4.8.2 Inversión de la carga de la prueba para Establecer la responsabilidad ambiental.....	193
4.8.3 Dificultades probatorias en el delito de Contaminación Ambiental.....	195
4.9 Responsabilidad derivada del Delito de Contaminación Ambiental.....	197
4.9.1 Definición General de Responsabilidad Ambiental.....	198
4.9.2 Responsabilidad Administrativa.....	199
4.9.2.1 Definición de Responsabilidad Administrativa.....	200
4.9.2.2 Elementos de la Responsabilidad Administrativa Ambiental.....	202
4.9.2.3 Infracciones Ambientales.....	203
4.9.2.3.1 Sanciones.....	205
4.9.2.3.1.1 Tipos de Sanciones Administrativas.....	207
4.9.2.3.1.1.1 Disciplinarias.....	208
4.9.2.3.1.1.2 Económicas.....	209

4.9.3 Responsabilidad Civil.....	210
4.9.3.1 Evolución de la Responsabilidad Ambiental en el Derecho Internacional.....	212
4.9.3.2 Los Sistemas de Responsabilidad Civil en Materia Ambiental.....	214
4.9.3.2.1 La teoría subjetiva.....	215
4.9.3.2.2 La teoría objetiva.....	216
4.9.4 Responsabilidad Penal.....	217
4.9.4.1 Principio de Responsabilidad mínima.....	222

CAPITULO V
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DE DERECHO
COMPARADO DE CASOS SOBRE DELITOS
DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

5.1 Análisis Jurisprudencial sobre casos de Contaminación Ambiental.....	226
5.1.1 Caso baterías RECORD El Salvador, en Cantón Sitio del Niño del municipio de San Juan Opico, La Libertad.....	227
5.1.1.1 Análisis Conceptual.....	230
5.1.1.2 Enfoque Jurídico.....	233
5.1.1.3 Conclusión de Análisis Jurisprudencial.....	235
5.2 Análisis Jurisprudencial Comparado sobre la exigencia de agresión en el tipo penal de Contaminación Ambiental.....	236

5.2.1 Caso de Contaminación Ambiental en Rio Tinto, Huelva realizada por Fertiberia.....	237
5.2.1.1 Análisis Conceptual.....	240
5.2.1.2 Enfoque Jurídico.....	247
5.2.1.3 Conclusión del Análisis Jurisprudencial.....	251
CONCLUSIONES	254
BIBLIOGRAFÍA	261
ANEXOS	294

RESUMEN

La investigación se desglosa en primer momento del poder punitivo que ejerce el Estado para proteger aquellos bienes jurídicos que el legislador ha elevado a tal categoría, así como los principios que limitan tal punición y el nacimiento de la preocupación medioambiental, derivada de la globalización del Derecho Penal y del Derecho Penal de Riesgo.

A partir de ello, surgen los delitos de peligro como una solución a estas nuevas formas de riesgo que el derecho penal debe enfrentar, así, se desarrollan, las diferentes teorías de peligro y la clasificación de estos delitos de peligro que, en suma, será la base de esta investigación. Se hace un abordaje de los mecanismos de protección del medio ambiente, que El Salvador retoma, en aras de salvaguardar el medio ambiente, el equilibrio de los ecosistemas y la calidad de vida de las personas.

Posteriormente, se realiza un análisis del delito de contaminación ambiental, regulado en el Art. 255 CP, estudiando la estructura del tipo objetivo y subjetivo de este, la responsabilidad derivada del tipo penal y desarrollando jurisprudencialmente el delito de contaminación, a partir del caso de Baterías Record y el caso de contaminación medioambiental en Río Tinto, Huelva, España, realizado por Fertiberia.

Los resultados obtenidos de esta investigación concluyen que el Estado salvadoreño debe reconsiderar la postura que toma frente a los grandes problemas que se devienen al considerar el delito de contaminación ambiental como un delito de peligro concreto, pues dicho fundamento no es suficiente para lograr los fines que el derecho penal se ha previsto superar. En virtud que el delito de peligro concreto no hace desaparecer la necesidad preventivo general ni especial del derecho penal.

INTRODUCCIÓN

El siglo XXI está marcado por una evidente y profunda crisis ambiental de dimensiones planetarias que se refleja no sólo en la existencia grave de problemas en el entorno natural sino también en el entorno social y es hasta la década de los setenta, cuando algunas personas comenzaron a ser conscientes de que el progresivo deterioro del medio ambiente es producto del modelo de desarrollo vigente basado en la creencia en un crecimiento económico sin límites.

En aras de proteger los nuevos tipos, el derecho penal como control social formal, enfrentándose a estas nuevas realidades producto de factores globales que están produciendo formas más complejas de criminalidad y que están afectando bienes jurídicos más amplios surge la necesidad de tipificar nuevas formas de protección de los llamados bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, en vista que las formas de tipificación tal como tradicionalmente están concebidos se vuelven obsoletos.

Así, en el medio ambiente, categóricamente bien jurídico amplio o supra individual, se generan una serie debates teóricos, jurídicos y dogmáticos a partir la utilización de técnicas legislativas, esgrimidas modernamente para la protección penal del medio ambiente. En ese sentido, los tipos penales son concebidos en tipos de pura o de mera actividad y tipos de resultado. Esta clasificación obedece a la suficiencia o no de la conducta prohibida para la consumación del tipo penal. Dentro de la configuración de los tipos penales, se pueden distinguir los tipos de lesión y los tipos de peligro.

A su vez, tradicionalmente los tipos de peligro se han sistematizado en delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto según si el tipo penal se limita

a describir un comportamiento que generalmente representa en sí mismo un peligro para el bien jurídico protegido, o cuando se produce la posibilidad real y efectiva de lesión al bien jurídico. Además de esta clásica distinción, alguna parte de la doctrina ha incluido los delitos de acumulación, delitos de idoneidad, delitos de peligrosidad, delitos de peligro potencial o de aptitud.

Por lo tanto, la presente investigación tiene como finalidad el desarrollo dogmático de la protección penal del medio ambiente y la determinación del nivel de agresividad exigido en los delitos de contaminación ambiental con especial atención en los delitos de peligro hipotético o delitos de aptitud.

El presente informe se compone de cinco capítulos y un apartado final dedicado a las conclusiones y recomendaciones. Complementándose con un apartado dedicado a las referencias bibliográficas, que permitirán fundamentar o sustentar los postulados expuestos de la investigación.

El capítulo número uno contiene, “ab initio”, el desarrollo del ius puniendi estatal a partir de las diversas fases de la criminalización que no es más que el conjunto de actos dirigidos a convertir una conducta lícita en ilícita mediante la creación de normas penales, esta actividad el Estado a través del carácter privativo que posee.

Con el avance de la investigación se encuentran desarrolladas las técnicas legislativas con las que el derecho Penal se apoya, para superar los problemas que los nuevos niveles de agresividad ocasionan, producto del expansionismo del derecho penal en las sociedades de riesgo o industrializadas. De esta guisa, surgen las técnicas de legislativas denominadas Leyes Penales en Blanco, en pocas palabras, se entienden como la remisión que hace el derecho

penal a otras normas de que carácter extrapenal para la complementación de tipo penal de contaminación ambiental.

El segundo capítulo trata lo relativo a los aspectos conceptuales en general sobre los delitos de peligro, como base fundamental de esta investigación y también se conceptualizan los aspectos que rodean la protección penal del medio ambiente. Al citar las sentencias de la Sala de lo Constitucional se ha definido al peligro como el segundo grado admisible constitucionalmente para castigar una conducta criminal, el cual, se entiende como una proximidad latente de lesión.

En el capítulo tres el lector podrá encontrar los mecanismos de protección del medio ambiente que el Estado brinda, a partir de la creación de leyes, reglamentos y la suscripción a tratados y convenios internacional.

En tal sentido se analiza, entre otros, la Constitución de la República en la que según Decreto Legislativo N° 871 del trece de abril de, año dos mil se regula la protección del medio ambiente en su art. 117; el Código Penal como base normativa, fundamental de esta investigación, en virtud que, es en este ordenamiento donde se regula el delito de Contaminación Ambiental, específicamente, en el Art. 255, acá se establece la estructura típica del delito, acudiendo siempre el derecho penal al auxilio de otras ramas del Derecho para complementar el sentido de la norma, así, acude a la ley del medio ambiente, por medio de la remisión que se realiza para complementar lo establecido en el Código Penal. Así como lo regulado en los diferentes Convenios y Convenciones que protegen el medio ambiente y la calidad de vida de las personas, entre ellos: el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, la Convención sobre la Protección de la Flora y de la Fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América, etc.

Al continuar el desarrollo del diseño de investigación, en el apartado cuatro, se elabora dogmáticamente los temas fundamentales de la misma, examinando los problemas derivados de las leyes penales en blanco, respecto a la retroactividad e irretroactividad de estas.

Al comprender el estudio de esta temática, surge otro problema al que el Derecho Penal debe dar una solución viable para garantizar una protección efectiva al bien jurídico protegido en el Art. 255 CP y, es pues, la determinación de la relación de causalidad, es decir, aquella relación que existe entre el resultado que ocupa un lugar en el espacio físico-natural y una conducta de un sujeto activo determinado. Como se puede deducir, en primer momento, es sumamente difícil conectar, relacionar, enlazar o vincular un resultado a una conducta determinada, especialmente en este tipo de delitos existe una pluralidad de conductas intervinientes y en los que una un resultado puede o no ser producido por una conducta determinada, maximizando aún más la problemática.

Se fundamenta también en este capítulo, la legitimidad de los delitos de aptitud en relación al delito de contaminación ambiental; aclarando, la razón por la que el legislador salvadoreño y los aplicadores del derecho han erróneamente aplicado el nivel de agresividad que se necesita en los delitos de contaminación ambiental, pues, actualmente se considera que es un delito de peligro concreto, en dicha concepción se forjan insuperables complicaciones que evitan la responsabilización no sólo a la desobediencia de la norma sino al núcleo de la conducta típica, siendo por tanto, los delitos de aptitud los que deben abordar el tema, solventando, entre otros, los problemas de causalidad e imputación objetiva, pues se requiere una conducta idónea que deberá ser constatada por un juez en un juicio de idoneidad para la producción del delitos de contaminación ambiental.

Para concluir esta investigación, en el último y quinto capítulo se plantea el examen jurisprudencial de dos casos emblemáticos, que han sido oídos alrededor del país y muchas zonas del mundo, por el alto grado de contaminación que existió y que hasta este momento sus efectos siendo contraproducentes a la salud de las personas y al medio ambiente.

El primer caso es el de la contaminación realizada por Baterías Record de El Salvador; se estudia a partir de la sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, por la contaminación ambiente que ocasionó en Cantón Sitio del Niño del municipio de San Juan Opico, La Libertad. El segundo caso que se examina es de un Sentencia que emitió el Tribunal Superior de España por contaminación contra el medio ambiente originada por Fertiberia a los cauces del Rio Tinto, en Huelva.

Finalmente, en un apartado especial se presentan las conclusiones de esta investigación, entre las que se destaca que la rama del derecho penal clásico siempre se ha considerado tutelar derecho de carácter individual, pero, con lo antes expuesto, se toma la postura de necesidad de protección de bienes colectivos, de los nuevos tipos penal que obligan al derecho penal a adelantar su barrera de protección. Asimismo, se concluye que el Estado Salvadoreño debe rediseñar el modelo de tipo objetivo para tener una pronto y cumplida protección al bien jurídico medio ambiente, al equilibrio de los ecosistemas y la calidad de vida de las personas, en virtud que, en el caso de contaminación ambiental atribuida a Baterías Record, si hubiese sido tipificado el delito de contaminación ambiental como un delito de peligro hipotético, no hubiese existido mayores dificultades para responsabilizar penalmente a los imputados por las conductas típicas atribuidas.

ABREVIATURAS

Art.....Artículo

Arts.....Artículos

Cfr.....Confróntese

Cn.....Constitución de la República

Inc.....Inciso

Ss.....Siguiente

SIGLAS

CP.....Código Penal

CSJ.....Corte Suprema de Justicia

FGR.....Fiscalía General de la República

LMA.....Ley del Medio Ambiente

ONU.....Organización de las Naciones Unidas

PNUMA.....Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

SC.....Sala de lo Constitucional

SP.....Sala de lo Penal

CAPITULO I

BREVE DESARROLLO HISTÓRICO DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE Y LA EVOLUCIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO

Este capítulo tiene como propósito fundamental analizar las etapas históricas que han dado paso a la protección penal del medio ambiente y la evolución que han gozados para cumplir tal función, a partir de un punto de vista doctrinario en cuanto a la tendencia que caracteriza a las modernas legislaciones penales, de asumir la protección de nuevos ámbitos que constituyen bienes jurídicos colectivos o supraindividuales o ampliar las ya existentes, han sido objeto de duras críticas por parte de otro sector doctrinal a las cuales el derecho penal ha tenido que afrontar.

El postulado fundamental de estos autores puede resumirse en la idea de que, por mucho que se pretenda dar respuesta a las demandas sociales de seguridad mediante el recurso al Derecho Penal, éste encuentra serias dificultades para controlar los nuevos riesgos que caracterizan a las sociedades actuales, a no ser que renuncie a sus garantías y principios limitadores básicos.¹

Es claro que el Derecho Penal ha de intervenir de alguna manera en la defensa del medio ambiente y de los componentes de éste. Como dice Seelman, pocas materias penales gozan de tanto beneplácito como el Derecho Penal del medio

¹ María Carmen Alastuey Dobón, *El delito de contaminación ambiental* (Granada: COMARES, 2004), 5.

ambiente, hasta el punto de que están de acuerdo con él quienes en general adoptan una postura escéptica sobre la intervención penal.²

1.1 El Poder Punitivo del Estado

Cuando se produce un daño social y afecta intereses, necesidades o demandas que requieren una protección eficaz, o sea, cuando han alcanzado la entidad de ser considerados como bienes jurídicos relevantes, estos pueden ser protegidos mediante la extensión de punibilidad hacia aquellas acciones que provocan tal daño.³

Desde ese contexto, entre discusiones doctrinarias de orientación político-criminal que proceden a dar una respuesta pronta y satisfactoria a las necesidades de la colectividad, aparecen en juego los intereses emanados del derecho al medio ambiente, el cual desempeña en la actualidad, un papel preponderante, debido al desarrollo que ha tenido la humanidad y que ha sido descuidado y desproporcional en el uso de los diversos recursos naturales.

Significa que el proceso de determinación de semejante punibilidad se configura a través de la creación de figuras de delito por la ley penal, la fijación de las consecuencias punitivas que alcanzan a sus autores, y la descripción de las formas en que se concreta la intervención punitiva del Estado.

La visión sistemática de la sociedad, muy propia del análisis estructural-funcional, sostiene el postulado básico de la estabilidad social, enunciada como “cohesión” o “auto-mantenimiento” en el que el derecho siempre cumple

² Alastuey, El delito, 5.

³ Roberto Bergalli, *Control Social Punitivo, Sistema Penal e Instancias de aplicación. Policía, Jurisdicción y Cárcel* (Barcelona: María Jesús Bosch, S. L., 1996), 7-8.

una función que, en un nivel de discurso muy general, es la de distribuir y mantener una escala de valores que la sociedad percibe como justa.⁴

La integración social que se desglosa en otras dos funciones: la de orientación de los comportamientos y la de resolución de conflictos⁵ ha sido descubierta sobre todo por los penalistas quienes, aún desde el punto de vista interno que dirigen al derecho penal por medio de la dogmática, hablan de ese sector del ordenamiento jurídico como uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales.⁶

Por tanto, según Raúl Zaffaroni el Sistema Penal es la parte del control social que resulta institucionalizado en forma punitiva.⁷ En efecto “punición” es una acción y efecto sancionatorio que pretende responder a otra conducta, aunque no siempre la conducta a la que responde es una conducta prevista en la ley penal, sino que pueden ser acciones que denoten calidades personales.

En ese orden de ideas, se establece que, el derecho penal en sentido objetivo se entiende doctrinariamente como un conjunto de normas relativas a los delitos, las penas y las medidas de seguridad que establece el Estado y el poder de juzgar es, sencillamente, la potestad que se tiene de aplicar el derecho objetivo.⁸

⁴ Thomas Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze social*, traducción de Giovanni Tarello (Bologna: Il Mulino, 1978), 58.

⁵ André Jean Arnaud y María José Fariñas Dulce, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico* (Madrid: Boletín Oficial de Estado, 1996), 31.

⁶ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 3° ed. (Barcelona: PPU, 1990), 4-7. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 2° ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 25-29.

⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 5° ed., vol. 1 (Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 1986), 31.

⁸ Sobre este punto veáse Víctor Fairén, “La potestad jurisdiccional”, *Revista de Derecho Judicial*, n° 1 (1972): 51-52.

El derecho penal en sentido subjetivo se identifica con el *ius puniendi* o como se conoce doctrinariamente como el poder punitivo del Estado que, en resumen, puede definirse como “la potestad atribuida a determinados órganos del Estado para imponer las penas y medidas de seguridad determinadas en las leyes cuando concurren los presupuestos establecidos en ellas.”⁹

Así, concebido, el “*ius puniendi*” se halla sujeto a una serie de límites, que cobran una expresión sintética en los diversos principios penales.

Según Carlos Creus, cuando cita a Rocco, establece que negar la existencia de un derecho subjetivo de castigar del Estado es cerrar el camino para comprender los fundamentos del sistema de derecho penal. No obstante, Zaffaroni sostiene que es erróneo afirmar el carácter del derecho subjetivo del *ius puniendi*, pues ello “haría que todos los delitos lesionaran un único bien jurídico, que sería un derecho subjetivo del Estado” frente a la cual “pasarían a segundo plano todos los derechos de los habitantes que nuestra Constitución consagra”. Partiendo de una noción privatista de derecho subjetivo: no se trata del derecho subjetivo a gozar de un bien jurídico, el “derecho a castigar” no es un bien jurídico, sólo importa la denominación del titular de la legislación penal¹⁰.

1.1.1 La Criminalización

En las sociedades contemporáneas, donde se institucionaliza el poder, el Estado impone legítima y coercitivamente normas jurídicas que regulan y limitan la actividad de las personas, en caso de incumplimiento el Estado

⁹ Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, 4º ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 58.

¹⁰ Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte General*, 5º ed. (Buenos Aires: Astrea, 2003), 5.

puede garantizar su obediencia mediante la coacción, con el fin de imponerles una pena por su incumplimiento, es en efecto, la ejecución del ius puniendi estatal. A esta selección penalizante se le llama *criminalización*. Pertenece a la corriente criminológica llamada labeling approach.

Howard Becker pone en evidencia como la sociedad procede a realizar una interpretación de los motivos e intenciones que se encuentran tras cualquier conducta, y a partir de las mismas va creando construcciones¹¹ de la misma forma cuando la sociedad va construyendo sus normas de conducta y al momento que una persona las trasgrede es visto como un outsider, esto es lo que posteriormente se llamó la teoría del etiquetamiento o labeling approach.

En tal sentido, la criminalización de conductas es el acto o conjunto de actos dirigidos a convertir una conducta que antes era lícita en ilícita mediante la creación de una norma.

Es la conducta que se considera antisocial, según los parámetros legales y sociales.¹² Quiere decir que es el proceso por el cual determinadas conductas son incluidas en la lista de actos criminales de los códigos penales o leyes afines¹³.

El poder punitivo se centra, por tanto, en el proceso selectivo de criminalización desarrollo en dos etapas, denominadas, respectivamente, primaria y secundaria.

¹¹ Howard Becker, "Sociología interpretativa y tipología constructiva", en *Sociología del siglo XX* editado por Georges Gurvitch, Wilbert Moore, (España: el Ateneo, 1966), 66.

¹² María Cruz Camacho Brindis "Criterios de Criminalización y descriminalización" (Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1992), 56.

¹³ José María Rico, *Las sanciones penales y las políticas criminológicas contemporáneas*, 2º ed. (México: Siglo veintiuno editores, 1982), 131.

1.1.1.1 La criminalización primaria

Como lo explica Zaffaroni puede definirse como el acto y efecto de sancionar una ley penal, lo hace la agencia legislativa definiendo en abstracto quienes serán los seleccionables para ingresar en el sistema penal, es la implementación de un programa que se habilita al cumplirse los presupuestos escogidos por el legislador¹⁴.

Según los presupuestos de esta corriente no existe ningún acto delictivo o desviado en sí mismo, sino que es una declaración que usualmente se refieren a conductas o actos, materializada en la realización de leyes penales que incrimina o permite la punición de ciertas personas.

El momento más crítico del sistema penal es aquel en que se selecciona quienes van a ingresar al mismo, función que la realiza la policía, dentro de su discurso y función manifiesta de mantener el orden interno y hacer respetar la ley.

Cuando se encuentra en la calle lo hace en principio en virtud del catálogo de delitos que le entrega el legislador que además de sus concepciones, fines propios, criterios morales, sociales, de los medios de comunicación¹⁵ influye de manera enorme también la inmensidad del programa planteado, por lo cual para Zaffaroni la policía optará por: “a) Seleccionar las conductas que son mucho más fáciles de descubrir y criminalizar, que generalmente corresponden a actos toscos; y b) seleccionar a aquellas personas que no tienen cobertura de poder y por lo tanto son vulnerables.”¹⁶

¹⁴ Zaffaroni, *Manual*, 7.

¹⁵ *Ibíd.*, 9.

¹⁶ *Ibíd.*

1.1.1.2 Criminalización secundaria

Es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, que supone el proceso que va desde la detención hasta la prisión del imputado. La selección de criminalización secundaria se interpreta como un subconjunto ínfimo dentro del programa de criminalización primaria, cuyo programa es mayor.

Por otra parte, al continuar con el análisis respectivo, las agencias de criminalización secundaria tienen limitada capacidad operativa y su crecimiento sin control desemboca en una utopía negativa. Por ende, es lógico que se considera natural que el sistema penal lleve a cabo la selección de criminalización secundaria, sólo como realización de una parte ínfima del programa primario.”¹⁷

La selectividad estructural de la criminalización secundaria incluye a varios agentes, el poder selectivo lo ejerce la policía y puede reducirse por acción del juez, en tanto que el legislador abre el espacio a agentes indefinidos para que hagan uso de este. Este sistema paralelo opera en forma de red, latentemente y como expresión implícita del control social punitivo.

1.1.2 El Carácter Privativo

La naturaleza pública del Derecho Penal hace necesario que la configuración de los hechos punibles no sólo propia del Estado sino también “privativa” de

¹⁷ *Ibíd.*, 7-8.

él. Significa que el ius puniendi es la expresión o la facultad de carácter única y exclusiva del Estado de imponer penas ante la comisión de un delito, dicha facultad, utilizada para ejercer la violencia de forma legítima a fin de salvaguardar el bien común de la sociedad.

Esta potestad coercitiva del Estado para hacer cumplir las leyes se circunscribe a la facultad normativa que tiene cada Estado para decretar, interpretar, reformar o derogar leyes; en El Salvador, esta facultad está consagrada en el artículo 131 ordinal 5 de la Constitución de la República, significa que la función legislativa es privativa al poder legislativo.

1.1.3 El Carácter Autolimitativo

En sus inicios el ius puniendi del Estado, como poder político penal, fue ilimitado, existía la más completa arbitrariedad punitiva. Según señala acertadamente Jescheck “en otro tiempo, el poder punitivo del Estado se consideraba omnímodo en base a su propia soberanía en la esfera jurídica-penal, procedente tanto de normas superiores como de un poder jurisdiccional supra estatal.¹⁸

Desde los orígenes del Estado liberal ha rondado la idea de limitar el poder del estatal a fin de salvaguardar los derechos y garantías de los individuos. En ese intento la separación de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas adquieren posición de elementos fundamentales del llamado Estado Democrático de Derecho y que, a la vez, configura el elemento base del constitucionalismo moderno.

¹⁸ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, tomo I. Parte General*, traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, 3° edición (Barcelona: Bosch, 1981), 16.

Carlos Creus, dice que “el ius puniendi, no es más que la facultad que tiene el Estado de imponer penas”, en ese sentido se puede decir que el ius puniendi es un derecho de penar, es decir, debe entenderse como un derecho subjetivo del Estado, o una mera capacidad de ejercer su fuerza legal conforme a derecho, convertida así en una autolimitación del Estado. Debido a ello se limitó el poder penal, estos límites están dados mediante normas y la autolimitación propia del Derecho Penal Subjetivo en el ejercicio de tal función.

El ejercicio del poder punitivo del Estado en materia penal tiene estos “límites” que buscan eliminar cualquier posibilidad de abuso de poder, los que se traducen en un marco de derechos y garantías que aseguren un debido proceso y una adecuada defensa con miras a buscar la verdad material de los hechos investigados y juzgados. Sin embargo, no se trata de buscar dicha verdad a cualquier precio, sino que necesariamente, con apego a límites que impidan la utilización de cualquier método ilegal, ilegítimo, indigno o arbitrario.

La intervención penal significa una solución de extrema ratio¹⁹ y, por tanto, está gobernada por los principios de “intervención mínima” y de “exclusiva protección de bienes jurídicos”²⁰

1.1.4 Principios Limitadores del Ius Puniendi

La función limitadora del poder estatal, y en particular del poder penal, está desarrollada en la supremacía de los principios emanados de la Constitución de la República, es así como la legitimidad del derecho penal o del poder

¹⁹ Mir, *Derecho Penal*, 89. Véase también Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2° ed. (Barcelona: J. M. Bosch, 1992), 267.

²⁰ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 66 y 73. Para ampliar este tema véase Gonzalo Quinteros Olivares, *Derecho Penal. Parte General*, 5° ed. (Barcelona: Editorial Gráfica Signo, 1986), 85.

punitivo del Estado proviene de un modelo fijado en la Constitución. La tarea del legislador se caracteriza por la necesidad de adoptar una estrategia penal susceptible de ser traducida en Derecho Penal observando los límites y las exigencias impuestas por la Constitución. No obstante, son muchos los principios que limitan la potestad punitiva del Estado y sus desarrollos teóricos son aplicables al ordenamiento jurídico salvadoreño, sin embargo, se hará alusión a dos principios que son fundamentales en el abordaje de la temática en cuestión, a saber:

1.1.4.1 El Principio de Necesidad

La intervención del Estado concretizada en el ius puniendi estatal, sólo está justificada en la medida en que resulta necesaria e indispensable para el mantenimiento de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática.

El Derecho penal se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad y perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos.

En este sentido, se ha de exigir que la conducta que se criminaliza provoque un daño o un grado de lesividad en el sujeto pasivo, pues esto también ha de determinar la necesidad o no de la protección penal de ese bien jurídico.

Si la lesividad o puesta en peligro de un determinado bien jurídico puede evitarse a través de medios menos agresivos de defensa que el derecho Penal como el civil o el administrativo; habrá que prescindirse del Derecho Penal para la protección de ese bien jurídico o respecto de alguna forma específica de ataque.

1.1.4.2 El Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos

Entre los límites que hoy suelen imponerse al ius puniendi del Estado, ocupa un lugar destacado el expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Se hace hincapié en la exigencia de que el Derecho penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos.

Ello es, una de las manifestaciones de un planteamiento político-criminal más global: el que parte de la necesidad de postular un uso lo más restrictivo posible del Derecho penales, en consecuencia, es un límite del poder penal que el Estado posee y a su vez es una garantía del ciudadano.

En relación con la fundamentación constitucional de este principio, la mayoría de los autores parecen prescindir de abordarla, no obstante, algunos la erigen, de la idea de Estado Democrático de Derecho, manifestando que el sistema de valores, compuestos por los derechos fundamentales se encuentran en la Constitución.

Los valores que ellos examinan son los necesarios y convenientes para hacerlos efectivos y, por tanto, que pueden ser tutelados, es decir, deben encontrarse contenidos en el texto constitucional²¹.

La determinación del principio de lesividad del bien jurídico es otra limitación a la potestad del ius puniendi del Estado. Dicho principio se expresa bajo el apotegma latino *nullum crimen nulla poena sine injuria*, a partir de la cual, se reconocen por lo menos dos garantías fundamentales:

²¹ Ignacio Berdugo Gómez de la Torre et al, *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Penal*, 2º ed. (Madrid, España: Iustel Editorial, 2010), 255.

A. La primera de ellas está sustentada en la exigencia que la construcción de conductas delictivas es legítima siempre que el tipo penal, este sustentado sobre la tutela de bienes jurídicos relevantes para el derecho penal, significa que no todo bien jurídico posee relevancia para el derecho penal.²²

El principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos exige que el derecho penal sólo regule aquellas conductas humanas que sean socialmente relevantes. Por tanto, han de ser acciones que tengan un impacto social, que no se circunscriban únicamente a la esfera privada la necesidad de la protección de intereses fundamentales, esto con la finalidad que se posibilite al individuo su convivencia en un determinado sistema social. Para su finalidad, un tipo penal, sin el sustrato del bien jurídico, es ilegítimo desde el orden constitucional; el derecho penal democrático debe respetar el principio de lesividad.²³

De ahí que, no todos los bienes jurídicos deben ser protegidos por el derecho penal, y aun cuando el interés jurídico de protección sea valioso, éste no puede ser tutelado de todas las formas de ataque, sino únicamente de aquellas que, por su forma más intensa, representen ataques intolerables respecto de la protección de los bienes jurídicos.

Por supuesto, no todos los bienes jurídicos pueden ser protegidos por el Derecho Penal y tampoco puede intervenir frente a cualquier ataque a dichos bienes jurídicos, sino exclusivamente aquellos que posean suficiente importancia social y que además exista la necesidad de protección por el

²² Alfonso Cadavid Quinteros, *Introducción a la teoría del delito. Especial consideración a los fundamentos de los delitos imprudentes*, 2º ed. (Medellín, Colombia: DIKE, 1998), 42.

²³ Carlos Sánchez Escobar, *Límites Constitucionales al Derecho Penal* (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004), 30.

Derecho Penal que, por sus formas más intensas, representen ataques intolerables respecto de la protección de bienes jurídicos.

Al respecto, Roxin²⁴ plantea situaciones de lo que no constituye bienes jurídicos y por consiguiente no puede haber tutela del Derecho Penal, a saber:

Son ilegítimas aquellas normas penales que vienen exclusivamente motivadas por ideologías o atentan contra derechos humanos, la mera delimitación de la finalidad de la ley, la mera ilicitud moral, la lesión de la propia dignidad, la protección de ciertos sentimientos, Las leyes penales simbólicas y los tabúes tampoco son bienes jurídicos susceptibles de tutela penal.

El axioma de la lesividad conlleva, en ese sentido, que el Estado solo puede proteger bienes jurídicos, no ideologías, políticas, ni valores meramente morales o religiosos, ni elevar a la categoría de los delitos, las meras desobediencias o infracciones formales, ni intereses del funcionamiento del que no inciden en las posibilidades de acción de la vida social.

B. La segunda garantía está orientada al aspecto de punición, y desde esa esfera, la mera infracción normativa no supone ya la concurrencia de un injusto penal, de ahí que, imponer penas o medidas de seguridad, no es factible cuando la conducta transgresora de una norma jurídico penal ni siquiera ha puesto en riesgo al objeto de protección.

Debido a ello, el principio de lesividad no solo se colma con el desvalor de acción, sino que se requiere también la concurrencia del desvalor de resultado

²⁴ Claus Roxin, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? En la teoría del bien jurídico: Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de abalorio dogmático*, 2º ed. (Madrid: Marcia Pons, 2007), 449 y sig.

por lo menos en grado de peligro. Siendo este principio el sustento antijurídico material en la teoría del delito.

La Legislación Penal también establece en el Art. 3, que no podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal. Significa que, el derecho penal solo debe intervenir si existe una amenaza de lesión o peligro para concretos bienes jurídicos.

El precursor de la teoría actual del bien jurídico, Von Liszt, afirma la naturaleza social de los bienes jurídicos, y establece que preexisten al legislador, la norma jurídica los encuentra, no los crea, y su función limitadora, circunscribe el ámbito de la tutela penal a los bienes correspondientes de salvaguardar los intereses humanos fundamentales.

1.1.5 El Bien Jurídico

El derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado a partir de la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La idea de protección de bienes jurídico-penales se deduce en la teoría *límites para el ius puniendi*,²⁵ es decir, del concepto dogmático de bien jurídico no cabe esperar.

El bien jurídico cumple dos funciones, que son razones por las cuales no se puede prescindir del mismo: en primer lugar, tiene una función garantizadora,

²⁵ Enrique Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5º ed. (Madrid, España: Akal ediciones, 1998), 18-19.

la cual impide que haya tipos sin bienes jurídicos afectados y en segundo momento, posee una función teleológico-sistemático, que da sentido a la prohibición manifestada en el tipo y la limita.²⁶

El orden jurídico tutela determinados entes, elevándolos a la categoría de bienes jurídicos.²⁷ Si la definición del bien jurídico del derecho Penal del medio ambiente se extiende hasta los límites más amplios posibles, entendiendo por medio ambiente “todo aquellos que de una manera positiva o negativa puede influir sobre la existencia humana digna o en una mayor o menor calidad de vida”²⁸ la cuestión saldrá ya posiblemente de los límites de la política criminal para entrar en la problemática de la transformación profunda de los hábitos de la vida de las personas.

Por este motivo la tendencia doctrinal busca una limitación del concepto de medio ambiente que permita, a su vez, fijar dentro de contornos nítidos los objetos de protección a que deberán referirse los supuestos de hecho típicos individuales.

La elección de un concepto restringido ha sido ocasionalmente vinculada con la ética de la protección, sin embargo, no se alcanza a comprender cuál sería el inconveniente de la amplitud del bien jurídico podría representar respecto de la eficacia de la pena. Lo que exige restringir el concepto de medio ambiente a los fines del derecho penal es la convicción de que el instrumento de la pena tiene carácter excepcional, mas no es posible decir, pues se carece de

²⁶ Zaffaroni, *Manual*, 393.

²⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. 3 (Buenos Aires, Argentina: Ediar, 1987), 219.

²⁸ Otto Triffterer, *Die Rolle des Strafrechts beim umweltschutz in der Bundes*, 3° ed. (Republik Deutschland: Zstw, 1979), 309.

conocimientos suficientemente verificados como para sostener afirmaciones más amplias.

El autor Roland Heferndehl cita que “un uso correcto del concepto de bien jurídico conduce a desenmascarar aparentes bienes jurídicos que en realidad no lo son”²⁹. El bien jurídico protegido no puede venir dado por el “elemento natural”³⁰ como un valor en sí mismo, sino en su función con respecto al ser humano y en su vinculación con sus necesidades existenciales; por ser un bien jurídico colectivo nadie puede ser excluido de su uso o aprovechamiento.

Muchos autores difieren al momento de determinar el uso correcto del término bien jurídico, debido a ello, es necesario abordar el desarrollo conceptual que éste ha tenido para concluir así en una definición que satisfaga las necesidades dogmáticas que acarrea el tema en mención.

1.1.5.1 Desarrollo Conceptual del Término Bien Jurídico

La teoría del bien jurídico y su real significación para el desarrollo del derecho penal no logran comprenderse en forma acabada, sin pasar una somera revista a la evolución histórica que ha recorrido este instituto³¹, en tal sentido, diversos autores han aportado sus teorías a fin de comprender la terminología, a saber:

Teoría de la lesión del derecho subjetivo (Feuerbach): para Feuerbach con una postura meramente iluminista, concibe doctrinariamente que el delito viene a

²⁹ Roland Heferndehl. “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto” *Anuales de Derecho*, n. 19, (2001): 8-9.

³⁰ Entiéndase que el elemento natural incluye: agua, aire, suelo y atmósfera.

³¹ Gonzalo Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, 5° ed. (Uruguay: B. de F., 2004), 11.

ser, la lesión de un derecho subjetivo. Esto significa que, se trata de una conducta socialmente dañosa (doctrinariamente conocido por el apotegma *nullum crimen sine injuria*) que ofende antes que nada al Estado, como garante de las condiciones de vida en común, y determina que éste la penalice, aun cuando no se vea directamente afectado por ella, salvo en lo concerniente a ese rol de garante que termina de mencionarse.³²

En otras palabras, lo que quiere decir es, que el Estado como garantizador de las condiciones de vida de la comunidad, el que regula las conductas de las personas que viven en dicha comunidad, cuando alguien comete un hecho delictivo antes de afectar a la comunidad o a una persona en particular, tal acción u omisión ofende en primer momento al Estado mismo y posteriormente a la comunidad.

La unión de voluntades importa la fundación de la sociedad civil, la cual, al organizarse constitucionalmente y someterse a la voluntad común, constituye al Estado.³³ Asegura mediante leyes los derechos anteriores al mismo,³⁴ garantizando así la libertad.

El delito se comprende como lesión de alguno de los derechos anteriores al Estado que se encuentra protegido por una ley penal,³⁵ de forma tal que sólo en la medida que dichas leyes protejan efectivamente la libertad, se podría llamar "crimen" a la vulneración de aquellas, aun cuando al referirse a los

³² Juan Bustos Ramírez, *Introducción al derecho penal*, 2° ed. (Bogotá: Temis, 1986), 115.

³³, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, 14° ed. (Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989), 58.

³⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, *La legitimación del control penal de los extraños*, en: Manuel Cancio Meliá et al, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Madrid: Edisofer S.L., 2006), 1138.

³⁵ Anselm Feuerbach, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, traducción de Raúl Zaffaroni (Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989), 64.

sujetos del crimen, el autor define a éste simplemente como "infracción a una ley".

Fundación de la Teoría del Bien Jurídico (BIRNBAUM): El término *bien jurídico* fue acuñado por Birnbaum en mil ochocientos treinta y cuatro, quien retomando la tesis liberal al igual que Feuerbach, pero partiendo de la teoría crítica del mismo. Ante este escenario, Birnbaum argumenta que la privación de un bien sobre el que se tiene derecho en nada afecta al derecho mismo, y por ello, la acción prohibida no puede ser entendida como "lesión de derechos".

Por lo anterior, el concepto de "bien" en Birnbaum, al igual que el de "derecho" en Feuerbach, es previo al derecho positivo³⁶ e indisponible para el legislador. Por lo mismo, en ambas teorías, es posible establecer un límite a lo criminalizable que resulta, al menos en principio, independiente de la concreta configuración del ordenamiento jurídico.

En Feuerbach ello ocurrirá en base a los derechos anteriores a la constitución de la sociedad civil, mientras que en Birnbaum el centro se encuentra en el ordenamiento social centrado en el bienestar individual del hombre.

Conforme a lo dicho, en Birnbaum se debe considerar "delito o punible en el Estado, según la naturaleza de la cosa o conforme a la razón, toda lesión o puesta en peligro, imputable a la voluntad humana, de un bien que el poder público ha de garantizar parejamente a cada cual, siempre que no quepa conseguir una garantía general sino a través de la conminación de una pena determinada y la ejecución de la amenaza legal contra cualquier infractor", con

³⁶ Juan Bustos, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4° ed. (Barcelona: PPU, 1994), 100.

lo que se reconoce un principio de ultima ratio que puede morigerar la extensión de lo punible producida por la introducción del concepto de "bien".³⁷ En consecuencia, sostiene por primera vez que el delito no lesiona derechos subjetivos, como lo pretendía aquél, sino que sólo lesiona *bienes*. El objeto del ilícito, por tanto, según el natural uso del idioma, corresponde a la lesión de un bien y no del derecho.

El Positismo Jurídico (Binding): Posterior al fracaso de la Revolución Industrial, el Positismo le sucede al racionalismo de inspiración hegeliana, a cuya vanguardia penal se sitúa Karl Binding. Para él, el derecho penal está conformado por normas deducibles de la ley penal y conceptualmente anteriores a ella, consistentes en un imperativo.

Entiende el delito como infracción culpable de una norma amenazada con pena³⁸ utiliza una base jurídico-positiva para establecer el bien jurídico, directamente y en todo caso, en el contenido mismo de cada norma. De esta forma, recurre al derecho positivo y extrae los bienes del ordenamiento, determinando su extensión en base a los objetos que para el legislador son importantes.

Así, el bien jurídico se conceptualiza cómo aquello que el legislador considera valioso como condición de vida sana y en cuyo mantenimiento la comunidad - en opinión del legislador- tiene interés;³⁹ reduciéndose el bien jurídico a un elemento de la propia norma y siendo concebido como *ratio legis*. En suma,

³⁷ Franz Birnbaum, *Sobre la necesidad de una lesión de derecho para el concepto de delito*, traducción de José Guzmán Dalbora (Montevideo: Editorial B de F, 2010), 39 y 81.

³⁸ Miguel Polaino, *El bien jurídico en el derecho penal* (Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1974), 108.

³⁹ Albin Eser, "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima", *Cuadernos de conferencias y artículos*, n° 18, (1998): 59.

para Binding toda norma encierra en sí un bien jurídico y, por tanto, toda desobediencia a la norma es una lesión al bien jurídico que aquella contiene.

El Positismo Naturalista (Liszt): Liszt responde a la matriz del pensamiento naturalista, parte de la premisa de que el bien jurídico no es exclusivamente jurídico, una pura creación del legislador -como pretendía Binding- sino una creación de la vida, un interés vital del individuo o de la comunidad, al cual la protección del derecho le confiere, precisamente, la categoría de bien jurídico⁴⁰ En ese sentido se establece que el derecho penal protege o tutela las condiciones de vida del grupo social, así, Liszt afirma que el bien jurídico es el interés jurídicamente protegido, o sea las condiciones vitales del individuo o de la sociedad amparadas por el derecho, es decir, se presenta el bien jurídico como un interés desencadenado por la consecución de un fin.

El Neokantismo (Honig, Schwinge): surge como una reacción al positivismo, como una reacción ante la cientificidad y la aversión filosófica impuesta por el positivismo a partir de Liszt. Sus principales exponentes son Schwinge Honig, Windelban, Rickert y Emil Lask.

En el plano del derecho penal y, específicamente, en torno al concepto de bien jurídico, la orientación neokantiana renuncia a la búsqueda de la función garantista liberal del bien jurídico y, en su lugar, centra su atención en el rendimiento teleológico del concepto, a partir de su fin de protección o, lo que es lo mismo, del valor protegido. Significa que, supone una desmaterialización del concepto de bien jurídico, que queda subrogado por una acepción teleológico-finalista.

⁴⁰ Fran Von Liszt, *Tratado de derecho penal*, traducido por Luis Jiménez de Asúa, 2º ed. (Madrid: Reus, 1926), 2.

Parten de la idea que, la protección a la cultura social, es decir, donde se asientan los valores ético-sociales, es el fin del derecho y a través de la protección jurídica se constituyen los bienes jurídicos. En palabras de Gómez Benítez: “toda teoría del bien jurídico de remisión valorativa-espiritual -cultural, es capaz de explicar la punición de conductas, simplemente inmorales, como conductas lesivas de bienes jurídicos”⁴¹

En suma, el concepto de bien jurídico se refiere a valores culturales o morales, con los cuales, los neokantianos en su búsqueda por brindar un contenido al concepto de bien jurídico, trasladaron el problema al mundo de los valores culturales, lo cual impediría, desde un punto de vista normativo, que se cumpliera una función crítica.

El Causalismo Valorativo (Mezger): se aparta del formalismo del causalismo clásico tomando como base una perspectiva axiológica, al concepto naturalístico de la acción introduce el elemento humano de la voluntad. Edmund Mezger define al bien jurídico como “el estado en que se halla el interés medio que toma en cuenta el derecho” y aparece como “objeto de protección” es, por tanto, el valor objetivo al que la ley penal concede su protección.⁴²

En el trabajo de Mezger,⁴³ y a diferencia de lo que ocurre con von Liszt, se entiende que el bien jurídico "es una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis

⁴¹ Gómez Benítez, “Sobre la teoría del bien jurídico”, *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* (1983): 87.

⁴² Edmund Mezger, “Tratado de derecho penal”, *Revista de derecho privado*, traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz (1955): 333.

⁴³ Edmund Mezger, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, 6° ed. (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958), 148-159.

realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido". Así, conforme a la visión de Mezger el bien jurídico depende directamente del legislador y por lo mismo, no puede servir de criterio limitador a su actuar.

La Ruptura autoritaria: la escuela de Kiel: Schaffstein afirma que el dogma del bien jurídico es insostenible en derecho penal, porque la esencia del delito proviene de la "contrariedad subjetiva del bien jurídico". En la misma orientación, Dahm fundamenta que la esencia del ilícito no está conformada por la lesión de bienes jurídicos, sino por la "rebelión subjetiva contra la comunidad y la ley interna de ésta", de suerte que el injusto se conforma como una contrariedad personal a deber, que expresa la hostilidad espiritual del autor hacia la comunidad.

Se caracterizó por la defensa de un sistema jurídico de fondo emotivo y la utilización de procedimientos intuitivos acordes con la consideración del Derecho como un sentimiento del pueblo. Aprovechando las ideas espiritualistas neokantianas, en un primer momento, llegaron a negar el concepto de bien jurídico como límite al ius puniendi, aunque más tarde lo admitieran, eso sí, sólo desde una perspectiva metodológica, sin contenido como instrumento político criminal, es decir, postulan como instrumento metodológico los procedimientos intuitivos y acordes con una visión del derecho como expresión del sentimiento del pueblo.

Concepción Finalista (Hans Welzel): Se parte de la afirmación de que el Derecho Penal debe proteger valores elementales de conciencia, de carácter ético social y sólo por inclusión, éste ha de asumir concomitantemente la protección de los bienes jurídicos particulares. Entonces el bien jurídico es "un bien vital de la comunidad o del individuo que por su significación social es

protegido jurídicamente”. La misión del derecho penal es proteger los valores elementales de la vida en comunidad.

La constante en el pensamiento de Hans Welzel se encuentra absolutamente vinculada a una teoría del actuar humano justo o injusto. La acción humana pasa a ser el concepto central de la teoría del delito (punto de vista ontológico). En este sentido el bien jurídico ocupa una posición secundaria, lo fundamental son los deberes éticos-sociales y sólo asegurando los elementales valores sociales de acción se puede lograr una protección de los bienes jurídicos realmente duradera y eficaz.

Welzel define al bien jurídico como “todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones”, puntualizando que la suma de los bienes jurídicos constituye el orden social y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente sino en conexión con todo el orden social. Así para este autor, la suma de los bienes jurídicos compone el orden social creado y protegido por el Derecho⁴⁴

I. El Funcionalismo Sistémico (Jakobs): el jurista alemán Günther Jakobs no reconoce que la misión del Derecho penal sea protección de bienes jurídicos, por tanto, no plantea su legitimación material desde el bien jurídico. Para el bien jurídico penal es siempre la vigencia efectiva de la norma:

"Lo que constituye una lesión de un bien jurídico penal no es la causación de una muerte (ésta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable. El homicidio evitable tiene el

⁴⁴ Para ampliar sobre el tema, véase José Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General. I Introducción*, 6ª ed., (Madrid: Tecnos, 2004), 14.

sentido de una oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio, porque al autor se le hace responsable, a causa de su conocimiento (dolo) o cognoscibilidad (imprudencia), de haber elegido realizar el comportamiento que acarreará consecuencias en lugar de la alternativa inocua. La norma obliga a elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma".⁴⁵

Este autor afirma que el bien jurídico corresponde con el objeto de protección de la norma o los procesos valorados positivamente que gozan de protección jurídica y, además, concibe el injusto de una forma alejada del mundo empírico. El derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino que el derecho es la estructura en la relación entre personas.

1.1.5.2 Concepto de Bien Jurídico

Cuando el legislador quiere tutelar una norma, castigando violaciones a bienes jurídicos con una pena de "carácter penal", los bienes jurídicos pasan a ser considerados bienes jurídicos penalmente tutelados.

Para que un interés jurídico merezca la protección penal es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos, en ese sentido Mir Puig establece que, para que un bien jurídico sea penalmente tutelado debe exigirse dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho Penal.⁴⁶

⁴⁵ Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, 2º ed. (Madrid: Marcial Pons, 1995), 46.

⁴⁶ Santiago Mir Puig, *Bien jurídico y Bien jurídico-penal como límites del ius puniendi* (Salamanca: Universidad de Salamanca. 2001), 113.

Se pueden definir los bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los Derechos Humanos y fundamentales del individuo, manteniendo el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin.

En opinión de Zaffaroni debe entenderse, que por bien jurídico penalmente tutelado a la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan.⁴⁷ Dicho en palabras más simple: los bienes jurídicos son los derechos que se tienen a disponer de ciertos objetos.

Por otra parte, el concepto de Bien Jurídico se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos distintos: a) en el sentido político – criminal (de lege ferenda) de lo único que merece ser protegido por el Derecho Penal, en contraposición a los valores socialmente morales; b) en el sentido dogmático (de lege lata) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate.⁴⁸

En ese orden de ideas, el ataque al bien jurídico protegido cobra relevancia desde el punto de vista de la tipicidad, según el pensamiento de Zaffaroni “no puede haber tipo penal sin bien jurídico afectado”⁴⁹

Siguiendo esta postura, la misión primordial del Derecho Penal es la tutela de aquellos bienes vitales y fundamentales que un grupo social, a través del legislador, ha considerado como merecedores de protección especial.⁵⁰

⁴⁷ Zaffaroni, *Manual*, 389.

⁴⁸ Mir, *Derecho Penal*, 162-163.

⁴⁹ Creus, *derecho penal*, 200.

⁵⁰ Véase Johannes Wessels, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de Conrado Finzi, 9° ed. (Buenos Aires: Depalma, 1980), 3.

La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación con el mismo, sino solo en conexiones con la del orden social.⁵¹

El Jurista Hans Toachim Rudolphi dice que los bienes jurídicos quedan definidos como: “Funciones importantes para la vida social en el ámbito de la Constituciones”, o bien como “Unidades funcionales valiosas para nuestra sociedad jurídica regida constitucionalmente, y, por lo tanto, también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados”⁵².

Zaffaroni define al bien jurídico como “La relación de disponibilidad de un individuo con un objeto protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que la afectan”⁵³.

De acuerdo con Moreno Carrasco y Luis Rueda “la sociedad es titular de varios intereses y utiliza diversos sistemas para la protección de los mismos; cuando se usa el derecho como instrumento de protección de tales intereses, estos pasan a tener la consideración de bienes jurídicos”.⁵⁴

Los bienes jurídicos implícitamente contienen una valoración, que los determina como tales⁵⁵. Muñoz Conde considera que son valores que en cada época el legislador somete a tutela legal, dependiendo de las necesidades

⁵¹ Hans Wensel, *Derecho Penal Alemán*, 11° ed. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997) 5.

⁵² Hans Toachim Rudolphi “Los Diferentes aspectos del concepto de Bien Jurídico” *Revista Nuevo Pensamiento Penal*, (1975): 344.

⁵³ Zaffaroni, *Manual*, 410.

⁵⁴ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal comentado* (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador), 6.

⁵⁵ Armando Antonio Serrano et al, *Manual de Derecho Penal, Parte General* (El Salvador: Centro de Información Jurídica. Ministerio de Justicia, 1996), 74.

sociales concretas y de las concepciones morales dominantes de la sociedad en ese momento.⁵⁶

1.1.5.3 Clasificación de los Bienes Jurídicos

En los delitos incluidos dentro de los caracterizados como económicos es posible identificar los que tutelan directamente un bien jurídico individual, y otros que protegen un bien jurídico supraindividual.

A su vez, los bienes jurídicos supraindividuales deben escindirse en dos modalidades: Bienes jurídicos supraindividuales generales y bienes jurídicos difusos.

Para la delimitación entre bienes jurídicos individuales y colectivos se adopta el concepto de “no distributividad”, por el cual puede decirse que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de este a un individuo, no pueden ser detentados individualmente.

Por otra parte, el autor Juan Bustos Ramírez clasifica los bienes jurídicos en dos grandes grupos, según se refieren a las bases y condiciones de subsistencia de sistema (serían los denominados individuales) o bien en tanto que, referidos de funcionamiento de sistemas, estableciendo entre estas tres subclases: Institucionales, Colectivos, de Control⁵⁷. Los Institucionales entiende que vienen referidos a determinadas instituciones básicas para el

⁵⁶ Sobre este tema véase Francisco Muñoz Conde, *Lecciones de Derecho Penal. Primera Parte: Fundamentos del Derecho Penal*, 2º ed. (Sevilla: Gráficas Minerva S. A., 1991), 50.

⁵⁷ Para otras aproximaciones a esta cuestión véase, Juan Bustos Ramírez, *Los bienes jurídicos colectivos*, tomo II, 2º ed. (Lima: Ara editores, 2004), 161-162.

funcionamiento del sistema, instituciones que atiende a crear procedimientos “organizativo-conceptuales” para asegurar los bienes jurídicos conceptuales.

Los colectivos se refieren a aquellos bienes en los que la intervención estatal responde a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, que implica la participación de todos en los procesos económicos sociales. Los de control se refieren a la organización de aparato estatal; a ellos responderán los delitos contra la autoridad, contra la seguridad interior y exterior del Estado. Los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos sufren una subclasificación, como ya se había establecido, entre los cuales están los bienes jurídicos supraindividuales o colectivo generales y los bienes jurídicos supraindividuales difusos, a saber:

Los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos *generales*: cuyo denominador común es la pertenencia a la generalidad de personas que se integran en la comunidad social. Soto Navarro⁵⁸ habla de delitos colectivos, considerando como tales a los que no son divisibles en bienes jurídicos individuales, es más, considera característica indispensable para concebir a un bien como colectivo el de su indivisibilidad. En este punto es preciso advertir que los bienes jurídico-penales colectivos no se circunscriben a una persona determinada. Precisamente esta pluralidad de sujetos implicados en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal es la nota que la diferencia de los bienes jurídico-penales individuales.

Se caracterizan por poder ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, de tal manera que nadie puede ser excluido en su uso, ni tampoco existe una

⁵⁸ Susana Soto Navarro, “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, n. 1 (2005): 887.

rivalidad en el consumo, es decir el uso o disfrute de ese bien por un individuo no perjudica ni impediría que otro individuo haga lo mismo.

Los bienes jurídicos supraindividuales difusos: Que, a diferencia de los anteriores, no afectan a la totalidad de las personas, sino que, al contrario, se encuentran a medio camino entre los intereses individuales y los sociales generales, por lo que el interés difuso ha sido calificado como “sectorial”⁵⁹. A esta categoría pertenecen aquellos intereses supraindividuales de naturaleza indivisible, cuyos titulares sean personas indeterminadas o ligadas entre sí por circunstancias de hecho.

La distinción entre bienes jurídicos colectivos y bienes jurídicos difusos se ubica normalmente en el grado de individualización o concreción de los sujetos a los que el interés resulta referible.

Cuando el interés apunta a un conjunto de sujetos identificables, abarcables, más o menos organizados, se estará en presencia de interés jurídicos colectivos, en cambio, los difusos no se refieren a colectividades delimitables, sino a intereses que tienen una aspiración común, son fragmentarios o sectoriales.

1.1.5.3.1 Surgimiento de los Bienes Jurídicos Colectivos y Difusos

El surgimiento de los Bienes Jurídicos colectivos y difusos es un fenómeno que ha cobrado relevancia en estos tiempos; la preocupación de los seres

⁵⁹ Carlos Martínez Buján Pérez, *Derecho Penal económico. Parte General*, 2º ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 1998), 94-95.

humanos por lo ambiental empieza a existir conciencia social sobre la degradación de los recursos naturales que los rodean.

Esto, en virtud de que el ser humano siempre ha tratado de transformar lo natural en algo provechoso y útil, sin tomar en cuenta que la explotación que se realiza sobre dichos recursos naturales debe ser efectuada de manera sostenible a fin de conservarlos y restaurarlos.

Si bien es cierto que el Derecho penal liberal, en orden a privilegiar la esfera de la libertad, fue modulado, principalmente, como instrumento de protección de los llamados bienes jurídicos individuales.

Sin embargo, no se circunscribió a la tutela de aquellos, sino que, también brindó protección a bienes colectivos (fe pública, administración de justicia, seguridad del Estado).

En tal sentido éstos no son nuevos en la teoría del delito, pues están ligados al nacimiento mismo del concepto de bien jurídico y su reconocimiento ha sido permanente dentro de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina penal.

En relación con lo anterior, la primera respuesta al enfoque tradicional respecto a la situación jurídica del hombre con el ambiente fue la doctrina del interés difuso, respondiendo a un esquema clasificatorio de los derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples, de los cuales estos últimos no podían ser tutelados jurisdiccionalmente.

El camino para identificar estos intereses con los derechos individuales se abrió tratando de vincular el derecho al ambiente con otros reconocidos en el Derecho positivo y, especialmente, en el cuadro constitucional, como el

derecho a la vida y a la salud, aunque se tuvo que recurrir a los derechos implícitos.⁶⁰

En el derecho penal contemporáneo, todavía existe consenso mayoritario en que este tiene por misión la protección de bienes jurídicos. En este terreno el campo de acción de todo precepto jurídico penal puede estar referido al resguardo de interés de contenido individual o colectivo, se está frente a lo que la dogmática denomina bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos.

Se concluye entonces que la protección de los bienes colectivos no es algo nuevo para el Derecho penal, por lo cual no puede considerarse que su tutela sea un síntoma de la expansión del Derecho penal.⁶¹

Lo que sucede es que aquellos intereses -que al igual que los llamados bienes jurídicos individuales siempre han tenido el mismo fundamento: la dignidad de la persona- adquieren la connotación de pilares básicos de la organización y funcionamiento del sistema social y económico pero que el derecho penal liberal, a pesar de reconocer la existencia de los bienes colectivos, se articuló en base a los bienes jurídicos individuales, pues aparentemente eso era, únicamente, lo que aquel momento histórico-social demandaba, pues no se visualizaba la necesidad de intervenir en las disfunciones de los procesos sociales y económicos, por lo que se centró en una relación individualizable entre autor y víctima⁶².

⁶⁰ Leonardo Fabio Pastorino, *El Daño al Ambiente* (Buenos Aires: LexisNexis Argentina S.A. 2005) 58 y 59.

⁶¹ Carlos Castro Cuenca, "Lineamientos sobre la antijuricidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva" *Díkaion*, n. 15, (2006): 207.

⁶² Günther Heine, "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente" *Anuario de Derecho penal y ciencias políticas*, n. 45 (1993): 291.

El planteamiento crítico sostiene que el moderno Derecho Penal se ha ido alejando de un modelo tendente a la protección exclusiva de bienes altamente personales –como la vida, la integridad física, la libertad, etc.- para convertirse en un Derecho Penal de mayor intervención en la esfera del ciudadano, que se manifiesta en el aumento de las conductas penalmente tipificadas con el fin de proteger bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, que no son más que objetos ficticios de tutela, carentes de materialización, ya que son excesivamente amplios e indeterminados, es decir serían intereses de vaga configuración, razón por lo cual para su protección penal, específicamente para determinar su injusto, se emplea, recurrentemente, la técnica de los de peligro.

1.1.5.4 Técnicas Legislativas utilizadas para la Protección de Bienes Jurídicos

Es menester establecer en primer momento la diferencia entre bien jurídico y bien jurídico penal⁶³, para ello se parte de la noción que, en la sociedad, el Derecho en general, tiene como misión prevalente la defensa de intereses que, una vez asumidos por el ordenamiento jurídico, se convierten en bienes jurídicos.

En consecuencia, los intereses sociales o individuales son muchos, los bienes jurídicos solo aquellos (intereses sociales) tomados por el Derecho para su defensa; por lo que la protección de bienes jurídicos es una tarea que asumen todos los sectores del ordenamiento jurídico. Mientras que un bien jurídico – penal es aquel interés social que, siendo recogido, para su protección, por el ordenamiento jurídico (ya sea la Constitución, el Derecho internacional o el

⁶³ *Ibíd.*, 290.

resto de la legislación) además merece y necesita que esa tutela jurídica sea reforzada, por lo que se debe acudir al Derecho Penal para lograr dicho cometido. Se puede ver que el concepto de bien jurídico – penal es uno más restrictivo que aquel de bien jurídico.

Por lo tanto, la afirmación de que el derecho penal tiene como función la tutela de bienes jurídicos del ciudadano o de la comunidad, no significa que deba proteger a todos los bienes jurídicos, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinarse la intervención del Derecho penal, sino que, por el contrario, sólo debe intervenir para salvaguardar a aquellos bienes más esenciales, que por su carácter de ultima ratio el ámbito de protección está restringido a los ataques más graves que los lesionen o pongan en peligro.⁶⁴ Es decir, no en todo menoscabo a los recursos naturales sino en aquellos casos en que irremediamente se vulnere el equilibrio de la naturaleza.

Ahora bien, es necesario conectar los esfuerzos de delimitación del bien jurídico penal a las técnicas de tipificación, orientadas a otorgarle una protección jurídica apropiada.

Al tener en cuenta que muchas veces “el problema no reside en si la ley penal debe intervenir o no en determinadas materias, sino en cómo lo hace”⁶⁵. En consecuencia, significa que el problema residiría en la defectuosa técnica empleada, si las técnicas utilizadas por el Derecho Penal del riesgo son conformes con los principios.

⁶⁴ Hernán Hormazabal Malaree, *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: El objeto protegido por la norma pena*, 2° ed. (Lima: Idemsa, 2005) 160.

⁶⁵ Laura Pozuelo Pérez, *Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal, tomo II* (Bogotá: Servicio de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003), 119.

1.1.5.4.1 Técnica Ley Penal en Blanco

Doctrinariamente se menciona que, a falta de una ley especial sobre el medio ambiente, el esquema punitivo que utiliza el legislador ha adoptado la estructura típica de las normas penales en blanco, remitiéndose a las leyes u otras disposiciones de carácter general para la concreta determinación del tipo.⁶⁶

Las leyes penales en blanco constituyen una característica de los sistemas de protección del medio ambiente en la mayor parte de los países. Con ella, por lo demás, se conforma un sistema de accesoriedad de norma en las relaciones entre el tipo penal y el ordenamiento administrativo medioambiental.

De acuerdo con Muñoz Conde⁶⁷, se cree que si bien - en principio - el Derecho penal debe crear los presupuestos de sus normas de un modo autónomo y en lo posible, sin remisiones expresas a otras ramas del ordenamiento jurídico, no obstante, hay ocasiones en que, por razones técnicas y de política criminal muy precisas es necesario recurrir a las leyes penales en blanco, y creo que estas situaciones se darían en el caso del derecho penal ambiental y del económico.

En resumen, la función del Derecho administrativo, en el marco de los delitos ambientales, es la de alimentar el contenido de la conducta típica, pero sin fundamentar una imputación penal, esto es, advertirá si una conducta típica, pero sin fundamentar una imputación penal, indicará si una conducta está

⁶⁶ Teresa Vicente Jiménez, *Justicia Ecológica y Protección del Medio Ambiente* (Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2002), 225.

⁶⁷ Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, 2º ed. (Buenos Aires: Editorial B de F., 2001), 55.

dentro del marco de lo lícito (será un riesgo permitido o socialmente adecuado) y si, por el contrario, se desconocen dichos estándares reglamentarios; situación que da como resultado que faltara algún grado – no ya de dependencia administrativa – sino de ofensividad en los objetos que representan al bien jurídico penal⁶⁸.

La teoría y la jurisprudencia española utilizan el concepto de ley penal en blanco, entendiendo por tal los casos en los que la prohibición o el mandato de acción se encuentra en disposiciones distintas de la Ley que contiene la amenaza penal.⁶⁹ En otras palabras, las leyes penales en blanco son aquellas cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima. Las leyes penales en blanco pueden adquirir, sin embargo, significación constitucional cuando la norma complementadora proviene de una instancia que carece de competencias penales. Esta situación práctica es la que probablemente dio origen a las leyes penales en blanco.

Por el contrario, si la autoridad que sancione la prohibición o el mandato de acción complementario tiene competencia penal, las leyes penales en blanco no deberían ofrecer más problemas que los propios de la remisión.⁷⁰

1.1.5.4.2 Surgimiento de los Delitos de Peligro

El tipo, tanto de un delito doloso como de un culposo adopta dos estructuras diversas según que se trate de delitos de resultado (que producen una lesión o el peligro de la misma), o de actividad o predominante actividad (que se

⁶⁸ James Reátegui Sánchez, *El bien Jurídico en el Derecho Penal, Concepto, fundamento y validez del objeto de protección en el ámbito jurídico-penal* (Lima: Jurista Editores, 2006), 117.

⁶⁹ Bacigalupo, *Principios*, 99.

⁷⁰ *Ibíd.*, 154.

agoten en el movimiento corporal del autor). Todos los delitos importan –en principio- una lesión inmaterial (la del bien jurídico); sólo un número determinado de ellos requiere una lesión material (la del objeto de la acción).

En el tipo penal de los delitos de peligro no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar. El peligro puede ser concreto, cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión o abstracto, cuando en el tipo penal se reduce simplemente a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido.⁷¹

En la dogmática penal fue Binding quien objeto en forma seria la categoría de delitos de peligro, que consideró como puras desobediencias. Las objeciones de Binding atacaron en primer término la presunción de peligro contenida en los delitos de peligro abstracto. “La puesta en peligro sería a menudo – señalaba Binding- difícil de probar, por lo cual el legislador vería siempre la existencia de peligro como acciones normalmente peligrosas, el legislador en tales casos emplearía una “*praesumptio juris et de jure*” respecto de la peligrosidad de comportamiento: este no sería peligroso en concreto, sino abstractamente.⁷² En estos delitos no solo debe comprobar la realización de una acción que supere los límites del peligro permitido, además se requiere que la acción haya representado un peligro para un determinado bien jurídico. La imputación objetiva se excluye cuando la acción que causalmente ha producido el resultado no supera los límites de riesgo permitido.⁷³

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² *Ibíd.*, 155.

⁷³ *Ibíd.*, 189.

Ello significa que tales acciones no son típicas; la cuestión de la exclusión de la imputación objetiva en los casos de disminución del riesgo es problemática.

Se hace referencia en este contexto a los casos en los que el autor conscientemente no ha reducido el riesgo todo lo que para él era posible, ej.: X tiene la posibilidad de evitar que, Y sufra alguna lesión, pero, dada la poca simpatía que le tiene reduce el riesgo solo en parte para, de todos modos, el resultado se produzca, aunque con una lesión más leve. En tal supuesto el autor ha omitido optimizar sus posibilidades de protección. El peligro como tal no depende de que el autor o alguien haya podido conocerlo ni de que el autor o alguien haya podido tener por seguro la producción del resultado.

1.2 Nacimiento de la Preocupación Medioambiental.

A lo largo del tiempo, el medio ambiente y la naturaleza han sido aspectos tomados en cuenta por las distintas disciplinas científicas. En concreto, la geografía ha considerado el medio ambiente como un factor que contribuye a modelar las formas de vida y las relaciones humanas. Desde esta óptica, lo que actualmente se llama crisis ecológica es una consecuencia de la degradación que los seres humanos han provocado en los ecosistemas por medio de prácticas productivas encaminadas a cubrir las necesidades materiales y de supervivencia de la población.

Se reconoce que las consecuencias más claras de la crisis ecológica, en forma de contaminación, deforestación o agotamiento de recursos y sus efectos nocivos sobre los seres humanos, empezaron a hacerse sentir en la segunda mitad del siglo XX, lo que unido a la eclosión de los movimientos sociales, a la crisis energética y a la creciente atención de los medios de comunicación sobre los temas ecológicos, son fenómenos que provocan una clara

preocupación por el medio ambiente y una amplia concienciación ecológica en amplios sectores sociales⁷⁴.

Esta degradación al medio ambiente constituye un problema capital que ha alertado a la humanidad, despertando una conciencia generalizada sobre el problema ambiental y las consecuencias que la contaminación provoca, pues los elementos que conforman el medio ambiente por sí mismos son susceptibles de ser degradados aunado a ello la explotación desmedida e incontrolada de los recursos naturales ha generado fenómenos ambientales que amenazan a todo el planeta.

Es un fenómeno de estos tiempos, la preocupación de los seres humanos por lo ambiental, debido a que empieza a existir conciencia social sobre la degradación de los recursos naturales que nos rodean. Esto, en virtud de que el ser humano siempre ha tratado de transformar lo natural en algo provechoso y útil, sin tomar en cuenta que la explotación que se realiza sobre dichos recursos naturales debe ser efectuada de manera sostenible a fin de conservarlos y restaurarlos.

En relación con lo anterior, la primera respuesta al enfoque tradicional respecto a la situación jurídica del hombre con el ambiente fue la doctrina del interés difuso, respondiendo a un esquema clasificatorio de los derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples, de los cuales estos últimos no podían ser tutelados jurisdiccionalmente. El camino para identificar estos intereses con los derechos individuales se abrió tratando de vincular el derecho al ambiente con otros reconocidos en el Derecho positivo y, especialmente, en

⁷⁴ Antonio González López, "La preocupación por la calidad del medio ambiente. Un modelo cognitivo sobre la conducta ecológica" (Tesis de Grado, Universidad Complutense de Madrid: 2002), 8.

el cuadro constitucional, como el derecho a la vida y a la salud, aunque se tuvo que recurrir a los derechos implícitos.⁷⁵

1.2.1 Causas de la Protección Penal del Medio Ambiente

Desde que apareció el ser humano en el planeta hizo uso de los recursos naturales para satisfacer sus requerimientos. En un primer momento, el hombre, como especie, se adaptó a las características del medio a fin de sobrevivir. Este periodo nómada, termina con el asentamiento humano en lugares “habitables”, de manera tal que fue adaptando el entorno a sus necesidades; sin embargo, cabe señalar que en estas comunidades primitivas la relación persona – medio ambiente se reducía a la utilización de algunos recursos y, en otros casos, a una agricultura de subsistencia.

Históricamente, varios pueblos se transforman en sedentarios, crece la población, la cual ocupa cada vez más espacios naturales, modificando los ecosistemas. Junto con ello, se producen y desarrollan relaciones de propiedad sobre el medio ambiente, es decir, el ser humano establece el uso y posesión de los recursos naturales.

Esta actitud obedece a un concepto de medio ambiente como “todo aquello que rodea al hombre”, disociando al hombre del resto de la naturaleza.

Las consecuencias de la instalación humana en el medio ambiente, comienza a ser advertidas posteriormente, con el deterioro evidente de los recursos naturales, situación que se prolonga durante toda la existencia de la humanidad.

⁷⁵ Pastorino, *El Daño*, 58-59.

No obstante, lo anterior, en los últimos siglos se comienzan a advertir consecuencias nefastas para nuestro entorno, derivado de un fuerte crecimiento demográfico y un rápido desarrollo tecnológico y económico, es por ello, que se vuelve necesario que el Derecho penal intervenga en alguna manera para proteger de aquellas conductas que pongan en peligro el medio ambiente como bien jurídico tutelado.

1.2.1.1 Expansión del Derecho Penal

En España, la postura reduccionista más destacada es la mantenida por Silva Sánchez, quien en 1999 publicó la primera edición de su obra *La expansión del Derecho penal*, cuya repercusión ha sido y es incuestionable.

Tras efectuar un análisis sobre algunas de las causas de la expansión del Derecho penal y de la globalización económica y la integración supranacional como multiplicadores de la expansión, Silva Sánchez realiza algunas afirmaciones que conviene apuntar, pues permitirán comprender mejor cuál es su propuesta.

Aunque no niega que el recurso al Derecho penal, en ocasiones, puede constituir un expediente fácil al que los poderes públicos recurren para hacer frente a problemas sociales de hondo calado que no pueden o no quieren resolver de otro modo, estima que se dan elementos que trascienden con mucho esa opinión.

Entre las causas de la expansión o de la globalización del Derecho Penal⁷⁶ esta la efectiva aparición de nuevos riesgos, la sensación social de

⁷⁶ Patricia Faraldo Cabana, “Globalización del Derecho Penal” (Ponencia, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 2017).

inseguridad, la configuración de una sociedad de sujetos pasivos y los gestores atípicos de la moral.

Además, la española Faraldo Cabana, señala dos fases en las que el Derecho Penal se expande, la primera en la fase de conminación penal abstracta, que es donde surgen nuevos tipos penales, entre otros, la protección del medio ambiente, delitos contra el tráfico de personas; hay una agravación de los tipos penales existentes y una extensión del tipo a fases anteriores a la lesión. Y la segunda fase de expansión es la fase de ejecución donde existe un crecimiento del número de detenidos y presos y en consecuencia aumento el número de personas procesadas por el cometimiento de los nuevos delitos que surgen con la globalización o la expansión del Derecho Penal.

El conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos que tienen lugar en las sociedades modernas, generan en el Derecho penal un cúmulo de efectos que es a lo que se llama “expansión”, resalta que algunas de las manifestaciones de dicha “expansión” son la flexibilización de los principios políticos criminales o de las reglas de imputación y, como primera expresión de esto, la modificación de la propia estructura y del contenido material de los tipos penales, en el sentido de que la introducción de nuevos objetos de tutela, combinado con la anticipación de las fronteras de protección penal, ha propiciado una rápida transición del modelo de “delito de lesión de bienes individuales” al modelo de “delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales”.

1.2.1.2 Derecho Penal de Riesgo

La sociedad actual ha sido calificada como sociedad del riesgo, concepto acuñado por el sociólogo alemán Ulrich Beck en 1986 en su obra *la sociedad*

*del riesgo. Hacia una nueva modernidad.*⁷⁷ Antes, otros autores ya habían reflexionado sobre los riesgos en la economía empresarial y en la antropología, apuntando la estrecha relación existente entre cultura y riesgo en diferentes sociedades pre-modernas, pero fue dicho sociólogo alemán el que introdujo el concepto para referirse a una nueva forma de organización y estructuración de la sociedad, que empieza emerger a finales de la década de los 70 en todos sus niveles (técnico-productivo, social y cultural).

En las últimas décadas la sociedad ha cambiado a un ritmo vertiginoso. Los avances científicos y tecnológicos han evolucionado tanto en tan poco tiempo, que parece difícil creer que, en la instauración de la era postindustrial y la tecnología, se percibe el riesgo como efecto de la acción humana.

El autor fundamenta el concepto de riesgo en contraposición al concepto de peligro, que originalmente se encuentra vinculado a los peligros que causa la naturaleza, mientras que el riesgo se halla directamente relacionado con la acción del hombre sobre la naturaleza, sobre la que se despliegan instrumentos propios de la postmodernidad, para hacer uso de ella y muchas veces someterla a irreversibles alteraciones.

Que se constatan precisamente en el desequilibrio de las bases o subsistemas naturales, y que llegan a configurar en ocasiones el denominado delito ecológico.

De este modo, la norma que protege el bien jurídico sistemas naturales o bases naturales de la vida humana, es aplicada cuando existe el riesgo de

⁷⁷ Ulrich Beck, *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 2º ed. (Barcelona: ROURE, 1998).

grave perjuicio para su equilibrio y sus propiedades, ante las contaminaciones perpetradas.

Por tanto, si bien es cierto que la teoría de la sociedad del riesgo es un instrumento de concienciación sobre el riesgo emergente en la sociedad postmoderna o también llamada doctrinariamente como postindustrial, no es sin embargo un instrumento para evitar los graves riesgos, sino más bien un medio de legitimar la coyuntura económica social que necesita un cambio en la profundidad de su estructura en primer lugar, y en segundo lugar, requiere para ello que la aplicación del Derecho administrativo o del incipiente Derecho medioambiental evite la realización grave del riesgo sobre los sistemas naturales y que el ius puniendi intervenga para protegerlos de manera real y eficaz.

Los riesgos pueden ser percibidos a través de los hechos que demuestren la posibilidad de la producción de graves afecciones que alteren el equilibrio de los sistemas naturales o la estabilidad de las bases naturales de la vida humana.

Ahora bien, de la percepción de riesgos no se puede llegar a la conclusión de que de tales riesgos percibidos no emergerán otros riesgos, más al contrario, se establece la incertidumbre de la posibilidad o no, de la creación de otros riesgos.

Las posibilidades de experiencia y acción que surgen de la modernidad llevan a la necesidad de elegir y decidir qué, intervenciones ocasionan el riesgo de que ocurra lo inesperado (incertidumbre), como también lo esperado (es decir, la prevención), ya que el tiempo en el que se encuentra la humanidad, la

evolución social origina improbabilidades y conduce a resultados que podrían no haber sido producidos por planificación o diseño.

1.2.1.3 Derecho Penal de Peligro

La evolución tecnológica implica la aparición de nuevas formas de riesgo, o, dicho de otra manera, una sociedad cada vez más industrializada es una sociedad potencialmente cada vez más peligrosa.

El Derecho penal moderno, con su utilización cada vez más intensiva de los delitos de peligro, puede entenderse como una respuesta a la complejidad y presencia de las situaciones de peligro en la vida moderna⁷⁸

Para dar cobertura a estas nuevas formas de riesgo el legislador adelanta la frontera de la protección penal, y así “los códigos penales abordan la punición de conductas cada vez más alejadas del momento de la efectiva lesión del bien jurídico y donde el elemento “resultado”, tradicionalmente entendido como modificación producida en mundo exterior como consecuencia de la acción típica, empieza a adquirir perfiles cada vez más difusos”⁷⁹

⁷⁸ Félix Herzog “Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro” *Anuario de Derecho Penal*, (1993): 317.

⁷⁹ Paz Mercedes De la Cuesta Aguado, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente* (Valencia; Tirant lo Blanch, 1995), 12.

CAPITULO II

ASPECTOS CONCEPTUALES SOBRE LOS DELITOS DE PELIGRO Y LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

En este segundo capítulo se realiza un desarrollo conceptual de los términos que diferentes autores han atribuido alrededor de la problemática del medio ambiente y de los delitos de peligro, analizando, además, diferentes sentencias en las que tribunales como el de España y El Salvador han definido como peligro, peligro grave, así como las diversas categorías que se derivan de estos.

Se distingue entre los delitos de lesión y los delitos de peligro, siendo los primeros, los que requieren que el bien jurídico protegido sufra un menoscabo, un daño, una lesión, es decir, que se produzca un resultado concreto y, los segundos, son un adelantamiento a la barrera de punibilidad, pues, basta con que determinada acción u omisión ponga en peligro el bien jurídico protegido. Para concluir, se ha estructurado este capítulo con los principios que rigen la protección penal del medio ambiente, siendo estos, los que proyectan y dirigen la actuación de la legislación penal respecto a la tutela medio ambiental.

2.1 Concepto de Peligro

En los delitos de peligro, el problema inmediato que se presenta es la discusión conceptual de peligro, por tanto, es preciso comprender en que consiste el “peligro”, Jescheck ofrece una definición, mediante el cual enuncia el peligro como “el estado desacostumbrado y anormal en el que, para un observador

experto puede aparecer como probable a la vista de las concretas circunstancias actuales la producción de un daño cuya posibilidad resulta evidente⁸⁰ el peligro es, por tanto, la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción⁸¹.

En consecuencia, el daño es la contingencia de que suceda un hecho potencialmente dañino. La Sala de lo Constitucional en sentencia de Inconstitucionalidad acumulada de fecha veinticuatro de agosto de 2015, referencia 22/2007, 42/2007, 89/2007, 96/2007 ha sostenido que por “peligro” se entiende “el segundo grado admisible constitucionalmente para castigar una conducta criminal... el cual se entiende como una proximidad latente de lesión”.

Rodas Monsalve, establece el concepto de peligro como un juicio valorativo caracterizado por un juicio material-objetivo, ya que tiene una base material que determina su existencia y que constituye el bien jurídico y, dentro de ese juicio material, por un juicio de posibilidad: la vinculación entre la conducta y el resultado negativamente valorado.⁸²

Para Rodríguez Mourullo. El peligro se presupone a lo respecto de algo, siempre y cuando, ese algo tenga relevancia jurídico penal, se encuentra en la necesidad de regulación de peligro por parte del ordenamiento penal⁸³, para

⁸⁰ Véase De La Cuesta, *Causalidad de los delitos*, 105.

⁸¹ Mario Eduardo Corigliano, “Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática de los delitos de peligro”, *Revista Internauta de práctica jurídica*, n° 18 (2006) disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,278,0,0,1,0>

⁸² Julio César Rodas Monsalve, *Protección penal y medio ambiente* (Barcelona: PPU, 1993), 240-241.

⁸³ Gonzalo Rodríguez Mourullo, *La Omisión de Socorro en el código penal*, 2° ed. (Madrid: Tecnos, 1966), 165.

Antolisei, el concepto de peligro encuentra muchas aplicaciones en la parte general del derecho penal “el concepto de peligro en el derecho penal es una aceptación más general tan basta como el concepto delito”⁸⁴

Es de gran importancia el término peligro del que Maurach “califica como un estado irregular, no usual, en el que, dadas las circunstancias concretas, se considera probable, según una provisión posterior-objetiva, la producción de un daño”⁸⁵, pues, el Derecho Penal debe ocuparse no sólo del daño real que se produce a los bienes jurídicos, sino también a la posibilidad del mismo, y con ello, el término “peligro” adquiere importancia como objeto de la investigación criminal.

Es preciso establecer que existen dos componentes esenciales característicos del concepto de Peligro, que si faltara uno de ellos este no se consideraría como tal: a) La probabilidad de que se produzca un resultado o riesgo inminente. En relación con este punto es necesario considerar que en los delitos de mera actividad no se requiere la comprobación de la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, se exige únicamente la sola realización del verbo rector descrito en la norma, no obstante, la probabilidad que se produzca un resultado esta. b) El carácter dañoso o lesivo de ese resultado. Se refiere a la probabilidad de producir un resultado lesivo para el bien jurídico penalmente tutelado.

Si falta uno de esos dos componentes no se está ante un peligro real. En cuanto a eso, Von Rohland dice que: “No se habla de peligro cuando la

⁸⁴ Francesco Antolisei, *L'azione e l'evento nel reato* (Milán: Istituto Editoriale Scientifico, 1928), 118.

⁸⁵ Maurach Reinhart, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 5º ed.* (Barcelona: Ediciones Ariel, 1962), 277.

producción de un acontecimiento es imposible o, por el contrario, cierta. Tampoco cuando el mismo concuerda con nuestros intereses o no los afecta”⁸⁶

2.1.1 Peligro y Peligrosidad. Cuestiones terminológicas emergentes

En cuanto a la caracterización de lo injusto en los delitos de peligro, provisionalmente se llega a la conclusión de que, en términos de proximidad a la lesión, hay clases muy diferentes de injustos. Por un lado, un injusto el de los delitos de peligro concreto, basado en el desvalor de la acción y un componente de desvalor de resultado, caracterizado por el peligro que encarna la actividad desplegada para el bien protegido en la situación concreta.

Por otro lado, un injusto que solamente tiene como contenido el desvalor de la acción que encarna una presunta peligrosidad determinada por el legislador a partir de su experiencia y, modernamente, se emplea una tercera vertiente, denominada delitos de peligro hipotético, en el que no se tipifica un sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido.

En consecuencia, hablar de peligro y de peligrosidad introduce en el debate sobre la delimitación conceptual, nuevas dimensiones que pasaban desapercibidas en la presentación tradicional del tema y que han generado al interior de la dogmática la necesidad de ampliar conceptual y terminológicamente el espectro de su reflexión, trayendo subcategorías de delitos a la explicación de la materia de discusión de este trabajo con la

⁸⁶ Von Rohland, *La puesta en peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal*, 4° ed. (Barcelona: Bosch, 1976), 18.

finalidad de comprender todo el entramado de esta temática, tal como se analizará en el siguiente apartado.

Autores explican, de una manera clara las distintas concepciones que en torno al concepto de peligro ha formulado la dogmática y señalan que dicho concepto ha sufrido una importante evolución, paralela a la de la teoría del delito. Se ha pasado de una concepción primaria que se denomina subjetiva del peligro a una concepción a la que doctrinariamente se le ha denominado concepción objetiva de peligro, y termina en las modernas doctrinas sobre la conducta peligrosa y el estado o situación de peligro.

2.1.2 Concepción Subjetiva de Peligro

Deriva de la óptica causal-mecanicista sobre el mundo. Según esta concepción, todos los fenómenos están sujetos a la necesidad y a las reglas de la causalidad. Sin embargo, sólo se percibe el funcionamiento del mundo a través de generalizaciones y abstracciones, por lo que el saber es limitado, tanto del punto de vista nomológico (a nivel normativo; de lo creado por el legislador) como ontológico (del ser de la conducta misma).

El peligro es sólo el aspecto subjetivo de esa posibilidad, pero carece de entidad como fenómeno real, calificándose, así como “el hijo de nuestra ignorancia”. Dicho de otro modo, si se conocieran todas las leyes de la causalidad, no se tendría ninguna duda sobre las consecuencias de determinado evento y el peligro no existiría. Hoy en día esta concepción ha sido abandonada. Resulta absurdo que el Derecho Penal, que va dirigido a seres normales, tome como punto de referencia un ser omnisciente que no existe más que como abstracción.

2.1.3 Concepción Objetiva de Peligro

Se considera el peligro como una probabilidad o posibilidad de lesión: abandonada la concepción subjetiva del peligro con la crisis del pensamiento causal radical (naturalista), pasó a considerarse el peligro como una realidad. La cuestión consiste en determinar si existió la situación de peligro.⁸⁷

Para ello es necesario previamente establecer el llamado “grado de probabilidad”, es decir, cuál es el grado de posibilidad exigido. Averiguando el grado de probabilidad deseado (51 % frente al 49 % de posibilidades de producción del daño), la verificación de la situación de peligro debe realizarse forzosamente a través de una determinada valoración: se trata del llamado juicio de peligro; son los elementos de este juicio lo que han provocado mayor discusión y la propia crisis del punto de vista en estudio sobre el peligro⁸⁸

2.1.4 Concepción normativa del peligro

Concepción normativa del peligro: Corcoy Bidasolo propone la asunción de la teoría normativa del peligro como único concepto válido para el Derecho Penal. Esta teoría trata precisamente de poner en relación el peligro objetivo real y el peligro aparente ex ante, relevante desde la perspectiva del derecho penal.

En el estado actual de la ciencia no se conocen todas las leyes de probabilidad, lo que implica que, en el caso concreto, incluso conociendo todas las circunstancias concurrentes en una determinada situación, existen factores

⁸⁷ *Ibíd.*, 174.

⁸⁸ Salvador Salas Almirall, “Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro” *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 26, (1994): 68-69.

que actualmente son aleatorios y de los que depende que se produzca o no el resultado lesivo.

Por consiguiente, el concepto normativo de peligro, como concepto de peligro válido para el Derecho Penal, se ha de definir como “probabilidad de lesión de un bien jurídico penal”. El grado de probabilidad exigible, será lo que determine, en un primer momento, la idoneidad de ese peligro para lesionar el bien jurídico⁸⁹.

En la valoración de dicha probabilidad hay que tomar en consideración otras variables que no tienen relación alguna con la probabilidad causal-naturalista, como son la clase de bien jurídico-penal afectado o la ponderación de la utilidad social de la actividad desarrollada.

En consecuencia, para que una conducta pueda ser calificada como peligrosa habrá que verificar la probabilidad de lesión en el caso concreto, atendiendo a los bienes jurídico-penales potencialmente puestos en peligro y al ámbito de actividad donde se desarrolla esa situación y ello con independencia de la posibilidad de evitación de la lesión por parte del autor. Dicha situación de peligro operará como límite a la incriminación de conductas.

La legitimidad del castigo de dichas conductas peligrosas está vinculada al respeto de dichos límites axiológicos, pues sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa en abstracto se respetarán los postulados del Estado de Derecho⁹⁰.

⁸⁹Mirentxu Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 34-45.

⁹⁰ *Ibíd.*, 52.

Respecto a lo que se entiende por daño, se dice que éste es un concepto de carácter normativo, producto de una valoración jurídica.

En efecto, en términos naturales no se concibe la noción de “daño”, sino que lo que se percibe es únicamente la existencia de eventos, o sea, de modificaciones o transformaciones de las condiciones internas o externas imperantes en ese momento. Es decir, hacer referencia al concepto de daño es hacer alusión a un conjunto de actos o eventos que han ocasionado una transformación del bien jurídico protegido.

Ahora bien, sólo cuando estos eventos son valorados como constitutivos de una situación que lesiona la vida de relación entre los hombres, se obtiene el concepto de daño, en su verdadero significado.

Por ello se afirma que: “Solo sobre la base de la situación de un sujeto respecto de un bien de la vida, tutelado por una norma, es como puede entenderse completamente el concepto de daño”⁹¹

2.2 Concepción sobre los delitos de lesión y los delitos de peligro

Según que el objeto de la acción del tipo deba ser dañado o sólo puesto en peligro en su integridad, se distingue entre delitos de lesión y de peligro. En los delitos de lesión, que constituyen la mayor parte de los tipos, el objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado; así sucede en los delitos de homicidios, lesiones, etc. En cambio, en los delitos de peligro el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción.

⁹¹ María Bettioli Giuseppe, *Derecho Penal*, 3º ed. (Buenos Aires: Depalma, 1965), 262.

La dogmática antigua partía de la base de que con la causalidad de la conducta del autor respecto del resultado se cumple el tipo objetivo. Y se intentaba excluir la pena en los delitos comisivos dolosos negando el dolo, en casos en que parecía inadecuada la punición. Por ejemplo: al comenzar una tormenta, “A” envía a “B” al bosque con la esperanza de que lo mate un rayo. Si contra toda probabilidad se produce efectivamente ese resultado, según la teoría de la equivalencia no se puede dudar que hay causalidad en el que dio el consejo, pero si con ello se considera realizado el tipo objetivo, sólo se puede eludir el castigo negando el dolo⁹².

Resulta en todo caso que el Derecho penal se ve obligado a reestructurar su dogmática y adoptar nuevas técnicas que satisfagan las necesidades más exigentes y es pues que los delitos de peligro se van acrecentando y es suficiente con que la persona se represente y realice la conducta descrita en la norma para que sea constitutiva de delito. Junto a la lesión, en el Derecho Penal se castiga también la puesta en peligro de bienes jurídicos.

El peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca.

Sobre los delitos de peligro afirma Hirsch que “Las prescripciones penales – para cuya realización no es necesaria ninguna lesión al bien jurídico, sino es suficiente la dirección hacia una situación de peligro o simplemente alcanzar con obrar arriesgadamente hacia su conclusión- fueron aumentando en este

⁹² Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Tomo I* (Madrid: Civitas, 1997), 362.

siglo.⁹³ El riesgo ocupa el centro de la escena, existe una flexibilización de las categorías dogmáticas tradicionales del Derecho Penal Liberal”⁹⁴

El juicio de peligro es, pues en primer momento, un juicio ex ante, que se emite, situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (conocimiento ontológico) y sepa además las leyes de la naturaleza y la experiencia por las que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, pueda producir generalmente la lesión de un bien jurídico (conocimiento nomológico).

Si una vez hechas estas comprobaciones se deduce que no hubo tal peligro, el hecho dejará de ser antijurídico. Sin embargo, el derecho penal no ha logrado con ello solventar los problemas de imputación que se ocasionan al respecto y se busca en ese sentido, adelantar la barrera de punición al grado de proteger el bien jurídico con solo la realización del verbo rector.

2.2.1 Definición y naturaleza de los delitos de lesión

Los delitos de lesión son aquellos que causan un daño o lesión al bien jurídico protegido, es decir, son aquellos que comportan la destrucción o mengua del bien tutelado penalmente. En general se afirma, que los delitos de lesión, en cuanto figuras que suponen precisamente una “lesión” al bien jurídico, es decir, su afectación por cualquier vía, no ofrecen más dificultades que la

⁹³ Hans Joachim Hirsch, *Peligro y Peligrosidad* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999), 65.

⁹⁴ Jesús María Silva Sánchez, *La Expansión del Derecho Penal*, 3° ed. (Madrid: Civitas, 1999), 116 y ss.

determinación del inicio de la lesión que es problema que corresponde al iter criminis y a la relación de causalidad y, por otra parte, entender que el tratamiento del tema sólo puede ser atendido adecuadamente en relación con el bien jurídico que es el eje sobre el que oscila todo el derecho penal.

Es preciso realizar una aproximación conceptual sobre el daño y su terminología y es pues, el daño en general, en palabras del autor Bustamante Alsina, el menoscabo que se experimenta en el patrimonio de los valores económicos que lo compone (daño patrimonial), así como aquella lesión a los sentimientos, al honor y a las afectaciones (daño moral)⁹⁵, mientras tanto el autor colombiano Juan Carlos Henao Pérez define el daño como “*la aminoración patrimonial sufrida por la víctima*”⁹⁶.

De la anterior definición se infiere que existe un daño “*patrimonial*” fundamentado bajo la idea que el patrimonio de una persona está constituido por un conjunto de bienes y derechos de los cuales es titular, en tanto, el daño genera una lesión de carácter patrimonial, independiente éste recaiga sobre un bien material o inmaterial.

2.2.2 Definición y naturaleza de los delitos de peligro

Si bien todos los delitos importan una lesión al bien jurídico, para el legislador no todos los resultados son relevantes. Se distingue entre delitos de mera actividad los cuales son penales que solo requieren la realización de la acción

⁹⁵ Jorge Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 5° ed. (Buenos Aires: REUS, 1977), 135.

⁹⁶ Juan Carlos Henao Pérez et al, *La responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental, Responsabilidad por daños al medio ambiente*, 2°ed. (Colombia: Universidad de Externado de Colombia, 2000), 135.

(por cuanto esta es ya de por sí lesiva al bien jurídico); y delitos de mera inactividad, por ejemplo, omisión de auxilio.

Los delitos de resultado surgen a partir de que el tipo penal requiere, junto con la realización de la acción u omisión, la producción de un resultado específico (una consecuencia en el mundo exterior), ejemplificando, el delito de daños requiere que la cosa ajena sea destruida, inutilizada o desaparecida.

Por su parte Hassemer los define como aquéllos en los que “...no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar”⁹⁷. En consecuencia, los delitos de peligro son aquellos cuya consumación se produce tan pronto el bien jurídico respectivo ha corrido el riesgo de ser lesionado.

Estos delitos suponen un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos a la lesión en aquellos ámbitos en los que la experiencia ha permitido tipificar suficientemente los límites de la norma de cuidado, debido a ello se diferencian de los delitos de lesión.

Esta categoría de delitos se obtiene por contraposición a la categoría de los delitos de lesión al bien jurídico tutelado; ósea que, analizadas varias figuras penales, se llega a la conclusión de que algunas se consuman con la producción de una lesión o un daño efectivo y otras exigen para su consumación únicamente la producción de un peligro. Lo que se lesiona en unos y se pone en peligro en otros es el Bien Jurídico Tutelado.

⁹⁷ Winfried Hassemer, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales* (Buenos Aires: ediciones Depalma, 1989), 275.

Son los delitos de peligro, para Gustavo Malo Camacho “aquellos que observan como contenido la sola puesta en peligro de los bienes cuya protección garantiza el derecho”⁹⁸, es decir, el delito de peligro, consiste en la “puesta en peligro” del bien jurídico protegido, en ese sentido, le presupone una anticipación a la línea regular de intervención penal retrocediendo el momento anterior, al de la efectiva lesión, por tanto, se consuman con la creación de un mero peligro para el bien jurídico tutelado el cual, se concibe como una simple probabilidad.

En ese orden de ideas, el autor Enrique Bacigalupo menciona que en estos delitos no sólo se debe comprobar la realización de una acción que supere los límites del peligro permitido, sino que además se requiere que la acción haya representado un peligro para un determinado bien jurídico.⁹⁹

Con respecto a la naturaleza de los delitos de peligro, es importante señalar que se trata de tipos penales creados por el legislador, por lo que formalmente no se diferencian de los delitos de daño o lesión. La diferencia está más bien con el resultado que produce cada uno de ellos, pues mientras los delitos de daño le ocasionan una lesión efectiva al bien jurídico, los delitos de peligro provocan sólo el riesgo de que se produzca esa lesión.

2.2.2.1 Teorías del Peligro

El autor Gustavo Malo Camacho en su libro *Delitos de lesión y delitos de peligro* sostiene que son tres las posiciones doctrinales que explican el

⁹⁸ Gustavo Malo Camacho, *Delitos de Lesión y Delitos de Peligro, definición que ha sido retomada por Álvaro Mendo Estrella, El delito ecológico del artículo 325.1 del Código Penal*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009), 244.

⁹⁹ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal. Parte General*, 3° ed. (Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A., 1996), 312.

concepto de peligro, a partir de las teorías objetiva, subjetiva y mixta, las cuales se desarrollan a continuación:

2.2.2.1.1 Teoría Objetiva

Stubel se refirió a la acción peligrosa como aquella que contiene la probabilidad de un resultado lesivo para el Derecho. Pero fueron Von Kries y Von Rohland quienes destacaron primeramente en la defensa de una concepción objetiva del peligro.

Es Von Rohland quien sienta claramente las dos características del concepto de peligro que serán reconocidas posteriormente de un modo general: “La probabilidad de un acontecimiento y el carácter dañoso del mismo. Donde falta una de esas notas, falta también el peligro. No se habla de peligro cuando la producción de un hecho es, o bien, imposible, o bien, cierta, ni tampoco cuando la misma está de acuerdo con intereses o no los acepta.

Posteriormente, una vez precisado su concepto de peligro, afirma que lo que diferencia a los delitos de peligro de los de lesión es que en los primeros basta la producción de un peligro para su consumación, sin exigir una lesión real del bien jurídico: “lo esencial, por tanto, para el delito de peligro no es la lesión producida a un bien jurídico, sino, únicamente, la existencia de un peligro”.

El peligro es, por tanto, para Von Kries la posibilidad objetiva de un acontecimiento dañoso, una situación que contiene las condiciones de un resultado dañoso. El concepto básico será para él un peligro “general”, en el sentido de ir referido a una generalidad o conjunto de acciones. La relevante posibilidad o la probabilidad general no se corresponderán con una acción concreta, sino que tendrán un carácter general.

Busch, si bien manteniendo una postura asimismo objetivista, critica las de Von Kries y Von Rohland, y hace hincapié en la relación entre peligro y tipo, el primero como elemento objetivo de este. Pero un peligro objetivo solo puede sostenerse en base a manifestaciones exteriores concretas, las cuales han de darse en cada caso particular en que la ley exija para la punición la producción de un peligro. Caso de que, en concreto, no se haya producido un peligro, no cabe entonces hablar de la existencia de un peligro objetivamente general o abstracto.

Se afirma en esta teoría que la acción peligrosa es aquella que en el plano de la realidad tiene la probabilidad de producir un resultado lesivo. Merece especial atención la concepción de Binding. Siguiendo las orientaciones marcadas por Stubel y V. Rohland, Binding concibe el peligro como la probabilidad o posibilidad de un resultado lesivo. La puesta en peligro es una realidad, una perturbación de la seguridad de la situación jurídica.

El fundamento jurídico esgrimido para castigar la acción peligrosa es el de la proximidad del resultado lesivo (proximidad de creación de un peligro de lesión), es decir, se castiga por la alta probabilidad de producción de lo injusto del resultado. La llamada teoría objetiva es más bien un conjunto plural de tendencias que tienen en común entre ellas que el enjuiciamiento objetivo, de si la acción del agente es apta para realizar efectivamente la resolución delictiva, ha de hacerse con el criterio de un observador objetivo ajeno a la conducta del autor.

2.2.2.1.2 Teoría Subjetiva

Para los teóricos subjetivistas que promueven esta teoría, el peligro no constituirá algo real, objetivamente existente, sino vendrá expresado por una

representación de la mente humana y será, por tanto, un “ens imaginationis”. En la realidad no hay lugar para la posibilidad o la probabilidad de un acontecimiento. Si no se ha producido un resultado lesivo, es que no se podía producir.

En este sentido, los subjetivistas estiman que todo cambio producido en el mundo exterior sucedió porque así tenía que suceder. Caso de no haberse producido es porque ya desde el principio de necesidad que rige el mundo objetivo del suceder.

Las condiciones que determinan que se considere peligrosa una situación cualquiera con causales o no de un acontecimiento dañoso. Si este no se produce es porque no hubo “riesgo objetivo de que se produjese”. Así, todo lo que sucede, sucede necesariamente y un resultado que en realidad no se ha producido es porque no podía producirse en ningún caso.

Se adoptó en una primera época, también un criterio subjetivista, con base en una concepción mecánica del mundo; criterio que posteriormente fue matizando. Muestra del mismo es su tajante afirmación de que, realmente, las condiciones que nosotros calificamos de peligrosas son o causales o no causales, por lo que el acontecimiento (dañoso, añadimos nosotros) ha de producirse o no”.

No es extraño, entonces, que entre los subjetivistas se encuentre a Von Buri, de quien parte la teoría de la “equivalencia de condiciones”. Hace una crítica de las doctrinas partidarias de que por peligro hay que entender un estado objetivo, el cual haga temer con probabilidad la lesión de un bien jurídico, para las cuales la acción objetivamente peligrosa, al igual que la acción mortal causante de la muerte de un hombre, según el mismo indica. Contra tal criterio,

estima el que en si misma considerada ninguna acción puede ser descrita como peligrosa.

La acción de disparar, apuñalar, arrojar, puede únicamente ser calificada de peligrosa si se pone en relación con circunstancias especiales situadas fuera de ella. Pero, en tanto no se haya actuado todavía bajo tales condiciones, esa peligrosidad solo puede ser algo pensado y permanecerá como tal en caso de que, habiendo actuado ciertamente bajo tales condiciones, no se haya producido en realidad un peligro.

Von Buri, se refiere a la peligrosidad referida a la acción, distinguiéndola de la producción de un peligro determinado. De lo cual extrae unas importantes consecuencias jurídicas, que servirán de base a la teoría de la presunción en los llamados delitos de peligro abstracto, independientemente de la postura sobre la naturaleza del peligro que se sostenga.

Según el pensamiento de Feuerbach, «una acción externa intencionalmente dirigida a la producción de un delito (emprendimiento criminal, *conatus delinquendi* en sentido amplio), constituye ya en sí misma una infracción y será penada. La peligrosidad para el bien jurídico tutelada penalmente es lo que fundamenta la punición o la acción de sancionar; se castiga así la acción causalmente adecuada para producir el resultado, es decir, desde esta perspectiva, la acción peligrosa.

2.2.2.1.3 Teoría Mixta

Llamada también teoría objetiva-subjetiva, entre sus partidarios se encuentra el jurista italiano Petrocelli, quien señala que el peligro resulta constituido por

un elemento objetivo y uno subjetivo, uno es el factor causal existente como tal en el mundo exterior y otro es el juicio que relaciona al factor con su resultado, estableciéndose la posibilidad de su resultado.

Las teorías mixtas pretenden fundamentar la punibilidad combinando aspectos objetivos y subjetivos. Se trata de soluciones ampliamente acogidas por la doctrina y la jurisprudencia tanto española como alemana. Soluciones, por otra parte, surgidas de la necesidad de operar con criterios jurisprudenciales sutiles encaminados a fijar el límite entre los actos preparatorios y ejecutivos y tentativas idóneas e inidóneas.

2.2.2.2 Clasificación de los delitos de peligro

Los tipos penal se pueden llegar a clasificar en tipo de pura actividad y tipos de resultado. Dicha clasificación obedece a la suficiencia o no de la conducta prohibida para la consumación del tipo penal.

Dentro de los tipos de resultado, se pueden distinguir los tipos de lesión y los tipos de peligro. Tal clasificación depende de la intensidad de ataque al bien jurídico; esto es, si la ofensa al bien jurídico de que se trate consiste en una lesión en sentido estricto (daño o modificación del objeto material sobre el cual recae la conducta prohibida) o en un peligro o riesgo de lesión.

En el Derecho penal clásico, caracterizado por la defensa de bienes individuales, el modelo de tipo delictivo era el delito de lesión. Sin embargo, hoy día, se ha producido la inclusión en los ordenamientos jurídicos penales de “delitos de carácter colectivo” para cuya regulación se ha optado por su tipificación como delitos de peligro. Todo ello exige adelantar la intervención

del Derecho penal a fases previas y alejadas de la efectiva lesión del bien jurídico, adquiriendo un carácter preventivo¹⁰⁰.

La teoría ha distinguido tradicionalmente, según si el tipo penal se limita a describir un comportamiento que generalmente representa en sí mismo un peligro para el bien jurídico protegido, o cuando se produce la posibilidad real y efectiva de lesión al bien jurídico; entre los cuales están los delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión y los delitos de peligro abstracto, caracterizados porque el riesgo real no es necesario.

Además de esta clásica distinción, alguna parte de la doctrina ha incluido los delitos de acumulación, delitos de idoneidad, delitos de peligrosidad, delitos de peligro potencial, de aptitud o delitos de peligro abstracto – concreto, para evitar acertadamente la producción de problemas provenientes del funcionamiento de la clasificación que se había establecido; los cuales se encuentran en un nivel intermedio entre los delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Estas divisiones obedecen, en la gran mayoría de las veces, a peculiaridades de los bienes jurídicos afectados, más que a categorías determinadas.

2.2.2.2.1 Delitos de peligro concreto

Este tipo de delitos son de resultado y están posicionados exactamente en el lugar próximo a la “lesión” éstos, demandan, que la conducta contaminadora

¹⁰⁰ Pilar Gómez Pavón, sostiene que “Un delito de peligro (...) supone siempre un adelantamiento de las barreras de protección penal, no esperar a la lesión o destrucción del bien jurídico”. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del art. 383 Cp*, 4º ed., (Barcelona: Bosch, 2010), 115.

cree una efectiva situación de peligro grave para el equilibrio de los sistemas ecológicos¹⁰¹. Se requiere, entonces, la producción del peligro como resultado, de tal forma que el juzgador debe comprobar la presencia de un objeto típico en el radio de posible eficacia de la acción y la producción de un peligro real, es decir, representan un “elemento del tipo” que debe ser comprobado por el juzgador en el caso concreto, por tanto, su consumación requiere la producción de un efecto separado espacio-temporalmente de la conducta y la producción de ese resultado constituye la consumación formal del tipo, exigen la causación efectiva y cierta de un peligro.

En consecuencia, tales delitos solo se consuman cuando se ha producido realmente el peligro, lo cual obliga a demostrar esa circunstancia en cada caso particular, acertadamente lo estableció Bacigalupo, al definirlos como “aquellos delitos en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, la realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto requiere, además de la acción, el peligro real sufrido por el bien jurídico protegido.”¹⁰²

Al respecto dice Roxin que los delitos de peligro concreto: “son aquellos delitos que requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real, cierto, manifiesto y evidente para un objeto protegido por el tipo penal”¹⁰³

Este peligro se comprueba por medio de una reconstrucción de los hechos posteriores que contenga una visión objetiva de lo sucedido; si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable, aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. En el peligro de resultado -continúa Roxin- que

¹⁰¹ Juan Luis Fuentes Osorio, “¿Delito Ecológico como Delito de Peligro Abstracto?” *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Universidad de Jaén, n. 14-17 (2012): disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-17.pdf>

¹⁰² Bacigalupo, *Derecho Penal*, 312.

¹⁰³ Roxin, *Derecho Penal*, 336.

suponga un resultado de “peligro concreto” que ha de incluir todas las circunstancias conocidas con posterioridad a la acción que la origina, y ello debe incluir, en primer lugar, que exista un objeto de la acción y que haya entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro y, en segundo lugar, la acción inculpada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción.”¹⁰⁴

Berdugo Gómez de la Torre¹⁰⁵ explica que la consumación de los delitos de peligro concreto requiere la comprobación por parte del Juez de la proximidad del peligro al bien jurídico y de la capacidad lesiva del riesgo.

2.2.2.2 Delitos de peligro abstracto

Este sistema de prevención de conductas riesgosas o peligrosas que se adopta en la actualidad ha provocado -como se ha mencionado anteriormente- una expansión del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, que ha comenzado con la creación de delitos de peligro abstracto, que derivan del desarrollo y de los avances científicos, tecnológicos y laborales de este tiempo, donde el manejo de determinadas herramientas técnicas como los automóviles, los sistemas aéreos y las máquinas que se utilizan en los mecanismos de producción avanzada, entre otros, y que llevan siempre consigo el riesgo de que se produzca alguna lesión de bienes jurídicos como la vida o la integridad física, perjuicios al patrimonio o a la salud, lo que acarrearía la realización del tipo de injusto de un delito que puede ser cometido dolosa o culposamente, aumentando así, dentro del catálogo de delitos penales aquéllas acciones de quienes obrando con dolo o con culpa,

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, *Curso de derecho penal parte general*, 3º ed. (Barcelona: experiencia, 2010), 215.

ocasionan un daño a un bien jurídico tutelado, que se produce cuando se sobrepasa un riesgo permitido, faltando al deber de cuidado del que se estaba obligado no faltar.

En la medida en que dichas acciones peligrosas sean necesarias para la consecución de determinados fines lícitos y beneficiosos para la comunidad social, deben estar permitidas, principalmente en el caso de las conductas peligrosas para ciertos bienes jurídicos tutelados que se tipifican por el legislador cuando las mismas no han sido adecuadas socialmente.

En este delito, la peligrosidad de la acción no es característica del tipo, sino tan solo fundamento para que la disposición exista, de suerte que el juez no ha de examinar si realmente se ha producido una puesta en peligro en el caso particular. En los delitos de peligro abstracto (...) el legislador tipifica determinadas conductas que, por lo general, son gravemente peligrosas¹⁰⁶.

Los delitos de peligro abstracto son por otra parte “delitos cuyo común denominador es que el tipo sanciona la realización de una conducta peligrosa que en relación 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 que no exige una efectiva puesta en peligro, juzgada ex post para objeto de la acción o del bien jurídico protegido”.

Con el planteamiento del peligro abstracto desaparece la exigencia de resultado de peligro grave para el equilibrio de los sistemas ecológicos, pues se considera suficiente la realización de la conducta contaminadora, es decir, basta con que se realice la conducta descrita en el tipo con independencia del

¹⁰⁶ De la Cuesta, *Causalidad de los delitos*, 113-114.

resultado y menos de la comprobación de este, en virtud, que se castiga el incumplimiento a la normatividad.

Otra definición indica que, los delitos de peligro abstracto son aquellos cuyo tipo penal no solo no requiere la causación de un daño, sino que, tampoco exige la causación efectiva y cierta de un peligro. Más bien, lo que ocurre es que, en la base de estas figuras, existe la suposición legal de que se trata de conductas que representan normalmente un peligro para determinados bienes jurídicos.

Por ello, algunos autores han indicado que se trata de una presunción “*juris et de jure*” de peligro; es decir, una presunción que no admite prueba en contrario¹⁰⁷. Contrario a esta consideración se muestra Silva Sánchez, para quien los delitos de peligro abstracto no deben entenderse “como delitos de peligro presunto, en los que la peligrosidad de la conducta constituye la *ratio legis* y no tiene que constatarse en el caso, opción esta última que me parece admisible para un Derecho penal de protección de bienes jurídicos”¹⁰⁸

Difiere también Mendoza Buergo, quien define la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto “como un conjunto de diferentes delitos cuyo denominador es que el tipo sólo sanciona un comportamiento, no exigiendo una efectiva puesta en peligro, aunque sí que la realización de tal comportamiento suponga un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico”¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ulises Zúñiga Morales, *La tentativa: su configuración en los delitos de peligro* (San José: Corte Suprema de Justicia-Escuela Judicial, 1990)

¹⁰⁸ Jesús María Silva Sánchez, “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3 (1997): 1716.

¹⁰⁹ Blanca Mendoza Buergo, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto* (Granada: Comares, 2001), 20.

2.2.2.2.3 Delitos de peligro hipotético

En la actualidad la sociedad contemporánea o sociedad de riesgo está inmersa en diversos problemas, denotados por el constante desarrollo tecnológico, la globalización y el desarrollo económico, que crea efectos en las conductas humanas que inciden en el aumento de los riesgos y que concluyen con una considerable y relevante incremento de los deberes de cuidado.

Esto genera un crecimiento en la preocupación de la sociedad en tutela ámbitos que tradicionalmente eran ajenos a la esfera del derecho penal, lo cual produce un expansionismo del derecho penal con la finalidad de controlar la sensación de inseguridad y encarar estos nuevos riesgos, para lo cual se auxilia de técnicas tipificadoras como: ley penal en blanco, tipos abierto, comisión por omisión, delitos imprudentes, delitos de peligro, etc.

Quien primero se refirió a los delitos de peligro hipotéticos, como una categoría independiente, fue al autor alemán Schroeder, quien los denominaba de peligro abstracto – concreto, por encontrarse ubicados entre los delitos de peligro concreto y de peligro abstracto, compartiendo caracteres de ambos. En tal sentido, también se expide Hoyer, para quien los delitos de aptitud deben ser considerados como una tercera categoría, junto a los delitos de lesión y de peligro concreto, por una parte, y a los delitos de peligro abstracto por otra.¹¹⁰

En cambio, Claus Roxin sostiene que la categoría de delitos de peligro hipotético no existe como tal, afirmando que deben ser subsumidos dentro de la tradicional categoría de delitos de peligro abstracto, por cuanto no requieren un resultado de peligro concreto. A su vez, Frisch propone sustituir los delitos

¹¹⁰ Roxin, *Derecho Penal*, 411.

de peligro abstracto por “delitos de aptitud”, considerando que: “acentúan la concreta aptitud ex ante de la conducta para provocar los resultados que hay que evitar”.¹¹¹

Por otra parte, dentro de la doctrina española, Ángel Torio López, diferencia los delitos de peligro hipotético de los de peligro concreto y abstracto, en tanto concibe los primero como aquellos en los que el tipo no reclama, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, pero si una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del delito, con lo cual, se distinguen de los delitos de peligro abstracto basados en presunciones o en meras desobediencias a la norma.¹¹²

De la Cuesta Aguado¹¹³, siguiendo a Torio López – distingue dentro de los «delitos de peligro abstracto», entre los delitos de peligro hipotético o de idoneidad, a los cuales considera auténticos delitos dotados de lesividad material para el bien jurídico y los delitos de peligro abstracto tradicionales, categoría que concibe como residual, dentro de la cual se agrupan el resto de los delitos meramente formales de desobediencia o consistentes en la violación de normas ético-sociales o ético-religiosas y sobre los que reclama su inconstitucionalidad.

Esta autora, postula que la categoría de delitos de peligro hipotético vendría a ser una «categoría intermedia» entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto, cuya existencia estaría justificada para atender a

¹¹¹ De la Cuesta, *Causalidad de los Delitos*, 408 y 409.

¹¹² Klaus Tiedemann, et al, *La Reforma de la Justicia Penal, Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann* (Universitat Jaume I, 1997), 162 y 163.

¹¹³ Paz Mercedes De La Cuesta Aguado, *Tipicidad e Imputación objetiva*, 2º ed. (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo Mendoza, 1998), 88.

ciertas conductas que generalmente entrañan un grave riesgo para importantes bienes jurídicos y que son de difícil constatación.

Mientras que, Fermín Morales Prats entiende que “los delitos de peligro hipotético o de idoneidad constituyen una «subespecie de los delitos de peligro» en lo que la idoneidad es un elemento de la acción, por lo que no son delitos de resultado, sino de mera actividad y, por tanto, no han de ser sometidos al tamiz de la relación de causalidad”¹¹⁴

Los delitos de peligro hipotético, en los cuales, se exige únicamente una “conducta idónea”, son delitos de mera actividad, es decir, la puesta en peligro se presume y se requiere para su consumación, la sola realización del verbo rector, no se debe acreditar un resultado de puesta en peligro – pues no exige un segundo momento- con la sola realización de la conducta idónea descrita en el tipo penal, se puede determinar la responsabilidad penal. Es menester destacar que estos vienen a perfeccionar la idea de exigibilidad de la “conducta idónea”.

En los delitos de peligro hipotético no es preciso que se constate la producción de un resultado peligroso para el objeto directamente protegido, sino que basta con que la acción realizada sea idónea para poner en peligro el bien jurídico tutelado; constituye esta categoría un nivel medio entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto.

Al respecto la Sala de lo Constitucional sostiene “...queda sujeto a examen judicial la comprobación de la virtualidad o idoneidad de las conductas sometidas a su conocimiento a efectos de aplicar el presente tipo, conforme al

¹¹⁴ *Ibíd.*, 95.

principio de lesividad; debiendo ser descartados aquellos hechos que ni siquiera supongan peligro alguno para los miembros de la sociedad -principio de insignificancia¹¹⁵

El Código Penal Español comentado menciona que la naturaleza del delito tipificado y sancionado en el artículo 325 debe configurarse como un delito de peligro hipotético, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto, ya que no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro¹¹⁶.

Esta clase de tipos penales tiene la característica de incorporar elementos de aptitud o de valoración sobre la potencialidad lesiva del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez. Mediante la introducción de dichos elementos, se tipifica un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido, siendo dicha idoneidad un elemento normativo del tipo objetivo que necesariamente deberá concurrir y ser constatado judicialmente. Esta clase de delitos tienen su génesis en la necesidad de superar las dificultades probatorias de los tipos de peligro concreto para poder así tutelar los bienes jurídicos colectivos.

Ello motivó, que la jurisprudencia española dejara de considerar a los delitos contra el medio ambiente como tipos de peligro concreto, reinterpretando que

¹¹⁵ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 22/2007 42/2007 89/2007 96/2007, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2007).

¹¹⁶ Rogelio Gómez Guillamón, et al, *Código Penal. Jurisprudencia, comentarios, legislación complementaria e índice analítico*, 11° ed. (Madrid: Colex, 2007), 984.

la conducta proscrita por dicha norma exigía un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico y no un resultado concreto de peligro.

En consecuencia, la técnica de los delitos de peligro hipotético es la ley, a través de una descripción directa y taxativa, la que tipifica las formas de comportamiento o los eventos que son normalmente peligrosos.¹¹⁷

Significa entonces que el peligro es la *ratio essendi* del precepto, que no se halla incorporado al tipo legal, esa es la razón que ha motivado al legislador a declarar punible la conducta.

2.3 Distinción entre Delitos de Lesión y Delitos de Peligro

El tema fundamental de los delitos de lesión y los delitos de peligro corresponde ser atendido, en cuanto clasificación tipológica, en el nivel del análisis normativo del tipo; en lo relativo a su manifestación, así como en lo relativo al tratamiento de hechos punibles y de delitos, en tal sentido, corresponderá hacerlo en los momentos respectivos del análisis.

Así el concepto de peligro particularmente presenta interés en el ámbito de la tipicidad, en relación con su adecuación típica y respecto al inicio de la acción típica en la causalidad; respecto de la antijuridicidad, en lo que refiere a la valoración del concepto como tal; y en la culpabilidad, para la calificación del reproche respectivo, o en su caso, para la determinación que imponga la medida de seguridad.

¹¹⁷ María Agradano de Llanos, *La protección penal del ambiente. Los delitos ambientales, en lecturas sobre derecho del medio ambiente, Tomo V* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 28-29.

Se pueden distinguir los delitos de lesión y de peligro con base en la intensidad del ataque al bien jurídico, o bien atendiendo a la estructura típica de exigencias de producción o no de resultado. Si se sigue el segundo criterio¹¹⁸ se utiliza la denominación de delitos de resultado, entendiendo aquí integrados los delitos de peligro concreto, y de delitos de mera actividad, para referirse a los delitos de peligro abstracto.

En los delitos de resultado material, la causalidad es un elemento no escrito del tipo penal que debe ser comprendido por el dolo del autor. En algunos casos, ese resultado es solo un peligro y da lugar a la distinción entre delitos de lesión (en donde, la tipicidad requiere la producción de lesión del bien jurídico o el objeto que lo representa, como los casos ya citados de daños y lesiones) y delitos de peligro. En estos últimos, no se requiere que la acción haya causado un daño sobre un objeto, basta con que el objeto protegido jurídicamente, haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar”.

Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con lo que se acaba de expresar. Algunos de ellos, especialmente de origen alemán, formulan la distinción entre delitos de lesión y de peligro no ya con relación al bien jurídico, sino con referencia a lo que normalmente se conoce como “objeto de la acción”, que se define como la persona o la cosa sobre la cual recae la actividad delictiva y que coincide con lo que los autores italianos y españoles denominan “objeto material del delito”.

Las razones para rechazar la opinión de quienes intentan formular la distinción con relación al objeto de la acción la exponen magistralmente Escrivá

¹¹⁸ Mir, *Derecho penal*, 239.

Gregori¹¹⁹ y son las siguientes: a) Primero, porque al Derecho Penal le interesa no tanto el ataque al objeto material sino más bien la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos; de modo que aquél ataque sólo tiene sentido o importancia cuando se produce la afectación de los valores ideales que tutela la norma penal. b) Segundo, porque si la distinción se basa en el objeto material y no en el bien jurídico, entonces no se ofrece el criterio adecuado para la solución de ciertos problemas que surgen cuando el peligro desemboca en la acusación de una lesión, como sucede, por ejemplo, en ciertos delitos donde concurren el peligro y la lesión. c) Porque algunos tipos considerados tradicionalmente como delitos de daño (el hurto, por ejemplo) no suponen una lesión al objeto material (cosa ajena) sino más bien una lesión al bien jurídico tutelado (patrimonio o propietario).

Y es que como dice Reyes Echandía, existen intereses colectivos de tal importancia que el legislador no espera a que sean destruidos para sancionar al infractor. Se puede decir que la utilización de los delitos de peligro abstracto se justifica en la peligrosidad de la acción y en su aptitud para lesionar un bien jurídico individual o la infracción de la norma.¹²⁰

2.3.1 Sobre el concepto de bien jurídico medio ambiente y sus componentes

Para tener mayor claridad referente al concepto medio ambiente se debe comprender que éste es un concepto compuesto por esa razón se inicia por definir el término “Ambiente” como el conjunto de condiciones externas que

¹¹⁹ José María Escrivá Gregori, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, (Barcelona: Bosch, 1976), 41-42.

¹²⁰ Alfonso Reyes Echandía, *Derecho Penal*, 10° ed. (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1986), 163.

influyen sobre el hombre y que emanan fundamentalmente de las relaciones sociales, así pues, el ambiente se define en términos funcionales, como un conjunto de factores, o si se quiere, variables, no pertenecientes al sistema bajo consideración que interactúan con elementos de dicho sistema.

En ese punto, el concepto medio ambiente se vuelve realmente funcional y operativo, y los conceptos de: “resto del universo”, “espacio circundante” y “medio circundante” desaparecen, para ser reemplazados por el de ambiente, estando este último caracterizado por un conjunto bien, definido de variables, que interactúan con el sistema bajo consideración, cabe decir que las condiciones del ambiente dentro de una sociedad, agregadas a la estructuración interna del sistema humano social, son los factores principales que inciden sobre la calidad de vida de las personas.¹²¹

Según el Convenio de Estocolmo de mil novecientos setenta y dos, es un conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos e indirectos, en un plazo corto o largo, sobre los seres vivos y las actividades humanas; así encontramos otra definición como sistema global complejo, de múltiples y variadas interacciones, dinámico y evolutivo, formado por los sistemas físico, biológico, social, económico, político y cultural en que vive el hombre y demás organismos.

El concepto de ambiente engloba a todos los elementos y relaciones tanto naturales como producto de la intervención humana de la biosfera (delgada porción que incluye la superficie del globo, las capas inferiores de la atmósfera y las superiores de la litosfera).

¹²¹ Beatriz Guiza y Vicente Sánchez, *Glosario de Términos sobre Medio Ambiente*, (Santiago de Chile: Oficina Regional de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe (OREALCA), 1998), 16.

Antes de entrar a precisar el bien jurídico tutelado, así como el porqué de la inclusión del medio ambiente dentro de los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico, y de la utilización del Derecho Penal como mecanismo protector, es importante entender el alcance del concepto “Medio Ambiente”.

La palabra Medio, proviene del griego *Messon*, se origina en la expresión latina *Medius*, que quiere decir “lugar del centro”; un punto circundado por una extensión que lo relaciona y declina. A su vez, la palabra ambiente se deriva del latín *Ambiere*, que significa “lo que está alrededor de algo”, entonces, por medio ambiente se entiende todo lo que rodea a un ser vivo. Se podría considerar a la expresión medio ambiente como pleonasma porque las acepciones de los dos elementos de tales grafías son coincidentes con la acepción inherente a cuando van juntos.

Ahora bien, el medio ambiente es un bien colectivo, de ellos no cabe duda, se trata de un interés que trasciende a cada individuo en particular y afecta a toda la colectividad. Conciérne por igual a todos los seres que conforman la sociedad, aún más, no es un interés limitado geográficamente, sino que se configura como un interés global y universal.

López Bonillo ha señalado que *“de acuerdo con la definición de medio ambiente, el entorno consta de dos componentes: medio físico o natural y medio humano o socioeconómico. Es decir, en primer lugar, todos aquellos elementos ajenos al hombre sean o no vivientes, y en segundo lugar el mismo hombre y sus realizaciones.*

El primero de estos apartados comprende el relieve, la atmósfera, las aguas, los suelos, la vegetación, la fauna y el paisaje. El segundo abarca los asentamientos humanos, las formas de explotación económica y en general

todo aquello que constituye una ocupación del espacio, cualquiera que sea su finalidad última”.

En cuanto respecta a la acotación del concepto anterior, en la esfera del Derecho Penal es extensivo, lo que genera dificultades al momento de proteger el mismo, debido que mientras más amplio es el concepto menos eficacia en la protección podrá existir, por la cantidad de elementos que se incluyen en el mismo.

En ese orden de ideas Silva Sánchez, declara categóricamente el medio ambiente como bien jurídico, al expresar que “admitido que el medio ambiente no sólo es un bien jurídico, sino precisamente un bien jurídico penal...”¹²² El problema al que se enfrenta la doctrina es el de encontrar un concepto que defina al medio ambiente como un bien jurídico autónomo e independiente de otros bienes jurídicos ya protegidos por el derecho penal nuclear. Por eso se busca un concepto más limitado que permita fijar dentro de contornos delineados los parámetros de protección a los que deben referirse los supuestos de hecho típicos penales. Paz María de La Cuesta Aguado considera que una correcta conceptualización del bien jurídico medio ambiente exige distinguir entre medio ambiente como bien jurídico de los elementos que lo integran.

El ordenamiento jurídico salvadoreño, ha tomado una postura amplia en cuanto a la definición de Medio Ambiente a través de la Ley de Medio Ambiente, en el artículo 5, en concepto y definiciones básicas, contempla que se entenderá por medio ambiente: “El sistema de elementos bióticos, abióticos, socioeconómicos, culturales y estéticos que interactúan entre sí, con

¹²² Silva Sánchez, *La expansión*, 133. (Véase Cap. II, página 54)

los individuos y con la comunidad en la que viven, determinando su relación y sobre vivencia, en el tiempo y espacio”

La doctrina penalista puede dividirse en dos grandes corrientes: aquella que considera al medio ambiente como un bien jurídico autónomo que desborda la óptica puramente individual (llamado ecocentrismo) y la que estima que sólo se deben sancionar conductas que afecten a bienes jurídicos individuales como la salud, la vida o la integridad física (denominado antropocentrismo). Según la visión ecocéntrica, son objeto de tutela penal los recursos naturales en sí mismos. Para los defensores de la concepción ecocéntrica, el medio ambiente debe considerarse patrimonio común de la humanidad y merece protección. Los opositores a dicha visión colectiva consideran a la misma demasiado imprecisa y piensan que la tutela del ambiente es legítima y eficaz sólo cuando puede limitarse a la protección de un bien jurídico individual. Para los antropocentristas, la naturaleza no es protegida en sí misma sino en tanto que bien al servicio, actual y futuro del ser humano.

Más allá de las diferentes posturas doctrinales, lo importante es encontrar, de modo práctico, los mecanismos jurídicos adecuados que permitan tutelar el ambiente, considerando que los bienes jurídicos colectivos, como el medio ambiente, son complementarios de los individuales. Tratar de los componentes del medio ambiente como bienes jurídicos protegidos, es hacer referencia a la visión ecocéntrica de la misma, en los cuales se encuentra el suelo, agua, fauna, flora y atmósfera. Pero antes de adentrarse al estudio de éstos, es preciso establecer que, dentro de un ecosistema¹²³, entendida como la unidad

¹²³ Un ecosistema es el conjunto formado por los seres vivos y los elementos no vivos del ambiente y la relación vital que se establece entre ellos. La ciencia encargada de estudiar los ecosistemas y estas relaciones es la llamada ecología. Éstos pueden ser de dos tipos: terrestres (bosques, selvas, sabanas, desiertos, polos, etc.) y acuáticos (comprenden desde un charco hasta los océanos, mares, lagos, lagunas, manglares, arrecifes coralinos, etc.).

funcional básica de interacción de los organismos vivos entre sí y de éstos con el ambiente, en un espacio y tiempo determinados; existen componentes bióticos y componentes abióticos. Los primeros comprenden todos los seres vivos existentes en un ecosistema, y las interrelaciones que se forman entre ellos, plantas, animales (incluido el hombre) y microorganismo, en el ecosistema, se denomina así aquellos componentes que no tienen vida; mientras que los segundos, los llamados componentes abióticos comprenden todos los fenómenos físicos (presión atmosférica, lluvia, aire, suelo, etc.) y químicos (componentes de las rocas, minerales, salinidad del agua, etc.) que afectan a los organismos.

Estos componentes forman parte de un “todo” denominado Biodiversidad biológica, que no es más que -según el Convenio Internacional sobre la Diversidad Biológica- la amplia variedad de seres vivos sobre la Tierra y los patrones naturales que la conforman, resultado de miles de millones de años de evolución según procesos naturales y también de la influencia creciente de las actividades del ser humano.

La biodiversidad comprende igualmente la variedad de ecosistemas y las diferencias genéticas dentro de cada especie que permiten la combinación de múltiples formas de vida, y cuyas mutuas interacciones con el resto del entorno fundamentan el sustento de la vida sobre el mundo. A modo de conclusión en los componentes bióticos esta la flora y la fauna y en los abióticos el suelo, el agua y la atmósfera, que se estudian a continuación:

2.3.1.1 Suelo

Parte externa de la corteza terrestre que es asiento de la vida, formada por la transformación de los minerales y la materia orgánica muerta. La composición

(roca de origen, contenido de materia orgánica, presencia de nutrientes), estructura y espesor del suelo determinan su capacidad de retener aire y humedad y las posibilidades de vida de la vegetación.

La roca madre establece la composición original y tamaño de las partículas del suelo. A la roca madre característica de una región, se suman otras partículas arrastradas por el agua y el viento, y provenientes de la erosión de zonas distantes. En zonas de montaña con volcanes en actividad, se depositan cenizas volcánicas sobre el suelo.

Esta composición influye en los nutrientes disponibles y puede transformarse: se enriquece con la presencia de materia orgánica o empobrece con el deterioro de la calidad del terreno por erosión, pérdida de nutrientes o contaminación.

El humus regula la capacidad de retención de agua y la aireación de los suelos (recordemos que las plantas necesitan aire y agua en contacto con sus raíces). Conserva la humedad en los suelos arenosos y facilita el drenaje de los suelos densos. Asimismo, suministra el medio adecuado para los microorganismos que transforman la materia orgánica.

Los microorganismos despedazadores (lombrices e insectos) y los que la descomponen la materia orgánica (hongos y bacterias) liberan los nutrientes minerales para que sean nuevamente utilizados.

2.3.1.2 Agua

Líquido inodoro, incoloro e insípido, ampliamente distribuido en la naturaleza. Representa alrededor del 70% de la superficie de la Tierra. Componente

esencial de los seres vivos. Está presente en el planeta en cada ser humano, bajo la forma de una multitud de flujos microscópicos. El agua forma parte de diversos procesos químicos orgánicos, por ejemplo, las moléculas de agua se usan durante la fotosíntesis, liberando a la atmósfera los átomos de oxígeno del agua.

El agua en la biosfera transporta materia y energía, ofrece soporte al desarrollo de la vida, es un componente esencial y mayoritario de la materia viva y forma parte de la materia inerte en proporciones variables. Mediante el transporte de sustancias disueltas y el arrastre de materiales, el agua participa en los procesos geológicos y en la circulación corporal de nutrientes y residuos.

A través del transporte de energía el agua también contribuye a la regulación térmica planetaria y regional manifestada por la variación de las estaciones. Su capacidad de transporte y arrastre le confiere un papel determinante en el estado y la evolución de los ecosistemas terrestres y acuáticos, muy especialmente en el caso de las aguas superficiales, a causa de los notables caudales que registran normalmente.

2.3.1.3 Fauna

Se denomina fauna al conjunto de los animales de una región geográfica. Las especies propias de un periodo geológico o de un ecosistema determinado forman este grupo, cuya supervivencia y desarrollo depende de factores bióticos y abióticos. Es el conjunto de especies animales que viven en un determinado lugar. En los animales influye: la disponibilidad de alimento (existencia de plantas en el caso de los herbívoros y de otros animales en el caso de los carnívoros y de los que se alimentan de insectos) y la presencia de otras especies que compiten por el alimento o los lugares de protección y

cría. Existen, además, relaciones depredador-presa, parásito-huésped, comensalismo (cuando organismos de dos especies conviven sin perjudicarse) y simbiosis (cuando la asociación es beneficiosa para ambos).

En la legislación salvadoreña, específicamente en el Art. 260 del Código Penal se regula la depredación de la fauna en el que se prohíbe la utilización de veneno para la caza o la pesca, así como medios explosivos u otros instrumentos o artes susceptibles de generar una eficacia destructiva semejante.

2.3.1.4 Flora

Se trata de todas las especies vegetales que se hallan en una determinada región. En las plantas, intervienen: los microorganismos que enriquecen el suelo, otras plantas que les brindan protección o compiten por la luz, agua y nutrientes y los animales que las consumen y los que contribuyen a la polinización y a la diseminación de las semillas.

El Código Penal salvadoreño tipifica en el Artículo doscientos cincuenta y nueve la tutela de la flora protegida regulando con pena de prisión de uno a tres años, quien -entiéndase en este aspecto, que se refiere tanto a sujetos naturales como jurídicos- corte, tale, queme, arranque, recolecte, comercialice o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de la flora protegida o destruya o altere gravemente su medio natural.

2.3.1.5 La Atmósfera

Es la capa gaseosa superficial terrestre que envuelve el planeta. La atmósfera terrestre está formada por cuatro capas concéntricas sobrepuestas que se

extienden hasta 80 kilómetros. Es la masa total de aire que circunda la Tierra. Está conformada por un 78% de nitrógeno, 21% de oxígeno y otros elementos como el argón, dióxido de carbono, trazos de gases nobles como neón, helio, kriptón, xenón, además de cantidades aún menores de hidrógeno libre, metano, y óxido nitroso. Los contaminantes atmosféricos se clasifican en dos grandes grupos: los gases y las partículas.

Normalmente, los productos contaminantes se encuentran mezclados en el aire. Su naturaleza es muy diversa, aunque algunos destacan por su elevada proporción en el aire o por sus efectos. Por otra parte, muchos reaccionan entre sí o con las otras sustancias presentes en la atmósfera, como el vapor de agua, y originan nuevos contaminantes. Así diferenciamos los contaminantes primarios, emitidos directamente por una fuente, de los secundarios, producto de reacciones ulteriores.

El tiempo que un contaminante permanece en el aire se conoce con el nombre de tiempo de residencia. Este tiempo es más o menos largo según el tipo de contaminante y el estado de la atmósfera.

Para los gases, el tiempo de residencia depende de su capacidad de reacción, los más reactivos permanecen menos tiempo en el aire.

Para las partículas depende de su medida. Las unidades con las que se miden las partículas son microgramos de contaminante por metro cúbico. En el caso de los gases, las unidades son las partes por millón.

Dentro de los compuestos de azufre, los óxidos se originan en las combustiones de combustible fósiles que contienen azufre, como es el caso del carbón, el petróleo y algunos derivados.

Las principales fuentes son las centrales térmicas, diversos procesos industriales, el tránsito automovilístico y ciertas calefacciones.

Cada elemento, cada componente de la diversidad biológica interactúa consigo y con otros elementos, siendo parte fundamental para el desarrollo y equilibrio de los distintos ecosistemas, es por esa razón que se vuelve importante evitar un daño ambiental, que ocasione una pérdida, disminución, deterioro o perjuicio al ambiente o a uno o más de sus componentes, a partir de la introducción de desechos o sustancias peligrosas al medio.

Aunado a lo anterior, es apropiado mencionar que se califica el derecho a gozar de un ambiente sano, como un derecho de naturaleza colectiva, es decir, de aquellos atinentes al conjunto de condiciones y circunstancias que permiten a los seres humanos, no sólo la supervivencia biológica individual, sino también su desempeño eficaz y su desarrollo integral dentro de la comunidad.¹²⁴

En esa tarea por salvaguardar la diversidad biológica surgen principios propios de la tutela penal-ambiental, que sirven de fundamento cuando se vulnera o trasgrede ese bien jurídico: medio ambiente.

2.4 Principios que rigen la protección penal del medio ambiente

El Derecho penal ambiental en tanto que rama del derecho penal está sometido a los principios que rigen este último, para respetar normas y tutelar los derechos. Bien lo apunta Demetrio al referirse a que la búsqueda de una

¹²⁴ Mario Iguaran Arana, *Justicia Ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente* (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001), 80.

norma aplicable a la interpretación de los preceptos de la legislación sectorial carece totalmente de sentido si no son realizados a partir de principios¹²⁵

2.4.1 Principio de Prevención

Se conceptúa como la obligación que tiene un Estado para prohibir, reducir, limitar o controlar, previo análisis técnico pormenorizado del caso concreto, el desarrollo de actividades que pongan en peligro el medio ambiente y la salud de las personas.

El principio de prevención reclama, por tanto, la intervención de los Estados, antes de que el daño se produzca. El principio de prevención implica la utilización de mecanismos, instrumentos y políticas con el objetivo de evitar daños serios al ambiente y la salud de las personas.

Consecuentemente a lo ya apuntado, Carlos Blanco en cuanto al principio de prevención expresa que “debe dotarse a la intervención penal en materia ecológica de un claro enfoque preventivo, fundamental en toda órbita de la protección del ambiente, enfoque que debe ir mucho más allá de meros planteamientos retribucionistas”¹²⁶

En consecuencia, según este principio el riesgo puede ser conocido anticipadamente y se pueden adoptar las medidas necesarias eficientemente para neutralizar las consecuencias negativas que se puedan producir y que se derivan de ese riesgo.

¹²⁵ Demetrio Loperena Rota, *Los Principios Generales del Derecho Ambiental* (Madrid: Editorial Civitas), 1.

¹²⁶ Carlos Blanco Lozano, *La Protección del medio ambiente en el derecho penal español y comparado* (Granada: Comares, 1997), 124-125.

2.4.2 Principio de Precaución

Surgió en Alemania, se vincula en particular al filósofo alemán Hans Jonas, como fundamento de medidas legislativas de protección medioambiental en contextos de incertidumbre científica frente al riesgo.

El principio de Precaución es un principio rector y proteccionista del medio ambiente e inspira la noción de peligro del derecho penal ambiental pues, tiene por finalidad dar la orientación en la conducta de todo ente a prevenir o evitar daños, graves e irreversibles que trastorquen, destruyan o alteren gravemente al medio ambiente; aun y cuando dichos daños no se encuentren en etapa de consumación o amenaza sino en una fase, si se quiere ver, previa a esta última y distinta, considerándose como de riesgo o peligro de daño, y no exista certeza seguridad científica absoluta sobre su ocurrencia.

Para que pueda alegarse el principio de precaución se establece del todo necesaria la concurrencia de dos presupuestos los cuales son: a) como primer presupuesto debe darse una situación de incertidumbre y, b) posteriormente, ha de advertirse en esa situación un riesgo grave para el medio ambiente¹²⁷. El principio de precaución se distingue del principio de prevención porque el primero exige tomar medidas que reduzcan la posibilidad de sufrir un daño ambiental grave a pesar de que se ignore la probabilidad precisa de que éste ocurra, es decir, no se pueden conocer materialmente los efectos a mediano y largo plazo, sin embargo, se adoptan medidas precautorias por sí llegase a ocurrir; mientras que el principio de prevención obliga a tomar medidas dado que se conoce el daño ambiental que pueda producirse.

¹²⁷ José Pardo, *Derecho del medio ambiente*, 4º ed. (Barcelona: Marcial Pons, 2005), 64-65

Este último, parte de la base de la existencia de suficiente certeza respecto de los riesgos o de su probabilidad de ocurrencia, de tal manera que actúa dentro de una cadena de causalidad conocida con el fin de interrumpir el curso causal respectivo y de prevenir la consumación del daño.

2.4.3 Principio “quien contamina paga”

Referente a este principio, los costes de la contaminación¹²⁸ han de imputarse al agente causante de la misma, que debe sufragar las medidas de prevención contra la contaminación sin recibir, en principio, ningún tipo de ayuda financiera compensatoria.

La Declaración de Río de 1992 es el texto global que recoge el principio. El principio 16 de la misma lo regula de la siguiente manera: “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 debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

El principio “quien contamina paga” no ha de interpretarse, como pudiera parecer de su dicción literal, como un principio meramente sancionador, sino que lo que en realidad persigue es desincentivar la realización de actividades y conductas dañosas para el medio ambiente¹²⁹.

¹²⁸ La Contaminación es, según el artículo 5 de la Ley del Medio Ambiente de El Salvador: “la presencia o introducción al ambiente de elementos nocivos a la vida, la flora o la fauna, o que degraden la calidad de la atmósfera, del agua, del suelo o de los bienes y recursos naturales en general, conforme lo establece la ley”.

¹²⁹ Juan José Pernas García, “Los principios de la política ambiental comunitaria y la libre circulación de mercancías” *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 5 (2001): 108.

Tampoco ha de interpretarse como posibilidad de escape, mediante el pago de una cantidad, en los supuestos en que a las empresas les resulta más rentable contaminar y pagar una multa que actuar con criterios respetuosos con el medio ambiente, corriéndose el riesgo, con ello, de que el principio “quien contamina paga” se convierta en “quien pueda pagar contamina”, riesgo que debe evitarse a toda costa.

CAPÍTULO III

MECANISMOS SOBRE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

En el presente capítulo se abordan los diferentes mecanismos de protección del medio ambiente. Es importante mencionar, que los problemas ambientales son una realidad difícil de negar hoy en día.

La contaminación iónica, lumínica, acústica, radiactiva, térmica, visual, hídrica, la destrucción de la biodiversidad, el cambio climático, la erosión del suelo, el rompimiento de la capa de ozono, la desaparición paulatina de la selva amazónica, la biomagnificación en la cadena alimenticia, el aumento de gases que provocan el efecto invernadero, las lluvias acidas, la deforestación, entre otros, son fenómenos de los cuales casi a diario se escucha hablar, además de ser problemas que reclaman atención junto a la pronta puesta en marcha de acciones tendientes a revertirlos. Por tanto, existen una serie de países que destacan por la instauración de una ley que proteja el medio ambiente, en la que se incluyen los principios jurídicos fundamentales del Derecho ambiental.

En estos sistemas la misión de las normas penales es proporcionar coercitividad legal a las disposiciones administrativas y a las órdenes de las autoridades competentes, entendiendo el Derecho Penal en su sentido más amplio, según Heine.¹³⁰ De esta manera se realiza una aproximación a los mecanismos de protección del medio ambiente, tanto nacionales como

¹³⁰ Para profundizar al respecto, véase José Luis de la Cuesta Arzamendi, "La ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el medio ambiente" *Cuadernos de política criminal*, n. 18 (1989): 651

internacionales, que tienen en común la precaución y la prevención del bien jurídico medio ambiente, la calidad de vida de las personas y el equilibrio de los ecosistemas.

3.1 Regulación Jurídica sobre la Protección Ambiental

La protección jurídica del medio ambiente ha cobrado especial connotación en las últimas décadas, sobre todo a partir de la Conferencia de Rio de Janeiro de mil novecientos noventa y dos (1992) en la cual se reconoció mundialmente la crisis ecológica y la sociedad pudo verse a sí misma, según ha denunciado el autor Ulrich BECK, como "sociedad de riesgo mundial"¹³¹,

El Ulrich Beck quien defiende la necesidad de emplear un nuevo marco de referencia para comprender la sociedad del riesgo global en la que se vive actualmente, centrándose en los aspectos ecológicos y tecnológicos y en sus implicaciones sociológicas y políticas. El Derecho penal, como es lógico, no ha podido mantenerse aislado a dicho fenómeno, produciéndose continuo debate respecto a temas fundamentales dentro del Derecho penal económico y que frente a la cuestión medioambiental adquieren un tono más acentuado. Significa, por tanto, que el conocimiento de las limitaciones del Derecho Penal es lo que hará posible la protección y resguardo del medio ambiente.

3.1.1 Constitución Salvadoreña

En el país, el bien Jurídico Medio Ambiente encuentra su fundamento o tutela constitucional en el Art. 117, con un carácter implícito de protección, el cual

¹³¹ Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuesta a la globalización. Traducción de Bernardo Moreno y María rosa Borrás* (Barcelona: Ediciones Paidós, 1998), 56.

literalmente manifiesta lo siguiente: “Es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente, para garantizar el desarrollo sostenible”.

El artículo en comento se reformó por Decreto Legislativo No 871 del trece de abril del año dos mil, el cual textualmente dice: “Es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad y la integridad del medio ambiente, para garantizar el desarrollo sostenible.

Asimismo, regula “Se declara de interés social la protección, conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución de los recursos naturales en los términos que establece la ley”.

Finalmente, se establece que se prohíbe la introducción al territorio nacional residuos naturales y desechos tóxicos, para tal regulación se encuentra el Reglamento Especial sobre el Manejo Integral de Desechos Sólidos y el Reglamento Especial de Aguas Residuales y Desechos Peligrosos.

La diferencia existente entre el artículo 117 vigente y el reformado, es que este en su inciso final establece que la protección, conservación y mejoramiento de los recursos naturales serán objeto de leyes especiales, lo que significa es que hay una remisión a las diversas leyes especiales que lo regulan, el cual está generalizando leyes que versan sobre el medio ambiente.

En el artículo vigente se especifica que se aplicara en los términos que establezca la Ley del Medio Ambiente; y además el artículo vigente introduce una disposición muy interesante el cuál es la prohibición respecto a la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos. El Art. 117 en relación con el Art. 101 de la Cn., regula la obligación del Estado

de promover el desarrollo económico y social de las personas, mediante la utilización racional de los recursos naturales.

Todo lo anterior se relaciona con el art. 14 de la Constitución pues, manda a la administración pública a velar por la protección del medio ambiente y a procurar una utilización racional de los recursos naturales.

La administración es por antonomasia la llamada a realizar la gestión ambiental y la protección de todos los bienes que conforman el medio ambiente¹³² esta remisión a la normativa administrativa es la llamada doctrinariamente "*leyes penales en blanco*", en la cual se plantea un problema de accesoriedad administrativa al momento de la remisión a tales normas en la configuración de los delitos ambientales.

3.1.2 Convenios Internacionales

El origen de la preocupación por el medio ambiente y su aparición en instrumentos jurídicos transcurrió curiosamente, en paralelo en el ámbito nacional e internacional. Constitucionalmente, la normativa internacional según jerarquía es el segundo nivel de protección legal, por ser leyes de la república, son de obligatorio cumplimiento para todos y tanto los tratados como los convenios internacionales.

En estos se regulan en conjunto, cuerpos normativos específicos de carácter internacional afín de proteger el medio ambiente, denominado categóricamente como Derecho Internacional del Medio Ambiente.

¹³² Henry Alexander Mejía, *Responsabilidad por daños a medio ambiente* (San Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2014), 178-179.

3.1.2.1 Convenio de Basilea

El Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su eliminación, ratificado el veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y dos, tiene por objeto controlar de una manera más estricta los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos, y también surge de la necesidad de reducir, tales movimientos al mínimo.

Este Convenio cuenta con ciento setenta países parte, es decir que se han adherido dicho convenio y su objetivo primordial es proteger el medio ambiente y la salud humana contra los efectos nocivos derivados de la generación, el manejo, los movimientos trasfronterizos y la eliminación de los desechos peligrosos y otros desechos.

Se pretende, por tanto, prevenir el deterioro medio ambiental y proteger la salud humana, a través de diversos mecanismos que posibiliten regular los efectos nocivos que pueden derivar de la generación y manejo de los desechos peligrosos y otros desechos.

Es importante destacar que los efectos nocivos son producto del movimiento nacional y transfronterizo de esos materiales peligrosos que pueden poner en peligro la salud humana y el medio ambiente y sus recursos naturales.

El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente explica que, en primer lugar, la Convención de Basilea regula los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos aplicando el procedimiento del “consentimiento fundamentado previo” (los envíos efectuados sin consentimiento son ilícitos).

Los envíos efectuados a un Estado que no sea Parte o desde un Estado que no sea Parte son ilícitos, salvo que exista un acuerdo especial. Se exige a toda Parte en el Convenio que promulgue las disposiciones legislativas nacionales adecuadas para prevenir y castigar el tráfico ilícito de desechos peligrosos y otros desechos. El tráfico ilícito es delictivo.

En segundo lugar, el Convenio obliga a las Partes en él a asegurar que los desechos peligrosos y otros desechos se manejen y eliminen de manera ambientalmente racional. A ese fin, se espera de las Partes que minimicen las cantidades de desechos peligrosos que atraviesan las fronteras, que traten y eliminen los desechos lo más cerca posible del lugar donde se generen y que impidan o minimicen la generación de desechos en origen.

Asimismo, se han de aplicar controles estrictos desde el momento de la generación de un desecho peligroso, el almacenamiento, transporte, el tratamiento de ese desecho peligroso, la reutilización, el reciclado, la recuperación y la eliminación final de este desecho peligroso, así se evita un grave daño al medio ambiente, la calidad de vida de las personas y el equilibrio de los ecosistemas.

3.1.2.2 Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (COP)

Convenio firmado por El Salvador en julio de 2001 y ratificado por la Asamblea Legislativa el 21 de febrero de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 60, tomo 379, en dicho convenio se considera el principio de precaución incorporado en la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992. El objetivo fundamental del Convenio de Estocolmo es la protección del ser humano y el medio ambiente mediante la reducción y eliminación de emisiones

y descargas de contaminantes orgánicos persistentes, para minimizar los efectos adversos que estos provocan.

Consciente de que los COP plantean peligros importantes y cada vez mayores a la salud humana y el medio ambiente, en 1995, el Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), pidió que se iniciara un proceso de evaluación de una lista inicial de 12 COP y que el Foro Intergubernamental sobre Seguridad Química (FISQ), elaborara recomendaciones respecto de la adopción de medidas a nivel internacional, incluido un instrumento internacional jurídicamente vinculante.

Establece como uno de sus principios esenciales que los recursos naturales de la tierra, entre ellos el aire, agua, tierra, flora y fauna deben ser preservados con el fin de beneficiar tanto a las generaciones presentes como a las futuras, esto debe lograrse por medio de métodos de planificación dependiendo del caso. A su vez, debe prevenirse el riesgo del agotamiento de estos recursos con el fin de asegurar su sostenimiento en el tiempo.

3.1.2.3 Convención sobre la Protección de la Flora y de la Fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América

Esta Convención fue creada el 20 de diciembre de 1920 y firmada por el Salvador el 12 de octubre de 1940, siendo ratificada un año después. La motivación que ha dado origen la creación del este Convenio ha sido el deseo de proteger y conservar en su medio ambiente natural, ejemplares de todas las especies y géneros de su flora y su fauna indígenas, incluyendo las aves migratorias, en un número suficiente y en regiones lo bastante vastas para evitar su extinción por cualquier medio al alcance del hombre; y el anhelo de proteger y conservar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones

geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico, y los lugares donde existen condiciones primitivas.

El Artículo III del Convenio establece que los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente.

Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales, además convienen en prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del parque o por orden o bajo la vigilancia de las mismas, o para investigaciones científicas debidamente autorizadas.

Los países contratantes se comprometen a proveer a los parques nacionales las facilidades necesarias para el solaz y la educación del público, de acuerdo con los fines que establecidos en esta Convención.

Esto significa que el Estado y la población en general va a tomar medidas encaminadas a mejorar la belleza escénica de estos lugares y además de brindar educación a la población respecto a la cultura, cuidado y manejo de los parques nacionales.

3.1.2.4 Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono

El Salvador no participó en la celebración de este convenio, sin embargo, fue ratificado el veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y cinco, por la

Asamblea Legislativa de El Salvador. Este convenio suscrito por El Salvador es una declaración de voluntad de los Estados suscriptores, por lo que el fin último de este convenio es proteger la capa de ozono, pero todo se basa en las condiciones científicas y técnicas pertinentes; las mismas se harán de conformidad a lo dispuesto en el art. tres.

La capa de Ozono atmosférica es la capa que se encuentra por encima de la capa limítrofe del planeta¹³³. Se protege en ese sentido, contra los efectos nocivos o desfavorables que pueden surgir por la modificación, alteración o daño a la misma. Hipótesis científicas demuestran que los productos químicos que producen los CFC (clorofluorocarbonos), podrían perjudicar la capa de ozono estratosférico. La capa de ozono protege la tierra contra la radiación ultravioleta excesiva, lo que podría causar daños y mutaciones en los seres humanos, plantas y células animales.

La Convención de Viena ha tenido bastante éxito a partir de 2009 para abordar el problema mundial del agotamiento de la capa de ozono estratosférico. Sin embargo, han surgido problemas en la aplicación del convenio de Viena, especialmente en el comercio ilegal de sustancias controladas, en la gestión de las grandes reservas de sustancias controladas, y en la eliminación de determinadas sustancias, como el bromuro de metilo, tetracloruro de carbono, etc.

Este documento jurídico internacional propone el intercambio de información técnica entre Estados, especialmente sobre el uso de tecnologías alternativas destinadas a la reducción de las emisiones de agentes destructores de la capa

¹³³ Abel Dozo Moreno, *La ecología y el derecho penal* (Buenos Aires: Ediciones Palma, 1994),116.

de ozono, los riesgos que implica la utilización de tecnologías alternativas, información socioeconómica y comercial sobre las sustancias que se mencionan en ese documento, información jurídica tendiente a la investigación jurídica para la protección de la capa de ozono, acuerdos internacionales sobre el tema y particularmente métodos para conceder licencias y patentes relacionadas con la protección.

3.1.2.5 Convenio sobre la Diversidad Biológica

Firmado el 5 de junio de 1992, en Rio de Janeiro y entró en vigencia el 29 de diciembre de 1993; el Convenio es el primer acuerdo global para abordar todos los aspectos de la diversidad biológica: recursos genéticos, especies y ecosistemas, y el primero en reconocer que la conservación de la diversidad biológica es "una preocupación común de la humanidad", y una parte integral del proceso de desarrollo.

El Convenio de la Diversidad Biológica es un tratado internacional jurídicamente vinculante con tres objetivos principales: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. Su objetivo general es promover medidas que conduzcan a un futuro sostenible.

La conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad. El Convenio sobre la Diversidad Biológica cubre la diversidad biológica a todos los niveles: ecosistemas, especies y recursos genéticos. Según el principio de precaución, cuando haya peligro de considerable reducción o pérdida de diversidad biológica, la falta de certeza científica

absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas que impidan o minimicen dicho peligro.

3.1.2.6 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Protocolo de San Salvador. 1988).

Fue suscrito, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigor el 18 de julio de 1978. Es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. El Protocolo Adicional, también denominado Protocolo de San Salvador, es un texto legal que completa la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto que reconoce los derechos económicos, sociales y culturales.

El artículo 1 indica que los Estados partes en el presente Protocolo Adicional se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, hasta el máximo de recursos disponibles, a fin de lograr progresivamente, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el Protocolo.

Entre los derechos de segunda generación que se reconocen se encuentran: el derecho al trabajo (art. 6); igualdad en las condiciones de trabajo (art. 7); derecho a la huelga y a la libertad sindical (art. 8); derecho a la seguridad social (art. 9); derecho a la salud (art. 10); derecho a un medio ambiente sano (art. 11); derecho a la alimentación (art. 12); derecho a la educación (art. 13); derecho a la constitución y protección de la familia (art. 15). El Protocolo protege a colectivos específicos como los niños, los ancianos y los minusválidos (artículos. 16, 17 y 18).

3.1.2.7 La Agenda 21 año 1992

Es un acuerdo de las Naciones Unidas (ONU) para promover el desarrollo sostenible, aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), que se reunió en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. Este acuerdo se firmó junto con la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y la Declaración de principios relativos a los bosques.

El Programa es un plan detallado de acciones que deben ser acometidas a nivel mundial, nacional y local, por entidades de la Organización de Naciones Unidas, los gobiernos de sus estados miembros y por grupos principales particulares en todas las áreas en las que ocurren impactos humanos sobre el medio ambiente. La Agenda 21 fue suscrita por ciento setenta y dos (172) países, miembros de las Naciones Unidas. Estos países se comprometen a aplicar políticas ambientales, económicas y sociales en el ámbito local encaminadas a lograr un desarrollo sostenible, es decir, es una estrategia global que se lleva a la práctica de manera local y que implica a todos los sectores de la comunidad.

3.1.2.8 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. 1992

Es una proposición de las Naciones Unidas (ONU) para promover el desarrollo sostenible. Fue aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), que se efectuó en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, que se conoce como segunda cumbre de la Tierra. El Objetivo principal de la Declaración de Río es procurar alcanzar acuerdos internacionales en los que se respeten los intereses de todos, se proteja el medio ambiente y el desarrollo mundial. Para ello se deben alcanzar el

equilibrio entre las distintas partes: ecológicas, sociales y económicas, todas ellas deben de existir, para conseguir el Desarrollo Sostenible. Además, el equilibrio entre las 3 partes tendrá que ser social y ecológicamente soportable, ecológica y económicamente viable y económica y socialmente equitativo.

3.1.2.9 Protocolo de Kioto, 1997

El protocolo de Kioto, sucesor de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 1992), es uno de los instrumentos jurídicos internacionales más importantes destinados a luchar contra el cambio climático.

Tiene por objetivo reducir las emisiones de seis gases de efecto invernadero que causan el calentamiento global: dióxido de carbono (CO₂), gas metano (CH₄) y óxido nitroso (N₂O), y los otros tres son gases industriales fluorados: hidrofluorocarburos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆), en un porcentaje aproximado de al menos un 5 %, dentro del periodo que va de 2008 a 2012, en comparación a las emisiones a 1990. Es decir, el objetivo principal es disminuir el cambio climático antropogénico cuya base es el incremento forzado del efecto invernadero.

Según las cifras de la ONU, se prevé que la temperatura media de la superficie del planeta aumente entre 1,4 y 5,8 °C de aquí a 2100, a pesar de que los inviernos son más fríos y violentos. Esto se conoce como calentamiento global. «Estos cambios repercutirán gravemente en el ecosistema y en nuestras economías».

Para alcanzar sus objetivos, el Protocolo propone una serie de medios: Disminución de emisiones o aumento de sumideros que absorban las emisiones (artículo tres); establecimiento de sistemas nacionales que permitan

contabilizar las emisiones de las fuentes y las absorciones de los sumideros (art. cinco); el denominado mercado de crédito de emisiones (art. seis); que permita que un país que exceda de su límite de emisiones compre a otro que no llegue a dicho límite derechos de emisiones, siempre que ambos estén contemplados en el listado de anexo I de la Convención.

Además de, un inventario anual de emisiones y absorciones por sumideros en el que incluirá la información necesaria para asegurar el cumplimiento de los objetivos del Protocolo (artículo siete); y el mecanismo para un desarrollo limpio (artículo doce) mediante el cual, se permita a los países del anexo I (países industrializados) invertir en proyectos de reducción de emisiones en países no incluidos en el Anexo I (en vías de desarrollo).

3.1.3 Código Penal Salvadoreño

En la legislación penal salvadoreña se desarrolla un apartado que regula los delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección de los recursos naturales y el medio ambiente. Este apartado se divide en dos capítulos, los referentes a los delitos de la ordenación del territorio, ya que debido al crecimiento urbano desproporcionado existe una mayor degradación ambiental y con ello la posibilidad de generarse desastres naturales; y los delitos concernientes a la naturaleza y el medio ambiente, ambos enmarcados en la protección penal del medio ambiente¹³⁴.

En el Título X, Capítulo II, del Código Penal Salvadoreño, se advierte la existencia de una serie de disposiciones tendentes a la protección de la naturaleza y el medio ambiente, regulando en ella el delito de Contaminación

¹³⁴ Código Penal (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997), Art. 39.

Ambiental, tipificados en el Art. 255, el cual establece: “*El que provocare o realizare directa o indirectamente emisiones, radiaciones, vertidos de cualquier naturaleza, en el suelo, atmosfera, aguas terrestres, superficiales, subterráneas o marítimas en contravención a la leyes y reglamentos respectivos y que pusiere en peligro grave, la salud y calidad de vida de las personas o equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente será sancionado con prisión, de cuatro a ochos años*”.

El artículo siguiente se refiere al delito de contaminación ambiental agravada, el cual se apoya de la técnica legislativa de la Ley penal en blanco pues, señala que la pena se aumentará en los casos que el hecho se le atribuya a persona jurídica sea pública o privada que funcione sin el permiso ambiental, en ese sentido, el legislador penal se vale de la técnica para tipificar supuestos de hecho que se remiten a otros cuerpos normativos¹³⁵.

Quiere decir que este tipo de normativa legal genera una remisión a otras normas para completar el precepto legal. En cuanto a la técnica legislativa de las Leyes penales en blanco la Sala de lo Constitucional¹³⁶ ha dicho al respecto que la utilización de leyes penales en blanco es una técnica legislativa propia del Derecho Pena y que su uso no es *per se* inconstitucional. Además, que constituye una herramienta necesaria en sectores sociales dinámicos, y que el reenvío a otros cuerpos normativos para tipificar un delito se encuentra constitucionalmente justificado cuándo: 1) sea expreso y esté justificado en razón con el bien jurídico protegido; y, 2) que el tipo penal contenga la pena y

¹³⁵ Camilo Sessano Goenaga, “La protección penal del medio ambiente: peculiaridades de su tratamiento jurídico” *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 04-11 (2012): 8. <http://www.criminet.org.es>

¹³⁶ Respecto este punto de vista, véase Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 27-2006/30-2006 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia)

el núcleo esencial de la materia de prohibición, y satisfaga las exigencias derivadas del mandato de certeza, no pudiendo dejarse a la determinación total o absoluta a una autoridad distinta, que emita normas de rango inferior¹³⁷.

La Sala de lo Penal se ha manifestado al respecto y ha dicho que “el Derecho Penal no interviene por lo general de forma autónoma, sino que actúa reforzando la normativa de carácter no penal protectora del medio ambiente, constituida fundamentalmente por normas de Derecho Administrativo, esto es aplicable al resto de delitos ambientales en los que se vuelve necesario la remisión a otras normas jurídicas¹³⁸”

3.1.4 Leyes Secundarias

Se analiza, en las líneas posteriores, la protección jurídica que se le brinda al medio ambiente y a la calidad de vida de las personas, a través de las leyes secundarias que desarrollan derechos fundamentales, que para ese efecto se estudia la ley del medio ambiente como principal instrumento de protección que ofrece el Estado salvadoreño a fin de contrarrestar el deterioro medio ambiental.

3.1.4.1 Ley del Medio Ambiente

La Ley del Medio Ambiente promulgada en 1998, tiene por objeto, entre otras, desarrollar las disposiciones de la Constitución de la República, que se refieren a la protección, conservación y recuperación del medio ambiente, así como,

¹³⁷ Véase Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 11-2007AC (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2011).

¹³⁸ Sentencia Definitiva, Referencia: 34-C-2012 (El Salvador, Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2012).

asegurar la aplicación de los tratados o convenios internacionales celebrados por El Salvador en esta materia¹³⁹.

El tipo penal de contaminación ambiental permite la remisión a la ley de medio ambiente la cual, define la contaminación en el artículo cinco como: “la presencia o introducción en el medio ambiente de elementos nocivos a la vida, la flora, o la fauna, que degraden la calidad de la atmosfera, del agua, del suelo, de los bienes y los recursos naturales en general”. Nótese acá que se trata de un concepto amplio y omnicomprensivo.

Asimismo, la Ley del Medio Ambiente constituye un complemento para la protección jurídico-penal del medio ambiente, cuyas disposiciones garantizan una efectiva aplicación de la norma penal, debido a la necesidad de remitirse a la ley.

Por ejemplo, el art. 256 señala el concepto de “permiso ambiental”, por esta razón es vital dirigirse al análisis de la ley ambiental, pues en su artículo 5, lo define de la siguiente manera: “*el permiso ambiental es el acto administrativo por medio del cual el Ministerio de acuerdo a esta ley y su reglamento, a solicitud del titular de una actividad, obra o proyecto, autoriza a que estas se realicen*”.

El Art. 2 de la Ley del Medio Ambiente (LMA), retoma varios principios que desarrolla la doctrina científica, considerados como ejes fundamentales y rectores de la materia; el principio precautorio y de prevención establecidos en el literal e), d), f). En todas sus manifestaciones se está orientando a la prevención de los fenómenos, depredadores, contaminadores y se expresan

¹³⁹ Véase el Art. 1 de la Ley del Medio Ambiente (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1998).

en todas las formas de gestión, desde el diseño de políticas y estrategias, así como la formulación de leyes y reglamentos en la materia. También, en este sentido, orientara e ilustrara la acción del juzgador y los operadores jurídicos en el caso concreto. La ley, retoma estos principios en política ambiental, recogiendo el principio restitutorio en el sentido que, toda infracción al medio ambiente y sus recursos resulten como responsabilidad de primer orden, la restitución y restauración de aquellos bienes jurídicos lesionados.

Con relación al literal a) del artículo en mención, se viene a establecer el Derecho Subjetivo que tienen los habitantes al goce de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; con el establecimiento de este derecho se sientan las bases para que el individuo y los grupos sociales tengan la capacidad de reclamar de la calidad de estos derechos difusos y aun aquellos no difusos.

En el literal c), del art. 2 de la Ley del Medio Ambiente, se consigna el uso, aprovechamiento y disponibilidad de los recursos de forma sostenible como el eje central del desarrollo sustentable y la calidad de vida de la población. Concita el uso y aprovechamiento racional en el compromiso con las futuras generaciones. Por su parte, el literal h) retoma las características del Derecho Ambiental como un derecho político y horizontal, es decir que, la visión de una gestión pública, global, integradora, la cual implica la transectorialidad compartida con diversos organismos de estado incluyendo los municipios y complementada por la sociedad civil.

3.1.5 Reglamentos

Los reglamentos especiales al igual que el reglamento general, se derivan directamente de la Ley del Medio Ambiente de El Salvador, estos no pueden regular aspectos que aquella no contiene; tampoco pueden corregir, modificar

o ampliar ni un solo de los aspectos contenidos en la ley ni en su reglamento general.

En tal sentido, estos reglamentos se han elaborado en estricta subordinación a la ley y su reglamento general. Por tanto, los reglamentos especiales están en concordancia con la Ley del Medio Ambiente y su reglamento general.

3.1.5.1 Reglamento General de la Ley del Medio Ambiente

Creado mediante Decreto No. 17 de fecha 21 de marzo del 2000, publicado en Diario Oficial No. 339. El Reglamento General de la Ley del Medio Ambiente tiene por objeto desarrollar las normas y preceptos contenidos en la Ley de Medio Ambiente.

A partir del artículo 64 en el Título IV del Reglamento, se tipifica la protección ambiental, afín de prevenir y controlar la contaminación se establecen criterios para la formulación y actualización de normas técnicas de calidad ambiental, entre las cuales se destacan las siguientes: a. Que la contaminación no exceda los límites que pongan en riesgo la salud humana o el funcionamiento de los ecosistemas; b. Que la contaminación no rebase la capacidad de carga de los medios receptores; c. Que la contaminación de los medios receptores no exceda los límites permisibles para cualquier uso, y para la conservación de la sostenibilidad de los ecosistemas.

En los artículos 65 y 66 se establecen las fuentes fijas y móviles, respectivamente, de contaminación atmosférica. En cuanto a las fuentes fijas, los responsables de emisiones que expidan olores, gases o partículas sólidas o líquidas a la atmósfera, en cuanto corresponda, estarán obligados en primer momento a elaborar un inventario de sus emisiones contaminantes a la

atmósfera; a emplear equipos o sistemas que controlen y reduzcan las emisiones a la atmósfera, para que éstas no rebasen los niveles de calidad del aire ambiente y de emisiones permisibles, establecidos en las respectivas normas técnicas.

Los responsables de emisiones también están obligados a llevar una bitácora de operación y mantenimiento de sus equipos de proceso y de control y a llevar a cabo un monitoreo perimetral de sus emisiones contaminantes, cuando la fuente se localice en áreas urbanas o cuando colinde con áreas naturales protegidas; y, además, cuando por sus características de operación o por sus materias primas, productos o subproductos, puedan causar grave deterioro a al medioambiente y a los ecosistemas.

Cuando se trata a las fuentes móviles de contaminación ambiental, los concesionarios de líneas de transportes público, terrestre, marítimo y aéreo deberán garantizar que las unidades de transporte posean las condiciones necesarias para asegurar que las emisiones de sus vehículos o aeronaves, en su caso, no rebasen los niveles máximos de emisión de contaminantes a la atmósfera, establecidos de conformidad a las normas técnicas correspondientes.

Respecto al recurso hídrico como parte del medio ambiente, el reglamento no deja de lado su protección, pues ha creado criterios para garantizar una mejor utilización para la conservación pronta del mismo, basándose en la calidad y la disponibilidad del recurso, así como los enfoques de su uso sostenible, considera estos razonamientos:

a. Los usos de las aguas lluvias, superficiales, subterráneas y costeras de la cuenca, deben planificarse sobre la base de evaluaciones de la cantidad y

calidad del agua b. El agua utilizada para el consumo humano, con fines energéticos, domésticos, industriales, turísticos, pecuarios, agrícolas, pesqueros y de acuicultura, no debe exceder los límites necesarios para el mantenimiento de los ecosistemas de la cuenca; c. El agua utilizada para el mantenimiento de los ecosistemas de humedales no debe exceder los límites necesarios para el funcionamiento de éstos. d. La calidad y cantidad del agua para los diferentes usos, incluido el mantenimiento de la estructura y funcionamiento de los ecosistemas, deberá estar sujeta a las prácticas correctas de uso y de disposición del recurso hídrico; e. Con el propósito de mantener el nivel freático de cualquier acuífero, la tasa de bombeo permitido deberá ser calculada con base en la tasa de recarga natural del agua subterránea; y f. Se deberá promover la formulación y la implementación de políticas e incentivos que propicien la utilización sostenible del agua y del suelo que la contiene.

3.1.5.2 Reglamento Especial en Materia de sustancias, Residuos y Desechos Peligrosos.

Aprobado mediante Decreto Ejecutivo el 31 de mayo del 2000 y publicado en el Diario Oficial No. 101 del Tomo 347, de fecha 1 de junio de 2000. El objeto de la ley es sustentar las reglas que se deben seguir en la Ley del Medio Ambiente en lo que se refiere a las actividades relacionadas con sustancia, residuos y desechos peligrosos, mediante el manejo de materiales peligrosos, que no es más que el conjunto de operaciones que incluye el almacenamiento, recolección, transporte, reuso, tratamiento, reciclaje, incineración y disposición ambientalmente adecuada de las sustancias, residuos y desechos peligrosos.

En términos generales los “*residuos peligrosos*” son materiales que revisten características peligrosas, que después de servir a un propósito específico

todavía conserva propiedades físicas y químicas útiles, y por lo tanto puede ser reusado, reciclado, regenerado o aprovechado con el mismo propósito u otro diferente.

El artículo 57 de la Ley del Medio Ambiente remite a este reglamento lo relativo a la introducción, tránsito, distribución y almacenamiento de sustancias peligrosas por parte del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, en coordinación con el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Ministerio de Economía y el Consejo Superior de Salud Pública.

Se reconoce que es una necesidad urgente para la preservación del medio ambiente y la salud pública, dictar medidas que minimicen los riesgos de la contaminación por sustancias, residuos y desechos peligrosos, por ello, de conformidad al Art. 59 de la Ley del Medio Ambiente está prohibida la introducción al territorio nacional de desechos peligrosos, así como su tránsito, liberación y almacenamiento.

3.1.5.3 Reglamento Especial de Aguas Residuales.

Creado mediante Decreto No. 39 de fecha 31 de mayo del 2000. Este Reglamento tiene por objeto velar porque las aguas residuales no alteren la calidad de los medios receptores, para contribuir a la recuperación, protección y aprovechamiento sostenibles del recurso hídrico respecto de los efectos de la contaminación.

El Reglamento establece que Agua Residual es la agua que ha recibido un uso y cuya calidad ha sido modificada por la incorporación de agentes contaminantes y vertidas a un cuerpo receptor. Ellas son de dos tipos: Ordinario y Especial.

Agua Residual de tipo Ordinario: Agua residual generada por las actividades domésticas de los seres humanos, tales como uso de servicios sanitarios, lavatorios, fregaderos, lavado de ropa y otras similares.

Agua Residual de tipo Especial: Agua residual generada por actividades agroindustriales, industriales, hospitalarias y todas aquéllas que no se consideran de tipo ordinario

3.1.5.4 Reglamento Especial Sobre el Manejo Integral de los Desechos Sólidos.

Este reglamento especial sobre el manejo integral de los desechos sólidos fue creado mediante Decreto No. 42, de fecha 31 de mayo del año 2000 y publicado en el Diario Oficial n° 101 de fecha uno del mes de junio del año 2000.

La necesidad latente de creación de un instrumento que tutele la conducción o administración integral de los desechos sociales parte de la idea que el manejo y la disposición de los desechos sólidos constituyen uno de los principales objetivos ambientales nacionales, los que dañan la salud y causan problemas de contaminación, cuando no son confrontados con una política preventiva y global.

El artículo uno de este reglamento desarrolla el objeto y el alcance de este, siendo el objeto, la regulación del manejo de los desechos sólidos. El alcance del mismo será el manejo de desechos sólidos de origen domiciliario, comercial, de servicios o institucional; sean procedentes de la limpieza de áreas públicas, o industriales similares a domiciliarios, y de los sólidos sanitarios que no sean peligrosos.

Los Desechos Sólido son aquellos materiales no peligrosos, que son descartados por la actividad del ser humano o generados por la naturaleza, y que, no teniendo una utilidad inmediata para su actual poseedor, se transforman en indeseables. Estos desechos pueden originar un alto grado de contaminación al ser humano y al medio ambiente mediante la degradación de la calidad natural del medio ambiente, como resultado directo o indirecto de la presencia o la gestión y la disposición final inadecuadas de los desechos sólidos.

Es apropiado establecer que el generador de desechos sólidos es toda persona, natural o jurídica, pública o privada, que como resultado de sus actividades, pueda crear o generar desechos sólidos y que solo mediante una gestión Integral adecuada se podrá minimizar el daño ambiental, es decir, sólo a través de un conjunto de operaciones y procesos encaminados a la reducción de la generación, segregación en la fuente y de todas las etapas de la gestión de los desechos, hasta su disposición final.

3.1.6 Derecho Comparado sobre la Protección Penal del Medio Ambiente

El Derecho penal tutelador del medio ambiente constituye una parcela normativa, como cualquier otra jurídica, en la que el análisis comparado de los diversos ordenamientos nacionales e internacionales, en el seno de las particulares coordinadas geográficas, sociales e instrumentales, institucionales y ecológicas, adquiere una particular relevancia para la profundización de cualquier investigación.

La vía de comunicación entre los diversos Estados y modelos jurídicos, paralelamente a lo que viene ocurriendo en el seno de los estratos criminales, son cada vez más intensas. La presencia de instrumentos jurídico-

internacionales que regulan diversidad de panoramas es cada vez mayor, la razón es que cada Estado busca proteger los nuevos bienes jurídicos y agravar los ya existentes, mediante la creación de diversos instrumentos jurídicos.

Mientras que la diferencia entre los modelos jurídicos internos de los distintos Estados tiende a ser cada vez menores, ya que, muchas veces se utilizan legislaciones de otros países que poco o nada concuerdan con la realidad del Estado que buscar tutelar bienes jurídicos mediante la creación de leyes, normas y reglamentos o, por otro lado, verdaderamente existen una finalidad común a escala regional o mundial para contrarrestar los diversos problemas que afrontan los países.

a. Alemania: Sobre este punto, el ordenamiento penal ambiental alemán, ubicado en el contexto de un sistema sancionador con vocación de uniformidad y de relativa concentración, ha sido calificado, aun teniendo en cuenta sus limitaciones e insuficiencias, y no obstante su excesivo casuismo y complejidad, como el mejor en el ámbito comparado, o al menos el que probablemente atienda a un planteamiento más moderno.

b. Colombia: La Carta Magna de Colombia, es decir, la Constitución colombiana del año mil novecientos noventa y uno encuadra, bajo la rúbrica *De los derechos colectivos y del ambiente*, el siguiente articulado: Art. 79. “Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarla.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

Artículo 332. Contaminación ambiental. [Modificado por el artículo 34 de la ley 1453 de 2011] *“El que con incumplimiento de la normatividad existente, provoque, contamine o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, ruidos, depósitos o disposiciones al aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas o demás recursos naturales, en tal forma que ponga en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de cincuenta y cinco (55) a ciento doce (112) meses y multa de ciento cuarenta (140) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

Continúa el artículo 332 de la Constitución colombiana, *“La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

- 1. Cuando la conducta se realice con fines terroristas sin que la multa supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*
- 2. Cuando la emisión o el vertimiento supere el doble de lo permitido por la normatividad existente o haya infringido más de dos parámetros.*
- 3. Cuando la contaminación, descarga, disposición o vertimiento se realice en zona protegida o de importancia ecológica.*
- 4. Cuando la industria o actividad realice clandestina o engañosamente los vertimientos o emisiones.*
- 5. Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.*

6. *Que se haya ocultado o aportado información engañosa o falsaria sobre los aspectos ambientales de la misma”.*

c. España: En esta materia, El Código Penal de España bajo la rúbrica *De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, específicamente en el Artículo 325 regula especialmente: 1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

2. Si las anteriores conductas, por sí mismas o juntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años. Si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

d. México: Sobre la base de los parámetros que en orden a la protección del entorno natural marca la constitución mexicana de 1981, debe tenerse presente la Ley de protección al medio ambiente, también de 1981.

Se dispone en dicha Ley que: *“el que intencionada o imprudentemente expela o descargue contaminantes peligrosos que deterioren la atmósfera o que provoquen o puedan provocar daños graves a la salud pública, la flora y la fauna; descargue, sin su previo tratamiento, en el medio marino, ríos cuencas, vasos o demás depósitos de aguas incluyendo los sistemas de abastecimiento de agua o infiltre en suelos o subsuelos, aguas residuales, desechos o contaminantes que causen o puedan causar daños graves a la salud pública, la flora, la fauna o los ecosistemas y genere emisiones de energía térmica, ruido o vibraciones que ocasionen graves daños a la salud pública, la flora, la fauna o los ecosistemas”*. La pena determinada es de seis a tres años de prisión.

Por su parte, el Código Penal del Estado de Veracruz, de 1980, bajo su epígrafe *Delitos de peligro contra la seguridad colectiva*, en el Título VIII, castiga, su Art. 211: *“Al que por cualquier medio provoque la contaminación, degradación, esterilización o envenenamiento de las tierras y aguas de jurisdicción local, o produzca un daño en la atmosfera o difunda enfermedad de las plantas o de los animales con peligro de la salud pública o de la riqueza ecológica del Estado”*.

Además, en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, se tipifican a partir del Título Cuatro: *Protección al Ambiente* las conductas que atenten contra el equilibrio de los componentes que conforman el medio ambiente.

CAPITULO IV

ANALISIS DEL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

En este capítulo se realiza un análisis del delito de contaminación, abordando diferentes tópicos, desde la técnica legislativa hasta las pruebas pertinentes para la comprobación del delito de contaminación ambiental. Pero, realizar un análisis de este delito de tan envergadura, resulta sumamente difícil de culminar, se requeriría realizarlo no solamente en un capítulo, sino en manuales completos, debido a la cantidad de problemas que provienen de este, sin embargo, se destacan aquellos elementos del delito de contaminación ambiental que conducen a concluir cuál es el grado de agresividad que el delito de contaminación ambiental exige a partir del Art. 255 del Código Penal salvadoreño.

Cuando se trata del grado de agresividad, se debe entender como una cuestión terminológica que surge a raíz de la técnica legislativa de los delitos de peligro, en ella está la agresividad de delito de peligro concreto – tal como se desarrolla actualmente- o la agresividad de peligro abstracto o hipotético. Ab initio se encuentra el bosquejo general del delito de contaminación ambiental: la determinación del bien jurídico y la técnica legislativa en el delito de contaminación ambiental, en esta última se estudian las diferentes teorías respecto a la retroactividad e irretroactividad de las leyes penales en blanco.

Posteriormente, mediante el análisis dogmático de este, se estudian los sujetos de la conducta, las modalidades adverbiales y contaminantes, los objetos materiales, el tipo del injusto doloso, la prueba en el delito de

contaminación ambiental, apuntando que la prueba del daño o puesta en peligro del bien jurídico protegido se convierte en un problema con marcadas singularidades, en virtud que, resulta sumamente complejo establecer la relación de causa y efecto entre la actividad expandida y el daño acaecido por la acción u omisión.

Ese, por tanto, es el gran inconveniente que experimenta la responsabilidad penal de los delitos contra el medio ambiente, debido que no se puede imputar objetivamente la conducta prohibida por la norma penal, siendo la mayor problemática al respecto.

4.1 Determinación del Bien Jurídico protegido en el delito de contaminación ambiental

Pocas categorías hay en Derecho Penal más difíciles de aprehender que el bien jurídico al que la norma otorga, en cada caso en concreto, protección.

La categorización de un determinado bien jurídico como protegido por el sistema normativo, no responde exclusivamente a la voluntad de los legisladores. Por el contrario, son construidos en función de los intereses sociales que representan presupuestos indispensables para la vida en común¹⁴⁰

El ordenamiento jurídico, en general, y el Derecho Penal, en particular tienden a proteger todos aquellos bienes que son importantes y necesarios para la vida del individuo y para el desarrollo armónico y el bienestar de la colectividad

¹⁴⁰ Raúl Peña Cabrera, *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de Parte General* (Lima: Grijley, 1994), 64. Disponible en <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/11/consideraciones.htm>.

poniendo en marcha los mecanismos de regulación y control social que necesita una sociedad industrializada. La doctrina proclama al medio ambiente como el bien jurídico principalmente protegido por el Art. 255 Código Penal.

Ahora bien, el conflicto surge ante la compleja tarea de definir el concepto de “medio ambiente”. Se trata de un término de difícil conceptualización lo que se convierte en un verdadero obstáculo para la elaboración de un tipo penal general que lo proteja.

Efectivamente, se torna sumamente dificultoso delimitar el bien jurídico protegido, esto es, los valores esenciales de una sociedad que son merecedores de la tutela penal.

Son múltiples las concepciones existentes en cuanto a la extensión y contenido del concepto de medio ambiente: amplia, restrictivas e intermedias, a saber: Perspectivas amplias y omnicomprensivas: El ambiente llega a identificarse con el entorno (inclusive el entorno cultural), esta concepción extensiva postula la integración dentro del ambiente de los elementos materiales e inmateriales: urbanísticos, estéticos, paisajísticos, histórico-patrimoniales y artísticos, sociales, culturales y políticos, educativos y lúdicos, así como las propias relaciones de interconexión entre los distintos componentes ambientales. Respecto a tal posicionamiento conceptual, es ambiente todo aquello que pueda influir, positiva o negativamente, en la vida del hombre o en la propia calidad de esta.

Para las posiciones más estrictas: El concepto de ambiente debe referirse tan sólo a los “elementos fundamentales para la vida: la atmósfera, el suelo, las aguas terrestres y marítimas”, excluyéndose del mismo la protección de la naturaleza (espacios naturales, flora, fauna).

En contra de esta postura se ha resaltado que un concepto antropocéntrico absoluto del ambiente no es el más adecuado, desde una perspectiva jurídico constitucional, puesto que el medio ambiente supone, además de un bien personal apreciable a favor del individuo singular, la conjunción de la naturaleza y cultura, de calidad de vida y de valores sociales, que no deben unilateralmente supeditarse a individualistas concepciones antropocéntricas sino a una postura diferente.

Posiciones intermedias: Postulan la integración del concepto de ambiente tanto a través de los elementos naturales, como con el resto de los recursos naturales (flora, fauna, gea).

Es de carácter ecléctico y es en la actualidad la que parece tener mayor arraigo entre la doctrina, que viene en suma a sostener que el medio ambiente constituye el conjunto de las bases naturales de la vida. Consideran incluidos en el concepto de medio ambiente la unión de los elementos naturales strictu sensu (agua, aire, suelo, fauna, flora) y la relación hombre-medio, es decir, busca ese equilibrio entre el hombre como tal y su relación con el medio ambiente.

Sin duda, la constitucionalización del ambiente se produce por el reconocimiento de este derecho como un derecho humano fundamental. En consecuencia, no existe argumento válido para desconocer que se trata de un bien jurídico de suma relevancia y que como tal es merecedor de tutela jurídica.

Silva Sánchez expresa que, dado el modelo económico y social, existen conductas tanto de puesta en peligro como lesivas que constituyen una “*práctica socialmente adecuada*”, que se mueven en un espacio del

denominado “*riesgo permitido*”; pero que, para que la agresividad supere y justifique la entrada en escena del Derecho Penal. Se propone la valoración del *status quo* anterior a la producción de la conducta lesiva a través de los criterios como la extensión en el espacio y en el tiempo, la intensidad de la afectación o la importancia de la especie¹⁴¹. Tal es la dificultad y la diversidad de opiniones doctrinales que suscita la definición y determinación de qué se entiende por medio ambiente que algún autor ha llegado a calificarlo de “agujero negro del Derecho”¹⁴².

El concepto de medio ambiente es, desde una óptica puramente filosófica o científico-natural extraordinariamente amplio. Y es que, en suma, todo lo que rodea, y por supuesto también los hombres, forman parte del entorno, del medio ambiente.

Desde tal posicionamiento ideológico, alcanza a ser el medio ambiente el conjunto de todas las cosas y sus relaciones, esto es, todo. Por tanto, la tendencia doctrinal busca una limitación del concepto de medio ambiente, que permita, a su vez, fijar dentro de contornos nítidos los objetos de protección a que deberán referirse los supuestos de hechos típicos individuales.

Peris Riera, ha afirmado que, “*al pretender conceptualizar el medio ambiente, lo primero que se puede creer es que cuanto más amplia sea la noción, mayor ámbito de protección existirá. Esta idea conduce a una definición amplia que abarca la totalidad de los problemas sobre ecología general y, especialmente la utilización de los recursos.*”

¹⁴¹ Jesús María Silva Sánchez y Raquel Montaner Fernández, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma Legal y Aplicación Judicial* (Barcelona: Atelier, 2012), 31-32 y 110.

¹⁴² Pedro Rodríguez López, *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho penal. La Administración Pública como garante*, (Barcelona: Bosch, 2007), 209.

Hay que considerar que una delimitación amplia del término medio ambiente difunde la esfera de protección es erróneo, porque, como se acepta ya en la doctrina, cuanto más restringido sea el concepto mayor será la eficacia de la protección”¹⁴³.

4.2 Técnica Legislativa en el Delito de Contaminación Ambiental. Tipificación

A través de la técnica de las normas denominadas leyes penales en blanco el legislador penal tipifica delitos cuyos supuestos de hecho se remiten (con remisiones de mayor o menor alcance) a otras instancias normativas, lo cual va a plantear en algunos supuestos importantes problemas de legitimidad constitucional.

Una ley penal en blanco, en consecuencia, viene a ser una ley-marco que se completa mediante otra norma posterior. En el Derecho penal español, una ley penal en blanco será un tipo penal que debe ser completado por medio de una remisión a otra norma de rango inferior.

De acuerdo con la exigencia de *Lex Praeviae*, para que un comportamiento sea considerado delito debe aparecer descrito en una ley dictada con anterioridad a la fecha de su comisión, lo mismo que su sanción, pues ello es una manifestación del principio de legalidad en la búsqueda de la “seguridad jurídica”. Sin embargo, el derecho penal se encuentra frente a un problema cuando se trata de las Leyes Penales en Blanco, pues, no se logra determinar con claridad si, en primer momento, existe irretroactividad de las leyes penales

¹⁴³ Jaime Miguel Peris Riera, *Delitos contra el Medio Ambiente*, 3º ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 1984), 26-27.

en blanco, o sí ésta depende de la clasificación de dicha remisión para que una ley penal en blanco tenga o no efecto retroactivo. En conclusión, es algo que legisladores y doctrinarios deben considerar a detalle debido que hay diversas posturas que respaldan tanto la retroactividad como la irretroactividad de las mismas.

4.2.1 Ley penal en blanco

Las leyes, especialmente aquellas que contienen tipos penales en blanco se caracterizan porque indican la sanción, pero éstas no describen completa ni detalladamente a su supuesto de hecho, las conductas prohibidas (u ordenadas, en los delitos de omisión),¹⁴⁴ remitiéndose para su complemento a otras leyes penales, a otra norma jurídica, a leyes de otros sectores del ordenamiento jurídico o a disposiciones de rango inferior a la ley (generalmente de carácter reglamentario),¹⁴⁵ la cual pasa a formar parte del tipo penal.¹⁴⁶

Cuando el complemento de la ley penal en blanco se halla contenido en la misma ley se estima que se está en presencia de un problema de defectuosa técnica legislativa, cuando el complemento se halla contenido en otra ley de la misma instancia legislativa (del mismo rango) algunos autores plantean que en estos casos no se está en presencia de leyes penales en blanco, mientras que otros señalan que en estos casos se denominan supuestos “impropios” de leyes penales en blanco.

¹⁴⁴ Enrique Cury Urzúa, *La ley penal en blanco* (Bogotá: ed. Temis S.A., 1988), 24 y Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal, parte general, t. I* 3ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998), 83.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ Dulce María Santana Vega, *El concepto de ley penal en blanco* (Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 2000), 27.

Por otra parte, cuando el complemento de la ley penal en blanco se halla atribuido a una autoridad distinta de la facultada para legislar, solo es ley o norma penal en blanco, para algunos doctrinarios, la consagrada en este supuesto.

Se considera que el peligro radica cuando la remisión se realiza a las normas reglamentarias, en el hecho de que los reglamentos se modifican sin mayores requisitos formales, cosa que no ocurre con la ley formal y de esta forma se puede poner en peligro el principio de seguridad y certeza jurídica que en materia de delitos y sanciones penales se consagran en beneficio de la colectividad.

Es propicio considerar que el establecimiento del "principio de la irretroactividad de la ley penal", busca impedir la arbitrariedad, el ciudadano no puede quedar a expensas de la voluntad ocasional del legislador y de la intervención abusiva del Estado, con legislación que busque resolver casos ad hoc especialmente escandalosos en un momento determinado, negando la posibilidad de crear delitos y/o penas ex post facto.

Por ello, es que en aras de dar "Seguridad Jurídica" a los habitantes, de que no verán afectadas sus libertades individuales en forma arbitraria por parte de los órganos del Estado, no se puede conceder efecto retroactivo a las leyes punitivas, pues de lo contrario "no podrían saber a qué atenerse" al momento de comportarse.

En ese aspecto, un hecho debe ser sancionado penalmente de acuerdo con la ley penal vigente al momento de su comisión. Esta es una garantía tanto para el ciudadano como es también, una prohibición para los jueces, quienes no pueden aplicar una ley penal a hechos acaecidos con anterioridad a su

entrada en vigor. Significa que el sujeto al conocer con anterioridad una conducta prohibida puede adecuar su actuación para no infringir un mandato previo.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, la Seguridad Jurídica que se pretende conceder a los ciudadanos con la exigencia de *lex praevia* no se verá afectada por el reconocimiento de la retroactividad de la ley penal más benigna, porque ella no atenta contra las libertades individuales de los ciudadanos que pretende proteger la seguridad jurídica.

Para el desarrollo de la retroactividad e irretroactividad de las leyes penales en blanco se realiza mediante teorías que autores han considerados apropiadas para abordar el tema.

Se toma en consideración en ese sentido las teorías de las normas complementarias de una ley penal en blanco, que son las que se integran al contenido de la ley penal y le son aplicables sus principios y limitaciones¹⁴⁷

4.2.1.1 Teorías Contrarias al Efecto Retroactivo

Teoría de la Diferenciación entre Ley y Norma: Esta teoría primero define y diferencia la ley de una norma para posteriormente partir de la idea que el efecto retroactivo se da en las leyes, pues debido a ello se denominan “*leyes penales en blanco*” y, por tanto, en las normas complementarias no cabe reconocerles efecto retroactivo más favorable, pues estas no son leyes sino normas jurídicas, en consecuencia, no se les concede este beneficio de aplicación retroactiva.

¹⁴⁷ Bustos, *Manual*, 85. (Véase cap. I, pág. 17)

Teoría de la Desobediencia: esta hace referencia a que la esencia del injusto penal radica en la desobediencia a la norma de determinación, que obliga a cumplir las leyes y reglamentos con independencia de su contenido, es decir, la norma se cumple independientemente del contenido de la misma y que la realización contraria, la desobediencia a la norma es lo que se castiga con el injusto penal. Resulta que la modificación del contenido de la norma penal no afecta la norma de obedecer que sigue inalterable. Quiere decir que, atribuirle efecto retroactivo a la ley penal en blanco significa incumplir el objeto del injusto penal.

4.2.1.2 Teorías que Reconocen Efecto Retroactivo a la Modificación de la Norma Complementaria

Existen teorías materiales que reconocen efecto retroactivo a la normativa complementaria de las leyes penales en blanco, generalmente se dice que una norma tendrá efecto retroactivo siempre que dicho efecto suponga ser más favorable para el imputado, pero para llegar a dicha conclusión se plantean doctrinariamente cuatro teorías para atribuirle efecto retroactivo a la norma complementaria: la teoría unitaria, teoría de las modificaciones debido a cambios fácticos, la de afección al núcleo del injusto y la de los especiales fines del derecho pena.

Teoría Unitaria: Si la norma contiene definiciones de delitos y sus consecuencias penales es ley penal, así como toda aquella norma que se incorpore al tipo penal para completar su sentido, si constituyen presupuestos de la imposición de la sanción penal. Para esta teoría, entonces, al modificarse la norma complementaria se puede modificar, también, el ámbito del injusto; y, de ser así, quedar sometida dicha modificación a las normas de retroactividad más favorable.

Teorías de las Modificaciones debido a Cambios Fácticos: no se le concede efecto retroactivo a la modificación de una norma complementaria cuando tal modificación se refiera a un cambio circunstancial; pero, si tendrá aplicación retroactiva, en caso de que la norma signifique un cambio en la valoración jurídica¹⁴⁸.

Teoría de la Afeción al Núcleo del Injusto: Según lo preceptuado en esta teoría se debe distinguirse en primer momento si la norma de complemento afecta al núcleo del injusto, es decir, si dicha modificación afecta su fin de protección o la forma de ataque indicada en el tipo, de aquella que sólo afecta al objeto material y otros aspectos fácticos.

En segundo lugar, se le reconoce efecto o aplicación retroactiva a la modificación de la norma complementaria cuando ésta afecta el núcleo del injusto penal y no así cuando solo interfiere al objeto material.

Teoría de los Especiales Fines del Derecho Penal: según esta teoría, se requiere que la ratio legis de la modificación responda a una modificación de la valoración jurídica del hecho y no a un mero cambio fáctico de las circunstancias, porque en este último caso el comportamiento realizado en un momento anterior sigue desvalorado y es sujeto a sanción penal¹⁴⁹.

Así, aquella modificación legal sólo puede entenderse como más beneficiosa para el imputado cuando hace desaparecer la necesidad preventivo general y especial de la pena para el hecho que cometió antes de la modificación.

¹⁴⁸ Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal. Parte general*, 7ª ed. (Santiago: Universidad Católica de Chile, 2005), 233. Santana Vega, *El concepto*, 90.

¹⁴⁹ Jesús María Silva Sánchez, "Legislación penal socio económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco", *Hacia un derecho penal económico europeo, jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Revista UAM, n.14 (1995): 715.

Cuando dicha necesidad preventiva no desaparece aun cuando la modificación de la norma de complemento sea más favorable no debe darse efecto retroactivo, pues sigue habiendo necesidad preventivo general y especial de pena para dicha conducta que aún es lesiva a un bien jurídico protegido penalmente con el mismo tipo penal.

A modo de conclusión, se puede llegar a plantearse que para que una modificación a una norma reglamentaria se le pueda aplicar efecto retroactivo como ley más benigna o favorable, es necesario que altere significativamente una institución penalmente protegida dejándola sin efecto ni protección jurídico-penal¹⁵⁰, o, al menos, que signifique una disminución efectiva, obligatoria, y no meramente facultativa o de cambio circunstancial, del marco penal.

No obstante, la aplicación del principio de la ley penal más benigna en leyes penales en blanco sólo puede evitarse cuando la nueva norma que llena de contenido al tipo penal en blanco es temporal o de emergencia, o expresamente prevé que la antigua subsistirá para los hechos acaecidos durante su vigencia.

Por supuesto no cualquier modificación a la norma complementaria significaría una modificación de la valoración jurídica de la conducta, sino sólo aquellas que verdaderamente afecten dicha valoración jurídica.

Por ejemplo, el límite en la contaminación del agua no modifica en nada la ilicitud del respectivo delito ya cometido, por lo que no podría exigirse su

¹⁵⁰ Javier Augusto De Luca, *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*, 2º ed. (Buenos Aires: ed. Ad-Hoc, 1997), 17.

aplicación retroactiva en cambio, si se establece que tal residuo vertido ya no es contaminante, esa exclusión significa una alteración en la valoración jurídica que debe producir efectos retroactivos por dos razones, la primera por ser una modificación más benigna de la norma complementaria y segundo porque se genera un cambio de la valoración jurídica en el tipo penal.

4.2.2 El Delito de Contaminación Ambiental como un delito de peligro

En el Derecho penal clásico, caracterizado por la defensa de bienes individuales, el modelo de tipo delictivo era el delito de lesión. Sin embargo, hoy día, como ya se señaló, se ha producido la inclusión en los ordenamientos penales de “delitos de carácter colectivo” para cuya regulación se ha optado por su tipificación como delitos de peligro.

La calidad de tipo de peligro del delito de contaminación ambiental suscita la cuestión de la calificación que merezcan aquellos supuestos de contaminación ambiental en los que, junto a la peligrosidad típicamente requerida para la conducta punible, tengan lugar diversos resultados lesivos para las personas o las cosas, susceptibles igualmente de tipificación penal a través de otras figuras delictivas.

La creciente aparición de nuevos tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos trae aparejada la construcción de los delitos de peligro, conceptuados éstos, como la anticipación a la intervención penal.

Esta técnica es considerada por numerosos autores como un elemento legitimador de los bienes jurídicos colectivos, porque sostiene que sólo a través de la estructuración de los delitos de peligro se puede hacer frente a la

contaminación proveniente de las nuevas formas de desarrollo postindustrial¹⁵¹.

4.3 Análisis dogmático del tipo penal de contaminación ambiental

La instrumentación de una adecuada protección penal del ambiente, ampliamente reclamada desde sectores muy diversos, no deja de suscitar importantes controversias en el plano dogmático.

Construidas sobre el modelo de los delitos de lesión contra bienes jurídicos de carácter individual, la aplicación de las herramientas dogmáticas tradicionales a los tipos penales que tutelan los nuevos bienes jurídicos colectivos –tipos de peligro, más que de lesión, que operan en áreas intensamente reguladas por el derecho administrativo y en las que intervienen en ocasiones las empresas y personas jurídicas- se enfrenta frecuentemente a dificultades.

Aún en su función de vías de realización efectiva de los principios fundamentales del Derecho Penal Liberal, la insistencia doctrinal en su estricto respeto llega a ser tenida hasta por contraproducente desde el prisma preventivo, al dificultar la persecución penal de hechos potencialmente delictivos y merecedores de sanción.

Las cuestiones dogmáticas dentro del tipo que se deben tomar en cuenta deben de ser como primer punto el bien jurídico penal que se tutela en el delito de contaminación ambiental como lo es Medio Ambiente. El legislador dentro de la tipificación del delito de contaminación ambiental hace mención genérica

¹⁵¹ Lorena Beatriz Balbuena Soto, “Alcance de la protección de los sistemas naturales y las bases naturales de la vida humana. Análisis de la legislación Penal Española y Paraguaya” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2012), 300.

sobre peligro dejando una discusión de carácter analítica sobre a qué tipo de peligro se refiere pudiendo ser este un delito de peligro concreto, abstracto o hipotético, y cuestión dogmática más se tiene la aplicación de las leyes penales en blanco como técnica legislativa que se emplea para complementa la tutela y protección del bien jurídico Medio Ambiente.

4.3.1 Tipo Objetivo. Planteamiento General sobre el contenido

Se presenta a continuación los elementos puros de tipicidad de los que se vale la ley para describir las conductas, en ese sentido para que la conducta se tipifique se requiere que la acción sea cometida en primer lugar, con incumplimiento de la normatividad existente, es decir, que se transgreda la legislación referida a la materia.

Asimismo y como segundo elemento se considera al delito como una acción determinada y expresada gramaticalmente por un verbo en cualquiera de sus formas, es decir, en el tipo objetivo de contaminación ambiental es el verbo rector: la contaminación, en cualquiera de sus modalidades adverbiales, a saber, la producción de emisiones, radiaciones o vertidos de cualquier naturaleza en los medios naturales del suelo, atmósfera, aguas terrestres superficiales, subterráneas o marítimas; además el tercer elemento va referido a la peligrosidad de aquellos actos para el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente y, asimismo, al hecho de poner en peligro grave la salud o la calidad de vida de las personas.”

Todas aquellas acciones que dañan los distintos bienes jurídicos adquieren un sistema de incriminación en el que se puntualiza la tipificación de la acción contaminante con prioridad a los intereses protegidos, esto significa, que según el elemento ambiental que se vea afectado al realizar la acción típica.

No se debe entender que cualquier sustancia que se emita, radie o vierta, ya sea en el suelo, atmósfera, aguas terrestres superficiales, subterráneas o marítimas, puede llegar a poner en peligro la salud o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente, sino que dichas emisiones, radiaciones o vertidos deben sobrepasar los límites permitidos en las respectivas leyes o reglamentos de carácter administrativo, de ahí se deriva el principio penal de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de necesidad, en virtud que el derecho penal va a intervenir única y exclusivamente en aquellos donde se halla sobrepasado el límite de contaminación permitido en el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, es de aclarar que el análisis de todos los elementos objetivos en comento debe ser de manera integrada a fin de no tipificar como delito cualquier emisión, radiación o vertido de sustancias en los medios naturales antes señalados.

4.3.2 Los sujetos de la conducta

Se debe señalar que el precepto establece dos tipos de sujetos, un sujeto activo y un sujeto pasivo de la conducta, que ambos se encuentran en una relación recíproca generadora de un conjunto de expectativas, también recíprocas, en la que cada uno espera no sólo determinados comportamientos, sino también la existencia de ciertas expectativas.

Así, el sujeto activo del tipo penal, quien realiza la conducta descrita en la norma penal, puede esperar un reproche penal derivado de dicha conducta, mientras que, el sujeto pasivo confía en que dicho reproche haga desistir de conductas transgresoras del bien jurídico protegido en el tipo penal, de ahí

que, ambas categorías se hallan profundamente unidas, hasta tal punto que se condicionan la una a la otra de forma decisiva¹⁵².

4.3.2.1 Sujeto Activo

El tipo básico, a diferencia de los agravados, no plantea especiales problemas en relación con los sujetos. Sujeto activo puede serlo cualquiera (“el que”), en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente el sujeto es indeterminado, por lo tanto, no se exigen calidades especiales de la persona para ejecutar la conducta descrita en el tipo.

Desde esa perspectiva, cualquier persona puede incurrir en el delito. Quiere decir, que el sujeto activo es, de forma general, quien realiza la conducta típica, la conducta prohibida, la conducta descrita en la ley. Siguiendo a Mir Puig, manifiesta que, como regla general se debe sostener que cualquier ser humano puede llevar a cabo una conducta típicamente relevante¹⁵³.

El sujeto activo es un componente de vital importancia para el tipo objetivo, ya que la conducta tiene que producir efectos en el mundo exterior, y para esto es necesaria una persona que realice el comportamiento prohibido por la ley. Para el profesor Fernando Velásquez el sujeto activo es “la persona que lleva a cabo la conducta tipificada por la ley”.¹⁵⁴ De manera que no podrán ser autores de la correspondiente figura de delito quienes no reúnan las condiciones expresadas para el sujeto activo en la fórmula legal¹⁵⁵, que hasta

¹⁵² Enrique Orts Berenger y José Luis González Cussac, *Compendio de derecho penal. Parte General*, 3ª edición, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 265 y ss.

¹⁵³ Mir, *Derecho Penal*, 206, (véase cap. I, pág. 23).

¹⁵⁴ Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2 ed. (Bogotá: Temis, 2002), 259.

¹⁵⁵ Tomas Vives Antón y Manuel Cobo del Rosal, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 355 ss.

hace unos pocos años se encontraban reunidas exclusivamente en las personas físicas¹⁵⁶, cualquier persona física, pues la descripción típica no requería que el autor tuviera que poseer una cualificación específica, eran tiempos en que el Derecho penal español se regía por el principio “*societas delinquere non potest*”, que mandata: no pueden ser sujeto activo las cosas inanimadas ni los animales sólo las personas físicas¹⁵⁷, y que convertía al sujeto activo en una categoría reducida en comparación con conceptos como el sujeto pasivo o el perjudicado, que consideran como tales a todos quienes soportan consecuencias jurídicas perjudiciales.

4.3.2.2 Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo del delito ocupa el otro extremo de la relación delictiva, su existencia requiere que una persona, física o jurídica, o un ente institucional o colectivo, incluida la propia sociedad como tal sea legalmente reconocida como portador de un bien o interés jurídicamente protegido.

Es decir, el sujeto pasivo es el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia de la infracción¹⁵⁸, que no debe confundirse con el perjudicado, con quien puede coincidir en la misma persona, aunque esta circunstancia no siempre sucede¹⁵⁹.

Desde el momento en que el bien jurídico en cuestión no pertenece exclusivamente a una persona determinada, es la colectividad la que se ve

¹⁵⁶ Específicamente se introdujo el Art. 31 regulando la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las penas que le son aplicables.

¹⁵⁷ Bustos, *Manual*, 271, (véase cap- I, pág. 17).

¹⁵⁸ Cobo y Vives, *Derecho Penal. Parte General*, 331; Jesús Jordano Fraga, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado* (Barcelona: J. M. Bosch, 1995), 80.

¹⁵⁹ Francisco Muñoz Conde et al, *Manual de Derecho penal medioambiental*, 2º ed. (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2013), 137.

perjudicada por su degradación -el sujeto pasivo en este delito tiene una especial configuración- es decir, el sujeto pasivo es de carácter colectivo, la propia sociedad, debido a la naturaleza del bien jurídico protegido¹⁶⁰, es la que se ve afectada por la realización de la conducta típica que el legislador a descrito en la norma penal; es necesario conocer que cuando se trata del sujeto pasivo en el delito de contaminación ambiental se puede referir tanto a individuos contemporáneos a la infracción o de individuos de generaciones futuras.

En este orden se debe señalar que las personas tienen derecho a que la porción de medio ambiente en el que viven esté protegida, de tal forma que cuando sufre un perjuicio o lesión se deberá subsumir dentro del art. 255, pues este perjuicio se deberá considerar representativa de la idoneidad de la conducta para afectar a la colectividad.

Esto quiere decir que quien cometa un delito contra el medio ambiente no lesiona sólo los intereses de la generalidad, del conglomerado social, sino también al concreto sujeto como representante de esta colectividad.

4.3.3 El núcleo de la conducta típica

El núcleo de la conducta típica regulada en el Art. doscientos cincuenta y cinco del Código Penal salvadoreño consistente en “*contaminar*” que está configurado a través de la formula verbal “provocar o realizar”, sea directa o indirectamente por medio de cualquier modalidad contaminante contenidas en el precepto, que además contraríen las leyes. De conformidad con la

¹⁶⁰ Manuel Cobo Del Rosal et al., *Derecho Penal. Parte Especial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1990), 383.

estructura jerárquica nacional, estas leyes y reglamentos abarcan las normas técnicas de calidad ambiental.

En los preceptos antes mencionados se establecen parámetros, umbrales, acciones u omisiones, cuya superación “per se”, representa, en una buena cantidad de casos, la puesta en peligro grave, de cualquier Bien jurídico expuesto.

4.3.4 Los verbos típicos

El Art. 255 Código Penal incluye un amplio elenco de conductas típicas en aras de proteger y tipificar el delito de contaminación ambiental. La descripción de la conducta típica se refleja a partir del núcleo esencial de la acción constitutiva del tipo del art. 255 Código Penal, el cual está configurado a través de la fórmula verbal “provocar o realizar”, en tal sentido han existido diversos autores que definen tales conceptos.

En ese sentido, la *Audiencia Provincial de Córdoba*, España, ha estimado que: “*el término provocar debe entenderse como sinónimo de los verbos facilitar, ayudar o promover; mientras que por el término de realizar debe comprenderse como el efectuar, originar, es decir, hacer real y efectivamente una cosa, pudiendo ser sujeto activo el que realiza las acciones indicadas en el tipo penal como el que incita o induce (ordena, manda o indica), e incluso, el que ponga los medios para que tal emisión se produzca por sí sola, sin intervención inmediata del actuante o de otro ser humano al momento mismo de realizarse*”¹⁶¹.

¹⁶¹ Carlos de Miguel Perales, *Derecho Español del Medio Ambiente*, 2ºed. (Madrid: Civitas-Thomson Company, 2002), 292. Sobre este punto, véase la sentencia de la Audiencia

En opinión de Boix Reig y Jareño Leal cabe interpretar el término «provocar» como intervención mediata en dicha ejecución, es decir, realización de actividades previas, en ocasiones necesarias a la ejecución inmediata¹⁶². Por su parte, Lesmes Serrano lo concibe como sinónimo de originar, facilitar o promover. En consecuencia, mientras que «provocar» sería la acción mediata, el verbo «realizar» vendría referido a las acciones inmediatas o directas de verter¹⁶³.

La alternativa de provocar y realizar no deja de ser confusa, por cuanto realizar hace referencia a la ejecución inmediata de la conducta y el término provocar como intervención mediata en dicha ejecución, se trata de actividades previas, en ocasiones necesarias, a la ejecución inmediata.

En relación con el verbo provocar la interpretación del verbo realizar es menos problemática. De su acepción gramatical, que lo define como la acción de “efectuar, hacer real o efectivo, llevar a cabo algo o ejecutar una acción”, así se infiere, pues sugiere una inmediatez entre el comportamiento o actividad a analizar y el agente perjudicial.

4.3.5 Modalidades Adverbiales

La “realización” puede producirse *directa o indirectamente*, lo que no puede utilizarse, a su vez, como criterio unívoco de diferenciación de aquella con la

Provincial de Córdoba, emitida el 18 de enero de 1995, citada por Mejía, *Responsabilidad por daños*, 237-238.

¹⁶² Javier Boix Reig et al, *Comentarios al Código penal de 1995 II* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 153 ss.

¹⁶³ Carlos Lesmes Serrano, *Las Infracciones administrativas y la potestad sancionadora. Derecho penal Administrativo. Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente* (Granada: Comares, 1997), 292 ss.

provocación. Afecta al cómo tiene lugar la ejecución inmediata de la emisión o vertido desde un punto de vista estrictamente material. Dos son las cuestiones doctrinales suscitadas sobre estas formas adverbiales: de una parte, la referida a la determinación de su contenido; de otra, la aplicación a los actos de provocación, como a los de realización.

Desde la perspectiva de los modos adverbiales la distinción entre vertidos o emisiones directas e indirectas toma como referencia el que la conducta típica incida de modo directo en aguas, suelos o atmosfera, o, en los indirectos, que tal incidencia se produzca con mediación de tiempo, espacio o reacción física o química.

4.3.5.1 Directamente

En relación con la primera de las cuestiones planteadas. De acuerdo con la Real Academia Española, se debe entender por directo: “que va de un parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios, “que se encamina derechamente a una mira u objeto”¹⁶⁴, esta es la interpretación que algún sector doctrinal ha acogido en relación con las modalidades adverbiales desde el punto de vista estrictamente material.

No parece recomendable conjugar el verbo provocar con la segunda de las modalidades adverbiales (indirectamente) contenidas en el precepto. Esto se debe a que mientras la aplicación en el verbo realizar, por ejemplo, se refiere al modo en que, desde un punto de vista estrictamente material, tiene lugar la realización o ejecución de la conducta contaminante, estableciendo, de esta manera, una relación de causalidad entre acción y resultado que se ha de

¹⁶⁴ *Diccionario de la Real Academia Española*, (Madrid: 2001), 830.

imputar al autor de la acción productora de dicho resultado; la delimitación de una conducta como la de provocar indirectamente, desde una perspectiva material, parece irrealizable dada la amplitud y vaguedad que cobraría una descripción típica de estas características.

Así, por ejemplo, en un vertido provocado de forma indirecta sería muy difícil limitar los márgenes de autoría y participación dada la amplitud de la fórmula verbal y adverbial.

4.3.5.2 Indirectamente

Por otra parte, se castigan tanto los casos en que el vertido se realiza de forma «directa», como aquellos otros en los que no exista un vertido directo al mar o corriente de agua, pero sí constituya una provocación o realización «indirecta» de vertidos. Indirectamente proviene del adverbio indirecto, en cambio, según su acepción, se debe entender que no se dirige rectamente a un fin, aunque se encamine a él¹⁶⁵.

En el caso de vertidos de aguas residuales muchas veces se realizan directamente al mar, exista o no emisario submarino, si bien tendrán la consideración de vertidos indirectos las filtraciones que se produzcan, por ejemplo, a través de pozos negros o fosas sépticas.

La acción directa de descargas, depósito o filtración recaería de forma inmediata sobre las “aguas marinas, ríos, cuencas y demás depósitos o corrientes de agua”, que constituyen el sustrato material de la tutela de calidad de agua, a partir del bien jurídico medio ambiente; en cambio, la conducta sería

¹⁶⁵ *Ibíd.*, 1268.

indirecta cuando no se realice inmediatamente sobre el objeto material del delito sino espacialmente cerca. Por ejemplo, en el delito de contaminación ambiental, art. 255 CP, en cuanto a la contaminación del agua, el cual el sustrato material del bien jurídico lo constituyen las aguas marinas, ríos, cuencas y demás depósitos o corrientes de agua; la acción indirecta se produciría por la descarga, depósito o infiltración sobre los elementos naturales (cauces, escorrentías) cercanos que más tarde o más temprano desembocarán sobre el sustrato material del bien jurídico contenido en la contaminación de agua.

4.3.6 Modalidades Contaminantes

Dentro de las formas contaminantes que se regulan en lo tipo penal descrito en el artículo 255 de código penal se encuentran las emisiones, radiaciones y vertidos, al respecto, se debe hacer mención que los verbos rectores del tipo son emitir, radiar y verte, que son todas aquellas sustancias independientemente su naturaleza. En ese sentido, se debe tener claro, que el legislador establece que se produzca: “.....*emisiones, radiaciones o vertidos de cualquier naturaleza...*”¹⁶⁶ y, asimismo hace mención, “...*que pusiere en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente...*”¹⁶⁷. Bajo un análisis armonioso e integral de la legislación salvadoreña, se debe entender que cuando el legislador reguló penalmente los conceptos emisiones, radiaciones o vertidos, en ningún momento fue redundante; más bien no quiso dejar ningún tipo de duda, o dejar suelta cualquier tipo de externalidad potencialmente contaminante para los cuerpos receptores.

¹⁶⁶ Código Penal (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997).

¹⁶⁷ *Ibíd.*

Sobre lo antes dicho, no se debe de llegar a la conclusión que cualquier sustancia que se llegase a emitir, radiar o verter, ya sea en el suelo, atmosfera, agua terrestres superficiales, subterráneas o marítimas, ponen en peligro grave la salud o la calidad de vida de las personas o el mismo equilibrio de los ecosistemas o del medio ambiente como tal; sino que dichas emisiones, radiaciones o vertidos deben llegar y superar drásticamente los límites permitidos en las respectivos leyes o reglamentos de carácter administrativo entendiéndose esta leyes penales en blanco.

4.3.6.1 Emisiones

Las emisiones son todos los fluidos gaseosos, puros o con sustancias en suspensión; así como toda forma de energía radioactiva, electromagnética o sonora, que emanen como residuos o productos de la actividad humana o natural.

Consiste en el lanzamiento de factores o materiales con relevancia ambiental o por la expulsión de materiales al aire, al agua o al suelo. El concepto emisión, no debe entenderse solo en su acepción gaseosa; sino que, en la forma más amplia, positiva y armónica con el resto de la legislación, ya sea de origen nacional o internacional, cuando relaciona el concepto de emisión, como en las siguientes normas: 1. Las categorizaciones del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, hablan de emisión de partículas (las cuales son sólidas). 2. El Art. 46 de la LMA, hace mención de inventario de emisiones y cuerpos receptores, estableciendo que los cuerpos receptores pueden ser aire, agua, suelo, biota y otros; es decir, que entonces la emisión puede ser sólida, líquida o gaseosa. 3. El Reglamento General de la Ley del Medio Ambiente, en los artículos. 65, 66, 112 literal “f”, aborda el término “emisión” como material gaseoso y líquido.

4.3.6.2 Radiaciones

La radiación es la emisión, propagación y transferencia de energía en cualquier medio en forma de ondas electromagnéticas o partículas. Las distintas acepciones de radiación se caracterizan por tener en común el objeto que se irradia, que no es otro que ondas o partículas. A diferencia de lo que sucede con las emisiones típicas en las que se emiten gases, en la radiación se emite y propaga energía bajo forma de ondas o partículas no sonoras.

Las sonoras quedan abarcadas dentro del supuesto típico de ruidos. De hecho, su acepción gramatical hace referencia a la acción y efecto de radiar, que a su vez debe entenderse como producir la radiación de ondas sonoras, electromagnéticas, o de partículas.

Las ondas o radiaciones electromagnéticas se clasifican de la siguiente manera: Radiación no ionizante: No tienen la suficiente energía como para romper los enlaces que unen los átomos del medio que irradian (ondas de radio y TV, microondas, luz visible, etc.) y; Radiación ionizante: tiene suficiente energía como para producir ionizaciones de los átomos del medio o materia que es irradiado. Van desde los rayos X hasta la radiación cósmica¹⁶⁸.

4.3.6.3 Vertidos

Para el Diccionario de la Real Academia Española “vertido” es también el “conjunto de sustancias de desecho procedentes de cualquier proceso industrial. Sinónimo de “verter” es “derramar”, y “derrame”, entre otras

¹⁶⁸ Foro Nuclear ¿Qué sabes de la radiación?, <http://www.foronuclear.org/es/el-experto-te-cuenta/119909-que-sabes-de-la-radiacion>, consultada el 1º de mayo de 2017.

acepciones, es “aquello que se sale y pierde de los líquidos por defecto o rotura de los vasos que los contienen”.¹⁶⁹

Vertido o vertidos de residuos es la salida de residuos líquidos fuera del vaso, contenedor o tubería habilitado para contenerlos o transportarlos; como por ejemplo el vertido de aguas residuales en un cauce o más de agua, a las que contamina más o menos gravemente según su grado de toxicidad (vertido de residuos tóxicos). También se utiliza el término para los vertidos que se realizan sobre el terreno. Para los gases se emplea preferentemente el término “emisión” (aunque también puede hablarse de “vertidos de gases a la atmosfera”); mientras que para los residuos sólidos es habitual emplear el término “vertidos”, particularmente cuando el destino es un “vertedero”.

Sin embargo, la doctrina penal los define como arrojar, derramar o echar algún tipo de sustancia (sólida, líquida o gaseosa) y no requiere que sea en sí misma tóxica, lo importante será que cumpla la exigencia de peligrosidad potencial que exige el tipo.

Después de haber analizado este amplio y variado elenco de conductas o modalidades contaminantes resulta evidente que el legislador ha procurado una protección amplia y suficiente del medio ambiente, capaz de abordar las diferentes situaciones perjudiciales que se conocen en la actualidad.

La intención es loable, sin embargo, el problema es la técnica empleada para lograr este objetivo, que al ser una técnica excesivamente casuística y cerrada se incurre en una formal exclusión de cualquier otra forma de contaminación diversa de las específicamente contenidas en el tipo, pues resulta ser ineficaz

¹⁶⁹ Diccionario de la lengua española, (Madrid: Espasa, 2014).

la utilización de la técnica legislativa de delito de peligro concreto para abordar el delito de contaminación ambiental prescrito en el artículo 255 CP.

4.3.7 Relación de Causalidad

Una vez que se ha constatado la realización eventualmente peligrosa de cualquiera de las conductas contaminantes descritas en el tipo penal, surge la cuestión de la puesta en relación de ese resultado físico-natural con una conducta causal de un sujeto determinado.

En realidad, se trata ahora de determinar la fuente físico-natural del vertido, radiación o emisión. Sobre ella deberán proyectarse luego los fenómenos de imputación comisiva y omisiva; el juicio de peligro; y, en fin, la imputación objetiva. En este sentido, se constatará si la actividad determinada reviste la naturaleza de condición necesaria o componente necesario de vertido, emisión o radiación.

Es preciso destacar que los métodos utilizados hoy por el Derecho, basados en la teoría de la equivalencia de condiciones (o *conditio sine qua non*), - ampliamente utilizado en diversos ordenamientos como el alemán, austríaco, holandés y el Common Law - son insuficientes para solucionar los problemas relacionados con la elucidación del nexo de causalidad en los supuestos de daño medioambiental.

Por esta teoría, un hecho se considera como causa del daño sí se suprime mentalmente el hecho y se deja que permanezcan todas las otras condiciones, el daño no se hubiese producido. Es decir, el hecho sería causa necesaria sin la cual el daño no se produce. Según la doctrina tradicional, de la *conditio sine qua non*, llamada también supresión mental hipotética. Esta fórmula servirá

para establecer el nexo empírico de causalidad a partir de un orden lógico, que consiste en eliminar, mediante un proceso de abstracción, la acción del autor y observar si se mantiene del resultado. Un resultado es causado por una acción, cuando la acción no puede suprimirse mentalmente, sin que el resultado desaparezca.

En cuanto a *la causalidad fáctica*, por si sola, no se muestra suficiente para los supuestos de daños medioambientales y muchas veces demanda que se complemente o sustituya por otro criterio de causalidad jurídica (causation in law), es decir, una imputación objetiva.

Entre los criterios de imputación objetiva que suelen ser utilizados, se subraya la *causalidad próxima*, en el que se considera como causa del daño la condición temporal más próxima del hecho, es decir, la inmediatamente anterior al hecho dañoso, la inmediatamente anterior al resultado. Esta teoría, de hecho, apenas se separa la *conditio sine qua non*, que aplica lógica similar¹⁷⁰.

Un tercer criterio de imputación sería el de la *causalidad adecuada*, por el que una conducta sólo puede ser causa de un daño si es apta para generar el resultado o implementar significativamente el riesgo de causarlo.

Esta doctrina sostiene que a fin de que exista una relación de causalidad en el sentido del Derecho, se hace necesario que el hombre haya determinado el resultado con una acción proporcionadora, adecuada. La consecuencia fundamental de la teoría es que no se consideran causados por el agente los

¹⁷⁰ Por este criterio se aplicó responsabilidad en el famoso caso del vertido del Amoco Cádiz a la compañía demandada no incumplir las obligaciones de mantenimiento y reparación del sistema de dirección del barco.

efectos que en el momento de la acción se presentasen como improbables, es decir, los efectos extraordinarios o atípicos de la acción misma.

No toda condición que produzca un resultado puede ser considerada causa del mismo, sino solo aquella que conforme a la experiencia sea adecuada para producir un resultado típico. Para saber cuándo se está en presencia de una causa adecuada, se realiza un juicio de probabilidad por el juez, que debe situarse en el momento de la acción.

Este juicio se basa en dos tipos de conocimientos: el ontológico, que toma en consideración las condiciones conocidas y cognoscibles por un hombre prudente, así como los conocimientos específicos del autor; el nomológico que incorpora las leyes de la naturaleza conocidas al tiempo de la acción. Con base en este juicio se determina finalmente como causa aquella que aparece adecuada objetivamente previsible para producir el resultado.

De acuerdo con la jurisprudencia española la relación causal tiende a asumir que una vez probado que la actividad contaminante es capaz, idónea o apropiada para producir el daño, aunque concorra con otras actividades, se dice que la actividad del autor es causa del daño.¹⁷¹ Solo se necesita que exista la posibilidad del daño como efecto de la actividad contaminante según los conocimientos técnicos comúnmente aceptados¹⁷².

En relación con el nexo causal, en los en que existen varias fuentes de inmisión, equivalentes, y cualquiera de ellas es apta para producir el daño, se estima por la corresponsabilidad de los inminentes, aunque el agente sea

¹⁷¹ Sentencia Civil, Referencia RA 4237.27, (España, Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, 1982).

¹⁷² Sentencia Civil, Referencia RA 2553 (España, Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, 1979).

desconocido por imposibilidad de probarse que inmisión en concreto fue la causante del daño.

4.3.8 Pluralidad de conductas idóneas para configurar el tipo penal

En la doctrina española se discute la solución aplicable y aunque inicialmente se consideró la posibilidad de castigar como concurso real¹⁷³, con el tiempo ha ido ganando terreno la idea de castigar como un único delito. A pesar de que en la actualidad la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria se ha inclinado por la suficiencia de un único vertido, deposito, descarga, filtración, etc.

Varios vertidos procedentes de una misma actividad industrial pese a su pluralidad serán subsumibles o encuadrables en el mismo delito, porque a ello obliga la utilización en la correspondiente norma penal -por parte del legislador penal- de un concepto global que abarca de igual forma un solo hecho o una pluralidad de hechos típicos.

Dentro de esta modalidad es posible incluir varios de los supuestos típicos contenidos en el delito de contaminación ambiental, de entre ellos, la contaminación acústica, las emisiones y los vertidos.

Sin embargo, no se debe confundir estos supuestos, en los que se presenta una pluralidad de actos, con la problemática referida a los daños cumulativos, pues en los primeros se presenta cuando cada una de las acciones contaminantes son idóneas a integrar el tipo –por producir por sí mismas el grave peligro incriminado en cambio, al referirse a los daños cumulativos, el menoscabo del bien jurídico se produce más que por cada acto individual.

¹⁷³ Silva y Montaner, *Los Delitos*, 70-71, (véase capítulo IV, pág. 116)

4.3.8.1 Sinergia

Doctrinariamente se menciona que con frecuencia sucederá que la modificación contaminante en el medio natural no ha sido causada por una sola acción sino por varias acciones que conjuntamente han dado lugar a efectos de sumación o de sinergia, lo que no impedirá afirmar la relación de causalidad desde el momento en que cada una de esas acciones representa una condición de la aparición de ese resultado¹⁷⁴

La multiplicidad de fuentes emisoras y el daño se presenta como consecuencias de una serie de causas provenientes de diversas fuentes que en algunos casos son de posible determinación¹⁷⁵, pero que en otros resultan desconocidas y por ende de difícil determinación. El resultado dañoso con frecuencia es el resultado de diferentes focos de emisión, lo cual dificulta probar cual de todas las actividades es la que origina el daño.

4.3.8.2 Acumulación

Debido al carácter global del medio ambiente, así como también por la perspectiva colectiva o sistémica desde la que se enfoca el poder de destrucción de las conductas humanas, es donde mayores críticas suscita porque nos enfrenta a un nuevo actor protagonista: el actor colectivo, configurándose como tal la sociedad en su conjunto.

Ello conlleva la asunción de una responsabilidad colectiva, desde la cual la imputación de responsabilidad por los riesgos ambientales habrá de

¹⁷⁴ Alastuey, *Delito de Contaminación*, 118-119 (véase cap. I, pág. 1)

¹⁷⁵ Mejía, *Responsabilidad por daños*, 164-165. (véase cap. III, pág. 88).

reconducirse a acciones mínimas, dado que esos riesgos se originan a partir de una acumulación de actos individuales que, siendo sí inocuos, podrían llevar, si todos los hiciéramos a la destrucción del medio ambiente¹⁷⁶.

Cuando se abordan los delitos de acumulación que vulneran o afectan el bien jurídico medio ambiente, se plantea un problema, que constituyen según el autor Silva Sánchez, supuestos de imputación y no de causalidad¹⁷⁷ pues, en ellos debe resolver en el sentido de no incriminarlos cuando no tienen la suficiente aptitud lesiva para poner siquiera en peligro a los bienes jurídicos tutelados.

En aquellos casos de acumulación de conductas, que individualmente consideradas no se muestran idóneas para poner crear un grave perjuicio al medio ambiente, o no generan peligro, puede haber problemas a la hora de determinar la relación de causalidad entre una conducta y un determinado resultado.

Asimismo, la dificultad también se suscitan a la hora de establecer si una determinada afectación del medio ambiente es objetivamente imputable o no a un concreto resultado de emisión o vertido que se acumula u otros o genera ciertas sinergias en conjunción con ellos.

En conclusión, si la conducta individualmente considerada no tiene la peligrosidad suficiente para afectar o poner en peligro el bien jurídico tutelado o si alguna de las conductas penalmente relevantes del tipo, consideradas de forma aislada, no infringen la normativa administrativa, o si infringiéndola, no

¹⁷⁶ Rafael Alcácer Guirao, "La protección del futuro y los daños cumulativos", *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, n. 11 (2002), 9.

¹⁷⁷ Silva y Montaner, *Los Delitos*, 69 y ss. (véase capítulo IV, pág. 116)

alcanzan por si solas la dimensión mínima del riesgo conllevaría a una vulneración inadmisibles de los principios clásicos de imputación penal¹⁷⁸ así como el principio de lesividad que la legislación salvadoreña ha retomado.

4.3.9 Los objetos materiales de las conductas típicas

El tipo básico del Art. 255 del Código Penal exige un requisito de naturaleza objetiva, que por exigencias típicas descriptivas ha de consistir en la provocación o realización directa o indirectamente de las conductas descritas en él, sobre algunos de los elementos del medio físico: suelo, atmosfera, agua, etc., que son los elementos que integran el tipo penal de Contaminación Ambiental.

Estos elementos constituyen el objeto material de las conductas de referencia, las cuales consisten en la concreta realización de una emisión, radiación o vertido. Cuando se tiene el ámbito material del medio ambiente sobre el cual debe operar la tutela del derecho penal, se muestra la siguiente clasificación: en primer lugar, cuando la tutela del derecho penal actúa sobre el ámbito material del medio ambiente en su totalidad; en segundo lugar, el modelo diferenciado el cual se define su actuación sobre ciertos aspectos o rubros del medio ambiente.

Así, por ejemplo, referente a la segunda clasificación se tiene que la protección del derecho penal se centra a elementos en específico como el agua, aire, atmosfera, y también puede considerarse fauna y flora en general o en peligro de extinción. Los cuales se analizan a continuación:

¹⁷⁸ Jesús María Silva Sánchez, *Consideraciones teórico-generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente*, en: *La reforma de la justicia penal: Estudios homenaje al profesor Klaus Tiedemann* (Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 1997), 166.

4.3.9.1 Suelo

Antes de profundizar estrictamente en este elemento es importante hacer mención en lo descrito en la legislación salvadoreña, especialmente en materia de Derecho Civil, ya que regula sobre los elementos naturales, en ellos el suelo. Así, el artículo 569 del Código Civil regula lo siguiente "...La propiedad del suelo comprende la de las capas inferiores y la del espacio superior dentro de los planos verticales levantados en los linderos de la finca". No obstante, en el tipo penal 255 Código Penal no se distingue a qué capa del suelo se refiere, por lo que debe entenderse en su sentido completo, es decir, integrado por todos los horizontes y sustratos.

Desde esa perspectiva, se dice que el suelo es la capa superficial más extensa de la superficie terrestre, constituidas por sustancias minerales y orgánicas capaz de sostener la vida vegetal.

El suelo es base importante para la alimentación de las especies animales de la Tierra, y por tanto un recurso natural esencial para el desarrollo¹⁷⁹.

El subsuelo, en íntima relación con el suelo, es otro de los elementos sobre los que recae la acción y cuya acepción hace referencia "al terreno que se encuentra debajo de la capa labrantía o laborable o en general debajo de una capa de tierra.

La contaminación de estos dos elementos –suelo y subsuelo- abarca también todos los estratos de su completa composición geológica, incluyendo

¹⁷⁹ Bernardo García, *Compendio de términos comunes en estudios ambientales de la industria petrolera*, (Bogotá: Coordinación Ambiental Corporativa de ECOPELROL, 1994), 14.

juntamente con los valores de superficie los bienes naturales ubicados en el subsuelo¹⁸⁰ –acuíferos subterráneos-.

4.3.9.2 Atmósfera

Debe entenderse la atmósfera como la capa de gas que rodea el planeta, compuesta por los diferentes estratos, (Troposfera, Estratosfera, Mesosfera, Termosfera, Exosfera). El concepto de contaminación atmosférica es relativamente moderno, aunque se tiene constancia de que determinados contaminantes atmosféricos de origen antropogénicos han afectado a la salud del hombre desde los tiempos del imperio romano.

A partir de la Revolución Industrial la contaminación atmosférica comienza a constituir un grave problema en algunas ciudades europeas y del norte de América. A finales del siglo XIX y a principios del siglo XX los problemas se restringían a las zonas urbanas en las que se instalaban las industrias y tenían carácter episódico.

Hoy en día, el término Contaminación Atmosférica abarca tanto el problema del aire contaminado de zonas densamente pobladas y el transporte a larga distancia de sustancias contaminantes, como fenómenos globales descubiertos más recientemente, como la degradación de la capa de ozono y el cambio climático.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoce las sustancias siguientes como los contaminantes clásicos, por ser habituales en la atmósfera

¹⁸⁰ Miguel Polaino Navarrete, *Delitos contra el medio ambiente en el Código Penal Español de 1995*, volumen II (Valencia: Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, 1997), 606.

urbana, porque sus riesgos potenciales sobre la salud han sido ampliamente reconocidos y porque normalmente son objeto de regulación a nivel nacional o internacional: monóxido de carbono (CO), plomo, dióxido de nitrógeno (NO₂), partículas de suspensión (las siglas inglesas SPM, suspended particulated matter, y las castellanas PM10; designan las partículas con diámetro menor a 10 micras); dióxido de azufre (SO₂), ozono troposférico (O₃), benceno e hidrocarburos policíclicos aromáticos.

Según lo estipulado en el Art. 47 de la LMA la protección de la atmosfera se regirá por los criterios que se mencionan a continuación: a) Asegurar que la atmósfera no sobrepase los niveles de concentración permisibles de contaminantes, establecidos en las normas técnicas de calidad del aire, relacionadas con sustancias o combinación de estas, partículas, ruidos, olores, vibraciones, radiaciones y alteraciones lumínicas, y provenientes de fuentes artificiales, fijas o móviles; b) Prevenir, disminuir o eliminar gradualmente las emisiones contaminantes en la atmósfera en beneficio de la salud y el bienestar humano y del ambiente; y c) El Ministerio, con apoyo del Sistema Nacional de Gestión del Medio Ambiente, elaborara y coordinara la ejecución, de Planes Nacionales para el Cambio Climático y la Protección de la Capa de Ozono, que faciliten el cumplimiento de los compromisos internacionales ratificados por El Salvador.

4.3.9.3 Aguas

Se refiere a las aguas terrestres o superficiales, subterráneas o marítimas, es decir, a las clasificadas como continentales, marítimas y freáticas. La protección del agua tiene una doble proyección penal: como bien jurídico contaminable y como medio o instrumento contaminador. Así pues, es procedente señalar, que la contaminación de uno de los cuerpos o medio

receptor según el Reglamento Especial de Aguas Residuales puede significar la contaminación de los otros restantes, inclusive, de la biota misma que se interrelaciona con el suelo, agua o atmósfera afectada¹⁸¹. La protección penal de las aguas se debe prodigar no solo a las aguas no contaminadas, sino también a las ya contaminadas o las que pueden ser contaminadas aún más.

El fundamento a una posible imputación de responsabilidad penal por la realización de vertidos o descargas contaminantes en aguas ya contaminadas ha de buscarse en el peligro para los recursos naturales, la biodiversidad o los ecosistemas que la sobreexposición de estos elementos contaminantes genera en las condiciones de vida de estos, evitando que puedan regenerarse.

Es decir, aquellas situaciones en las que los elementos naturales sobre los que recae la acción mantienen cierta capacidad de regeneración, de modo que conservan algunos valores que pudieran ser afectados por nuevas acciones contaminantes.

4.4 Accesoriedad Administrativa del Derecho Penal

Habiéndose estudiado ya el núcleo de la conducta típica procede analizar otro de los elementos alrededor del cual se configura la estructura del tipo objetivo del delito contra el medio ambiente, esto es, la relación del Derecho penal con las fuentes del Derecho administrativo, leyes, ordenanzas o reglamentos de

¹⁸¹ Knopf Barry Commoner, *The Closing Circle: Nature, Man, and Technology* (New York: A Knopf e Book, 1971). Quién enunció las 4 leyes de la Ecología: 1. Todo está conectado con todo lo demás. Hay una sola exosfera para todos los organismos vivos y lo que afecta a uno, afecta a todos; 2. Todo debe ir a alguna parte. No hay “residuos” en la naturaleza y no hay un “afuera” donde las cosas puedan ser arrojadas; 3. La naturaleza sabe lo que hace. La humanidad ha creado tecnología para mejorar la naturaleza, pero tales cambios en el sistema natural usualmente han sido en detrimento del sistema; 4. No existe comida en balde. En la naturaleza, ambos miembros de la ecuación deben estar equilibrados: para cada ganancia hay un coste, y las deudas al final se pagan.

carácter general, que se manifiesta en el art. 255 del Código Penal salvadoreño a través de la expresión “en contravención a las leyes y reglamentos respectivos”.

Cuando el Derecho Penal protege bienes jurídicos colectivos, especialmente en el campo del derecho penal ambiental y en amplios espacios del derecho penal económico, se opta por delimitar la prohibición contemplada en el tipo penal teniendo en cuenta la regulación administrativa. Esto es lo que se conoce como la accesoriadad del Derecho Penal al Derecho Administrativo.

Esta accesoriadad abarca la utilización de leyes penales en blanco, es decir, tener en cuenta a otras normas jurídicas, de carácter extrapenal, para completar la prohibición punitiva.

En el ordenamiento jurídico salvadoreño se ha llegado a la necesidad de conectar el núcleo de lo ilícito ambiental con las leyes o actuaciones de carácter administrativa, por lo que se debe entender que las conductas que dañan el bien jurídico tutelado en estas normas serán sujetos de multas o sanciones, por no contar con los permisos y autorizaciones administrativas, de tal manera que pongan en peligro al bien jurídico protegido, es decir, el medio ambiente.

De tal manera que en todos los supuestos típicos si bien es correcto que se muestra necesario que la conducta del sujeto se lleve a cabo con infracciones de las normas o actuaciones de carácter administrativa al ser una descripción propia de la norma, no llena los requisitos del tipo penal, sino que este se consuma cuando produzca inminentes afectaciones irreversible dañosas y ponga en peligro grave el bien jurídico en este caso el bien jurídico penal tutelado en el artículo 255 del código penal.

4.4.1 Tipo penal en blanco

Los tipos penales en blanco son aquellos en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal, estos responden a una clasificación reconocida por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia constitucional de muchos países ante la incapacidad práctica de abordar temas especializados y en permanente evolución, siempre que la remisión normativa permita al interprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente.

Dicho lo anterior, en el derecho colombiano se citan criterios jurisprudenciales que permiten esclarecer la naturaleza y alcance de los tipos penales en blanco: I. Sentencia C-605/06, Corte Suprema de Justicia de Colombia: la remisión que opera en la complementación del tipo penal en blanco debe cumplir cuatro requisitos fundamentales: en primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, la norma a la cual se remite debe existir al momento de confirmación del tipo penal. En tercer término, la norma de complemento debe ser de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales.

En nada contraría el ordenamiento superior el hecho de que el legislador recurra al tipo penal en blanco, siempre y cuando verifique la existencia de normas jurídicas precedente que definan y determinan, de manera clara e inequívoca, aquellos aspectos de los que adolece el precepto en blanco, cuyos contenidos le sirvan efectivamente al interprete, específicamente al juez penal, para precisar la conducta tipificada como punible, esto es, para realizar una adecuada integración normativa que cumpla con los requisitos que exige la plena realización del principio de legalidad. Debido a la singularidad del bien

jurídico protegido contenido en el art. 255 CP y la complejidad de la materia ambiental se hace inevitable la utilización de esta técnica de remisión normativa, cuyo uso en el ámbito no deriva de la comodidad o la simplicidad legislativa, sino que su empleo se muestra necesario e imprescindible por no haber otro recurso técnico posible para delimitar por razón de la materia lo que en cada momento se considera penalmente prohibido y permitido pues debido que resulta imposible la exclusiva descripción legal sin acudir a esa remisión, con lo que rige el principio clásico *impossibilitum nulla est obligatio*.

II. Sentencia C-739 de 2000 Corte Constitucional de Colombia: Según la Corte Constitucional determinar que la modalidad del tipo penal en blanco es válida y aceptada en el ordenamiento jurídico, siempre y cuando sus contenidos se puedan complementar, de manera clara e inequívoca, con normas legales precedentes que la correspondiente remisión permita la integración normativa y sea satisfecha la exigencia de certeza o que se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

4.5 El nivel de peligro exigido en el Tipo Penal

El nuevo código penal salvadoreño entró en vigencia el diez de junio de mil novecientos noventa y siete, en este se regula el delito de contaminación ambiental como delito de peligro, pero dejando de mencionar claramente cuál es el peligro exigido pudiendo ser este un peligro concreto, abstracto o hipotético ya que en la actualidad continua siendo objeto de una viva polémica por las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales en la determinación de la correcta adscripción del peligro exigido en los delitos contra el medio ambiente.

Se ha dejado la tarea a los aplicadores del Derecho que definan cual es el nivel de agresividad que se estima, llegando a la conclusión que los delitos de contaminación ambiental tipificados en el Art. 255 CP son de peligro concreto.

A pesar de la importancia e interés que pueda suscitar el análisis de las diversas opciones doctrinales, lo cierto es que desborda con creces los objetivos de esta investigación.

4.5.1 Grados de Peligro

Se aborda a continuación el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de cada uno de los grados o niveles que se plantean en los delitos de peligro, concretizado en este momento en el delito de contaminación ambiental.

4.5.1.1 Concreto

Posición doctrinal que más ha perdurado en los planteamientos doctrinales y que la legislación salvadoreña de hecho retoma, que se han definido como “aquéllos en los que requiere expresamente la ley la creación de una efectiva situación de peligro”. Es decir, que la acción produzca un resultado concreto de peligro de lesión inmediata o próxima para algún bien jurídico (que estuvo próximo o a punto de lesionarse), se acentúa o exige un mayor grado de determinación del tipo criminal.

El peligro para este nivel de agresividad es un elemento del tipo legal que requiere para la consumación del delito la producción real y efectiva del peligro para el bien jurídico¹⁸².

¹⁸² Cerezo, *Curso*, 111. (véase cap. I, página 22)

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 bastará para el juez (juicio ex – ante y ex – post) la comprobación de la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico, sino requerirá la comprobación de que el objeto de la acción se encuentre en el radio de acción de la conducta y a punto de ser objeto de una lesión.

En los delitos de peligro concreto no se advierte una descripción minuciosa de los elementos del tipo, que incluya el término peligro, dejando al juez la facultad determinar la real existencia del riesgo en un juicio realizado “ex post”.

En conclusión, esta técnica de tipificación generalmente es utilizada para estructurar tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales o intermedios debido que, si se interpreta el delito de Contaminación Ambiental siguiendo la técnica legislativa de los delitos de peligro concreto, que son de carácter resultativo, los Tribunales deben comprobar la existencia real y efectiva del peligro para el medio ambiente, no cabe en este tipo de delitos sino más una aproximación efectiva al resultado.

Para ello se deberá llegar a establecer una relación de causalidad entre el comportamiento del autor con la situación de riesgo creada, a partir de la necesaria verificación de la puesta en peligro del objeto típico, así como por las diferencias del respectivo juicio de peligro, según vaya éste referido a la comprobación del peligro como consecuencia de la conducta sobre un concreto objeto de la acción, o como juicio de peligrosidad ex ante unido a la realización de la conducta propia de los delitos de peligro abstracto.

4.5.1.2 Abstracto

En los delitos de peligro abstracto, no se observa el 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, lo que busca es la no desobediencia a la norma penalmente establecida, además, se configura como el peligro abstracto *strictu sensu* para el medio ambiente. Basta únicamente que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico, aunque no llegue a ponerlo en peligro de lesión inmediata o próxima.

No es necesaria, por tanto, la configuración (y la prueba) de una relación de causalidad entre la conducta y un resultado de peligro para el medio ambiente debido que el peligro se encuentra implícito en la conducta, evitando así que se tenga que demostrar el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales; ya que se encuentran configurados exclusivamente en torno a la acción.

No se requiere el plus de antijuridicidad y de lesividad exigida en los delitos de peligro concreto, sino que bastará, para la concreción del tipo, un nivel de peligrosidad abstracta. Castigan, en conclusión, la peligrosidad de la conducta en sí misma. Esta clásica diferenciación ha sido utilizada para promover 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 protegido¹⁸³. De

¹⁸³ Ángel Torio López, "Los delitos de peligro hipotético", *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Políticas*, n. 2-3 (1981): 827 y ss.

este modo, en el marco de los delitos de peligro en sentido amplio, surge la propuesta de Torío, los “*delitos de peligro hipotéticos*”.

4.5.1.3 Hipotético

Entendidos por la doctrina como una técnica intermedia¹⁸⁴; formando una especie “de híbrido” entre los delitos de peligro abstracto puro (*strictu sensu*) y los delitos de peligro concreto se encuentran constituidos los denominados delitos de peligro hipotético o abstracto-concretos, que exigen más que la mera peligrosidad abstracta del comportamiento típico y menos que una concreta puesta en peligro del bien jurídico.

Exigen, además de la realización de un comportamiento individualmente peligroso propio de éstos, la producción causal de una situación concretamente peligrosa, que no puede calificarse todavía como resultado de peligro, no siendo suficiente constatar la contravención de la normativa administrativa para aplicarlo, sino también algo más: “la aptitud o idoneidad de la conducta que tienda hacia la puesta en peligro.”

El autor a través de la reducción de los delitos de peligro abstracto ha planteado acertadamente la utilización de los llamados delitos de peligro hipotéticos, que comprende todo lo que no provoque lesión ni peligro concreto para un bien jurídico¹⁸⁵, y permite igualmente la valoración de la conducta idónea que pueda poner en peligro el bien jurídico protegido. Al realizar un análisis del delito de Contaminación Ambiental en concreto desde la óptica de los delitos de peligro, si fuera configurado e interpretado éste como delito de

¹⁸⁴ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16º edición, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), 575.

¹⁸⁵ Torío, *Los delitos de peligro*, 827.

peligro hipotético, la parte acusadora deberá únicamente arrimar elementos probatorios que demuestren la idoneidad de la conducta para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales. 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 natural.

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.

4.5.2 El uso adjetivo “grave” como elemento valorativo orientador

El legislador salvadoreño en la configuración del delito de contaminación ambiental ha hecho uso de “conceptos jurídicos indeterminados”¹⁸⁶ al referirse a la gravedad de la conducta como indicativo de la clase de afectación requerida para el bien jurídico medio ambiente, lo que lleva a concluir que no cualquier afectación o perjuicio de las propiedades del agua, del aire o del suelo será típica, sino sólo aquella que revista caracteres de gravedad: “que pueda perjudicar gravemente”, señala el precepto. La utilización del adjetivo “*grave*” no hace referencia a cualquier tipo de peligro, sino, a un peligro “*grave*”. Como tal debe entenderse aquella la realización o provocación de alguna de las conductas tipificadas en el artículo 255 del Código Penal que pueda

¹⁸⁶ Antonio Mateos Rodríguez Arias, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, 2º ed. (Madrid: Colex, 1998), 95. Señala que: “la gravedad al igual que el peligro es un concepto jurídico indeterminado, que tendrá que ser valorado por el órgano jurisdiccional”

producir importantes consecuencias nocivas, irreversibles, catastróficas, que desequilibran los sistemas ecológicos.

La dificultad inicia desde conocer qué es y que no “grave”, según su acepción gramatical, el vocablo gravedad indica enormidad, exceso, grandeza, de mucha entidad. En jurisprudencia de la Sala de Penal¹⁸⁷ se establece que “*la determinación de la gravedad del peligro se hará conforme a un juicio de valor eminentemente circunstancial que habrá de ser ponderado conforme a las circunstancias concurrentes y las distintas pruebas que se desfilan en juicio, con especial atención en las de carácter pericial*”.

Asimismo, la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador¹⁸⁸ estimó en los Argumentos del Juez A-quo que:

“Se debe entender por grave peligro a la salud o a la calidad de vida, todo aquello que pueda producir daño o deterioro en la calidad de vida individual o colectiva de las personas, que este grave peligro cause un riesgo de muerte o lesión física grave y que la calidad de vida disminuya o cause reducción en la capacidad física o mental, ya sea individual o colectiva, pudiendo llegar hasta la muerte o lesión física grave”.

Nótese acá contradicción al considerar -como ya se ha establecido- que los delitos tendientes a proteger bienes jurídicos marcadamente colectivos como el medio ambiente está claro que son *delitos de peligro*, según lo ha establecido la técnica legislativa; delitos que a diferencia de los delitos de

¹⁸⁷ Recurso de Casación, Referencia 383-C-2015, (El Salvador, Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2016).

¹⁸⁸ Sentencia Definitiva, Referencia 280-2015 (El Salvador, Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador de la Corte Suprema de Justicia, 2015).

lesión no exigen un daño efectivo al bien jurídico tutelado y como tales poseen un sentido anticipatorio y preventivo frente a ellos.

Por otra parte, según la jurisprudencia de la Cámara que antes se ha mencionado, se entiende que “la gravedad del peligro” hace alusión a la producción de un daño o deterioro efectivo olvidando, por tanto, que tales delitos requieren únicamente una puesta en peligro sin llegar a una exigencia de lesión concreta del bien jurídico penalmente protegido por la legislación salvadoreña.

La introducción del término en tipo penal ha generado una división de posturas doctrinarias, por un lado, se resalta el acierto legislativo en la incorporación de este elemento en cuanto permite delimitar la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal.

Quiere decir que el tipo descrito no exige cualquier clase de peligro o afectación al bien o la capacidad de regeneración de este, sino que demanda que la conducta sea idónea para causar un “grave perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales” y sólo pero sólo a partir del cumplimiento de esta exigencia de gravedad entra en juego la maquinaria punitiva del Estado.

Por otro lado, señala la doctrina que la introducción de este elemento en el delito de contaminación ambiental ha sido un desacierto legislativo, en cuanto que resulta criticable que un criterio rector esencial para la articulación de las distintas técnicas de tutela sancionadoras gravite sobre un elemento normativo abiertamente indeterminado, cuya interpretación queda absolutamente al arbitrio del juzgador. Interpretar que el término “peligro grave” se refiere solo al peligro concreto en cuanto a la posibilidad del organismo receptor de asimilar o no dicho peligro o riesgo, es desfigurar el tipo penal y convertirlo en

un delito de resultado, ya que lo que se buscaría es determinar si el organismo receptor del daño desmejoró o no y en qué grado lo realizó ante el peligro que genera.

Lo que quiere decir es que, si al final tuvo o no un resultado, análisis que no es armónico ni con el bien jurídico tutelado, ni con el tipo penal, ni con las disposiciones constitucionales ambientales, ni con las disposiciones de tratados internacionales que desarrollan ampliamente el principio precautorio en materia penal-ambiental, en tal sentido, se busca adelantar la barrera de punibilidad y que al realizar la conducta idónea descrita en el tipo sea constitutiva de delito.

En este sentido parece más adecuado los criterios esgrimidos en Sentencia Española¹⁸⁹ para reconocer la gravedad del daño que amenaza con producirse en los delitos contra el medio ambiente que pueden atenderse a la presencia de indicadores como los siguientes: evidencia de altas probabilidades de producción de la lesión; y magnitud de la lesión previsible en función de la extensión del espacio afectado, de la prolongación en el tiempo del vertido, de la intensidad de la afectación del mar, la concentración y cantidad de la sustancia contaminante vertida, de las características de las aguas receptoras, etc.

Tales parámetros, además, con frecuencia habrán de quedar establecidos en los informes periciales, y los jueces y tribunales habrán de decidir, ayudándose de estos criterios científicos, si la actividad contaminante en cuestión podía provocar un peligro grave para el medio ambiente.

¹⁸⁹ Sentencia Definitiva, Referencia STS 916/2008 (España, Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, 2008).

4.5.3 Conclusión

Desde la óptica del principio acusatorio, la configuración e interpretación del delito de contaminación ambiental, como un delito de peligro concreto, dificultara la prueba del delito o hecho punible, ya que la parte acusadora debe arrimar 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 de contaminación ambiental como un delito de peligro hipotético, la parte acusadora -como ya se estableció- deberá únicamente probar la idoneidad de la conducta que pone en peligro el equilibrio de los sistemas naturales.

Con base en todos los planteamientos se considera que al analizar el Art. 255 Código Penal salvadoreño, se está en presencia de un delito de peligro hipotético a “medio camino entre el delito de peligro abstracto y concreto”, pues para estimar la perpetración del delito no hay que llegar a la conclusión indeclinable de una concreción de peligrosidad, sino que bastará la consideración de que la conducta detectada pueda perjudicar gravemente “el equilibrio de los sistemas naturales. Es decir, que lo que estos delitos requieren es verificar que las conductas descritas en el tipo presentan una idoneidad objetiva para llegar a producir un perjuicio grave al bien jurídico¹⁹⁰

Una parte de la doctrina¹⁹¹ concibe que la categoría de delitos de peligro hipotético es una posible solución a todos los problemas que se derivan de la

¹⁹⁰ Nuria Matallanes Rodríguez, *Derecho penal del Medio ambiente* (Madrid: Iustel, 2008), 114.

¹⁹¹ Raquel Roso Cañadillas, “De los delitos contra la seguridad colectiva artículos 359 al 385. De acuerdo con la reforma de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, sobre los delitos contra la seguridad vial” *Comentarios al Código penal. Segunda época*, (2008), 47.

técnica legislativa de los delitos de peligro, apuntan que la configuración como delito de “peligro hipotético o de aptitud” resuelve el problema de falta de legitimidad de los delitos de peligro abstracto strictu sensu, pues aun cuando les reconocen como una categoría dentro de los delito de peligro abstracto, consideran que a diferencia de estos últimos, en los primeros se ve reforzado el contenido del injusto material al exigir la adecuación típica del peligro una formulación de juicio ex ante de la acción, siendo insuficiente la mera presunción de peligrosidad como sí lo es en los delitos de peligro abstracto puro.

Asimismo, con los delitos de peligro hipotéticos se evitan los problemas de prueba de la causalidad y en general todas las dificultades de esta categoría al no exigirse un resultado por el tipo como sí se hace en los delitos de peligro concreto.

Otro sector doctrinal¹⁹², sostiene, en cambio, que los delitos de peligro hipotético o de aptitud presentan los mismos problemas que en los delitos de peligro abstracto puro. Afirman, que debido a que la idoneidad de la conducta para producir un perjuicio grave es un elemento de carácter valorativo que está condicionado por la concurrencia de otro elemento también de carácter valorativo: la gravedad, éste sí contenido en el tipo, de tal forma que una conducta será idónea.

Añade, además, doctrinariamente que siguen la misma línea que los delitos de peligro abstracto puro, al no exigirse la constatación o verificación del peligro efectivo para el bien jurídico, bastando con la comprobación de la

¹⁹² Ignacio Rodríguez Fernández y Miguel Olmedo Cardenete, *De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, Comentarios al Código Penal, arts. 319 al 340*, 2º ed. (Madrid: CESEJ Ediciones, 2008), 192.

aptitud de las propiedades de la acción o su idoneidad para producir el resultado típico,¹⁹³ sin embargo, si se toma en consideración, que el requisito exigible por el tipo es la idoneidad de la conducta potencialmente peligrosa, lo que significa que la estructura del art. 255 CP no escapa de una cierta actividad probatoria en orden a determinar esa aptitud y potencialidad.

En consecuencia, la interpretación del delito de contaminación ambiental como peligro hipotético es coherente con la clase de peligro plasmada doctrinaria y jurisprudencialmente en este tipo de delitos. Esta caracterización se deduce del análisis del precepto que lleva a entender que en el tipo se exige únicamente la idoneidad o potencialidad de la conducta para causar un riesgo, sin exigirse la creación de un peligro en concreto.

Lo que quiere decir, el legislador salvadoreño debe renunciar a incorporar referencia alguna a la producción de un peligro ambiental concreto y extenderse a la punición a todas las actividades o conductas contaminantes que presenten aptitud o sean idóneas para generar un peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas, sin que sea necesaria para que tenga lugar su efectiva consumación la producción de un perjuicio determinado y específico, siendo necesario, a efectos de concreción del tipo, la realización de una situación idónea prevista por la norma, lo que en la práctica se debe limitar a probar la peligrosidad potencial de la conducta realizada por el sujeto para el equilibrio de los sistemas naturales, pues resulta ineficaz seguir tutelando o abordando esta temática a la luz del delito de peligro concreto que demasiados problemas acarrea a la hora de probar si la conducta típica puede generar un peligro concreto del bien jurídico, llegando casi a una lesión.

¹⁹³ Torío López, *Los delitos de peligro*, 833.

Como bien se sabe que en los delitos que atentan contra el medio ambiente, su daño o deterioro puede resultar mucho tiempo después de realizada la conducta, en ese sentido la verificación del Juez para comprobar la existencia real y efectiva del peligro para el medio ambiente puede llegar demasiado tarde para lograr la determinación de la responsabilidad penal, ya que se deberá llegar a establecer una relación de causalidad entre el comportamiento del autor con la situación de riesgo creada, lo que resulta uno de los problemas principales de este nivel de agresividad de los delitos de peligro.

4.6 Tipo Subjetivo

El tipo subjetivo o parte interna de la conducta, que desde la perspectiva de la antijuricidad se denomina desvalor subjetivo de la acción¹⁹⁴, y que según la actitud del sujeto y la dirección de su voluntad se puede encasillar como dolosa en aquellos casos en que el autor es plenamente consciente de que con su actuar lesiona el bien jurídico y actúa así porque quiere o pretende lesionarlo, esto es, conoce y quiere realizar los elementos del tipo¹⁹⁵.

Esta figura se denomina dolo y constituye por excelencia el elemento subjetivo del tipo doloso. En cambio, cuando el sujeto infringe el deber objetivo de cuidado, es decir, cuando el autor no busca ni pretende lesionar el bien jurídico, pero por su forma de actuar arriesgada y descuidada produce su lesión, la conducta se denomina culposa o imprudente.

¹⁹⁴ Diego Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 230-231., quien señala que a partir del finalismo se ha extendido la consideración de que el dolo y la imprudencia pertenecen al tipo de injusto. Además, véase Jacobo López Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Madrid, Civitas-Thomson Reuter, 2010), 467; Julio Cesar Rodas Monsalve, *Protección penal y Medio Ambiente* (Barcelona: PPU, 1993), 333.

¹⁹⁵ Véase Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Tecnos, 1990), 241 y ss.

Desde el prisma subjetivo, los delitos contra el medio ambiente (contaminación de suelo, agua y aire) ya desde su primigenia tipificación se han configurado como delitos dolosos. No obstante, es necesario aclarar que la conducta delictiva referida al delito de contaminación ambiental puede ser realizada bajo la forma de la culpa, en donde se debe analizar la lesión del deber objetivo de cuidado, según lo regula el Art. 257 del Código Penal Salvadoreño.

4.6.1 Planteamiento General sobre el contenido

La comisión de la conducta descrita en el ilícito penal en comento abarca tanto los supuestos de dolo directo y eventual. El delito doloso supone una rebelión consciente en contra del bien jurídico protegido; en el cual se entiende al dolo simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito¹⁹⁶.

Significa que el sujeto debe tener conciencia y voluntad de que infringe la normativa administrativa protectora del medio ambiente mediante la realización de un acto de contaminación que, de acuerdo con los elementos objetivos antes analizados, dicho acto de contaminación es apto para poner en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente.

Por otra parte, por numerosos e importantes autores han definido al dolo, algunos como: “la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito.” Mientras que otros lo definen como la intención más o menos perfecto de hacer un acto que se sabe contrario a la ley. Es decir, es la voluntad consciente y no coaccionada de

¹⁹⁶ Muñoz y García, *Derecho penal. Parte general*, 285 y 286 (Véase cap. I, página 3)

ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho esta reprimido por la ley.

Luis Jiménez de Asúa dice que: *“El dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se requiere¹⁹⁷.”*

En suma, el dolo es conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible. Este dolo ha de ser dolo de peligro, cuyas peculiaridades de su objeto y estructura están determinadas por los delitos a los que hace referencia, en este caso, por los tipos contenidos en el art. 255 CP, de contaminación ambiental.

A modo de conclusión, es el conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible que está integrado entonces por dos elementos: un elemento cognitivo (conocimiento de realizar un delito), y un elemento volitivo (voluntad de realizar un delito o en pocas palabras significa: “el querer de la acción típica”).¹⁹⁸ Y en el que el dolo a la luz del causalismo es concebido como un elemento o característica de la culpabilidad, categoría en la cual se evalúan la mayor parte de los aspectos subjetivos o psicológicos del hecho punible¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal, Tomo V*, 18° ed. (Buenos Aires: Editorial Losada, 1956), 427.

¹⁹⁸ Roxin, *Derecho penal*, 1997).

¹⁹⁹ José Ramón Serrano Piedecabras Fernández, *Manual de Teoría Jurídica del Delito* (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003), 77. <http://www.cnj.gob.sv/web/images/documentos/pdf/publicaciones/ManualTeoriaJuridicaDelito.pdf>

4.7 Tipo de Injusto doloso

Una vez analizados los elementos objetivos de los diversos tipos de injusto, procede analizar la estructura que en el ámbito del tipo subjetivo del injusto ha impreso el legislador en los delitos contra el medio ambiente en el ordenamiento penal salvadoreño. Se debe señalar que el delito contra el medio ambiente contenido en el art. 255 CP es un delito doloso en sentido estricto. Esto significa que el elemento subjetivo que informa la conducta desarrollada por el sujeto activo en la contaminación ambiental se encuentra vinculada a la naturaleza jurídica del injusto y a la conducta del agente.

Se ha apuntado ya que en los delitos que atentan contra el medio ambiente se configuran como delitos dolosos, sin embargo, este dolo será un dolo de peligro que no puede identificarse sin más con el dolo eventual de lesión, pues si bien el dolo de lesionar implica necesariamente el de poner en peligro, no es así a la inversa: puede existir puro dolo de peligro sin dolo eventual de lesionar²⁰⁰

Así, cuando la conducta del sujeto desborde la esfera de peligro, se habrá excedido el marco de actuación de éste para ingresar en el territorio de la lesión. De tal forma que el peligro, como cosa en sí, será absorbido por el contenido del daño o lesión.

Esto se produce debido, en parte, a que las prohibiciones de poner en peligro no son autónomas frente a las prohibiciones de lesionar y a que los delitos de peligro no tienen un contenido de injusto propio.

²⁰⁰ Teresa Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 2 ed. (Madrid: Centro de estudios judiciales, 1994), 51.

En otras palabras, esto significa que el peligro no es un estado a evitar en sí mismo, sino sólo en cuanto medio para evitar la lesión del bien jurídico protegido, de ahí que la prohibición de acciones peligrosas responde a la necesidad preventiva y político-criminal de adelantar la protección de los bienes jurídicos al momento de la actuación peligrosa²⁰¹

En conclusión, ha de ser un dolo de peligro al no exigir la lesión del bien jurídico, sino tan sólo la idoneidad de la conducta para poner en peligro grave, y que se integra en el tipo por el conocimiento del grave riesgo que origina la conducta activa u omisiva del sujeto infractor con la pura intencionalidad de causar el resultado prohibido en la norma.

4.7.1 Clases de dolo

La clasificación del dolo, según que sea mayor o menor la intensidad de este elemento, es decir, teniendo en cuenta la intención del autor, se distingue entre dolo directo y dolo eventual. La primera es la forma básica del tipo de conducta dolosa. Ambas categorías suponen una simplificación y una reducción de los complejos procesos psíquicos que se dan en la mente del sujeto en relación con los elementos objetivos del tipo. Se puede admitir, por tanto, la distinción tradicional entre dolo directo y dolo eventual, a saber:

4.7.1.1 Directo

En el dolo directo el autor tiene el total control mental de querer y saber cuál es la conducta típica que se plantea realizar y la comete, independientemente

²⁰¹ David Baigún, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo* (Montevideo, Buenos Aires: B. de F., 2007), 27-28.

de que aquella acción de sus resultados esperados. Así pues, se produce cuando un sujeto se representa en su conciencia el hecho típico, es decir, el hecho constitutivo de delito. Cuando el resultado típico o la acción típica es el objetivo perseguido por el sujeto: lo que quiere es matar a otro y lo mata.

En ocasiones, al realizar la acción tendente al resultado se producen otros hechos que aparecen a los ojos del autor y de cualquier observador como necesaria e inevitablemente unidos al principal, por ejemplo, quiere matar a su enemigo mediante una bomba y lo hace, causando además inevitablemente la destrucción del vehículo. Por estas razones se habla de un dolo directo de primer grado y de segundo grado, pero ambos son igualmente dolo y de igual gravedad.²⁰²

Obra intencionalmente quien tiene interés en realizar el tipo penal. La intención como clase de dolo es también denominada *dolus directus de primer grado*. Esta forma de dolo es definida por una peculiar intensidad del elemento volitivo: el querer dirigido a un fin. Con esto el elemento cognitivo está dado con mayor razón, conocimiento, cuando menos en la forma de considerar como posible.

Por otra parte, la realización del tipo no necesita ser el objetivo final, es decir, el móvil o el motivo de la conducta. Para la existencia de la intención es suficiente que la realización del tipo penal se pretenda como medio para alcanzar un fin ulterior extratípico, o bien, como fin intermedio en vías de otro objetivo final. En ese orden de ideas, obra a sabiendas quien sabe o prevé como seguro que realiza el tipo penal. Conocida esta forma de dolo como *dolo directo de segundo grado*. Dicha forma de dolo es definida por una especial

²⁰² Serrano, *Manual de Teoría*, 78.

intensidad del elemento cognitivo. Necesariamente de allí se desprende el elemento volitivo. Quien ejecuta una conducta con pleno conocimiento de realizar el tipo penal, quiere la realización de este.

4.7.1.2 Eventual

En ocasiones, quien realiza la conducta sabe que posible o eventualmente se produzca el resultado típico, y no deja de actuar pese a ello. Significa que el autor de un hecho no tiene intención de provocar un resultado, pero lo acepta y sigue adelante.

Esta forma de dolo se denomina dolo eventual pero resulta una categoría de difícil delimitación conceptual con la imprudencia consciente, que implica una pena menor, lo que ha obligado a la doctrina a elaborar varias construcciones del concepto para afirmar o excluir la presencia de dolo y que puede sintetizarse en dos según pongan el acento en la esfera del conocimiento del sujeto o en la esfera de su voluntad conociéndose la primera por teoría de la probabilidad y la segunda como teoría de la voluntad. Es aquel que se produce cuando el sujeto se representa el hecho como posible, lejano, pero que podría llegar a ocurrir; no obstante, actúa aceptando dicha posibilidad.

Se configura entonces cuando el agente tiene la capacidad de prever, por ejemplo, por su experiencia profesional, el resultado de peligro o impacto ambiental que resultará negativo al medio ambiente. La recurrencia del dolo eventual en este tipo de delitos, surge porque el infractor conoce o tiene la capacidad de prever el resultado de peligro, o el resultado de lesión, en su fase "ex ante", es decir en la fase de predicción o previsión del aspecto ambiental que resultará en un impacto negativo al entorno, para el caso, en un delito ambiental, particularmente porque la experiencia en su giro productivo o

profesional, le permite realizar, como parte de su misma ocupación o profesionalidad, la prognosis objetivo-posterior, pero que no obstante haberla hecho, tal representación es ignorada, se produce una excesiva confianza de que dicho resultado no ocurrirá, y/o se resuelve no evitarlo, produciéndose el resultado de peligro y en una buena cantidad de casos, en resultado concreto y evidente, que agrava la situación.

4.7.1.3 Toma de Postura

En lo que respecta a las clases de dolo que puedan concurrir en los delitos de contaminación ambiental, regulado en el Art. 255 Código Penal salvadoreño, se está en presencia de un dolo directo de primer grado, cuando la finalidad, propósito o intención que persigue el sujeto sea la de causar el peligro o daño al medio ambiente y los recursos naturales; o quizás, ante un dolo directo de segundo grado, cuando la intención o propósito que persigue el sujeto no sea precisamente la realización del tipo delictivo.

En ese orden de ideas, el dolo puede ser directo, en donde el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad) o eventual, en el cual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización²⁰³.

4.7.2 Elementos del Dolo

En el conjunto de conductas lesivas de los bienes jurídicos se pueden distinguir dos clases distintas según la actitud del sujeto respecto del bien

²⁰³ Muñoz, *Derecho penal. Parte general*, 287.

jurídico y la dirección de su voluntad. En un primer grupo de casos el autor es plenamente consciente de que con su actuar lesiona el bien jurídico y actúa de ese modo porque lo que quiere es lesionarlo. Así lo contempla la figura delictiva y se denomina delito doloso.

En otro grupo de casos el autor ni busca ni pretende, lesionar el bien jurídico, pero su forma de actuar arriesgada y descuidada produce su lesión, estas conductas se contemplan en las figuras delictivas que se llaman delitos culposos o imprudentes.

En relación con lo anterior, se dice que al concepto de dolo pertenece una dualidad de situaciones: primero, el conocimiento de las circunstancias que corresponden a los elementos objetivos del tipo, por ende, el conocimiento en torno a la realización del tipo; segundo, la voluntad de realizar el tipo. Por consiguiente, el dolo es brevemente definido, *conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal*. El conocimiento puede ser detonado como el elemento cognitivo o intelectual del dolo, la voluntad como el elemento volitivo.

En ese orden de ideas, Udo Ebert menciona en su libro de Derecho Penal²⁰⁴, que el dolo debe precisar en el momento decisivo: al momento de la comisión del hecho. Por ende, no es suficiente un dolo que precede al hecho (*dolus antecedens*) o que lo sucede (*dolus subsequens*).

Es decir, el dolo debe acompañar la ejecución de la conducta típica, un dolo concebido previa o posteriormente a la producción del hecho resulta insuficiente.

²⁰⁴ Udo Ebert, *Derecho Penal. Parte General*, traducido por Said Escudero Irra, 3° ed. (México: UAEH, 2005), 67.

4.7.2.1 Conocimiento

El elemento cognitivo del dolo comprende el conocimiento de los hechos, esto es, el conocimiento del comportamiento que se está realizando, y el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, es decir, el conocimiento de que el comportamiento que se está realizando se encuentra prohibido por el derecho penal.

Se debe señalar que éste debe abarcar tanto los elementos accidentales como los esenciales, tanto los descriptivos como los normativos, que en el caso del art. 255 CP significa que el sujeto ha de comprender la realización activa y pasiva de las emisiones, radiaciones o vertidos y que ello se hace sin la debida autorización de la autoridad competente e infringiendo la normativa protectora de la materia. El peligro o daño, como elementos del tipo, también deben ser abarcados por el conocimiento del autor.

Para el baremo de la seguridad del conocimiento (certeza) requerida para el dolo, no se requiere que el autor considere como segura la realización del tipo. Más bien basta con su consideración como posible. No se establecen mayores exigencias en el grado de conciencia, no se requiere que el autor reflexione en las circunstancias del hecho con toda la atención de la conciencia, en el sentido de un pensar en ello. Es suficiente un conocimiento marginal y menos preciso, en el sentido de un conocimiento material-conceptual.

Respecto a lo anterior, el grado de conocimiento que el sujeto debe tener sobre los elementos normativos, por su remisión a otras normas fuera del tipo, se ha de apuntar que el conocimiento que el sujeto ha de tener de la situación típica ha de determinarse atendiendo a las posibilidades del sujeto medio ideal, es decir, basta con que el sujeto tenga un conocimiento aproximado de su

significado normativo con una valoración paralela en la esfera del profano. De modo que si el conocimiento es parcial, erróneo o equivocado podría hablarse de error, y que es una forma de exclusión del dolo al haber ausencia del componente intelectual o cognitivo de los elementos típicos.

4.7.2.2 Voluntad

El dolo también requiere la concurrencia de otro elemento, el volitivo. Esto es voluntad, que no se debe entender como voluntad genérica de acción, sino que en los supuestos concretos referidos al art. 255 CP hace referencia a la voluntad de realizar la conducta material de emisión, radiación o vertido de sustancias contaminantes con peligro o daño para el medio ambiente.

Esta voluntad no sólo la hay en el dolo de primer grado, donde es más evidente y fácil de constatar, pues el sujeto tiene el propósito e intención de realizar la conducta típica, sino también en el dolo directo de segundo grado y en el dolo eventual. Para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizarlo.

Es en ese sentido, la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor desvalor de la acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente: quien actúa con dolo se ha decidido en contra del bien jurídico protegido en el tipo correspondiente.

Una conducta volitiva refleja la concreción de los pensamientos de una persona en actos que se asienta en el contenido de la misma y ésta siempre exige que el autor, el sujeto activo se haya representado el resultado lesivo como posible y probable y, además que en su esfera interna se haya decidido actuar aun cuando el resultado se hubiera de producir con seguridad,

aceptando o consintiendo el resultado. No habría dolo, sino en su caso imprudencia consciente, si el autor, en el caso de haberse representado el resultado como seguro hubiera renunciado a su actuar.²⁰⁵

Según el concepto clásico, el dolo es el conocimiento y la voluntad natural del sujeto, sin embargo, la dogmática ha evolucionado a una perspectiva normativista y plantea que el dolo no tiene nada que ver con la voluntad, sino que para actuar con dolo basta con conocer. Se mantiene un concepto cognitivo. El dolo entonces tiene como referencia el tipo objetivo, la voluntad carece de importancia porque se entiende que la voluntad afecta tanto al dolo como a la imprudencia.

Desde esta perspectiva actúa con dolo el que sabe lo que hace conociendo el peligro que genera la acción y las consecuencias de ese comportamiento. El dolo depende del conocimiento del autor sobre la peligrosidad completa de la realización del tipo. Por el contrario, actuaría con imprudencia el que no se representa el peligro, el que lleva a cabo una acción de peligro sin ser consciente del peligro o se lo representa, pero no lo considera como un peligro del tipo.

Si se toma en serio la muy exitosa teoría cognitivista, el elemento volitivo ya no forma parte del *dolus eventualis* y, en consecuencia, la intención especial sólo implica un conocimiento (positivo) de los elementos constitutivos del *actus reus*. Tal teoría es el fundamento de diferentes y variados intentos de algunos escritores por disminuir el umbral subjetivo. Desde los años 80' en Alemania y España han surgido posiciones críticas respecto al concepto de dolo clásico²⁰⁶

²⁰⁵Serrano, *Manual de Teoría*, 79.

²⁰⁶Ramón Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 4º ed. (Barcelona: Bosch, 1999), 32.

lo que ha llevado a descartar el elemento volitivo del dolo, para quedar exclusivamente compuesto por el conocimiento. Este es el núcleo de la teoría del conocimiento o cognitiva. Esta teoría sostiene que aquello a lo que hay que atender en materia de dolo es al grado de representación de los hechos (antijurídicos) con que cuenta el sujeto al momento de cometer el delito.

La representación de las circunstancias fácticas aparece como el único criterio descifrable para efectos probatorios, es decir, se está en presencia de un dolo normativizado y no abandonado al proceso de “descubrimiento” (de estados mentales ajenos) por parte de los jueces. En este contexto se explica que el conocimiento ajeno en el ámbito procesal penal deba tener un carácter adscriptivo y no descriptivo. Luego, el dolo no se imputa (como resultado de un proceso de “descubrimiento” psíquico) sino que se adscribe (luego de un cotejo normativo-procesal²⁰⁷).

Lo anterior se explica por la imposibilidad de saber (o “descubrir”) cuál es efectivamente la voluntad del autor al momento de realizar el hecho ilícito. La dogmática penal relativa a los elementos subjetivos del tipo ha tendido los últimos años, razonablemente, a descartar todos los elementos que no puedan ser probados con algún grado de certeza.

El elemento volitivo es imposible de probar, mientras el grado de conocimiento con que contaba el imputado al momento de ejecutar la acción sí lo es mediante un sistema reglas. De este modo, el dolo en su sentido puramente cognitivo mediante una sistematización normativa de reglas externas permite la más adecuada adscripción y elucidación de elementos subjetivos tan arduos de delimitar como lo son el dolo y la imprudencia.

²⁰⁷ *Ibíd.*, 275.

4.7.2.3 Toma de Postura

En la actualidad el dolo se concibe como la conciencia y voluntad del sujeto de realizar el hecho tipificado objetivamente en la figura delictiva. El concepto tradicional de dolo – que lo calificaba de *dolus malus* – exigía además la conciencia de la antijuridicidad de la conducta. Sin embargo, desde el funcionalismo ya no se habla de conocimiento y voluntad, pues basta con que exista el elemento cognitivo como único requisito para la determinación.

De acuerdo con un planteamiento mayoritario²⁰⁸, el dolo está conformado por elementos cognitivos y volitivos que, en el caso concreto, y en coherencia con la configuración que se ha realizado del tipo objetivo, significa que para la calificación de las conductas contaminantes como dolosas se hace necesario el conocimiento y voluntad de los elementos integrantes del tipo.

No obstante, existen muchos defensores que plantean una renuncia al elemento volitivo del dolo, de acuerdo con la teoría de la posibilidad y a la teoría de la probabilidad consideran al elemento cognitivo como suficiente y al volitivo como superfluo. En relación con la primera teoría, existe dolo eventual cuando el autor reconoce la posibilidad concreta de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, la toma en serio y a pesar de ello se decide por la conducta; por otro lado, la segunda teoría, existe dolo eventual cuando entonces el autor considera como probable la producción de un resultado²⁰⁹.

Está claro apuntar que ambos puntos de vista limitan al menos considerablemente la figura jurídica de la culpa consciente: si el autor

²⁰⁸ Luzón, *Lecciones*, 240. Rodríguez, *Delitos de peligro*, 159-160.

²⁰⁹ Ebert, *Derecho Penal*, 74.

reconoce la posibilidad/probabilidad de producción de un resultado, sea este de un resultado de lesión o puesta en peligro, entonces tampoco la confianza en un buen desenlace lo puede preservar de una punibilidad por dolo.

En tal sentido, según la teoría del riesgo, la conducta típica que constituye el objeto del dolo es un comportamiento de riesgo no permitido; de allí que el dolo (condicionado) está dado cuando el autor tenga conocimiento del riesgo permitido²¹⁰.

4.7.3 Tratamientos del error del tipo

Se exige en la tipicidad que los hechos realicen todos los elementos del tipo objetivo y que el autor represente los elementos, cuando esto se produce la tipicidad se da plenamente, es decir, el sujeto en primer momento debe conocer todos los elementos del tipo, sin que adquiera un conocimiento preciso y exhaustivo, tal cual como el de los juristas, simplemente basta con que el sujeto tenga una “valoración paralela en la esfera del profano²¹¹”.

De tal forma que cuando la representación subjetiva que del tipo objetivo hace el sujeto se queda corta, se habrá producido un error sobre el tipo. Error que supone el desconocimiento o el conocimiento equivocado sobre un objeto o sobre la norma. Esto supone una labor intelectual en la que la realidad no coincide con lo imaginado por la persona. La estructura típica del delito de contaminación ambiental es propicia para la aparición de la figura del error al

²¹⁰ *Ibíd.*

²¹¹ Santiago Mir Puig, “Conocimiento y voluntad en el dolo”, *Elementos subjetivos de los tipos penales*, CuaDJ, 33 (1994): 15, para él esto significa que: “1) basta que el ciudadano no experto conozca el significado que posee el elemento normativo al nivel del profano, es decir, del no especialista; 2) debe concretarse todavía más, acudiendo al mismo nivel social en que se halla el autor”.

encontrarse configurado a través de un amplio elenco de elementos de carácter descriptivos²¹² y normativos²¹³. Por lo que se considera necesario hacer una breve referencia al tratamiento jurídico-penal de los supuestos de error sobre los elementos del tipo. De los elementos descriptivos, se puede afirmar que cuando el sujeto yerra, se equivoca o ignora los elementos de esta clase, no parece haber mayor problema, la doctrina mayoritaria²¹⁴ considera que se tratará generalmente como error de tipo.

No sucede lo mismo cuando el error recae sobre el significado normativo de los elementos jurídicos presentes en la parte objetiva del tipo que remiten a la amplia y difusa legislación administrativa²¹⁵, donde el tratamiento como error de tipo o de prohibición presenta unas fronteras escasamente delimitadas.

4.7.3.1 Supuestos de error sobre autorizaciones administrativas

En el desarrollo del presente trabajo se ha señalado la remisión que el derecho penal hace a normativas de carácter administrativa y que la misma tiene la finalidad de determinar si es permitido o no otorgar autorizaciones o licencias que linden con la conducta de vulnerar el bien jurídico Medio Ambiente y que el mismo no pase de la frontera que determina la legislación Penal y sólo en

²¹² En opinión, de López Barja, *Tratado*, 501. “son aquellos que describen una realidad natural que es aprehensible con los sentidos”.

²¹³ Sobre este punto véase Diego Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig, *Cuestiones actuales de la teoría del delito* (España: McGraw-Hill, 1999), 68 y ss. Se refieren que “es frecuente distinguir elementos normativos en sentido estricto de otros similares o normativos en sentido amplio, entre otros, las remisiones normativas de las leyes penales en blanco”.

²¹⁴ Mir, *Derecho Penal*, 279. Afirma que la terminología error de tipo ha sustituido en la doctrina actual la anteriormente empleada de error de hecho; Para ampliar este tópico véase Muñoz y García, *Derecho Penal. Parte General*, 275, señalan: “el error de tipo, igual que el elemento intelectual del dolo, debe referirse, por tanto, a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva o normativa”.

²¹⁵ Joan Queralt Jiménez, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 5º edición (Barcelona: Atelier, 2008), 874.

el supuesto de que se infrinja la autorización de la autoridad intervendrá el Derecho Penal. Dicho lo anterior el tema toma relevancia cuando al centrarse en aquellos supuestos en los que el denominador es la obtención de una autorización por medio apegados a derecho y al estudiar la conducta encaja con el tipo penal descrito en el artículo doscientos cincuenta y cinco del código penal.

Normalmente se tratará de supuestos en los que la Administración ha concedido una autorización válida en su forma, pero materialmente defectuosa, lo que determina la infracción de la normativa general protectora del ambiente.²¹⁶

Por ende es necesario determinar si la actividad sometida a autorización va resultar peligrosa o lesiva al bien jurídico tutelado, si este supuesto se cumple se debe de negar la licencia o autorización por parte de la autoridad administrativa que la otorga, pero se tiene el supuesto de que si no lo es, y a pesar de la licencia y autorización, dicha conducta resulta lesiva o peligrosa penalmente relevante, se está ante un supuesto en el derecho administrativo no ha cumplido su labor y debe intervenir el derecho penal como ultima ratio. Sobre este tema hay un sector de la doctrina²¹⁷ que se apega a la idea que los supuestos de tipificación o conductas que describen los delitos que

²¹⁶ Fernando Navarro Cardozo y Francisco Úbeda Tarajano, *Estudios de derecho ambiental, libro homenajeado al profesor Josep Miguel Prats Canut*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 1063.

²¹⁷ María del Carmen Gómez Rivero, *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Especial referencia a la responsabilidad del funcionario concedente* 3º ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 52 y ss., quien admite la aplicabilidad de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho al particular que actúe de buena fe al amparo de una autorización susceptible de ser anulada entendiendo que estas “podrían considerarse legítimas a los solos efectos de apreciar la eximente, en tanto que si el vicio no es tan grave como para negar con efectos retroactivos la legitimidad del acto, tampoco debe serlo para excluir la justificación de la conducta del particular que actuó amparado en aquél”.

transgredan el medio ambiente podrían quedar justificadas por el ejercicio legítimo de un derecho en el caso que el sujeto ostente una autorización administrativa nula o anulable pero que ha sido obtenida lícitamente.

Desde otra perspectiva, siguiendo la idea de: De La Mata Barranco, es necesario determinar, en primer lugar, si la actividad sometida a autorización va a resultar peligrosa o lesiva para el bien jurídico, debiendo negarse la autorización en tal caso; si no lo es y, a pesar de la autorización, la actividad causa lesión o peligro penalmente relevante, esto conlleva un supuesto en el que la norma administrativa habilitante no ha cumplido su función y dado que el juez penal posee capacidad de revisión de la actuación administrativa se estaría ante la contradicción de que la aparición del derecho subjetivo no se derivaría de la norma administrativa, sino de la decisión del juez penal sobre la relevancia de la autorización o no de cara a la exclusión de responsabilidad penal, de ahí que no puede ser considerada fuente de derecho, es decir, no puede ser invocada por el sujeto como la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho.

Así como éste hay otros posicionamientos de doctrinarios que generan aportes respecto a casos cuando habiendo una autorización administrativa válida, obtenida lícitamente se desconoce que su actuar no está permitido por el Derecho, consideran en este caso que el sujeto se puede amparar en un error de prohibición o error de derecho; también respecto a casos donde el sujeto ostenta una autorización administrativa ilícita, pero formalmente válida, es decir, haciendo uso apropiado de la misma pero obtenida no por el medio legalmente establecido, puede producirse para el particular una apariencia de legalidad, por lo que faltaría el conocimiento de un elemento del tipo (contravención de las disposiciones legales a cuyo amparo la autorización haya sido concedida), lo que permite apreciar un error de tipo.

Es decir, en este supuesto en particular el otorgamiento de una autorización administrativa ilícita, pero formalmente válida, ha de llevar al sujeto a creer que no está infringiendo disposiciones generales protectoras del medio ambiente²¹⁸, de esta manera, si esta ignorancia se considera como error de tipo no hay razón para considerar el desconocimiento de la ilicitud como error de prohibición como ya se había establecido.

4.8 Prueba en el Delito de Contaminación Ambiental

La designación del delito ecológico como un delito de peligro y el debate sobre si se trata de un delito de peligro concreto, abstracto o de peligro hipotético repercute directamente en el sistema probatorio. Si se conceptualiza el delito ecológico como delito de peligro concreto, deberá probarse, para que la conducta sea punible, que unos concretos bienes jurídicos han sido amenazados. En otras palabras, que se ha puesto en peligro concreto el equilibrio de unos sistemas naturales determinados.

En cambio, si se considera que el delito ecológico es un delito de peligro abstracto, no se requerirá, para que tenga lugar la antijuridicidad penal, que el peligro inherente a la comisión del delito haya realmente amenazado a bienes jurídicos concretos, dignos de protección penal. Y, si se fundamenta bajo la técnica de los delitos de peligro hipotético solamente requerirá la prueba de la idoneidad o capacidad lesiva de la conducta típica, la parte acusadora deberá únicamente arrimar elementos probatorios que demuestren la idoneidad de la conducta para poner en peligro el bien jurídico tutelado.

²¹⁸ Silva y Fernández, *Los delitos*, 125-126; Mendo, *El delito ecológico*, 153, quien señala: “la ilicitud de la autorización consiste precisamente en la contravención de las leyes protectoras del medio ambiente por lo que quien desconoce aquella (la ilicitud) ignora ésta (la contravención)”.

4.8.1 Consideraciones Preliminares

En el tipo penal de contaminación, los elementos probatorios deben ir concentrados o dirigidos a establecer el peligro en que se ha puesto a los bienes jurídicos protegidos, como son la salud, la calidad de vida de las personas o el equilibrio de los ecosistemas y todos sus elementos bióticos y abióticos del medio ambiente.

La cuestión de la prueba de la causalidad es asimismo compleja en materia de delitos ecológicos tanto cuanto a la relación del daño con el tiempo y el espacio. En efecto, en muchos casos el perjuicio no sobreviene inmediatamente y sin embargo la conducta es penalmente sancionada pues puede comprometer al derecho de generaciones futuras, del mismo modo una polución puede no constatarse a proximidades de la fuente contaminante sino a varios kilómetros de allí (por ejemplo: en los ríos o en la atmosfera).

Por otra parte, debe señalarse que para muchos sistemas jurídicos no es necesario probar la causalidad ya que como lo nota una sentencia de la Sala Segunda de 29 de enero de 2007 del Tribunal Supremo español, el delito ecológico, como tipo de peligro, no requiere la comprobación de la causalidad del daño, sino el carácter peligroso del vertido, es decir un pronóstico de causalidad.

Desde esta perspectiva lo único que se requiere es establecer si el vertido tiene la aptitud para generar tales peligros y la tipicidad será de apreciar inclusive cuando el vertido pueda caer sobre zonas ya contaminadas, dado que la finalidad del tipo penal no es sólo evitar contaminación, sino también impedir el incremento de la ya existente, pues esto contribuiría a dificultar la reparación del daño ya causado.

La complejidad de la materia ambiental hace necesario el auxilio de peritos (ingenieros, químicos, geólogos, etc.) en el proceso, capaces de aportarle al juez los elementos necesarios para determinar la responsabilidad. Los informes procedentes de organismos públicos constituyen una prueba pericial privilegiada debido a las garantías técnicas de seriedad y objetividad que dichos organismos otorgan.

La prueba documental goce también de un importante valor probatorio ya que en muchos casos la ley obliga a las empresas a llevar registros de vertidos, emisiones o inclusive transporte de sustancias peligrosas. No sólo los documentos escritos tienen el valor de prueba documental sino también los videos, informaciones informatizadas, etc. Los testigos pueden ser un importante medio de prueba tratándose en particular de empleados de empresas capaces de informar técnicamente sobre determinados comportamientos de la dirección.

En ese orden de ideas se presenta a continuación una lista de actividades probatorias que se pueden seguir, a fin de concretar el elemento probatorio que permita construir cualquiera de los tipos penales en comento:

Actividades Probatorias

<i>Evidencia o Prueba Pericial</i>	Prueba Testimonial	Otras evidencias o pruebas documentales o periciales comunes:
<i>Contaminación en Agua:</i>	Testigos directos de	1. Si se visualiza daños en la salud de los

<p>1. Toma de muestras hidrobiológicas a efecto de determinar la contaminación microbiológica, física química, orgánica o inorgánica; metales pesados u otras; sustancias químicas simples o compuestas, a fin de determinar si están fuera de la normativa nacional o internacionales de referencia, tales como las GUIAS OMS.</p>	<p>referencias, testigos especiales.</p>	<p>habitantes como consecuencia de la contaminación, solicitar al Ministerio de Salud, estudio epidemiológico en los habitantes que circundan el o los lugares contaminados.</p>
<p>2. Inventario de los cuerpos de agua (superficiales y subterráneos) existentes en la zona contaminada a efecto de muestrearlos para validar la existencia de contaminante.</p>	<p>2. Estudio médico forense del estado de salud de los habitantes de la zona contaminada.</p>	<p>2. Estudio médico forense del estado de salud de los habitantes de la zona contaminada.</p>
<p>3. Establecer la pluma de contaminación mediante diversos modelos de dispersión en el agua.</p>	<p>3. Secuestro de expedientes clínicos que servirán para los análisis forenses en el caso existan personas dañadas en su salud como consecuencia de la contaminación.</p>	<p>3. Secuestro de expedientes clínicos que servirán para los análisis forenses en el caso existan personas dañadas en su salud como consecuencia de la contaminación.</p>
<p>Contaminación en atmosfera (aire)</p>	<p>4. Ubicación topográfica o GPS del lugar de la contaminación.</p>	<p>4. Ubicación topográfica o GPS del lugar de la contaminación.</p>
<p>1. Modelaje de dispersión, a fin de establecer el comportamiento del contaminante en aire (particulado,</p>	<p>5. Certificación de constitución de sociedad, y de su</p>	<p>5. Certificación de constitución de sociedad, y de su</p>

gases, vapores) y delimitar la pluma de contaminación y forma de dispersión.

2. Toma de muestras de particulado en aire, y análisis de estas, a efecto de determinar tipo de contaminante o particulado.

3. Toma de muestra de biota, a fin de determinar particulado recibido.

4. Medición de contaminación sónica, con equipo tales como el sonómetro.

Contaminación en Suelo

1. Toma de muestra y análisis de suelo, para determinar tipo de contaminación (microbiológica, físico química, metales pesados, orgánica, inorgánica, etc., para establecer valores de la contaminación.

2. Establecer la pluma de contaminación mediante diversos

representación legal, del Registro de Comercio.

6. Credenciales de Junta Directiva.

7. Secuestro de libro de junta general de accionistas.

8. Solicitud al MARN para verificar que la sociedad tiene permiso ambiental o no para la realización la actividad, obra o proyecto.

9. Certificación de estudio de impacto ambiental o diagnóstico ambiental.

10. Certificación del informe de las auditorías ambientales realizadas, la actividad, obra o proyecto.

11. Informe del ISSS, Ministerio de Trabajo y Ministerio de Salud, por medio de la unidad de salud del lugar donde

modelos de dispersión de contaminación en suelo.

	opera la actividad, obra o proyecto investigado, sobre si éste cuenta con el permiso de funcionamiento sanitario. 12. Estudios de línea base ambiental, ecológicas o biológicas, hechas con anterioridad, por investigadores.
--	--

Tomado del Manual de Investigación de los Delitos Ambientales²¹⁹

4.8.1.1 Concepto de Prueba

En general, se puede definir como todo dato objetivo que, obtenido, ingresado y producido lícitamente en el proceso, sirve para la verificación o refutación de las afirmaciones o proposiciones fácticas que las partes formulan en juicio²²⁰

En sentido amplio Cafferata Nores²²¹ entiende que prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis una afirmación precedente. Así mismo, Vivas Ussher, para quien *“la prueba es aquello que verifica o refuta la tesis jurisdiccional que cada una de las partes en juicio propone al tribunal que elabora la verdad*

²¹⁹ USAID, *Manual de Investigación de los Delitos Ambientales* (El Salvador: Programa de USAID de excelencia ambiental y laboral para CAFTA-DR, 2010), 27 y 28.

²²⁰ Reinaldo González, *Prueba indiciaria. Fundamentos para una formulación teórica en materia criminal* (El Salvador: Aequus Editorial, 2015), 26.

²²¹ José Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, 3ª edición (Buenos Aires: Depalma, 1998), 3.

procesal fáctica y la verdad procesal jurídica que se plasma en la sentencia como síntesis jurisdiccional²²²

La prueba debe entenderse desde esa perspectiva como los elementos introducidos al proceso y que le informan al Juez sobre la existencia o inexistencia, de los hechos que confirman la existencia del delito, así como la participación del procesado y sobre el cual el juez debe de decidir. Es así como se establece el objeto de la prueba, y se dice que las pruebas tienen como finalidad llevar al conocimiento del juez o tribunal, los hechos y circunstancias objeto del juicio, especialmente lo relativo a la responsabilidad penal y civil derivada de los mismos.

En consecuencia, la prueba sirve para la verificación o refutación de las proposiciones fácticas que las personas formulan. De esta manera, cuando el juez afirma que está probada la proposición “x”, emite un enunciado descriptivo referente a que existen en el expediente judicial elementos de convicción (datos objetivos) suficientes a favor de la proposición “x”, es decir, afirma que tiene razones epistémicas para aceptar dicha proposición o, lo que es lo mismo, que la aceptación de “x” está justificada²²³

4.8.2 Inversión de la carga de la prueba para establecer la responsabilidad ambiental

En razón a la dificultad para determinar la responsabilidad ambiental ha provocado que en algunos Estados se regulen ciertas presunciones legales basadas en la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del sujeto que ha

²²² Gustavo Vivas Ussher, *Manual de Derecho Procesal Penal*, volumen II, 2° ed. (Córdoba: Alveroni Ediciones, 1999), 16.

²²³ González, *Prueba indiciaria*, 29.

realizado la actividad contaminante, siendo en ese sentido, responsabilidad de quien realiza la actividad riesgosa desmeritar los hechos que se le imputan, a al sujeto al que se le imputa la acción contaminante le corresponde comprobar su inocencia.

Esto ocurre por la ventaja que le acarrea al agente contaminante, de poseer mayor conocimiento en cuanto a las posibles consecuencias de las acciones producidas por sus actividades.

Es necesario partir de un conjunto de presunciones directas e indirectas de la causalidad para poder determinar quién es el agente contaminador, modificando las reglas generales de la carga de la prueba; es por tanto que el sujeto activo del tipo penal es el llamado a demostrar la inexistencia de la relación de causalidad entre su actividad y el daño.

Hoffman, citado por Mosset Iturraspe²²⁴ dice que es el propio agente el que tiene que demostrar que no hubo relación de causalidad entre su actividad en la instalación y el daño acaecido. En ese sentido la víctima solo se beneficiará de la presunción, o lo que es lo mismo trasladará la carga de la prueba al demandado, si evidencia la aptitud de la instalación para producir el daño.

Autores como Parra Lucan²²⁵ y Sergio Casas²²⁶ señalan que la inversión de la carga de la prueba al actor de la conducta descrita es indispensable, pues debido a la desventaja económica frente a los empresarios que tienen todos

²²⁴ Mosset Iturraspe, *El daño ambiental en el Derecho Privado, Parte General, Tomo I*, 2° ed. (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1998), 111.

²²⁵ María Ángeles Parra Lucan, *La responsabilidad por daños de productos*, 3° ed. (Barcelona: Bosch, 1994), 251.

²²⁶ Sergio Casas, *Responsabilidad por daños al medio ambiente. Lecturas sobre el derecho al medio ambiente*, Tomo III (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002), 157.

los medios para defenderse, el sujeto lesionado por tal actividad se encontraría en una situación extremadamente desfavorable debido que no podría hacer frente a los considerables costes de los expertos científicos para probar la imputación atribuida al sujeto contaminante.

4.8.3 Dificultades probatorias en el delito de Contaminación Ambiental

En los casos de responsabilidad ambiental, la prueba del daño o puesta peligro del bien jurídico protegido se convierte en un problema con marcadas singularidades. Resulta sumamente complejo establecer la relación de causa y efecto entre la actividad expandida y el daño acaecido ese es el gran inconveniente que experimenta la responsabilidad, pero lo es aún más cuando el daño es causado al medio natural.

La española Leñero Bohórquez, expone que la: “prueba del nexo causal en los daños ambientales constituye por lo general una autentica prueba diabólica. Así se ha puesto de manifiesto como esta tarea se ve dificultada por circunstancias tales como, la frecuente pluralidad de agentes contaminantes, la eventual lejanía entre la ubicación del agente lesivo y el lugar de producción de los efectos, la manifestación diferida en el tiempo de los daños o del real alcance de los mismos”²²⁷

Por cuanto, es evidente el cambio legislativo a la hora de regular de la actividad probatoria, desde el punto de vista de la doctrina y de la jurisprudencia, de forma cada vez más frecuente, acuerdan sobre la insuficiencia de los criterios

²²⁷ Rosario Leñero Bohórquez, “La relación de causalidad en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por daños ambientales” *Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n. 3 (1999) Universidad de Sevilla, disponible en www.cica.ess/aliens/gimadus

de causalidad generales para solucionar el problema presentado por los daños ambientales en particular. Como consecuencia, se puede percibir, por ambas partes, una flexibilización del requisito de la causalidad. Cada vez más a menudo se pretenden dulcificar el requisito de la causalidad, proponiendo alternativas como la presunción del nexo causal o la inversión de la carga de la prueba.

En tal sentido, se vuelve de gran trascendencia, cuestionarse sobre la necesidad de abordar el tema de la responsabilidad sobre los daños medio ambientales adoptando nuevas técnicas legislativas, modificando el sistema de imputación de la responsabilidad que disminuya la dificultad probatoria que hasta este momento no se ha podido solucionar.

La utilización de la técnica legislativa de los delitos de peligro concreto plantea que “Se trata de delitos de resultado, donde éste consiste básicamente en la producción de una situación de peligro para el bien jurídico protegido que ha de ser constatado por el juez en el caso concreto²²⁸, es decir, el juicio de peligrosidad le corresponde realizarlo al juez.

En ese orden de ideas, resulta insuficiente la configuración como delitos de peligro concreto, primero porque los efectos dañinos de una conducta para este bien pueden tardar años en detectarse y segundo, la discrecionalidad del juez es reducida, ya que la ley describe taxativamente cuáles son los comportamientos punibles como generadores de peligro y no se le exigen a aquel conocimientos técnicos, es decir, la labor del juez por una parte, evitaría que se pudiese llegar al absurdo de considerar cualquier conducta como realizadora del tipo o, por otro lado, permitir conductas que no se adecuen al

²²⁸ De la Cuesta, *Causalidad de los Delitos*, 113 y 114.

tipo penal descrito en la norma. El hecho que el daño no se manifieste instantáneamente sino pasado un lapso puede plantear, en definitiva, las dificultades para probar el nexo causal. Estos daños no siempre se exteriorizan de manera inmediata; sus efectos nocivos pueden llegar a presentarse en un lento y progresivo espacio de tiempo²²⁹.

4.9 Responsabilidad derivada del Delito de Contaminación Ambiental

Al abordar el tema de la responsabilidad ambiental es preciso atender al sujeto del delito, respecto del cual, la doctrina hace referencia a las personas participantes en su consumación y es acorde en considerar que, ante la presencia de un delito, generalmente se encontrará a un sujeto activo desplegando un comportamiento dañino o peligroso para los intereses de la sociedad, en cuanto ponga en peligro el bien jurídico medio ambiente y un sujeto pasivo, entendido como la persona receptora del daño dirigido por el sujeto activo.

El modo de imputar no tiene siempre la misma fundamentación, unas veces el derecho exige una íntima vinculación entre el sujeto y su hecho, de modo que no existe responsabilidad sino cuando el hecho está arraigado en lo más íntimo en la personalidad del sujeto: en su pensamiento y en su voluntad; otras veces le basta al Derecho una mera atribución física y exige la responsabilidad con absoluta prescindencia de las intenciones, pensamientos o voliciones del sujeto.

En el ámbito de la responsabilidad ambiental, la exigencia de diligencia por los agentes económicos en el desarrollo de una actividad potencialmente dañina

²²⁹Casas, Responsabilidad, 156 y 157.

para el medio ambiente, no se agota con el cumplimiento de los reglamentos ordinarios o las condiciones que, en su caso, hubiera impuesto una autorización administrativa preceptiva para el desarrollo de la actividad. Precisamente el hecho de haberse originado un daño constituye un síntoma de su insuficiencia o ineficacia, y por ello no podrá eximirse el sujeto o empresa de la responsabilidad que le corresponda.

4.9.1 Definición General de Responsabilidad Ambiental

Para definir la responsabilidad ambiental se debe analizar el significado de la palabra *responsabilidad*, la cual se puede definir como la obligación de reparar o satisfacer por uno mismo o por otro la pérdida causada o el daño causado. La palabra responsabilidad etimológicamente deviene del latín “*responderé*” que significa estar obligado²³⁰.

Se pueden definir entonces la responsabilidad ambiental como la imputabilidad de una valoración positiva o negativa por el impacto ecológico de una decisión, se refiere generalmente al daño causado a otras especies, a la naturaleza en su conjunto o a las futuras generaciones, por las acciones o las no- acciones de una persona natural o jurídica.

La idea de internalización de costos ambientales sobre todo en cabeza del generador degradante del ambiente se da conforme al principio 16 en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, ONU, 1992: “las autoridades nacionales deberían procurar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el

²³⁰ Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual, Tomo I* (Buenos Aires: Heliastra, 1989), 499.

criterio de que el que contamina debería, en principio, cargar los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

En ese sentido, adquiere relevancia el principio “quien contamina paga”, adoptado ya por la Conferencia de la ONU sobre Ambiente Humano de 1972, Estocolmo, Suecia. Esto es, hacer soportar a los responsables de la contaminación o degradación, las erogaciones necesarias para prevenir o corregir el deterioro ambiental, tratándose de costos sociales, que antes no se incluían en los cálculos costos-beneficios. O sea, dicho de otra manera, más adecuada, quien crea el riesgo al ambiente es el que deba resarcir, sin perjuicio de que en forma concurrente y complementaria pueda aceptarse como otro factor de atribución objetivo la “*solidaridad*”.

4.9.2 Responsabilidad Administrativa

La Constitución de la República otorga a la administración pública las potestades administrativas con el fin de proteger el medio ambiente y ejecutar los mecanismos de gestión ambiental pertinentes²³¹. Pese a que la naturaleza del Derecho Ambiental es *preventiva*, esto no significa que el ordenamiento jurídico no otorgue a la administración potestades para imponer sanciones administrativas cuando un particular o un funcionario haya infringido la norma ambiental²³².

Doctrinariamente se suele distinguir entre ilícitos penales (delitos) e ilícitos administrativos (infracciones), con base en el siguiente criterio: en los

²³¹ Mejía, *Responsabilidad por daños*, 177.

²³² *Ibíd.*, 177-178.

primeros, el contenido material del injusto se encuentra en la lesión de un bien jurídico protegido; en la segunda, en cambio, se trata de la violación del deber de obediencia o colaboración por parte de los particulares con la administración pública²³³. De la comisión de ilícitos ambientales de naturaleza administrativa se deriva la responsabilidad, denominada responsabilidad administrativa por el daño ambiental; no es estrictamente necesaria la generación de un daño material para que se incurra en este tipo de responsabilidad. La sola violación de un mandato u orden administrativa genera un daño, que es el daño al orden jurídico o institucional.

El art. 85 de LMA regula la responsabilidad generada por contaminación y daños al medio ambiente al establecer que: *“quien, por acción u omisión, realice emisiones, vertimientos, disposición o descarga de sustancias o desechos que puedan afectar la salud humana, ponga en riesgo o causare un daño al medio ambiente, o afectare los procesos ecológicos esenciales o la calidad de vida de la población, será responsable del hecho cometido o la omisión, y estará obligado a restaurar el medio ambiente o ecosistema afectado”*.

Además, manifiesta que *“en caso de ser imposible esta restauración, indemnizará al Estado y a los particulares por los daños y perjuicios causados”*

4.9.2.1 Definición de Responsabilidad Administrativa

El Derecho administrativo, tiene como finalidad, satisfacer las necesidades generales del conglomerado, cuando la autoridad facultada detecta la

²³³ Alma Berenice Díaz Blanco et al, “Efectividad de la Legislación Ambiental en cuanto a la determinación de responsabilidad ambiental para los generadores de residuos peligrosos de carácter tóxico” (Tesis de Grado: Universidad de El Salvador, 2016), 81.

comisión de un hecho como contravención pero que al mismo tiempo reúna los elementos de un tipo delictivo, procederá a imponer la multa y de más medidas que procedan y de esta forma mostrar la política ambiental del Estado. La responsabilidad administrativa ambiental se constituye por aquellas consecuencias jurídicas que recaen sobre las personas naturales y jurídicas por la infracción de las normas o disposiciones legales en materia ambiental.

En aras de dar cumplimiento al principio quien contamina paga y determinar por tanto la responsabilidad administrativa compete al Derecho Administrativo Sancionador asumir tal rol. En ese orden de ideas, el objetivo del derecho Administrativo Sancionador es “la prevención de las conductas que ponen en peligro o lesionan los bienes jurídicos, para lo cual se da un paso atrás y se lleva más allá la prevención.

Así, en el Derecho Administrativo se sancionan las conductas menos graves, que ponen en riesgo el respectivo bien jurídico, en el Derecho Penal se sancionan las conductas que dañan o afectan de una manera más gravosa el mismo bien jurídico, se activa el aparataje penal cuando se sobrepasan los límites de contaminación ambiental permitidos en las leyes y reglamentos respectivos.

De lo que se colige que el Derecho Administrativo tiene una competencia anterior que el Derecho Penal, correspondiéndole a aquél una misión preventiva y disuasoria de la conducta del sujeto, pues de persistir en su actuación tendría que rendir cuentas no ya ante una autoridad administrativa, sino también ante la justicia penal”²³⁴

²³⁴ Ángeles De Palma del Teso, *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Tecnos, 1996), 78.

En consecuencia, la responsabilidad administrativa ambiental es aquella que se deriva de la infracción de la norma ambiental administrativa, sus normas complementarias y su reglamentación, se concreta en la aplicación de una sanción administrativa por la acción u omisión infractora, y de ella nace la obligación de reparar la agresión ocasionada, aplicar las medidas de prevención y mitigación, y asumir los costos correspondientes que ha generado el daño o puesta en peligro del medio ambiente.

4.9.2.2 Elementos de la Responsabilidad Administrativa Ambiental

La aplicación de la ley de medio ambiente busca la prevención al deterioro del bien jurídico medio ambiental, para la reparación de las políticas de conservación, de defensa y mejoramiento del ambiente, que incluye, además de la administración del ambiente, las obligaciones de prevención auxilio y asistencia en un determinado caso.

En el campo del derecho administrativo ambiental, el Estado ha hecho uso de los mecanismos legislativos de protección directa. Creando un sistema de responsabilidad ambiental que contiene los siguientes elementos: *a. Protección a la víctima; b. Protección del ambiente; c. Debida imputación de los costos de reparación de los daños; d. Garantizar la solvencia del responsable y, e. Obligar al explotador a autorregulación adecuada.*

Cabe resaltar que la protección del ambiente tiene por fin inmediato no sólo el cuidado de la naturaleza en sí misma, sino el cuidado del hombre y de su calidad de vida, por medio de la satisfacción de sus necesidades vitales. Se dice que una de las ocupaciones primordiales del Estado es cumplir con su obligación de tomar las medidas necesarias y oportunas para la preservación del medio ambiente, proteger al entorno y a las especies vivientes de cualquier

tipo de alteración perjudicial al ambiente. La o las víctimas tienen derecho a obtener la reparación mediante la recomposición *in natura* o mediante una indemnización por los perjuicios en los casos de los daños producidos, cuando la reparación en especie no es posible. Ese derecho se basa en el sometimiento pleno de la administración a la ley y en el derecho del particular a una tutela judicial efectiva.

Este tipo de responsabilidad está sujeta al régimen de Derecho Público, dado que la LMA otorga facultades a la administración ambiental, para establecer los daños correspondientes en sede administrativa. Al respecto en el Art. 83, en relación con el Artículo 96, que el MARN condenará al infractor a la reparación de los daños causados al medio ambiente, además de garantizar que dicha reparación se efectiva y quede satisfecha a plenitud.

4.9.2.3 Infracciones Ambientales

Las infracciones que se realizan contra el bien jurídico tutelado medio ambiente constituyen acciones u omisiones que pueden ser realizadas por personas naturales y jurídicas, incluyendo el Estado se clasifican en menos graves y graves, tomando en cuenta el daño causando en detrimento al bien jurídico protegido, siendo este, el Medio Ambiente; a los Recursos Naturales o la salud humana.

La determinación de un hecho como infracción menos graves y graves dependerá, en muchos casos, del riesgo que dicho hecho suponga para el medio ambiente que se trata de proteger. Por lo tanto, si se quiere hacer una valoración jurídica ajustada se habrá de contar con la ayuda imprescindible de técnicos competentes que puedan informar sobre el tipo de riesgo que el hecho concreto supone para el medio ambiente en cuestión.

En los Arts. 86 y 87 de la Ley del Medio Ambiente, se clasifican las infracciones en: Menos Graves: a. No rendir, en los términos y plazos estipulados, las fianzas que establece la LMA; b. La negativa del concesionario para el uso o aprovechamiento de recursos naturales a prevenir, corregir o compensar los impactos ambientales negativos que produce la actividad bajo concesión dentro de los plazos y términos que para tal efecto haya sido fijados, tomando en cuenta los niveles de los impactos producidos; c. Emitir contaminantes que violen los niveles permisibles establecidos reglamentariamente; d. Omitir dar aviso oportuno a la autoridad competente, sobre derrame de sustancias, productos, residuos o desechos peligrosos, o contaminantes, que pongan en peligro la vida e integridad humana; y e. No cumplir con las demás obligaciones que impone la LMA.

Graves: a. Iniciar actividades, obras o proyectos sin haber obtenido el permiso ambiental correspondiente; b. Suministrar datos falsos en los estudios de impacto ambiental, diagnósticos ambientales y cualquier otra información que tenga por finalidad la obtención del permiso ambiental; c. Incumplir las obligaciones contenidas en el permiso ambiental; d. Autorizar actividades, obras, proyectos o concesiones, que por ley requieran permiso ambiental, sin haber sido éste otorgado por el Ministerio; e. Otorgar permisos ambientales, a sabiendas de que el proponente de la actividad, obra, proyecto o concesión no ha cumplido con los requisitos legales para ello.

Por otra parte, f. Violar las normas técnicas de calidad ambiental y de aprovechamiento racional y sostenible del recurso; g. Impedir u obstaculizar la investigación de los empleados debidamente identificados, pertenecientes al Ministerio u otra autoridad legalmente facultada para ello, o no prestarles la colaboración necesaria para realizar inspecciones o auditorías ambientales en las actividades, plantas, obras o proyectos.

A la hora de determinar el régimen sancionador se debe guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente, entre otros, el criterio de la naturaleza de los perjuicios causados.

4.9.2.3.1 Sanciones

El derecho administrativo sancionador es una manifestación de la potestad punitiva del Estado que surge a partir del incumplimiento por parte del administrado para con determinados deberes u obligaciones determinados con anterioridad por el mismo ordenamiento jurídico. Es importante señalar que a raíz de las prerrogativas con que cuenta la Administración, ésta puede ejecutar sus propios actos sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional, aún en contra de la voluntad del destinatario, quedando supeditada a ejecutar los actos administrativos que al menos gocen de validez y eficacia.

El Derecho Administrativo sancionador ambiental juega un papel disuasivo en el ámbito de la prevención ambiental²³⁵. Las leyes administrativas pueden otorgar a la administración un margen de discrecionalidad para graduar las sanciones conforme a la gravedad de los hechos y circunstancias, situación que es muy proclive en materia administrativa ambiental ya que en la mayoría de las Leyes clasifica a las sanciones administrativas en “graves, menos graves y otros casos hasta leves”.

En efecto, lo que se prohíbe es que las infracciones administrativas tengan una formulación abierta y amplia que puedan conducir al funcionario a aplicar la sanción administrativa con exceso y arbitrariedad.

²³⁵ Mejía, *Responsabilidad por daños*, 211.

Para definir la sanción administrativa, existen dos vertientes doctrinales, a saber: La primera que la caracteriza “*como un mal infligido por la administración hacia el administrado como consecuencia de una conducta ilegal*”²³⁶. Mientras la segunda, la define como “*un acto de gravamen*” que disminuye la esfera jurídica de una persona, sea consistiendo en una restricción o suspensión de determinados derechos o bienes jurídicos, sea imponiendo un deber económico al responsable de la infracción²³⁷.

Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional²³⁸ y de la Sala de lo Contencioso Administrativo²³⁹ realizan una definición unánime de sanción administrativa: “es un acto de gravamen, a través del cual se afecta negativamente la esfera jurídica de los particulares, ya sea mediante la privación de un derecho o de una determinada actividad, o mediante la imposición de un deber antes inexistente”.

Quiere decir que, para que la administración imponga una sanción administrativa el hecho debe constituir una infracción donde restrinja o limite algún derecho o imponga una suma pecuniaria prevista en el ordenamiento jurídico administrativo²⁴⁰.

Para que se aplique una sanción administrativa a una persona natural o jurídica, deberá existir previamente una infracción administrativa, esto es, la realización voluntaria y culpable de una conducta positivamente descrita por

²³⁶ Eduardo García de Enterría y Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 2 volúmenes, 5ª edición (Madrid: Civitas, 1998), 163.

²³⁷ José Suay Rincón, *Sanciones administrativas* (Madrid: Publicaciones del Real Colegio de España, 2002), 221.

²³⁸ Sentencia de Amparo, referencia: 130-P-2002 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2005)

²³⁹ Sentencia Definitiva, referencia: 183-A-2000 (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2002).

²⁴⁰ Mejía, *Responsabilidad por daños*, 212.

la norma ambiental, como contraria al ordenamiento jurídico, conducta que puede consistir, pero no en el incumpliendo previo de un deber ya establecido. Así, puede hablarse en primer lugar de la multa, que constituye la sanción por excelencia, y la que más comúnmente se aplica en la práctica. A parte de la multa, otros tipos generales de sanciones que resultan comunes en las normas ambientales estudiadas son la retirada temporal o definitiva de la autorización correspondiente, la paralización total o parcial, temporal o definitiva, de la actividad, y el cierre total o parcial, temporal o definitivo, de las instalaciones.

No es despreciable tampoco la sanción consistente en la población de las demás sanciones que se hayan impuesto, con los nombres y apellidos o denominación o razón social de las personas físicas o jurídicas infractoras.

El sujeto activo tiene el deber legal de restablecer el medio ambiente o ecosistema, a la situación anterior al hecho, que lo contaminó, deterioró o destruyó, cuando sea posible, o en dar una compensación a la sociedad en su conjunto, que sustituya de la forma más adecuada y equitativa el daño, además de indemnizar a particulares por perjuicios conexos con el daño ambiental, según corresponda.

4.9.2.3.1.1 Tipos de Sanciones Administrativas

La valoración del daño en términos económicos acarrea siempre el problema de otorgar valor a bienes que por lo general son públicos y carecen de valor de mercado, de igual forma, existen problemas para fijar las bases y parámetros por los cuales fijar el valor de las indemnizaciones.

Es necesario establecer que, en las sanciones ambientales, para los efectos que produce la infracción, siempre que fuese posible, dispondrá la

restauración de los bienes ambientales al estado anterior en que se encontraban, es decir, los resarcimientos de los daños y perjuicios ambientales. Según lo preceptuado en el Art. 83, relacionándolo con el Art. 96 de la Ley del Medio Ambiente, se regula que le corresponde al Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales condenar al infractor a la reparación de los daños causados al medio ambiente.

Para la imposición de las sanciones administrativas se deberá aplicar el principio de proporcionalidad en la infracción y la sanción, tomando en consideración las siguientes circunstancias²⁴¹: a) La gravedad del daño causado al medio ambiente, a la salud o calidad de vida de las personas; b) Las acciones que el infractor tomó para reparar el daño causado; c) El beneficio obtenido por el infractor; d) La capacidad económica del infractor; y e) La reiteración en la violación de la LMA y su Reglamento.

Una vez analizado el poder coercitivo con el que cuenta la Administración para hacer valer el ordenamiento jurídico y en especial la normativa ambiental, es de suma importancia desglosar los tipos de sanciones propios del derecho ambiental, a saber:

4.9.2.3.1.1 Disciplinarias

Se ha cuestionado la naturaleza jurídica de las sanciones disciplinarias; éstas tienen naturaleza administrativa y no penal, resultan del poder de supremacía de la Administración Pública emergente de la relación de empleo. Para una parte de la doctrina, son de naturaleza penal, identificando el poder

²⁴¹ Ley de Medio Ambiente de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), Art. 90.

disciplinario con el poder punitivo y represivo del Estado. Así el Derecho disciplinario no es más que un capítulo del Derecho Penal. Severas críticas se han formulado a esta doctrina²⁴².

Las infracciones administrativas disciplinarias consisten en la suspensión o restricción de un derecho o de la autorización para el ejercicio de un derecho, por ejemplo, la clausura de un establecimiento o actividad, obra o proyecto, que son muy propias en materia administrativa ambiental. Es decir, son sanciones que afectan directamente la actividad contaminante o degradante del ambiente dentro de las que se encuentran las restricciones y paralización de la actividad contaminante; la clausura de los actos que causan la denuncia; la modificación y demolición de construcciones que causen daños al ambiente; y la cancelación de permisos, patentes de las empresas que causan el deterioro ambiental.

4.9.2.3.1.1.2 Económicas

Son sanciones pecuniarias (multas) o sustracciones del ilícito, como el comiso de objetos al culpable de la infracción. Siguiendo a Gamero Casado, la multa es *“una sanción pecuniaria consistente en la imposición de la obligación de pago de una cantidad determinada de dinero”*²⁴³

²⁴² Entre las principales críticas se encuentran: a) en el Derecho penal rige la regla non bis ídem. Que no tiene razón de ser en el orden disciplinario; b) la prescripción de la acción penal no excluye necesariamente la sanción disciplinaria; c) la sanción de los delitos es un deber reglado del Estado mientras que la aplicación de las sanciones administrativas, muchas veces depende de la discrecionalidad de las autoridades administrativas; d) en el derecho penal rige el principio nulla poena sine lege, en tanto que en el Derecho disciplinario, para que se aplique una sanción no es necesario que el hecho que lo motiva esté tipificado previamente en un orden normativo, e) La responsabilidad disciplinaria se desenvuelve dentro de las relaciones internas de la jerarquía administrativa, esto no ocurre con la responsabilidad penal.

²⁴³ Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, *Manual básico de Derecho Administrativo*, séptima edición (Madrid: Tecnos, 2010), 638.

Las multas, tal como se dispone en el Art. 89 LMA, se establecerán en salarios mínimos mensuales, equivaliendo cada salario mínimo mensual a treinta salarios mínimos diarios urbanos vigentes para la ciudad de San Salvador. Las infracciones menos graves se sancionarán de dos a cien salarios mínimos mensuales; y las graves, de ciento uno a cinco mil salarios mínimos mensuales. Le corresponde de esa manera calificar la infracción a la Autoridad sancionadora.

Necesario es mencionar que cuando las sanciones pecuniarias son bajas o mínimas, el agente contaminante prefiere pagar por contaminar, siempre y cuando esto le permita continuar con su ejercicio comercial con el cual se lucra y enriquece. De esta forma, cuando su actividad o flujo comercial se ve interrumpido, esto le genera en muchos casos mayores pérdidas que una sanción directamente monetaria, por ello los incentiva a corregir sus acciones que puedan afectar el entorno.

4.9.3 Responsabilidad Civil

El derecho civil jamás se ha ocupado de manera directa del medio ambiente propiamente dicho, pues para que exista un daño que genere responsabilidad civil es necesario que sea causado a una persona concreta que lo sufre, en si misma o en su patrimonio.

La doctrina cuando analiza las técnicas jurídicas de protección del medio ambiente califica a la responsabilidad como instrumento represivo y, en consecuencia, deficiente. No obstante, se señala que el Derecho Ambiental debe tener un carácter preventivo por motivos funcionales y teleológicos. Efectivamente, al exigir la responsabilidad civil la acusación de un daño para poder actuar es evidente que no tienen como función principal, un papel

preventivo, sino compensatorio o resarcitorio. Sin embargo, desde el punto de vista del análisis económico del Derecho se da preferencia a los instrumentos de actuación ex ante frente a instrumentos ex post, especialmente teniendo en cuenta la incapacidad de los causantes, en muchos supuestos, para indemnizar el daño causado. Así como la facilidad para eludir la imposición de la responsabilidad para la dificultad, por ejemplo, de la determinación de la relación causal, aspecto importante en los daños ambientales.²⁴⁴

No obstante, se estima que el instituto de la responsabilidad crea incentivos para la reducción de riesgo, al estimular a las empresas potencialmente contaminadoras, adoptar medidas, a fin de evitar los daños ambientales. Es así como el peso preventivo de la responsabilidad conlleva a actuar con el efecto preventivo de inhibir a los potenciales infractores por temor a las consecuencias dañosas. Por tanto, el instrumento de la responsabilidad civil es susceptible de complementar eficazmente la reglamentación, y colmar las fisuras. Su importancia puede radicar en la escasa efectividad de la normativa ambiental, fundamentalmente de orden administrativo.²⁴⁵

En definitiva, la responsabilidad civil ambiental es aquella que se deriva del daño o perjuicio causado por una conducta que lesiona o pone en riesgo el ambiente, sin embargo, se concreta en el Daño Ambiental sufrido por una persona determinada, en su propia persona como consecuencia de la contaminación de un elemento ambiental que tiene como finalidad reparar el daño después de haberse producido, así como, de ser posible, devolver o restituir el medio ambiente y los recursos naturales al estado anterior a la comisión del daño.

²⁴⁴ María del Carmen Sánchez Frieria González, *Responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente* (Barcelona: Bosch, 1994), 193.

²⁴⁵ Mejía, *Responsabilidad por daños*, 113.

4.9.3.1 Evolución de la Responsabilidad ambiental en el Derecho Internacional

La responsabilidad ambiental²⁴⁶, según sus orígenes, se ha desarrollado dentro del marco evolutivo del Derecho Ambiental Internacional basado inicialmente en las relaciones entre los estados, concretamente en las relaciones de vecindad, esto es, a partir de las competencias territoriales del estado y de la prohibición general de no causar daños en el territorio de otro estado. Este planteamiento inicial tiene su punto de partida en el asunto Isla de Palmas donde el árbitro opuso a la soberanía exclusiva de los Estados la obligación de proteger dentro de su propio territorio los derechos de los otros Estados.²⁴⁷

En aquellos sectores susceptibles de producir grandes catástrofes, como los casos de manejo de energía nuclear y el transporte de hidrocarburos fueron donde se formaron los primeros convenios o tratados en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente²⁴⁸. Por otro lado, el principal objetivo de estos convenios consistió históricamente en diseñar un sistema uniforme capaz de solucionar los problemas típicos de la responsabilidad por daños ambientales, con el fin de compensar efectivamente a la víctima o víctimas. Asimismo, cabe señalar que en estos casos la responsabilidad de reparar y prevenir los daños va dirigida a las empresas dedicadas a tales rubros y no a los Estados de forma directa²⁴⁹.

²⁴⁶ Cabanellas, *Diccionario*, 499. El concepto responsabilidad etimológicamente deviene del latín “responderé” que significa estar obligado.

²⁴⁷ Lucia Gomis Catala, *Responsabilidad por daños al medio*, 4º ed. (España: editorial Aranzadi, 2005), 30.

²⁴⁸ Mejía, *Responsabilidad por daños*, 88.

²⁴⁹ Guillermo Palao Moreno, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Aspectos internacionales*, 2º ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 1998), 22-23.

Antes de los años 60, había poca conciencia ambiental y solo algunas iniciativas aisladas de regulación ambiental internacional. Una de ellas fue la frustrada Convención de Londres de 1900, con la que se buscaba proteger la vida silvestre africana. Dicha Convención nunca entró en vigor porque no fue firmada por el número mínimo de partes y fue reemplazada 33 años después por el Convenio de Londres de 1933 que fue aplicado en gran parte de África colonizada con la creación de parques naturales y la protección de especies.

Posteriormente, en junio de 1972, la celebración en Estocolmo, Suecia, de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente Humano y Desarrollo, dio una dimensión universal a los problemas de la protección del ambiente, éste fue el primer documento internacional en reconocer el derecho a un medio ambiente sano mediante 26 principios, muchos de los cuales han jugado un papel importante en el desarrollo posterior del DIA.

El Principio 21 confirmó una de las piedras angulares del DIA: la responsabilidad de los Estados de garantizar que las actividades bajo su jurisdicción no causen daños al medio ambiente de otros Estados.

Los Convenios de Paris de 29 de julio de 1960 y el Convenio de Viena de 21 de mayo de 1963 sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, regulan básicamente un sistema de responsabilidad objetiva, canalizan la misma en la persona o el agente que se considera explotador²⁵⁰.

El 29 de noviembre de 1969 se suscribe el Convenio de Bruselas sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación de hidrocarburos, el cual se complementa con el Convenio Internacional de Constitución de un

²⁵⁰ Mejía, *Responsabilidad por daños*, 88.

Fondo Internacional de Indemnización de daños causados por la Contaminación de Hidrocarburos de 1971, a fin de proteger de los daños provenientes de los hidrocarburos. En los años siguientes traducirían ese fervor por el ambiente en la creación de numerosas organizaciones sociales y políticas y hacia 1973 un estudio de la Agencia para la Protección del Medio Ambiente (EPA) revelaba que sólo en EE. UU. existían unas 20.000 asociaciones protectoras de la naturaleza.

Actualmente, desde comienzos de los noventa, puede considerarse como la etapa de la globalización. Los problemas medioambientales son de escala mundial y, en consecuencia, las soluciones tienen que ser globales. En esta etapa es ya determinante el papel que desempeña el Derecho Internacional. De él dependen los principales instrumentos en los que se basa la lucha contra los más graves peligros medioambientales a los que se enfrenta la Humanidad y la responsabilidad que deriva de los mismos.

4.9.3.2 Los Sistemas de Responsabilidad Civil en materia ambiental

Es evidente que la responsabilidad civil se ha convertido en los últimos años en una institución coadyuvante en la tutela del medio ambiente, no obstante, esta responsabilidad civil requiere una plataforma jurídica especializada que responda a la importancia del bien jurídico tutelado, a la naturaleza de la actividades causantes de los daños, las características propias de los daños ambientales, las circunstancias en las que estos se suscitan en las situaciones de desventajas que puede guardar la víctima para que con el causen del daño.²⁵¹

²⁵¹ Jorge Aguilar Torres, *La responsabilidad civil objetiva por daños al medio ambiente y su regulación en México* (México: Red de investigadores parlamentarios en línea, 2010), 12.

4.9.3.2.1 La Teoría Subjetiva

De acuerdo con esta teoría el fundamento de la responsabilidad civil debe buscarse en la culpa del sujeto activo que hubiera realizado un daño, significa que donde haya culpabilidad siempre habrá responsabilidad.

Para esta teoría quien está obligado a indemnizar es quien ha causado un daño a otro por su propia negligencia; y no lo está quien a pesar de haber originado una lesión se ha comportado diligentemente.²⁵² Es decir, para exigir responsabilidad al autor del comportamiento lesivo es necesario demostrar a la existencia de culpa o negligencia por parte del responsable del hecho dañoso.²⁵³

Al respecto, la responsabilidad subjetiva o de la culpa ha sido definida como aquella acción u omisión del hombre que producto de su actitud dolosa, negligente, imprudente e impericia causa un daño²⁵⁴. Como se puede observar la noción de culpa la sitúan como la falta de previsibilidad, es decir, un evento que es perfectamente previsible al instante en que se manifiesta la voluntad del agente, o sea aquello que se debió prever poniendo el debido cuidado.

Se trata por tanto de un modelo de responsabilidad que tiene en cuenta el comportamiento de los sujetos causantes del daño; de tal manera que cualquiera que sea la forma en que se presente la culpa, el fundamento mismo será la previsibilidad.

²⁵² Luis Díez-Picazo et al, *Responsabilidad civil ambiental en Responsabilidad ambiental: penal, civil y administrativa*, (Madrid: Ecoiuris, 2003), 150.

²⁵³ Leonardo Colombo, *La Culpa Aquiliana*, Edición 1965 (Buenos Aires: Editorial Buenos Aires, 1975), 8.

²⁵⁴ Henry Alexander Mejía et al, "Responsabilidad civil por acciones y omisiones de los particulares por daños ocasionados a los recursos forestales" (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 1999).

4.9.3.2.2 La Teoría Objetiva

El gran desarrollo de la vida post industrial, sobre todo el desarrollo en materia de tecnología ha generado en el campo de la responsabilidad civil la denominada responsabilidad objetiva, esta se caracteriza esencialmente por no tener en cuenta un elemento tradicional que se ha considerado para poder apreciar dicha responsabilidad, es decir, la culpa, tal como sucede desde el punto de vista de la teoría subjetiva.

Esta teoría se fundamenta en responder por el peligro puesto por sí mismo, es decir, imponer a los que denomina una fuente de peligro, representada por una empresa o industria, las consecuencias derivadas de la inminencia de producción de los daños derivados de tal empresa o explotación, dicho de otro modo: es la imputación de un daño a la esfera de responsabilidad del obligado a resarcirlo en virtud del principio del control del peligro y de las características de los riesgos específicos inherentes²⁵⁵.

La culpa no es el fundamento de esta clase de responsabilidad, sino que en contraposición la tesis clásica recogida en el axioma “no hay responsabilidad si culpa”, las consecuencias dañosas de ciertas actividades y conductas aun lícitas y permitidas deben recaer sobre el que ha creado a través de las mismas riesgos o peligros para terceros, por tanto, la sola creación de riesgo para terceros es causa para hacer recaer sobre el autor la responsabilidad derivada de aquél. Para tal efecto, la doctrina civilista se ha ocupado en establecer dos vertientes de la teoría objetiva²⁵⁶:

²⁵⁵ Jaime Santos Briz, *La Responsabilidad civil en Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, 7º edición (Madrid: Editorial Montecorvo S.A, 1995), 551-552.

²⁵⁶ Luis Casero Linares, “La Responsabilidad Civil” *Revista de Justicia de Paz*, n. 5, (1998): 125-126.

a) La Teoría Riesgo Beneficio:

Considera esta teoría que la vinculación de la responsabilidad civil al concepto de culpa es un arcaísmo en que tiende a confundir dos conceptos distintos, como lo es la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. Se manifiesta en esta teoría, que siempre es su fundamento la concepción del riesgo, pero el que se aprovecha de medios que han causado daños y obtiene sus ventajas. Es de equidad, que sea también él sea quien sufra las consecuencias de tales daños, así, por ejemplo, el dueño de una empresa que obtiene beneficios económicos debe cargar con las desventajas. El responsable debe reparar el daño porque se beneficia de la actividad de la que se derive.

b) La Teoría del Riesgo Creado o Agravado:

Se plantea que el concepto de beneficio que es la contrapartida de la obligación de reparar el daño debe ser entendido en su aceptación más extensa. El fundamento se encuentra única y exclusivamente en el riesgo creado o agravado por la actividad del agente. Con ello se hace abstracción del beneficio obtenido por el autor del daño, ya que la obligación de reparar se justifica sobre la actividad objetiva más allá si el responsable obtiene de ello un beneficio.

4.9.4 Responsabilidad Penal

La descripción de una determinada conducta que se considera constitutiva de delito y, por ende, la debida intervención de los tribunales penales es la conclusión de lo que Esteve Pardo²⁵⁷ califica como la segunda intervención del

²⁵⁷ Pardo, *Derecho*, 119-120.

Derecho para la tutela y debida protección del medio ambiente. Se debe de entender como la primera intervención la que se realiza con la intervención proteccionista, preventiva y represora de la Administración pública a través del Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Sancionador.

Se ha analizado en los capítulos anteriores que el desarrollo económico y el crecimiento excesivo de las sociedades post industriales ha tenido un tremendo impacto en el bien jurídico medio ambiente. Esto ha llevado a que se tomen a consideración determinadas conductas como punibles en los distintos ordenamientos jurídicos, con la finalidad de que las penas que se realicen tengan el objetivo de prevenir y disuadir a futuros infractores de esta, sin olvidar de la reparación civil de dicho bien jurídico medio ambiente.

Dentro de ese marco, es tarea prioritaria definir la responsabilidad como aquella que lleva aneja a un acto u omisión penado por la ley y realizado por la persona imputable, culpable y carente de excusa absolutoria, es el deber jurídico que se impone a un individuo imputable de responder de su acción antijurídica prevista en el Código Penal como delito, de la que es culpable, debiendo sufrir sus consecuencias jurídicas.

Significa que es aquella que se deriva de una conducta tipificada como delito, y se concreta en la aplicación de una pena por la acción u omisión dolosa o culposa del autor de una u otra, es estrictamente personal, de interpretación restringida, de irretroactividad vedada, de voluntariedad presunta y es de orden público.

Es preciso desarrollar una de las grandes problemáticas de carácter dogmático en la protección jurídico penal del medio ambiente, referente a la

responsabilidad de las personas jurídicas en la cual se plantean diversas posturas al momento de establecer una posible solución a dicha problemática.

Para el derecho existen dos tipos de personas, las personas naturales, definidas por el Código Civil salvadoreño como todos los individuos de la especie humana; y las personas jurídicas que no es más que toda persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representado judicial y extrajudicialmente.

En relación con la concepción clásica del derecho penal el esquema tradicional de la teoría del delito, desde diversas perspectivas doctrinales, se ha construido como referencia exclusiva a la persona humana un rechazo a la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de dos consideraciones: a) El primero consiste en que la persona jurídica carece de propia capacidad de acción, es decir, actúa a través de la acción de sus órganos; b) Se fundamenta su rechazo debido que la persona jurídica no puede ser objeto de reproche en el sentido de la culpabilidad, presupuesto esencial de la responsabilidad penal, pues la culpabilidad es una noción que presupone a una persona individual²⁵⁸

Pero, como ya se abordó, en razón a la era del Derecho Penal Globalizado o el expansionismo del Derecho Penal, donde surgen los nuevos tipos que atentan contra bienes jurídicos de carácter colectivo o supraindividual, entre ellos el medio ambiente, se pone de manifiesto la insuficiencia de la teoría del delito hasta el momento desarrollada para dar respuesta penal a los hechos delictivos cometidos en el seno de tales entidades.

²⁵⁸ Enrique Bacigalupo Zapater, *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, *Curso de Derecho Penal Económico*, 2º ed. (España: Marcial Pons, 2006), 44.

En efecto, por lo general, como causantes de los casos más graves de contaminación no se encuentran personas naturales, sino personas jurídicas, dotadas de enormes recursos, a las cuales, en algunos casos, poco o nada importa la protección ambiental.

Desde esta óptica, los delitos contra el medio ambiente se insertan en el campo de la criminalidad económica, ámbito desde donde han surgido posiciones críticas a los criterios tradicionales de responsabilidad penal que excluyen la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, fundados en el principio “societas delinquere non potest”²⁵⁹. Con el objetivo de dar una solución a la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bacigalupo propone tres Teorías²⁶⁰, entre ellas están:

La Teoría de la Ficción: Esta Teoría se rige el principio societas delinquere non potest, en cuya virtud no es admisible la punibilidad de las personas jurídicas ni de las asociaciones sin personalidad, admitiéndose sólo las sanciones administrativas. De acuerdo con la Teoría de la Ficción, las personas jurídicas, morales o colectivas, son consideradas como personas ficticias, por lo cual no admiten que estén sujetas a responsabilidad penal, debido a su propia naturaleza. Falta en ellas la voluntad, no son capaces de dolo y, por tanto, de los delitos que se les imputen deben responder personalmente los que participaron en su comisión.

La base fundamental del respeto al principio societas delinquere non potest, se encuentra en la consagración a nivel constitucional del principio de culpabilidad o de la responsabilidad penal personal.

²⁵⁹ Marcelo Castillo Sánchez, *Régimen jurídico de protección del medio ambiente: Aspectos generales y penales* (Santiago de Chile: Ediciones Bloc, 1994), 119.

²⁶⁰ *Ibid.*, 49-52.

Consiste, en conclusión, en crear figuras para facilitar un concepto jurídico y significa que una cosa es pensada de un modo diferente a como la cosa es, en ese sentido se habla de la utilización de representaciones mentales para dar explicación a determinadas cosas.

Para justificar esta teoría se hace la analogía respecto a las personas naturales incapaces que, pese a no comprender el carácter ilícito de un hecho delictivo, si pueden cometer delitos, por lo que no debe ser distinto en las personas jurídicas.

La Teoría Organicista: La Teoría Organicista sostiene que la persona jurídica es un organismo dotado de voluntad propia diferente a la de sus miembros; éstos sólo serían los medios de los que se vale la persona jurídica para manifestarse. Las personas jurídicas no son entes artificiales creados por el Estado sino, por el contrario, realidades vivas. Los entes colectivos son organismos sociales dotados tanto como el ser humano de una potestad propia de querer y por ello, capaces naturalmente de ser sujetos de derecho.

Las personas físicas que componen a la persona jurídica funcionan como organismos de la voluntad colectiva de la persona jurídica. Es necesario que quede claro que para esta teoría lo más importante que debe ser amparado por la ley, es la voluntad colectiva que surge de la asociación de las personas físicas.

Con esta teoría se busca demostrar que no se trata de una ficción de la realidad, sino de una realidad, es por ello por lo que se toma en cuenta la forma en que se encuentra organizada la persona jurídica, en razón que dicha persona ejerce diversas acciones en el giro normal de la empresa, acciones que son realizadas por diversos organismos de dirección.

Las acciones que realizan las personas naturales canalizadas a través de los organismos de dirección de la empresa es lo que demuestra que las personas jurídicas si cometen delitos.

La Teoría de la Disolución de la Persona Individual en la Persona Jurídica: basada sobre los lineamientos del jurista austriaco Hans Kelsen en el que el derecho subjetivo concede derechos y potestades a las personas y que éstas haciendo uso de su libertad individual ejecutan tales derechos, por tanto, si persona es todo aquel capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y si la persona jurídica puede ejercitar el contenido de un derecho determinado, no se le puede eximir, al ser considerado como persona capaz de ejercer sus derechos y contraer obligaciones y que sin duda cometen delitos, de responsabilidad penal.

Esto se da como resultado de la disolución del sujeto físico en un concepto jurídico de persona²⁶¹. Es decir, las personas sean personas físicas, naturales o jurídicas son construcciones del derecho objetivo a las cuales éste les atribuye un conjunto de derechos y obligaciones.

4.9.4.1 Principio de Responsabilidad mínima

El delito ecológico forma parte de los llamados delitos no convencionales, en los cuales se reafirma la idea de que el derecho penal es la última instancia de control social y que cumple una función subsidiaria y auxiliar de las normas no penales, civiles y administrativas que son las que, junto a una adecuada política de concientización tienen la tarea de prevenir el daño ecológico,

²⁶¹ Bacigalupo, *Responsabilidad Penal*, 51-52.

dejando para el derecho penal sólo los atentados más graves, en los cuales los otros controles han fracasado.

Para Schünemann, la humanidad no podrá sobrevivir sin un doble control del aprovechamiento del medio ambiente: el primer nivel de control lo ejerce la Administración, pero es indispensable que esté seguido de un nivel de control adicional y eficiente, que sólo podrá ser efectuado por el derecho penal²⁶².

En definitiva, el Derecho Penal no puede ser una solución a todos los problemas de la sociedad, solo en aquellos casos o situaciones que distorsione más gravemente la pacífica convivencia²⁶³. Sin embargo, no puede suscitarse duda alguna acerca de la necesidad de la intervención del ordenamiento jurídico penal en materia ambiental; pero tampoco se duda que esa intervención solo puede estar ordenada a salvaguardar aquellos bienes que se consideran más importantes y frente a los daños más graves.

De este principio deviene la caracterización propia del derecho penal considerándolo como una intervención de *última ratio*, que significa que solo se debe recurrir al derecho penal cuando los demás medios jurídicos de los que dispone el Estado son insuficientes para disuadir o reprimir la conducta reprochable.

En sentencia definitiva dictada por el tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador se ha sostenido que: “el derecho penal debe tener un carácter subsidiario y fragmentario, en el sentido que únicamente es legítimo, desde el orden constitucional, sancionar con pena, aquellas conductas que lesionen

²⁶² Bernd Schünemann, “Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente” *Cuadernos de doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, n. 9, (1999), 653.

²⁶³ Carlos Blanco Lozano, *El Delito Ecológico* (Madrid: Montecorvo, 1997), 31.

bienes jurídicos trascendentales, cuando otro segmento del orden jurídico no pueda hacerlo de manera más efectiva. En consecuencia, la fragmentariedad se vincula a que no toda ilicitud debe ser absorbida por el derecho penal, sino únicamente las que resulten más intolerables para el orden social.”²⁶⁴

Las conclusiones derivadas permiten plantear que el Derecho Penal deja de ser necesario si hay otras medidas menos lesivas para los derechos individuales, trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado Social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. “El Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otras menos lesivas. El llamado “Carácter Fragmentario del Derecho Penal, constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambas postuladas integran el llamado Principio de Intervención Mínima”.

²⁶⁴ Para reforzar la lectura sobre este tópico, véase Sentencia definitiva, Referencia: 172-2005-1ª- No P0103-174-2006, (El Salvador, Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de la Corte Suprema de Justicia, 2006) y Sentencia definitiva, Referencia: U-062-06-05, N° P0501-44-2005, 2005 (El Salvador, Tribunal de Sentencia de Usulután de la Corte Suprema de Justicia, 2005).

CAPITULO V
ANALISIS JURISPRUDENCIAL Y DE DERECHO COMPARADO DE
CASOS SOBRE DELITOS DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

El presente capítulo tiene como propósito desarrollar jurisprudencialmente dos casos de contaminación ambiental, dichos casos se plantean desde la óptica de dos legislaciones diferentes que han abordado de manera opuesta dichos delitos de contaminación ambiental, el primero que se analiza es un caso nacional de contaminación ambiental atribuido a la Sociedad Baterías Record de El Salvador (Baterías Record S.A. de C.V.) y, el segundo, es la Contaminación contra el Medio ambiente realizado en las marismas del Rio Tinto, España, que se le imputa a la empresa multinacional Fertiberia.

En ambos casos, se manifiesta la contaminación al medio ambiente y a la calidad de vida de las personas, además, en ambos se les atribuye en delito a una empresa, la diferencia radica en la forma en la que la legislación ha abordado dogmáticamente el delito medioambiental, en virtud que, en El Salvador se ha considerado que éste es un delito de peligro concreto y ello dificultó que se le imputara objetivamente la comisión de este delito a los imputados, aunado a ello, la mala interpretación y aplicación de la legislación por parte de la Sala de lo Penal ha imposibilitado cumplir los principios que rigen la protección penal del medio ambiente. En el caso de España, se ha configurado el delito de contaminación ambiental como un delito de peligro hipotético, en ese sentido, existen menos dificultades al momento de atribuir la responsabilidad penal a los imputados, es por esta razón que se concluye estableciendo que si la legislación salvadoreña debe reestructurar la

tipificación en los delitos medioambiental y por ende el grado de lesividad que se exige en los mismos, a fin de dar una protección pronta y eficaz al bien jurídico protegido por la legislación salvadoreña, concretamente en el Art. 255 del Código Penal salvadoreño y con ello impedir que se repita el caso de la sociedad Baterías Record de El Salvador.

5.1 Análisis Jurisprudencial sobre casos de Contaminación Ambiental

La contaminación del agua, aire y suelo es una realidad tristemente asumida por la sociedad que ve el sistema de producción actual un mal menor en aras del crecimiento económico y la “calidad de vida”. Sin embargo, este concepto instalado en el imaginario colectivo queda en entredicho cuando se descubren los niveles de contaminantes que existen en la naturaleza y en el cuerpo humano.

En ese orden de ideas, tradicionalmente se había entendido que el bienestar social de los ciudadanos en su conjunto era asunto propio del Estado, y, como asunto propio de las empresas, le correspondía la realización de la actividad económica productiva, aislada completamente de la actividad de bienestar de los ciudadanos.

No obstante, el concepto de responsabilidad social está siendo adoptado por muchas empresas en su accionar y además está siendo incorporado al ámbito académico. Es decir, las empresas contribuyen en algunas ocasiones activa y voluntariamente al mejoramiento social, económico y ambiental, generalmente con el objetivo de mejorar su situación competitiva, valorativa y su valor añadido. Dicho concepto engloba un variado conjunto de acciones más o menos sistemáticas, que las empresas realizan, éstas medidas van más allá del cumplimiento de las leyes y normas, dando por supuesto su respeto y su

estricto cumplimiento. En este sentido, la legislación laboral y las normativas relacionadas con el medio ambiente son el punto de partida con la responsabilidad ambiental. Por todo lo anterior, es importante realizar un examen jurisprudencialmente del enfoque que el Estado hace para abordar la contaminación ambiental que generan las empresas, para tal efecto, se análisis dos casos, a saber:

5.1.1 Caso baterías Record El Salvador, en Cantón Sitio del Niño del municipio de San Juan Opico, La Libertad.

La fábrica Baterías de El Salvador S.A. de C.V., conocida como Baterías Récord se asentó en el Cantón Sitio del Niño, del municipio de San Juan Opico, del departamento de La Libertad, iniciando sus actividades laborales desde el año de 1994. Antes de 1994, la fábrica funcionaba en el municipio de Soyapango, en donde la comunidad vecina aceleró su salida con protestas de todo tipo, motivo por el cual se ubicó al sur de la ciudad de San Juan Opico, en la zona industrial.

El promedio de producción de la fábrica era de 83,000 baterías mensuales, esto es, una producción por arriba de más de 1 millón de baterías, exportando un 85% del producto. Se estimaba que produciría anualmente 720 mil baterías para vehículos.

Desde el momento de su asentamiento, la Fábrica creó un grave problema de contaminación ambiental en la zona, tanto al medio ambiente como a la población que residía en las zonas aledañas a la misma, al no existir desde su asentamiento controles adecuados para la eliminación de sustancias y desechos peligrosos. Instaló, además, una Recicladora de Baterías, la cual generaba gases y cenizas tóxicas, sin conocerse hasta el momento en donde

se depositaban estas sustancias dañinas para la salud de la población. Por lo que la población se encontró expuesta a la contaminación del aire que se respira, del agua que se consumió, y los cultivos que se producían, debido al uso de las sustancias peligrosas, habiendo resultado muchas personas, especialmente menores de edad, intoxicados por plomo en su organismo.

No obstante, según el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales el problema de generación de emisiones atmosféricas por la Sociedad Baterías Record de El Salvador no estaba referida a la Partículas Totales en Suspensión, ni al plomo, sino a la generación de gases de combustión (CO y SO₂) en los hornos de combustión 3 y 4; sin embargo, las condiciones de generación de PTS (partículas totales en suspensión) no eran suficientes para asegurar una calidad del aire aceptable por Partículas Totales en Suspensión en las áreas de taller de mantenimiento, rejilladora y especialmente en la del horno de fundición 3, que también sobrepasaba el límite para PM₁₀²⁶⁵.

En cuanto a las aguas residuales, la sociedad denunciada Record Sociedad Anónima de Capital Variable, presentaba descargas que superaban el valor del cumplimiento obligatorio establecido en el permiso ambiental, que reflejaba en la calidad de las aguas subterráneas, que ya contenían niveles que superaban la referencia establecida para agua potable, lo que derivaría en problemas de intoxicación en los pobladores aledaños. Junto con ello, se tenía potencialidad de generar una epidemia de enfermedades gastrointestinales en la zona por ingestión de agua de pozo, por la elevada cantidad de coniformes fecales en las aguas de descarga de la empresa. El parámetro de plomo pasó de “no detectable” a un valor de 0.03 mg/l. en 8 meses, superando el límite

²⁶⁵ Miguel Ángel Argueta et al “La violación del derecho a la salud de la niñez del cantón sitio del niño a raíz de la contaminación generada por la fábrica baterías de el salvador y la ineficacia de los controles estatales” (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 2008), 163.

establecido por la NSCAP en 0.01 mg/l, lo que quiere decir que el agua subterránea en ese punto ya no era apta para el consumo humano.

Según datos del estudio “Desarrollo del plan de investigación hidrogeológica de los acuíferos identificados en las 3 zonas prioritarias (Zapotitán-Opico, subcuenca río Apanchal, Santa Ana, y subcuenca Río Grande de San Miguel)”, La Sociedad Baterías Record de El Salvador se encontraba en el límite del acuífero del Valle de San Andrés, en la zona de alto grado de vulnerabilidad del acuífero, por lo que se pudo considerar que cualquier alteración que La Sociedad Baterías Record de El Salvador u otra empresa provocaría y afectaría inevitablemente el recurso hídrico de la zona²⁶⁶.

Se concluyó que el efecto sobre los recursos agua y suelo era significativo en el área de la empresa y lugares aledaños porque ya existían concentraciones de plomo en el suelo a una profanidad en la que el agua del acuífero ya es presente, lo cual es confirmado por la medición de calidad de aguas subterráneas que indicaba que el plomo ha aumentado su concentración en los últimos dos años a niveles que ya no permiten que el agua sea apta para el consumo humano.

El aumento de concentración de plomo en las aguas subterráneas se daba principalmente por el manejo de los desechos sólidos en la empresa²⁶⁷. Actualmente, la contaminación en el lugar es un hecho que ha quedado comprobado con los altos niveles de plomo en los trabajadores de la fábrica de baterías y los pobladores y niños contaminados que habitan a sus alrededores.

²⁶⁶ El referido estudio realizado en 2005 por el Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales, por el SNET y DAC.

²⁶⁷ Argueta et al, “La violación del derecho”, 164.

5.1.1.1 Análisis Conceptual

Se realiza a continuación un examen jurisprudencial de la sentencia de referencia: 22CAS2015, emitida por la Sala de lo Penal en Recurso de Casación, a las ocho horas con treinta y cinco minutos del día treinta y uno de octubre del año dos mil dieciséis, en San Salvador.

Identificación del Tribunal: Sala de lo Penal, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, recurso de Casación, referencia número: 22CAS2015. Partes: Parte Acusadora: Primeros: Fiscalía General de la Republica, mediante sus agentes auxiliares, Licenciados Susy Lisette Rivera Chávez, Bruno Arístides Urbina Gómez, Jesús Salvador Fuentes Morales y Mario Antonio Huevo Cortez, y el segundo, por los abogados Querellantes, Licenciados Alejandro Lening Díaz Gómez, Luis Francisco López Guzmán, Ovidio Mauricio González y Nelson Humberto Flores Fabián, en representación de los habitantes de las colinas Prados II, Nueva Candelaria, Oscar Osorio, Brisas de San Andrés, Caserío Estación Bandera, todas del Cantón Sitio del Niño, Jurisdicción de San Juan Opico, La Libertad; Unidad Ecológica Salvadoreña (UNES), Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD) y de las Personas Naturales René G., Angela Ester, Marvin Ernesto, René Ángel, Félix Arnulfo y José Abraham, todos de apellido G. C., Doménica Lisset L., José Alexander C. L., Rosa Aminta R. de M., Luis Alejandro M. R., José Orlando G. J., José Adonay G. H., Sandra Ivonne G. de G., Andrea Ivonne G. G., Hugo Salvador G. G., Salvador A. I., Cristian Alexander A. H., Joselin Yamileth A. Ch., Amelia Esperanza G., Dora Elizabeth J. Ch., Gilberto Giovanni G. J., Olga Lidia R. O., Blanca Estela A. de D., Diego Alejandro y José Matías D. A., David A. S., Diego Alejandro y José David, ambos de apellido A. D., Julia del Carmen O. de E., Mauricio C. P., Guillermo L., Mario Raúl B. A. y Maura Antonia R. de C. quienes se identifican como miembros del Comité Ambiental Sitio del Niño.

Parte Defensora: Hugo Reynaldo T. D., Arturo M. C., y José Edgardo B. M., como empleados de la Sociedad Baterías de El Salvador, en su orden, como encargado de Gestión Ambiental, Gerente de Fundición y Jefe de Seguridad Industrial y Gestión Ambiental en su calidad de imputados, y como Defensores Particulares, Licenciada Claudia Verónica Mendoza Hernández, en representación de los acusados Hugo Reynaldo T. D., Y Arturo M. C., el licenciado Aldo Apolo Aquino Guardado, en defensa del incoado José Edgardo B. M.; y los licenciados Miguel Arturo Girón Flores, Martín Francisco Jiménez Moreno y Martín Salvador Morales Somoza, procurando por los intereses de los tres acusados y de Baterías de El Salvador S. A. de C.V.

Hechos Relevantes: la Sociedad Baterías de El Salvador, S.A. de C. V, en el año de mil novecientos noventa y cinco inició el traslado de su Planta de Fabricación, Fundición y Reciclaje de Baterías Acido Plomo, al lugar donde actualmente se encuentra, que es Kilómetro treinta y uno y medio, del Cantón y Caserío Sitio del Niño del municipio de San Juan Opico, departamento de La Libertad, actividad que finalizó en mil novecientos noventa y siete, realizando su actividad industrial desde el año mil novecientos noventa y cinco hasta el veinticuatro de septiembre de dos mil siete, fecha en que se procedió a su cierre por medio de resolución proveída por la Directora de la Unidad de Salud de Cantón Sitio del Niño.

Baterías de El Salvador para llevar su funcionamiento se adecuó al marco legal implementando durante el año de mil novecientos noventa y ocho con la Ley de Medio Ambiente, consiguiente solicitó permiso Ambiental al Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, dicho Ministerio encomendó a la Sociedad el estricto cumplimiento de un Programa de Adecuación Ambiental, para estar de acorde al actuar establecido en la reciente Ley del Medio Ambiente. El hecho objeto de imputación, consistente en que la persona

jurídica Baterías de El Salvador Sociedad Anónima de Capital Variable realizó actividad industrial de fabricación, fundición y reciclaje de baterías ácido plomo desde el año mil novecientos noventa y cinco hasta el veinticuatro de septiembre del dos mil siete.

En la teoría fáctica propuesta en la acusación fiscal, se abordan tópicos específicos sobre el ilícito punitivo de Contaminación Ambiental y su cualificación, así como las formas en que éstos pueden ser perpetrados, esto con la finalidad de ir abriendo la brecha para solventar los reclamos interpuestos con mayor claridad.

Entre los comportamientos tipificados en la legislación penal se encuentra la Contaminación ambiental y la Contaminación Ambiental Agravada; para tener una comprensión en el caso que se plantea la presente jurisprudencia en su análisis jurídico le parece conveniente contextualizarlo con el hecho objeto de imputación, consistente en la persona jurídica Batería de El Salvador Sociedad Anónima de Capital Variable realizo actividad industrial de fabricación, fundición y reciclaje de baterías acido plomo.

En este sentido la jurisprudencia tiene entendido, que el tipo básico de contaminación ambiental, que en lo que interesa contempla: “el que provocare o realizare (...) emisiones, radiaciones o vertidos (...) En contravención a las leyes y reglamentos respectivos y que pusiere en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas o del medio ambiente” (Art. 255 del Código Penal).

Dicho delito cabe recalcar que la jurisprudencia citada consagra que puede ser realizado tanto por una persona cualquiera, es decir, una persona natural o inclusive una jurídica.

5.1.1.2 Enfoque Jurídico

Las partes procesales, solicitaron que se controlara el fallo emitido a las diecisiete horas cuarenta y siete minutos del día treinta de noviembre del año dos mil doce, por el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, en el proceso penal instruido en contra de los imputados Hugo Reynaldo T. D., Arturo M. C., Y José Edgardo B. M., como empleados de la Sociedad Baterías de El Salvador, en su orden, como encargado de Gestión Ambiental, Gerente de Fundición y Jefe de Seguridad Industrial y Gestión Ambiental, por el delito calificado como Contaminación Ambiental Agravada, sancionado en los artículos 255 y 256 de Código Penal, en perjuicio de la Naturaleza, el Medio Ambiente y, de los habitantes de las colonias Sitio del Niño, Prados II, Nueva Candelaria, Oscar Osorio, Brisas de San Andrés, caserío Estación Bandera del cantón Sitio del Niño, jurisdicción de San Juan Opico del departamento de La Libertad y los trabajadores de la Fábrica Batería de El Salvador Sociedad Anónima de Capital Variable y de otras personas de comunidades aledañas.

La Sala de Lo Penal de la Corte Suprema de Justicia hace un breve enfoque en cuanto al tipo penal descrito en el artículo doscientos cincuenta y cinco del Código Penal, La ley de Medio Ambiente, tiene como considerandos importantes el deterioro rápido y continuo del medio ambiente y el mismo está generando tremendos problemas de caracteres económicos y sociales, inclusive de salud, como es lógico, desarrollando amenazas con daños irreversibles para la vida y por ende para la salud de las presentes y futuras generaciones, sobre esa base se hace importante unificar la explotación de los recursos naturales con las necesidades del desarrollo económico y social de nuestra sociedad, buscando la protección del medio ambiente; en el artículo 5 se da una definición al Bien Jurídico Medio Ambiente “sistema de elementos bióticos, abióticos, socioeconómicos, culturales y estéticos que interactúan

entres si, con los individuos y con la comunidad en la que viven, determinando su relación y sobrevivencia, en el tiempo y el espacio. En tal sentido, el legislador busca elevar al medio ambiente al nivel de bien jurídico penalmente tutelado.

La Sala en tal sentido hace menciona que dentro la conducta prohibida se encuentra la Contaminación Ambiental; para tener una mayor comprensión del tipo predicable en el caso expuesto, la sala hace prudente el contextualizarlo con el hecho objeto de imputación, consistente en que la persona jurídica realizo actividad industrial de fabricación, fundición y reciclaje de baterías acido plomo desde el año de 1996. En el Marco Factico expuesta por la parte Fiscal, se abordan temas específicos sobre el ilícito de Contaminación Ambiental y su cualificación, como sus distintas formas en su consumación de este.

Seguido lo expuesto por el tribunal, el tipo penal básico descrito como Contaminación Ambiental, en lo que interesa contempla: “El que provocare o realizare emisiones, radiaciones o vertidos en contravención a las leyes y reglamentos respectivos y que pusiere en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas o del medio ambiente” según el artículo 255 del Código Penal; es un delito común, porque sus cometimientos pueden ser por cualquiera ya sea un persona natural o jurídica.

En cuanto al tema precisa que el delito es de Peligro Concreto; al hacer mención lo siguiente: “ Es de peligro concreto; al sancionar las meras acciones prohibidas (provocare o realizare), sin exigir un resultado dañoso y requerir que el comportamiento típico haya colocado (“pusiere”) en peligro grave los bienes jurídicos tutelados; es también un delito de resultado, al tener como

exigencia para su consumación que la conducta descrita en la norma penal haya puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados.

Y es que, como se dijo por esta sede de conocimiento el once de agosto de mil novecientos noventa y ocho, en la casación clasificada en ese momento como 56-98, que: “El delito de resultado, se caracteriza porque la sola conducta del procesado no es suficiente para su incriminación, necesita la producción de una determinada consecuencia. (..); de manera que, entre la voluntad manifestada por el sujeto activo del delito y el resultado delictivo de esa conducta, debe existir un nexo causal que tiene su desarrollo dentro del tipo”. Cabe mencionar que el respetable tribunal describe al tipo penal como delito de resultado, ya que para ellos el legislador ha utilizado la técnica de prohibición de la conducta a desplegar por el sujeto activo; de los presupuesto facticos y legales, no existe nada que su comisión pueda ser efectuada por omisión impropia.

5.1.1.3 Conclusión De Análisis Jurisprudencial

En la presente jurisprudencia con numero de referencia 22CAS2015, el Tribunal competente, la Sala de lo Penal en Casación vista en San Salvador, a las ocho horas con treinta y cinco minutos del día treinta y uno de octubre del año dos mil dieciséis, dicho tribunal de justicia tiene a consideración que el delito de contaminación Ambiental tipificado en el artículo 255 del código penal es un delito de peligro concreto ya que se necesita la realización de sus verbos rectores, quiere decir causar un daño real al bien jurídico tutelado.

En tal sentido en el presente trabajo de investigación para obtener el grado en Licenciatura en Ciencias Jurídicas, a partir del bagaje de información, datos y teorías, se concluye que debido al importante y basto desarrollo doctrinarios y

de las distintas legislaciones a nivel internacional el derecho penal ha tenido una expansión en sus fronteras para tutelar dicho bien jurídico protegido.

Lo que quiere decir es que el bien jurídico “Medio Ambiente”, llegando a la exposición de los delitos de peligro Hipotéticos que son aquellos que debe de tener una conducta idónea que ponga en grave peligro sin causar un daño real al bien jurídico tutelado.

5.2 Análisis Jurisprudencial Comparado sobre la exigencia de agresión en el tipo penal de Contaminación Ambiental

Casi cuatro millones de trabajadores españoles (el 25,4 % del total) están expuestos a sustancias cancerígenas²⁶⁸. Se estima que, 4.000 trabajadores mueren anualmente por la exposición a sustancias químicas, más de 36.000 enferman y que este tipo de sustancias producen más de 18.000 accidentes laborales al año.

Además, el riesgo lo asumen sobre todo trabajadores no cualificados y operarios de planta. La contaminación atmosférica provoca en España 16.000 muertes prematuras al año²⁶⁹, lo que supone diez veces más que la mortalidad anual por accidentes de tráfico.

Estos datos resultan más preocupantes aun cuando se tiene conocimiento que vienen provocados por el sistema de producción industrial actual, un sistema para el que existen alternativas.

²⁶⁸ Dolores Romano Mozo y Estefanía Blount Martín, *Evaluación del impacto de REACH sobre la salud laboral en PYME españolas* (España: Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud. ISTAS, 2006), 9.

²⁶⁹ La contaminación mata cada año a 16.000 personas en España.

5.2.1 Caso de Contaminación Ambiental en Rio Tinto, Huelva realizada por Fertiberia

En los años sesenta, el régimen franquista promovió, bajo el argumento del empleo y el desarrollo, la instalación en la Punta del Sebo de Huelva del Polo Químico, un conjunto de fábricas que provocó significativas migraciones rurales hacia la capital. La Punta del Sebo es el lugar donde confluyen los ríos Tinto y Odiel, configurando la zona de marismas que rodea la ciudad de Huelva y que el decreto franquista utilizó como ventaja competitiva, pues las empresas que allí se instalaran contarían con la “existencia de desagües de capacidad ilimitada y reducido costo de acondicionamiento”.

La empresa Fertiberia (entonces Fertilizantes Españoles S.A, perteneciente al grupo Ercros) y Foret obtuvieron una concesión administrativa para el vertido de sus residuos de fosfoyesos en 1968. Desde entonces empezó a verter a la marisma del Tinto y a los cauces, iniciando así su producción de fertilizantes fosfatados con materia prima extraída del Sáhara Occidental. A día de ahora, unos 120 millones de toneladas de fosfoyesos, un residuo industrial tóxico y radiactivo, se acumulan a escasos 500 metros de las barriadas de Pérez Cubillas y Los Rosales, en la ciudad de Huelva.

En diciembre de 1995 la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía autorizó la “reordenación de vertidos” para reducir al máximo la contaminación de la ría de Huelva que había alcanzado importantes niveles por el escaso control de la Administración. Según el plan, Foret debía dejar de verter fosfoyesos y no se podían ocupar nuevas superficies de marisma virgen para depositar más residuos, sino que debían depositarse sobre las ya degradadas. Los depósitos en altura se seguían permitiendo, pero obligando a las empresas a la recuperación de los terrenos mediante su “revegetación”.

Además, el agua utilizada en la suspensión del fosfoyeso no debía volver a la ría, algo que se ha producido constantemente²⁷⁰. El 31 de diciembre de 1998 se rompe una de las balsas de fosfoyesos “reordenadas” vertiendo al río Tinto, según las cifras oficiales, 50.000 metros cúbicos de aguas ácidas, metales pesados y otros tóxicos como fluoruros, fosfatos y arsénico. Asimismo, aumentó la radiactividad en la ría. Esta liberación de sustancias contaminantes afectó al medio natural fluvial y marino, y a la salud de las personas por la incorporación de estos tóxicos a la cadena alimenticia.

Con 1.200 hectáreas, el vertedero de residuos industriales de Huelva es uno de los más extensos del mundo: una extensión superior a la de la propia ciudad. Su construcción ha arrasado buena parte de las marismas del río Tinto, una zona de alto valor ecológico y biológico. Actualmente las balsas alcanzan casi 30 metros de altura y se acumularon en ellas unos 120 millones de toneladas de fosfoyesos, a un ritmo aproximado de 3 millones de toneladas año.

Estos fosfoyesos incluyen importantes cantidades de elementos radiactivos, entre los que se encuentran: uranio-238, uranio-235, radio-226, polonio-210, plomo 210 y radón 222), metales pesados (cadmio, plomo, cobre...) y ácidos débiles (arsénico, zinc).

El vertido de fosfoyeso que generó la contaminación por parte de Fertiberia no es más que un residuo industrial resultante de la fabricación de ácido fosfórico por vía húmeda, para la producción, principalmente, de abonos agrícolas. El proceso se realiza mezclando el mineral (roca sedimentaria denominada “fosforita”) con ácido sulfúrico.

²⁷⁰ Ver anexo 1: Polos químicos y centros productivos del sector químico en España.

Con el posterior filtrado se obtiene el ácido fosfórico por un lado y por otro un residuo industrial denominado “fosfoyeso”. Uno de los varios inconvenientes del proceso es que la fosforita tiene en su composición metales pesados como el arsénico, el plomo, el mercurio y el cadmio, que pasan de la fosforita a los fosfoyesos al no haber ningún tratamiento que los elimine.

La montaña de residuos ha provocado evidentes problemas de salud, la pérdida de terrenos de enorme valor ecológico y tiene un fuerte impacto visual y paisajístico entre las ciudades de Palos de la Frontera, Moguer y Huelva. Según los planes aprobados por la Administración andaluza, la pirámide de los residuos podría alcanzar una altura de 25 metros. Sin embargo, las condiciones para otorgar la concesión por el Ministerio de Medio Ambiente – quien tiene la competencia sobre los terrenos de Dominio Marítimo Terrestre ocupados – exigía que la altura no superase los 3 metros.

Es preciso destacar que la Sociedad Española de Neumología y Cirugía Torácica concluye que Huelva, con un 14,6% de población asmática²⁷¹, es la provincia con mayor tasa de esta dolencia en España, superando en más del doble a grandes urbes como Barcelona. Tampoco los trabajos del doctor Joan Benach que con sus investigaciones viene poniendo de manifiesto las altas tasas de mortalidad que padece la provincia²⁷². Coincidiendo con la sequía de 1995, se registran en Huelva 725 casos de una enfermedad tiroidea.

La cantidad de contaminantes tóxicos que generan los fosfoyesos en especial el mercurio y el arsénico tienen la particularidad que se biomagnifican, es decir,

²⁷¹ Estos datos fueron retomados del Estudio del grupo español sobre salud respiratoria en Europa (ECRHS) realizado por la Sociedad Española de Neumología y Cirugía Torácica (SEPAR), del año 2005.

²⁷² Joan Benach y Yasui Yutaca, *Atlas de la mortalidad en áreas pequeñas de España. 1978-1995*, 2º ed. (Barcelona: Universidad Pompeu Fabra MSD, 2001), 280-281.

que, desde la cadena alimenticia, específicamente desde el primer eslabón ingresa el mercurio y otros metales pesados y se acumula progresivamente, así se van transportando en toda la cadena alimenticia generando en ese trayecto severos daños al medio ambiente hasta llegar al ser humano.

Además estos elementos dañinos no desaparecen en el medio ambiente ocasionando problemas carcinógenos, mutaciones genéticas e inmunodeficiencias, daños permanentes en el sistema nervioso central, en las funciones del cerebro, riñones y en el desarrollo del feto, lesiones en los pulmones, náuseas, vómitos, diarrea, aumento de la presión sanguínea o del pulso, sarpullidos e irritación en los ojos, entre otros daños que pueden ser irreversibles para el medio ambiente y el ser humano a raíz de la exposición al arsénico, el plomo, el mercurio, el cadmio, los radionucleidos, etc. que muchas empresas alrededor del mundo vierten, por tanto es importantísimo regular dicha actividad.

5.2.1.1 Análisis Conceptual

Se realiza a continuación un examen jurisprudencial comparado de la Sentencia del Recurso de Casación, con N° de Recurso: 4596/2007 de fecha: 10/02/2011, emitido por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de Madrid, España.

Identificación del Tribunal: Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso	
Procedimiento: Recurso Casación	Ponente: Eduardo Calvo Rojas
Roj: STS 474/2011	ECLI: ES:TS: 2011:474
Id Cendoj: 28079130052011100032	Sede: Madrid
Sección: 5	Fecha: 10/02/2011
N° Recurso: 4596/2007	Tipo de Resolución: Sentencia

Partes: Parte Acusadora: el procurador D. Fernando Bermúdez de Castro Rosillo, en nombre y representación de la mercantil Fertiberia, S.A. Parte Defensora: La Administración General del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado, WWF-ADENA, representada por la Procuradora D^a Carmen Jiménez Cardona.

Hechos Relevantes: la Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 27 de junio de 2007 (recurso contencioso-administrativo 563/2004) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Fertiberia, S.A. contra la Orden del Ministro de Medio Ambiente de veintisiete de noviembre de dos mil tres que declara la caducidad de la concesión otorgada, por órdenes de catorce de marzo de mil novecientos sesenta y siete y diecisiete de mayo de mil novecientos sesenta y ocho y luego transferida a la recurrente por Orden Ministerial de veintidós de abril de mil novecientos noventa y ocho, para ocupar una parcela situada en la margen derecha del río Tinto, en el estero de "La Anicoba", con destino a la construcción de depósitos de decantación para el vertido de yeso, subproducto industrial de la planta de ácido fosfórico, en el término municipal de Huelva; del cual, el residuo llamado fosfoyeso es lo que genera graves problemas a la salud y al ambiente mismo.

La sentencia recurrida destaca en su fundamento primero los siguientes datos relevantes: << (...) *Las circunstancias a tener en cuenta en este recurso son, en síntesis, las siguientes: 1- Mediante Ordenes 14 de marzo de 1967 y 17 de mayo de 1968 se otorgaron las concesiones administrativas para ocupar una parcela situada en la margen derecha del río Tinto, en el estero de "La Anicoba", con destino a la construcción de depósitos de decantación para el vertido de yeso, subproducto industrial de la planta de ácido fosfórico, en el término municipal de Huelva. 2.- Mediante Orden Ministerial de 22 de abril de*

1998 se transfirieron las citadas concesiones a la sociedad anónima ahora recurrente. 3.- El Servicio de Costas del Ministerio de Medio Ambiente solicita la autorización para la incoación de un expediente de caducidad de la concesión por haberse producido los siguientes incumplimientos. A) Superación de los espesores máximos de yeso depositados; B) incumplimientos de los planes quinquenales; C) inejecución del tratamiento superficial de acabado previsto y falta de reversión al Estado de las superficies tratadas; D) utilización de una de las balsas de decantación como vertedero de residuos sólidos urbanos de la ciudad de Huelva y de otra balsa por parte de "Gemaza"; E) vencimiento del plazo de la conformidad prestada por la Dirección General de Costas para la planta de transbordo de residuos urbanos de la Diputación. 4.- Sustanciado el procedimiento administrativo correspondiente, que incluye la audiencia a la parte ahora recurrente, se dicta la resolución impugnada en el presente recurso contencioso administrativo, declarando la caducidad de la concesión>>.

La parte demandante manifiesta que no puede declararse la caducidad de la concesión debido que los terrenos ocupados por la concesión cuya caducidad se recurre no son bienes de dominio público al haber perdido su condición de marismas, debido que este resulta un requisito indispensable, para tal efecto el Tribunal Supremo establece:

“Acorde con lo anterior si efectivamente los terrenos ocupados no pertenecen al dominio público marítimo terrestre por haber desaparecido las circunstancias geomorfológicas, como aduce la parte recurrente en su escrito de demanda, que determinaban su inclusión en el citado dominio, y que son las previstas en los artículos tres, cuatro y cinco de la expresada Ley de Costas, carece de sentido otorgar una concesión para la ocupación de unos bienes que no son de dominio público, como señala la recurrente.

Ahora bien, esta forma de razonar de la parte recurrente encuentra dos limitaciones insalvables -una de orden fáctico y otra de orden jurídico- para llegar a una conclusión que pueda comportar la nulidad de acto administrativo ahora impugnado”. Además, agregó que el Tribunal Supremo que la desecación de la marisma es una cuestión, en todo caso, ajena a la concesión y al recurrente concesionario que no ha adquirido derecho alguno derivado de la circunstancia. Por otro lado, explica, que la concesión se otorgó expresamente sin cesión de dominio público ni facultades dominicales del Estado.

En este sentido, la desafectación de la zona marítimo terrestre, en la que se incluyen las marismas, según el artículo 3.1.a) de la Ley de Costas, solo puede llevarse a cabo mediante la sustanciación de un procedimiento, en los términos previstos en el artículo 18 (...)

Otra de las causas de la caducidad de la concesión administrativa es la utilización de una de las balsas de decantación como vertedero de residuos sólidos urbanos de la ciudad de Huelva, para lo que la recurrente ha suscrito un acuerdo expreso con el Ayuntamiento de la expresada ciudad.

Este uso efectivamente es nuevo porque no estaba previsto en el título concesional, lo que supone el incumplimiento de la condición 8ª que dispone que no se podrá arrendar las obras ni los terrenos "ni destinarlas a usos distintos de los expresados".

Esta nueva utilización no ha sido autorizada por la Administración General del Estado que es la que tiene competencia para modificar el título concesional. Posteriormente, la representación de Fertiberia, S.A. preparó recurso de casación contra dicha sentencia y luego efectivamente lo interpuso mediante

escrito presentado el 23 de octubre de 2007 en el que aduce cinco motivos de casación; no obstante, la Abogacía del Estado se opuso al recurso de casación mediante escrito presentado el 12 de enero de 2009 en el que plantea la inadmisión del motivo primero.

Luego, el procurador D. Fernando Bermúdez de Castro Rosillo, en nombre y representación de la mercantil Fertiberia, S.A., interpuso recurso de casación contra el auto de veintiuno de julio de dos mil quince, confirmado por el de doce de noviembre de dos mil quince, dictados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) de la Audiencia Nacional en ejecución de sentencia de su recurso contencioso-administrativo nº 563/04, en materia de medio ambiente, en el que recurre en casación los autos que *“acordaron la ampliación de la garantía exigida para asegurar la correcta ejecución de los trabajos de regeneración medioambiental hasta la completa ejecución de los mismos, sin perjuicio de que pueda acomodarse progresivamente, a instancia de la mercantil recurrente, al coste de la ejecución de los trabajos pendientes de regeneración ambiental, a medida que se vaya ejecutando el proyecto correspondiente”*. En el que la Sala acuerda declarar la inadmisión del recurso de casación interpuesto.

Concretamente, los hechos relevantes respecto a la caducidad de la concesión se puntualizan de la siguiente manera: 11 de noviembre de 1998, se inicia el expediente de caducidad de la concesión por Resolución de la Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente.

22 de julio de 2003, en esta fecha, ante la insistencia de WWF España se obtiene el dictamen del Consejo de Estado favorable a la caducidad, por lo que Fertiberia debería dejar de verter fosfoyesos a las marismas del Río Tinto, en Huelva, España, por encontrarse que resultan ser de sumo peligro para la

calidad de las personas y el medio ambiente, al ser un elemento de alto grado de contaminación.

Cronológicamente, el día 27 de noviembre de 2003, la Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente dicta Resolución por la que se declara la caducidad de la concesión. Por otro lado, el día 27 de junio de 2007, WWF España consigue la Sentencia de la Audiencia Nacional por la que se confirma la resolución de caducidad de la concesión. La Audiencia Nacional dicta sentencia contra Fertiberia, y tras un nuevo recurso fallido de la empresa para seguir ganando tiempo, ordena la paralización de los vertidos el treinta y uno de diciembre de dos mil diez, así como la limpieza y recuperación de todo el paraje.

14 de diciembre de 2009, WWF España consigue Auto de la Audiencia Nacional con la forma de llevar a efecto la ejecución de la caducidad. 17 de febrero de 2010, la Audiencia Nacional rechaza el Recurso de Súplica interpuesto por Fertiberia contra otro Auto de diciembre de dos mil nueve, acepta las propuestas de WWF España y mantiene el Auto de catorce de diciembre de dos mil nueve que imponía el cese de los vertidos a treinta y uno de diciembre de dos mil diez. FMC Foret cesó su actividad en dos mil diez al considerar inviable continuar bajo las nuevas condiciones.

Sin embargo, Fertiberia, para evitar el cese de su actividad industrial, desde dos mil once ya no importa roca fosfórica, sino que adquiere el ácido fosfórico, producto intermedio para la producción de fertilizantes fosfatados, directamente de Marruecos, gracias a un acuerdo con la OCP marroquí.

La contaminación por fosfoyesos de Fertiberia se encuentra ahora deslocalizada en Marruecos, cuya legislación permite el vertido de fosfoyesos.

2 de diciembre 2015. La Audiencia Nacional mantiene la fianza de 69,5 millones a Fertiberia para limpiar las balsas de fosfoyesos. Además de los hechos antes mencionados hoy en días existen diferentes instituciones que han realizado reclamaciones sobre este caso, entre las cuales están:

Comisión Europea: 30 de mayo de 2008, WWF España y Greenpeace interponen una queja ante la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea por infracción de tres Directivas: residuos, vertidos y responsabilidad ambiental.

El 24 y 25 de noviembre de 2008, la Comisión Europea visita a la zona con Greenpeace. El diecinueve de marzo del año dos mil nueve, la Comisión Europea remite carta de emplazamiento complementaria a España. El dieciocho de marzo del año dos mil diez, en la reunión de quejas, la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión de la Unión Europea emite un dictamen motivado.

Parlamento Europeo-Comisión de Peticiones: 12 de junio de 2007, Greenpeace presenta una petición ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo para solicitar que la Unión Europea investigue la violación de cuatro Directivas en el caso de los vertidos de fosfoyesos en Huelva.

Del 16 al 18 de febrero de 2010, la Comisión de Peticiones visita con Greenpeace Huelva. El 14 de junio de 2010, la Comisión de Peticiones emite un duro informe tras la visita a Huelva. En el mismo se reconoce la situación de contaminación y las irregularidades denunciadas por Greenpeace.

Defensor del Pueblo: 26 de octubre de 2009, a la vista de las informaciones aportadas por WWF España y Greenpeace, el Defensor del Pueblo pide

información sobre las concesiones de Fertiberia, al Ministerio de Medio Ambiente, la Junta de Andalucía y Egmasa. 20 de octubre de 2010, el Defensor del Pueblo sugiere a la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía que declare la nulidad de la autorización ambiental integrada concedida a Fertiberia.

5.2.1.2 Enfoque Jurídico

Este recurso de casación lo dirige la representación de Fertiberia, S.A. contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2007 (recurso 563/2004) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada entidad Fertiberia, S.A. contra la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de veintisiete de noviembre del año dos mil tres que declara la caducidad de la concesión otorgada.

Por órdenes de fecha catorce de marzo del año mil novecientos sesenta y siete y de fecha diecisiete de mayo del año mil novecientos sesenta y ocho y, luego transferida a la recurrente por Orden Ministerial de veintidós de abril del año mil novecientos noventa y ocho, para ocupar una parcela situada en la margen derecha del río Tinto, en el estero de "La Anicoba", con destino a la construcción de depósitos de decantación para el vertido de yeso, subproducto industrial de la planta de ácido fosfórico, en el término municipal de Huelva.

Cinco motivos de casación que aduce la recurrente:

Primer Motivo: Se alega la infracción del artículo cuarenta y nueve, apartados 1, 2 y 3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y de los artículos 58, 79, 80, 84 y 85 de la Ley 30/1992 , en relación con el artículo 62.1.e/ de la misma Ley,

por no haberse emplazado ni dado audiencia en el expediente administrativo, ni en el proceso de instancia, a la entidad FMC Foret, Sociedad Anónima, que era interesada en el procedimiento por tener suscrito con la concesionaria Fertiberia, Sociedad Anónima, un contrato, autorizado por el Servicio Provincial de Costas, para depositar conjuntamente sus fosfoyesos en los terrenos concesionales.

Resolución: en efecto, incluso aceptando que la Administración de Costas conoció y autorizó el contrato que Fertiberia, Sociedad Anónima, suscribió con FMC Foret, Sociedad Anónima, es claro que el expediente de caducidad debía entenderse con aquella primera entidad, en su calidad de concesionaria. Desde luego, no corresponde a Fertiberia, Sociedad Anónima defender en el procedimiento administrativo, ni en el ulterior proceso en vía jurisdiccional, los intereses de FMC Foret, Sociedad Anónima, ni denunciar la posible indefensión de ésta por no haber sido emplazada. Y si lo que pretende aducir la recurrente es que la presencia de FMC Foret, S.A., habría sido necesaria para conocer extremos relevantes de la controversia y, en definitiva, para la defensa de los intereses de la propia Fertiberia, S.A., qué duda cabe que en período de prueba la representación de la demandante podría haber propuesto pruebas documentales o testificales (de los responsables de FMC Foret, S.A) conducentes a ello. Y sin embargo no lo hizo. Por todo ello, este primer motivo -que alberga en realidad dos motivos distintos- debe ser desestimado.

Segundo motivo: se alega la vulneración del artículo 77.c/ de la Ley 22/1988, de Costas, en relación con los artículos 57 y 58.2 del mismo texto legal, el artículo 103 de la Constitución y la Ley 7/1994 de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al haber sido vulneradas las competencias de la Comunidad Autónoma en materia medioambiental y, en concreto, en materia de autorización de vertidos (motivo segundo).

Así como la vulneración del artículo 79 de la Ley 22/1988, de Costas, en relación con el artículo ciento tres de la Constitución, por haberse declarado la caducidad de la concesión por actividades llevadas a cabo por terceras personas como son los vertidos realizados terceros por cuenta del Ayuntamiento de Huelva, Diputación Provincial de Huelva y Empresa de Gestión Medio Ambiental de la Junta de Andalucía (motivo tercero).

Resolución: la Abogacía del Estado plantea la inadmisión de estos dos motivos señalando que en ellos se pretende que hagamos una valoración de la prueba distinta a la realizada por la Sala de instancia. La pretensión de inadmisión no puede ser acogida porque, según vamos a constatar, en estos dos motivos, segundo y tercero, que ahora entramos a examinar, también se suscitan otras cuestiones que son ajenas a la valoración de la prueba y que deben ser examinadas.

Tercer motivo: según la recurrente, la Administración de Costas ha declarado la caducidad de la concesión por razón de actividades llevadas a cabo por terceros -vertidos realizados por cuenta del Ayuntamiento de Huelva, Diputación Provincial de Huelva y Empresa de Gestión Medio Ambiental de la Junta de Andalucía-, lo que supone la vulneración del artículo 79 de la Ley de Costas y del artículo 103 de la Constitución pues esas actividades realizadas por terceros estaban consentidas y autorizadas tácitamente por la Administración de Costas y no son imputables a la concesionaria.

Resolución: como respuesta al planteamiento de la recurrente cabe señalar, en primer lugar, que la caducidad de la concesión no fue acordada únicamente por esas actividades que la representación de Fertiberia, S.A. pretende endosar a terceros. Por ello, aunque se prescindiese de estos concretos incumplimientos del título concesional, subsistirían las demás causas

determinantes de la caducidad que aparecen enumeradas en el fundamento primero de la sentencia recurrida.

Cuarto motivo: se citan como infringidos los artículos 9.3 de la Constitución y 106 de la Ley 30/1992, de fecha 26 de noviembre, incidiendo la recurrente en alegaciones que ya se han examinado: que la caducidad de la concesión se declaró por actividades que la Administración de Costas consintió durante años; y que las variaciones que la Sociedad multinacional Fertiberia, introdujo en su vertido que le venían impuestas por la Autoridad Medioambiental competente en materia de vertidos en Andalucía.

Resolución: en lo que se refiere a los cambios en el desarrollo de la actividad para la que se otorgó la concesión, que se dicen impulsados o determinados por las directrices marcadas por la autoridad medioambiental (autonómica), es obligado que nos remitamos a lo expuesto en el fundamento tercero, donde queda explicado que la Administración autonómica no puede modificar - tampoco la Administración Local- un título concesional otorgado por la Administración del Estado; y que cuando la recurrente solicitó a esta última la modificación del título concesional la respuesta de la Administración de Costas fue negativa.

Quinto motivo: se alega la infracción, por inaplicación, de los artículos doce, apartados uno y cinco, diecinueve y setenta y nueve de la Ley de Costas; así como la vulneración, por aplicación indebida, de los artículos tres, cuatro y cinco del mismo texto legal, señalando la recurrente que los terrenos objeto de concesión han perdido la condición de marismas y son ya irrecuperables.

Resolución: En efecto, la alegada pérdida de las características geomorfológicas que determinaron la inclusión de los terrenos en el ámbito del

dominio público, y las consecuencias que ese cambio de circunstancias pueda desencadenar, no son cuestiones que puedan plantearse y resolverse en un proceso en el que se dilucida, únicamente, si es no ajustada a derecho la resolución que declaró la caducidad de la concesión, o, dicho de otro modo, si el concesionario incurrió o no en los incumplimientos que se le reprochan del título concesional. A ello queda ceñida la controversia, como acertadamente entendió la Sala de instancia; y, por tanto, el motivo de casación debe ser desestimado. Por las razones expuestas el recurso de casación debe ser desestimado, debiendo imponerse las costas a la recurrente, según establece el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora bien, como permite el apartado 3 del mismo artículo, dada la índole del asunto y la actividad desplegada por las representaciones de la Administración del Estado y de WWF/ADENA al formular su oposición al recurso, procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de dos mil euros (2.000 €) por el concepto de honorarios de defensa de cada una de las mencionadas partes recurridas.

5.2.1.3 Conclusión del Análisis Jurisprudencial

Resulta de interés destacar la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español²⁷³ la cual se ha pronunciado estrictamente sobre esta categoría de delitos en varios precedentes²⁷⁴, exponiendo al respecto que: “al

²⁷³ Sentencia Definitiva, Referencia 18/07/01, (España, Sala de lo Penal, Tribunal Supremo, 2001). Cándido Conde –Pumpido Tourón confirmó parcialmente la condena de Ángel Jesús como autor responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente.

²⁷⁴ Sentencia Definitiva, Referencias STS 22-06-2001, núm. 1210/2001, STS 20-01-2001, núm. 18/2001, STS 15-12-2000, núm. 1973/2000, STS 4-10-1999, núm. 1397/1999 (España, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 2001, 2000, 1999). En relación con delitos de riesgo para la salud de consumidores, en los supuestos de administración a los animales, cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano, de sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas.

destacar la naturaleza como delito de peligro del tipo definido en el art 325 del Código Penal de 1995, ya no califica el peligro como concreto, pues en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto.

No se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, es decir, una efectiva puesta en peligro con un resultado lo más próximo a la lesión, sino un comportamiento o una conducta idónea para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.

El fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el cual también se efectúan las siguientes consideraciones acerca de este tipo de delitos: *“El delito contra el medio ambiente está integrado por los siguientes elementos: la realización de alguna de las conductas descritas en el precepto, entre ellas la producción de ruidos, elemento descriptivo del tipo que esa emisión contravenga las Leyes o disposiciones generales protectoras del medio ambiente, (...) es necesario que esa conducta suponga un riesgo concreto y grave para la salud de las personas. Este elemento es el que diferencia la infracción administrativa del ilícito penal. La jurisprudencia del T.S. ha establecido que el delito del art. 325 del C.P. es un delito de peligro, definiéndose en algunos supuestos como delito de peligro abstracto, pero resultando mayoritaria la postura que lo considera, bien como delito de peligro concreto o bien como delito de peligro hipotético. El delito de peligro concreto exige que el bien jurídico protegido se ponga en peligro de manera concreta. Y en el de peligro hipotético no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido, la situación de*

peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.”²⁷⁵

Asimismo, también exige el tipo el elemento subjetivo, y establece que está integrad por el conocimiento que se posea del grave riesgo del bien jurídico tutelado, que se origina por la conducta del agente. Es importante resaltar que, el Tribunal Supremo Español en el primer precedente citado, confirmó la condena del imputado, en tanto se comprobó la concurrencia de un comportamiento apto o idóneo para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas –vertido de líquidos residuales en varias oportunidades a un cauce de agua-.

Por otro lado, en el segundo fallo se absolvió al imputado por encontrarse acreditada la idoneidad de la conducta –realizar emisiones sonoras que puedan afectar la salud de las personas- para poner en peligro el bien jurídico protegido, que en este supuesto estaba constituido por la salud pública. En ambos casos se expone acerca de la utilidad de la creación de la categoría de delito de peligro hipotético, en tanto, mediante la introducción de la idoneidad como elemento normativo del tipo para producir peligro se facilita la acreditación de este.

²⁷⁵ Dicha información figura dentro de la Sentencia de la AP de Barcelona, de fecha tres de febrero del dos mil seis, cuya ponente fue Ana Ingelmo Fernández, mediante la cual se absolvió a Joan del delito contra la salud pública.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

En la actualidad en la que la sociedad está inmersa, caracterizada por el constante avance tecnológico, la globalización y el dinamismo, genera efectos en las conductas humanas que provocan un aumento de los riesgos y en consecuencia un considerable incremento de los deberes de cuidado que el Estado debe enfrentar.

Esto genera una amplia preocupación de la sociedad por proteger en primer lugar, ámbitos que tradicionalmente eran ajenos a la esfera del derecho penal, y en segundo lugar, el efecto que ocasiona la agravación de los tipos penales existentes, lo cual produce una expansión y ensanchamiento del derecho penal con la finalidad de controlar la sensación de inseguridad y enfrentar estos nuevos riesgos, para lo cual se recurre al uso de técnicas tipificadoras tales como: ley penal en blanco, tipos abiertos, comisión por omisión, delitos imprudentes, delitos de peligro, entre otros.

Debido a la complejidad de estos nuevos tipos de delincuencia ocasiona que los bienes jurídicos tradicionales, tal como están concebidos, se tornen obsoletos y frente a ello el legislador ha optado por fusionar los intereses de bienes jurídicos individuales, dando origen a los llamados bienes colectivos o supraindividuales que tienden a la satisfacción de necesidades de carácter socioeconómico y que están estrechamente vinculados a la participación de todos los miembros de la comunidad en el proceso económico-social. No cabe duda de que los bienes jurídicos colectivos están presentes en forma

constante en el quehacer cotidiano de cada uno de los sujetos o grupos en que éste se integra. Si bien el auge de estos, constituyeron nuevas formas de protección en el campo del Derecho Penal, ante las modalidades cada vez más sofisticadas de ataque, estos no constituyen una categoría que se halle “por encima” o “más allá” del individuo, sino que están en función de todos los miembros de la colectividad por lo mismo que son complementarios de los bienes jurídicos individuales. En respuesta a esta exigencia de protección medioambiental surgen los delitos de peligro y con ello un sinnúmero de problemas que atentan con legalidad y legitimidad de estos.

No obstante, ha quedado claro que la tutela del medio ambiente debe abordarse desde la perspectiva de los delitos de peligro, superado este problema surge ahora la dificultad que ocasiona la división de estos, pues diversas legislaciones consideran que se trata de un delito de peligro concreto, otro sector doctrinal e incluso algunas legislaciones lo abordan como delitos de peligro abstracto y modernamente doctrinarios han atribuido los delitos de aptitud que legislaciones como la de España han retomado.

El objeto nuclear de esta investigación ha sido a lo largo de la misma, fundamentar dogmática, jurídica, doctrinaria y jurisprudencialmente que los delitos de peligro hipotético o de aptitud es la forma ideal para abordar los delitos medioambientales. Incorporan elementos de aptitud o de valoración sobre la potencialidad lesiva del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez.

Mediante la introducción de dichos elementos, se tipifica un comportamiento “idóneo” para producir peligro para el bien jurídico protegido, siendo dicha “idoneidad” un elemento normativo del tipo objetivo que necesariamente deberá concurrir y ser constatado judicialmente.

Ya se estableció que esta categoría de delitos tiene su génesis en la necesidad de superar las dificultades probatorias de los tipos de peligro concreto para poder así tutelar los bienes jurídicos colectivos, tales como los derivados de la causalidad y la imputación objetiva.

Doctrina existe una discusión en torno a la legitimidad de los delitos de peligro hipotético, analizada desde los principios fundantes del derecho penal y de las funciones que el mismo está llamado a cumplir en la sociedad contemporánea, debatiéndose, por tanto, si se encuentra legitimada la utilización del derecho penal como herramienta para punir las conductas agrupadas bajo tal categoría de delitos.

Básicamente existen dos posturas radicales al respecto. Por un lado, hay un grupo de autores que, con diversos argumentos, objetan la legitimidad de estos tipos de peligro, sostienen que los delitos de peligro abstracto en general, y dentro de ellos los de peligro hipotético, son violatorios del principio de ofensividad o lesividad y de máxima taxatividad legal e interpretativa, que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier prohibición.

En ese orden de ideas muchos autores consideran que uno de los mayores obstáculos que presentan los delitos de peligro abstracto genéricamente considerados y por ende los delitos de peligro hipotético (ya que consideran que los tipos de peligro hipotético se encuentran abarcados por esta categoría) es el estar fundados sobre una presunción de derecho acerca del peligro de lesión, prevista de antemano por el legislador en la norma.

Establecen que no son aceptables en derecho penal, por vulnerar garantías consideradas básicas. Es decir, no puede fundarse ninguna imputación penal sobre la base de juicios de probabilidad, sea que recaigan sobre el “peligro” o

sobre la “peligrosidad” de la conducta, por cuanto las consecuencias de este procedimiento vulneran los principios de lesividad y de culpabilidad. Se vulnera el principio de culpabilidad por cuanto al presumirse iure et de iure un elemento de imputación, implícitamente también se está presumiendo la responsabilidad del agente; y tampoco resulta acertado sustentar tales delitos sobre una presunción iuris tantum, por cuanto se vulnera el principio procesal de la carga de la prueba, al invertirla y ponerla en cabeza del sujeto, a la vez que viola el principio in dubio pro-reo y con esto el principio de legalidad.

Definitivamente, este grupo de autores concluye que a través de este tipo de técnicas legislativas se desnaturaliza la esencia del derecho penal, esto es, se deja de concebir al mismo como instrumento de ultima ratio atribuyéndosele funciones que deberían ser asumidas por otras ramas del derecho (derecho civil, administrativo, etc.) con igual o mayor eficacia. En ese sentido, según ellos existe una sobrevaloración de las funciones preventivas del derecho penal.

Desde otro punto de vista, existen autores que consideran a la utilización del derecho penal, a través de la tipificación de delitos de peligro hipotético, como una opción de política criminal, que se justifica en la sociedad actual caracterizada como sociedad de riesgo, aumentando así la importancia del derecho penal como medio de control social.

Estos autores defienden el adelantamiento de la intervención penal en ámbitos de protección colectivos, como por ejemplo la protección del medioambiente, atento a que la producción de la lesión en tales ámbitos puede llegar a ser de difícil o imposible reparación. En base a esta idea, se postula como legítima la intervención temprana del derecho penal, mediante la penalización de conductas peligrosas individual o globalmente consideradas, sin dejar de

contemplar que: “este progresivo adelantamiento de la intervención penal, y consecuente distanciamiento de los bienes jurídicos protegidos por el tipo, origina importantes problemas técnicos tanto en el momento de la creación como en el de aplicación de los tipos penales, así como mayor inseguridad jurídica y, en muchos casos, posibilita una mayor intervención punitiva del poder estatal con un menor control por parte del legislador”

En síntesis, la doctrina que justifica la existencia de esta categoría, lo hace basándose en fundamentos de corte ideológicos, que se traducen en la necesaria protección de bienes jurídicos colectivos socialmente relevantes, utilizando así estos tipos penales como eficaces instrumentos para prevenir comportamientos ilícitos que tiendan a lesionar dichos bienes.

A lo largo de esta investigación se ha realizado un examen teórico, dogmático, doctrinario y jurisprudencial analizando así resoluciones de la Sala de lo Penal del El Salvador como del Tribunal supremo de España, examen que fundamenta el por qué los delitos que atentan contra el medio ambiente deben ser abordados como delitos de peligro hipotéticos. Por esta razón se concluye advirtiendo la existencia de posturas antagónicas en torno a la legitimidad de los delitos de peligro hipotético y consecuentemente su categorización y adaptación a los principios básicos del derecho penal.

Las consecuencias prácticas son evidentes: o el derecho penal es el recurso completo y suficiente para llevar adelante la tarea de control mediante estas técnicas; o las otras ramas del derecho deben dar una respuesta integral y satisfactoria a la necesidad social de protección de ciertos bienes jurídicos.

Ya ha quedado claro que la creación de la denominada categoría “delitos de peligro hipotético” obedece a un criterio expansionista del derecho penal que,

pese a las objeciones que puedan formularse, encuentra plena aceptación en la tendencia moderna e incluso aumenta cada día. Esto obedece a que ya no se trata tanto de la sola protección del bien jurídico individual sino de la protección de instituciones sociales o unidades funcionales de valor, con lo que el efecto preventivo llega con mayor facilidad en el momento que la protección del ordenamiento es más institucional que individual.

A partir de ello, el derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad. Esta transformación en el objeto de protección, que va desde el bien jurídico individual a los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, se sostiene en la inoperancia de las otras ramas del derecho como mecanismos de control social, y concretamente, en el denominado “proceso de administrativización del derecho penal”, lo que denota un incremento de comportamientos delictivos escasamente garantistas, con técnicas de protección anticipadas de peligro presunto o estadístico, propiciando que el derecho penal asuma el modo de razonar propio del derecho administrativo sancionador, a la vez que se convierta en un derecho al servicio de los problemas sociales.

En la sociedad actual, el legislador contemporáneo tiende a ampliar ilimitadamente, mediante el recurso a las técnicas de los delitos de peligro, entre otras, el campo de aplicación del derecho penal, dándole una elasticidad vulneradora de sus principios fundamentales con el fin de responder la demanda social de mayor represión frente a conductas no toleradas.

La mayoría de las veces, la norma penal lejos de solucionar el conflicto lo agrava y ello se debe fundamentalmente al uso inadecuado de este recurso. No se puede dejar de sostener que el derecho penal no es hoy un instrumento

de revancha social y su generalizada aplicación trae aparejada su desnaturalización y una pérdida de eficacia a la hora de resolver los conflictos a los cuales si está llamado a solucionar. Si bien es cierto que la tradicional ramificación del derecho está puesta en cuestión hoy en día, no obstante, cuando se recurre al derecho penal, se está frente al último recurso del derecho, por lo cual debe adaptarse a sus principios y garantías constitucionales que no pueden ser obviados por el legislador so pretexto de proteger intereses jurídicos socialmente relevantes.

En definitiva, para que el derecho penal continúe cumpliendo una posición primordial como herramienta de control social, debe seguir encauzado dentro sus estructuras, sin que sea necesario que deba responder a cuestiones que están fuera de su alcance.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Agradano de Llanos, María. La protección penal del ambiente: Los delitos ambientales. Tomo V. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

Alastuey Dobón, María Carmen. El delito de contaminación ambiental. Granada: COMARES. 2004.

Alcale Sánchez, María. Delitos Urbanísticos. Barcelona: CEDECS Editorial S. L. 1997.

Alonso Álamo, Mercedes. Un derecho penal comprometido: La trama de la vida y protección penal del ambiente. España: Tirant lo Blanch. 2011.

Arnaud, André Jean y María José Fariñas Dulce. Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico, Madrid. Universidad Carlos III. 1996.

Arrieta Liliana. Justicia Ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente. La justicia ambiental en Costa Rica. Colombia. 2001.

Baigún, David. Los delitos de peligro y la prueba del dolo. Montevideo, Buenos Aires: B de F. 2007.

Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal. Parte General, Tercera Edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A. 1996.

Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General, 5° edición.

Madrid. Akal ediciones. 1998.

Beck, Ulrich. La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Ibérica S. A. 1998.

Becker, Howard. Sociología interpretativa y tipología constructiva, en Georges Gurvitch. Wilbert Moore, Sociología del siglo XX. España: el ateneo. 1966.

Bergalli, Roberto. Control Social Punitivo, Sistema Penal e Instancias de aplicación. Policía, Jurisdicción y Cárcel. Presentación VII-VIII. Barcelona: María Jesús Bosch, S. L. 1996.

Besares Escobar, Marco Antonio, Samuel Ibarra Vargas, Israel de Jesús Gómez Torres. Derecho Penal ambiental: Análisis de los delitos contra el medio en México. Argentina: Porrúa. 2001.

Boix Reig, Javier y Ángeles Jareño Leal. Comentarios al Código penal de 1995 II. Valencia: Tirant lo Blanch. 1996.

Buján Pérez, Carlos Martínez. Derecho Penal económico. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch. 1998.

Bustamante Alsina, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil, quinta edición Buenos Aires: REUS. 1977.

Bustos Ramírez, Juan. Introducción al derecho penal. Bogotá: Temis. 1986.

Bustos Ramírez. Ramírez. Los bienes jurídicos colectivos, Tomo. II. Lima:

Editorial. Ara editores. 1994.

Blanco Lozano, Carlos. La Protección del medio ambiente en el derecho penal español y comparado Granada, España: Comares. 1997.

Birnbaum, Franz. Sobre la necesidad de una lesión de derecho para el concepto de delito, traducción de José Guzmán Dalbora, Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F. 2010.

Cadavid Quinteros, Alfonso. Introducción a la teoría del delito. Especial consideración a los fundamentos de los delitos imprudentes. Medellín: DIKE. 1998.

Cafferatta Nores, José. La prueba en el proceso penal. 3ª edición. Buenos Aires: Depalma. 1998.

Cafferatta, Néstor. Introducción al Derecho ambiental. Sentencia de medio ambiente y recursos naturales. México: Instituto de ecología, Programa Naciones Unidas para el medio ambiente. 2004.

Cancio Meliá; Carlos Gómez Jara. Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión Madrid: Edisofer S.L. 2006.

Castillo Sánchez, Marcelo. Régimen jurídico de protección del medio ambiente: Aspectos generales y penales. Santiago de Chile: Ediciones Bloc. 1994.

Cerezo Mir, José. Curso de Derecho penal español. Parte General. I

Introducción, 6ª edición. Madrid: Tecnos. 2004.

Choclan Montalvo, José Antonio. El delito culposo. San Salvador: Corte Suprema de Justicia. 2001.

Cobo del Rosal, Manuel, Francisco Javier Boix Reig y Enrique Orts Berenguer. Derecho Penal. Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch. 1990.

Cobo del Rosal, Manuel y Tomás Vives Antón. Derecho Penal. Parte General, 4º edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 1996.

Colombo, Leonardo. La Culpa Aquiliana. Buenos Aires: Editorial Buenos Aires. 1975.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu. Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999.

Commoner, Knopf Barry. The Closing Circle: Nature, Man, and Technology, New York, Estados Unidos: A Knopf e Book. 1971.

Couture, Eduardo Juan. Estudios de derecho procesal civil. 3ª edición. Buenos Aires: Depalma. 1958.

Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte especial. Tomo 2, sexta edición. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1998.

Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte General, 5º ed. Buenos Aires: Astrea.

2003.

Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal. Parte general, 7ª edición. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile. 2005.

Cury, Enrique. La ley penal en blanco. Bogotá: Editorial Temis, S.A. 1988.

De Luca, Javier Augusto. Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional Buenos Aires: editorial. Ad-Hoc. 1997.

De la Cuesta Aguado, Paz Mercedes. Causalidad de los delitos contra el medio ambiente. Valencia: Tirant lo Blanch. 1995.

De La Cuesta Aguado, Paz Mercedes. Tipicidad e Imputación objetiva, 1º edición, Valencia: Ediciones Jurídicas Cuyo Mendoza. 1998.

De la Cuesta Aguado, Paz Mercedes. Causalidad de los delitos contra el medio ambiente. 2º edición. Valencia: Tirant Lo Blanch. 1999.

De la Cuesta Aguado, Paz Mercedes. Tipicidad e imputación objetiva. Valencia: Tirant lo Blanch. 1996.

De Palma del Teso, Ángeles. El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador Madrid: Tecnos. 1996.

Die Rolle, Otto. Triffterer des Strafrechts beim umweltschutz in der Bundes Republik Deutschland: Zstw. 1979.

Diez-Picazo, Luis y Luis Ponce de León. Responsabilidad civil ambiental, en Responsabilidad ambiental: penal, civil y administrativa. Madrid, España: Ecoiuris. 2003.

Díaz, Miguel y Conlledo García. Cuestiones actuales de la teoría del delito. España: McGraw-Hill. 1999.

Dozo Moreno, Abel. La ecología y el derecho penal. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Palma. 1994.

Engels, Federico. Dialéctica de la naturaleza. Edición traducida al español. México: pavlov. 1939.

Escrivá Gregori, José María. La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal. Barcelona: Bosch. 1976.

Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal, parte general, t. I 3ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1999.

Fernández, Gonzalo. Bien jurídico y sistema del delito. Uruguay: B. de F. 2004.

Ferrajoli, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2001.

Feuerbach, Anselm. Tratado de derecho penal común vigente en Alemania, traducción de Raúl Zaffaroni. Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L. 1989.

Friedman, Thomas. Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze social, trad. Tarello. Bologna: Il Mulino. 1997.

García, Bernardo. Compendio de términos comunes en estudios ambientales de la industria petrolera. Bogotá: Coordinación Ambiental Corporativa de ECOPETROL. 1994.

García Rivas, Nicolás. El poder punitivo en el Estado democrático. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha. 1996.

Gimbernat Ordeig, Enrique. Estudios de Derecho Penal. Madrid: Tecnos. 1990.

Giménez, Vicente. Justicia ecológica y protección del medio ambiente. Madrid: Trotta. 2002.

Gómez Benítez, José Manuel. Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal, parte general. Madrid: Editorial Civitas, S.A. 1988.

Gómez de la Torre, Ignacio Berdugo. Curso de derecho penal parte general. Barcelona. 2010.

Gómez de la Torre, Ignacio Berdugo. Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Penal. Madrid: Iustel Editorial. 2010.

Gómez Guillamón, Rogelio. Código Penal. Jurisprudencia, comentarios, legislación complementaria e índice analítico, 11º edición. Madrid: Colex. 2007.

Gómez Pavón, Pilar. El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del art. 383 Cp, 4º edición. Barcelona: Bosch. 2010.

Gómez Rivero, María del Carmen. El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Especial referencia a la responsabilidad del funcionario concedente. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000.

Gomis Catala, Lucia. Responsabilidad por daños al medio. España: editorial Aranzadi. 2005.

González, Reinaldo. Prueba Indiciaria: Fundamentos para una formulación teórica en materia criminal. 1ª edición. San Salvador: Aequus Editorial. 2015.

Guiza, Beatriz y Vicente Sánchez. Glosario de Términos sobre Medio Ambiente. Santiago de Chile: Oficina Regional de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe (OREALCA). 1998.

Günther, Jakobs. Derecho Penal parte general: Fundamentos y teorías de la imputación. Madrid: Marcia Pons, ediciones jurídicas S. A. 1995.

Günther, Jakobs. Derecho Penal parte general: Fundamentos y teorías de la imputación. 2º edición corregida. Madrid, España: Marcia Pons, ediciones jurídicas S. A. 1997.

Günther, Jakobs. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Madrid: Civitas. 1996.

Hassemer, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires: ediciones Depalma. 1999.

Henao Cardona, Luis Felipe. Gustavo Balmaceda Hoyos. Introducción al derecho penal de la sociedad posindustrial. Universidad del Rosario: Biblioteca jurídica Diké. 2006.

Henao Pérez, Juan Carlos et al. La responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental en Responsabilidad por daños al medio ambiente: Colombia Universidad de Externado de Colombia. 2000.

Hirsch, Hans Joachim. Peligro y Peligrosidad. Santa Fe Colombia: Rubinzal-Culzoni. 1999.

Hormazabal Malaree, Hernán. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. Lima: Idemsa. 2005.

Iguarán Arana, Mario. Justicia Ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente. La acción de tutela como mecanismo de protección del derecho a un ambiente sano. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2001.

Iturraspe, Mosset. El daño ambiental en el Derecho Privado, Parte General, Tomo I Santa Fe: Rubinzal Culzoni. 1999.

Jaén Vallejo, Manuel. Cuestiones básicas del derecho penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. 1998.

Jakobs, Günther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación, traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons. 1995.

Jescheck, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal, t. I. Parte General, Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch. 1981.

Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Buenos Aires: Editorial Losada. 1956.

Kaiafa-Gbandi, María. Una mirada hacia los puntos centrales de la evolución de la dogmática jurídico-penal alemana ante el cambio de siglo desde la perspectiva de un miembro de la ciencia jurídico-penal griega. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. 2004.

L'azione, Francesco Antolisei. e l' evento nel reato. Milán: Istituto Editoriale Scientifico. 1928.

Lesmes Serrano, Carlos. Las Infracciones administrativas y la potestad sancionadora. Derecho penal Administrativo. Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente. Granada: Comares. 1997.

Libster, Mauricio. Delitos ecológicos. Buenos Aires: Depalma. 1993.

López Barja de Quiroga, Jacobo. El principio: non bis in ídem” Madrid: Editorial DYKINSON, S.L. 2004.

López Barja de Quiroga, Jacobo. 2010. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Madrid. España: Civitas-Thomson Reuter.

Luzón Peña, Diego Manuel. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 2.^a edición. Valencia. Tirant lo Blanch. 2012.

Matallanes Rodríguez, Nuria. Derecho penal del Medio ambiente. Madrid: Iustel. 2008.

Martínez Buján Pérez, Carlos. Derecho Penal económico. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch. 1998.

Mejía, Henry Alexander. Responsabilidad por daños al medio ambiente. San Salvador. Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia. 2014.

Mendo Estrella, Álvaro. El delito ecológico del artículo 325.1 del Código Penal. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2009.

Mendoza Buergo, Blanca. Límites dogmáticos y políticos – criminales de los delitos de peligro abstracto. España: Comares. 2001.

Meseguer Yebra, Joaquín. El principio non bis in ídem en el procedimiento administrativo sancionador. Barcelona: Editorial Bosch S.A. 2000.

Mezger, Edmund. Tratado de derecho penal, traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial de derecho privado. 1955.

Mezger, Edmund. Derecho penal. Libro de estudio. Parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. 1958.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General, 5ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor S.L. 1998.

Mir Puig, Santiago. Bien jurídico y Bien jurídico-penal como límites del ius puniendi Salamanca. España. Universidad de Salamanca. 2001.

Mir Puig, Santiago. Derecho penal del siglo XXI. España: Consejo General del Poder Judicial. 2008.

Mir Puig, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. Barcelona: Editorial Airel Derecho. 1994.

Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte especial. Sexta Edición. Sevilla. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. 1985.

Muñoz Conde, Francisco. Derecho penal. Parte general. Segunda Edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 1996.

Muñoz Conde, Francisco. Derecho penal. Parte especial. 17ª edición. Valencia. 2010.

Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal. 2ª edición. Buenos Aires: B de F Ltda. 2001.

Muñoz Conde, Francisco. Lecciones de Derecho Penal. Primera Parte.

Fundamentos del Derecho Penal. Sevilla: Gráficas Minerva S.A. 1991.

Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial, décimo sexta edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007.

Muñoz Conde, Francisco. Teoría general del delito. Bogotá: Temis. 1984.

Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. Derecho penal. Parte General Valencia: Tirant lo Blanch. 1993.

Navarro Cardozo, Fernando y Francisco Úbeda Tarajano. Estudios de derecho ambiental. Libro homenajeado al profesor Josep Miguel Prats Canut. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008.

Navarro, Guillermo Rafael. Delitos contra la salud y el medio ambiente. Argentina: Hammurabi. 2009.

Odell, Rice. La Revolución ambiental: estudios sobre la contaminación y protección del medio ambiente, Buenos Aires: Fraterna. 1984.

Onetto, María Valeria. Delitos contra el medio ambiente: El problema de la causalidad en los delitos ambientales y su influencia en la política criminal, protección penal del medio ambiente versus in dubio pro reo. Buenos Aires: Del Puerto. 2003.

Palao Moreno, Guillermo. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Aspectos internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch. 1998.

Parra Lucan, María Ángeles. La responsabilidad por daños de productos. Barcelona: Bosch. 1994.

Pardo, José Esteve. Derecho del medio ambiente. 2ª edición. España: Marcia Pons. 2008.

Pardo, Steve. Derecho del medio ambiente Barcelona: Marcial Pons. 2005.

Pastorino, Leonardo Fabio. El Daño al Ambiente. Buenos Aires: LexisNexis Argentina S.A. 2005.

Pérez Luño, Antonio. Los Derechos Fundamentales. Tercera edición. Madrid. Editorial Tecnos, S.A. 1988.

Polaino Navarrete, Miguel. Delitos contra el medio ambiente en el Código Penal Español de 1995, Vol. II Valencia: Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. 1997.

Peris Riera, Jaime Miguel. Delitos contra el Medio Ambiente Valencia: Tirant lo Blanch. 1984.

Polaino, Miguel. El bien jurídico en el derecho penal. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla. 1974.

Pozuelo Pérez, Laura. Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal, T. II Bogotá, Colombia: Servicio de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. 2003.

Queralt Jiménez, Joan. Derecho Penal Español. Parte Especial, 5.^a Barcelona: Atelier. 2005.

Reátegui Sánchez, James. El bien Jurídico en el Derecho Penal, Concepto, fundamento y validez del objeto de protección en el ámbito jurídico-penal. Lima: Jurista Editores. 2006.

Ragués, Ramon. El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona: Bosch. 1999.

Reinhart, Mauracch. Tratado de Derecho Penal, Tomo I Barcelona: Ediciones Ariel. 1962.

Reyes Echandía, Alfonso. Derecho Penal. Décima Edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 1986.

Rico, José María. Las sanciones penales y las políticas criminológicas contemporáneas. 2.^a Edición. México: Siglo veintiuno editores. 1982.

Rodas Monsalve, Julio Cesar. Protección penal y medio ambiente. Barcelona: PPU. 1994.

Rodríguez Arias, Antonio Mateo. Los delitos relativos a la protección del medio ambiente. Madrid: Colex. 1998.

Rodríguez López, Pedro. Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal. La Administración Pública como garante. Barcelona: Bosch. 2007.

Rodríguez Montañés, Teresa. Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid: Centro de estudios judiciales. 1994.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo. La Omisión de Socorro en el código penal. España. Tecnos. 1966.

Rohland, Von. La puesta en peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal, Barcelona: Bosch. 1976.

Romeo Casabona, Carlos María. Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo, Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A. 1986.

Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas. 1997.

Roxin, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal. 2ª edición. Argentina: Hammurabi. 2002.

Roxin, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? En la teoría del bien jurídico: Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de abalorio dogmático. Madrid: Marcia Pons. 2007.

Roxin, Claus. Política criminal y sistemas del derecho penal tr. Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch. 1972.

Roxin, Claus. Problemas Básicos del Derecho Penal traducido por por Diego Manuel Luzon Peña, Madrid: Reus. 1976.

Salín Pascual, Daniel y Aurora Adame Romero. Contaminación Ambiental. México: Trillas. 1993.

Sánchez Escobar, Carlos. Límites Constitucionales al Derecho Penal. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura. 2004.

Seelman; Kurt. Atypische Zurechnungs Strukturen. cit. María Carmen Alastuey Dobón, El delito de contaminación ambiental. Granada, España: COMARES. 2004.

Sánchez Frieria González, María del Carmen. Responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente. Barcelona: Bosch. 1994.

Santana Vega, Dulce María. Concepto de ley penal en blanco. Buenos Aires: ed. Ad-Hoc S.R.L. 2000.

Santos Briz, Jaime. La Responsabilidad civil en Derecho Sustantivo y Derecho Procesal, séptima edición. Madrid. Editorial Montecorvo S.A. 1995.

Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª edición. Madrid: Civitas. 2001.

Silva Sánchez, María de Jesús. Consideraciones teórico-generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente, en: La reforma de la justicia penal: Estudios homenaje al profesor Klaus Tiedemann. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I. 1997.

Silva Sánchez, María de Jesús y Raquel Montaner Fernández. Los Delitos contra el Medio Ambiente. Barcelona: Atelier. 2012.

Stcobbe, Maurice. Orígenes y control de la contaminación ambiental. México: CECSA. 1973.

Terradillos Basoco, Juan María. Derecho penal del medio ambiente. Madrid. Editorial Trotta. 1997.

Terradillos Basoco, Juan María. Lecciones y Materiales para el estudio del derecho penal. España: Iustel. 2012.

Udo, Ebert. Derecho Penal. Parte General. México: UAEH. 2005.

Velásquez Velásquez, Fernando. Derecho Penal. Parte general. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis, S.A. 1997.

Velásquez Velásquez, Fernando. Manuel de Derecho Penal. Parte General. Bogotá: Temis. 2002.

Verguer Noguera, Antonio. El uso del Derecho Penal para la protección del Medio Ambiente en España. Responsabilidad por daños al Medio Ambiente. Colombia: Instituto de Estudios del Ministerio Público de La Universidad Externado de Colombia. 2005.

Vives Antón, Tomas y Manuel Cobo del Rosal. Derecho Penal. Parte General. 4ª Valencia: Tirant lo Blanch. 1996.

Von Liszt, Frank. Tratado de derecho penal, traducción de Luis Jiménez de Asúa, 2º edición. Madrid: Reus. 1926.

Wensel, Hans. Derecho Penal Alemán. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1997.

Wessels, Johannes. Derecho Penal. Parte General, traducción de Conrado Finzi. Buenos Aires: Depalma. 1980.

Zaffaroni, Raúl. Derecho penal parte general. Buenos Aires: Ediar. 2002.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. 3 Buenos Aires. Ediar. 1987.

Zúñiga Morales, Ulises. La tentativa: su configuración en los delitos de peligro. San José: Corte Suprema de Justicia-Escuela Judicial. 1990.

Tesis

Aguñada Arévalo, Sergio Giovanni y Juan Aníbal Corea Villalta. “La Responsabilidad Civil derivada del delito en la legislación penal salvadoreña” Tesis de Grado. Universidad Centro Americana José Simeón Cañas UCA. 2003.

Aparicio Miranda, Daniel Enrique. “La Protección jurídica penal del medio ambiente y su problemática de carácter multidimensional” Tesis de Grado. Universidad de El Salvador. 2016.

Arévalo Alvarado, Susy Ivonne. “Situación de la Protección penal del medio ambiente en El Salvador”, Tesis de Grado. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centro Americana José Simeón Cañas UCA. 1999.

Balbuena Soto, Lorena Beatriz. “Alcance de la protección de los sistemas naturales y las bases naturales de la vida humana. Análisis de la legislación Penal Española y Paraguaya” Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. 2012.

Beltrán García, José Alirio; María Nely Salguero. “Limitaciones Jurídicas para la aplicación de la legislación penal en los delitos relativos a la naturaleza y el medio ambiente” Tesis de Grado. Universidad de El Salvador. 2000.

Camacho Brindis, María Cruz. “Criterios de Criminalización y descriminalización”. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, España. 1992.

Díaz Blanco, Alma Berenice. “Efectividad de la Legislación Ambiental en cuanto a la determinación de responsabilidad ambiental para los generadores de residuos peligrosos de carácter toxico” Tesis de Grado. Universidad de El Salvador. 2016.

Duran Ramírez, Nadire Mabel “Derecho Ambiental: su protección constitucional” Tesis de Grado. Universidad Centro Americana José Simeón Cañas UCA. 1999.

García Méndez, José Adolfo y Cesar Alirio Gálvez Chicas. “Influencia de la falta de legislación adecuada en la contaminación por emisión de gases vehiculares e industriales” Tesis de Grado. Universidad de El Salvador. 2000.

García Ramos, Rocío Marisol y Magdalena Antonieta Ramírez Martínez. “Contaminación del Manantial Shansierpe de la comunidad El Morro, del municipio de Santiago Texacuangos, San Salvador”, Tesis de Grado. Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas. 2000.

González López, Antonio. “La preocupación por la calidad del medio ambiente. Un modelo cognitivo sobre la conducta ecológica”. Tesis de Grado. Universidad Complutense de Madrid. España. 2002.

Meléndez de León, Mauricio Alberto y Víctor Manuel Mejía Ostorga. “Análisis de la normativa ambiental salvadoreña, su aplicabilidad para controlar las emisiones de gases por combustión de vehículos automotores y su impacto ambiental en el área metropolitana de San Salvador” Tesis de Grado. Universidad de El Salvador. 2000.

Legislación

Código Civil. El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 1959.

Código Penal comentado. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador.

Código Penal Salvadoreño. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 1997.

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente de El Salvador. 1983.

Convenio de Basilea. Suiza: Organización de las Naciones Unidas. 1989.

Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (COP). Estocolmo: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. 2001.

Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono. Austria, Viena: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. 1985.

Convenio sobre la Diversidad Biológica. Rio de Janeiro: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. 1993.

Convención sobre la Protección de la Flora y de la Fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América. Unión Panamericana. 1943.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. Rio de Janeiro: Organización de las Naciones Unidas. 1992.

La Agenda 21. Rio de Janeiro: Organización de las Naciones Unidas. 1992

Ley de Áreas Naturales Protegidas. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2005.

Ley del Medio Ambiente. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 1998.

Ley de Ordenamiento y desarrollo territorial. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2011.

Ley Forestal. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 1973.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Protocolo de San Salvador). El Salvador: Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. 1988.

Protocolo de Kioto. Japón. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. 1997.

Reglamento Especial de Aguas Residuales y Desechos Peligrosos. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2009.

Reglamento Especial en materia de sustancias, residuos y desechos peligrosos. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 1998.

Reglamento Especial sobre el manejo integral de los desechos sólidos. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2000.

Reglamento General de la Ley de Medio Ambiente. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 2000.

Jurisprudencia

Sentencia Civil, Referencia: RA 4237; 27. Referencia: RA 8053 1990. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. España. 1982.

Sentencia de Inconstitucionalidad. Referencia: 5-93. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. 1998.

Sentencia Definitiva, Referencia 280-2015. Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. 2015.

Sentencia de Amparo. Referencia: 242-2001. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. 2003.

Sentencia de Inconstitucionalidad. Referencia: 27-2006/30-2006. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. 2006.

Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: 11-2007 Acum. Sala de lo Constitucional de la 2007. Corte Suprema de Justicia. El Salvador.

Sentencia de Inconstitucionalidad. Referencia: 22/2007 42/2007 89/2007 96/2007. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. 2007.

Sentencia Definitiva. Referencia: 134-A-98. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. 2001. El Salvador.

Sentencia de Inconstitucionalidad. Referencia: 127-2006 AC. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. 2007.

Sentencia Definitiva. Referencia: 318-M-2004. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. 2007. El Salvador.

Recurso de Casación, Ref. 383-C-2015. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. 2016.

Sentencia Definitiva, Referencia: 34-C-2012. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador, 2012.

Sentencia Definitiva. Referencia: STS 916/2008. Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo. España. 2008.

Sentencia Definitiva. Referencia: 0701-27-2009 416/2008. Tribunal de Sentencia de La Unión de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador, 2008.

Manuales.

Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. Barcelona: PPU. 1994.

Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal, tercera edición. Barcelona: Editorial. Ariel S.A. 1989.

Carballo Broen, Alma. Manual de derecho ambiental salvadoreño y sus principios rectores. El Salvador: Centro Salvadoreño de Tecnología Apropiaada CESTA. 1998.

Gamero Casado, Eduardo y Severiano Fernández Ramos. Manual básico de Derecho Administrativo, séptima edición Madrid: Tecnos. 2010.

Martín Mateo, Ramón. Manual de Derecho Ambiental. Tercera Edición. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A. 2003.

Mir Puig, Santiago. Manual de Derecho Penal. Parte General. 9° edición. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2011.

Muñoz Conde, Francisco. Manual de Derecho penal medioambiental. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013.

Quintero Olivares, Gonzalo. Manual de Derecho Penal. Parte general. Tercera Edición. Navarra: Editorial Aranzadi. 2002.

Serrano, Armando Antonio y Miguel Alberto Trejo. Manual de Derecho Penal. Parte General. El Salvador: Centro de Información Jurídica. Ministerio de Justicia. 1996.

Serrano, Antonio Armando. Manual de Derecho Procesal Penal. San Salvador: PNUD. 1998.

Trejo, Miguel Alberto. Manual de Derecho Penal (Parte Especial), San Salvador: Centro de Investigación y Capacitación. 1993.

Vivas Ussher, Gustavo. Manual de Derecho Procesal Penal. Vol. II. Córdoba: Alveroni Ediciones. 1999.

Vives Antón Tomas y Manuel Cobo del Rosal. Manual de Derecho Penal. Parte General, 5ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. 5° edición. Buenos Aires: Ediar. 1986.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. México, D. F.: Cárdenas Editor. 1991.

Revistas

Alcácer Guirao, Rafael. “La protección del futuro y los daños acumulativos”, *RECP*, 04-08. 2002.

Cafferatta, Néstor. “Revista de derecho ambiental” *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2004.

Cafferatta, Néstor. “La acción preventiva del daño (arts. 1711/1713 del código civil y comercial), su aplicación al daño ambiental” *Revista de derecho ambiental: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica* n. 43. 2015.

Cafferatta, Néstor. “Principio precautorio y nuevo código civil y comercial común: 129-138” *Revista de derecho ambiental: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica* n. 43. 2015.

Cafferatta, Néstor. “Concepto, objeto y contenido: 3-208” *Summa Ambiental: Doctrina – Legislación – Jurisprudencia. Revista de derecho ambiental. Jurisprudencia Argentina*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2011.

Cafferatta, Néstor. “Principios del Derecho Ambiental” *Summa Ambiental: Doctrina – Legislación – Jurisprudencia. Revista de derecho ambiental. Jurisprudencia Argentina*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2011.

Casas, Sergio. “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, *lecturas*

sobre el derecho al medio ambiente, Tomo III. Bogotá, Externado de Colombia. 2002.

Casero Linares, Luis. “La Responsabilidad Civil” *Revista de Justicia de Paz*, n. 5. 1998.

Castro Cuenca, Carlos. “Lineamientos sobre la antijuricidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva” *Dikaion*, n. 15, Chía, Universidad de la Sábana. 2006.

De la Cuesta Aguado, Paz Mercedes. “Causalidad de los delitos contra el medio ambiente”. Valencia: Tirant lo Blanch.

De la Cuesta Arzamendi, José Luis. “Capítulo III. Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal” *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*. 1998.

De la Cuesta Aguado, Paz Mercedes. “Tipificación del riesgo y delitos de peligro”. *Revista de derecho penal, Delitos de peligro*. Santa Fe: Rubinzal Culzon. 2007.

De la Cuesta Arzamendi, José Luis. “La Ley alemana de reforma del código penal para la lucha frente a la criminalidad contra el medio ambiente” *Cuadernos de política criminal*. n. 18. 1989.

De la Cuesta Arzamendi, José Luis. “Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental” *Revista Penal*, n. 4. 1999.

Eser, Albin. "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima", *Cuadernos de conferencias y artículos*, n. 18, Traducción. Manuel Cancio. 1998.

Finocchiaro, Enzo. "Los tipos penales de peligro, el peligro abstracto y los delitos contra la seguridad pública en el código penal argentino" *Asociación argentina de profesores de Derecho penal*. Universidad Nacional del Litoral: San Fe, República de Argentina. 2010.

Fuentes Osorio, Juan Luis. "¿Delito ecológico como delito de peligro abstracto?" *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Universidad de Jaén, Recpc. 2012.

Gómez Benítez. "Sobre la teoría del bien jurídico", *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. 1983.

Heferndehl, Roland. "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto" *Anuales de Derecho, Universidad de Murcia*, n. 19, Alemania, Universidad de Dresden. 2001.

Heine, Günther. "Nuevos desarrollos nacionales e internacionales del derecho penal del medio ambiente" *Cuadernos de política criminal*, n. 70. 2000.

Heine, Günther. "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente" *Anuario de Derecho penal y ciencias políticas*, T. XLV, fasc. I, Madrid, España: Ministerio de Justicia. 1993.

Herzog, Félix. "Límites al control penal de los riesgos sociales. Una

perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro” *Anuario de Derecho Penal*. 1993.

Kindhäuser, Urs. “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal”. *Revista para el análisis del derecho*. N. 1. Barcelona: InDret. 2009.

Liporace, María Cecilia. “Apología del crimen” *Código penal comentado de acceso libre*. Argentina: Asociación pensamiento penal. 2017.

Madrigal Navarro, Javier. “Delitos de peligro abstracto. Fundamento crítico y configuración normativa” *Revista Judicial* n. 115. Costa Rica. 2015.

Mir Puig. “Conocimiento y voluntad en el dolo”. *Elementos subjetivos de los tipos penales*, CuaDJ. 1994.

Polaino, Miguel. “El bien jurídico en el derecho penal Sevilla” *Publicaciones Universidad de Sevilla*. 1974.

Pernas García, Juan José. “Los principios de la política ambiental comunitaria y la libre circulación de mercancías”. n. 5. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 2001.

Rodríguez Fernández Ignacio y Miguel Olmedo Cardenete. “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (arts. 319 al 340)” *Comentarios al Código Penal*. Cobo del Rosal. Coord. 1966.

Salas Almirall, Salvador. “Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro” *Cuadernos de Derecho Judicial*. Luis María Díaz Valcárcel. Director. N° XXVL. Ponencia. Serie: penal. Madrid, España: Editorial Consejo General del Poder Judicial. 1994.

Sessano Goenaga, Javier Camilo. “La protección penal del medio ambiente. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2002.

Silva Sánchez, María de Jesús. ¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal. *La Ley*. Tomo 3. 1997.

Silva Sánchez, María de Jesús. “Legislación penal socio económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. 1995.

Soto Navarro, Susana. “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. Vol. 1. 2005.

Schünemann, Bernd. “Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente” *Cuadernos de doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V. n. 9. 1999.

Torio López, Ángel. “Los delitos de peligro hipotético”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Políticas*. Tomo 34. mes 2-3. 1981.

Terradillos Basoco, Juan. “Protección penal del medio ambiente: Cuestiones

para reflexión inicial” *Ucayali: Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Nacional de Ucayali*. n. 1: 92-93. 2000.

Toachim Rudolphi, Hans. “Los Diferentes aspectos del concepto de Bien Jurídico” *Revista Nuevo Pensamiento Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones De Palma. 1975.

Diccionarios

Cabanellas, Guillermo. “*Diccionario enciclopédico de derecho usual*” Buenos Aires: Heliastra. 1989.

Páginas Electrónicas

Biblioteca Jurídica. Universidad Autónoma de México.
<https://biblio.juridicas.unam.mx/libros>

Corigliano, Mario Eduardo. “Delitos de peligro: Hacia una definición político – criminal y sistemática. La frontera de lo punible en el Derecho Penal” *Revista internauta de práctica jurídica*. N° 18 (2006) <https://www.derechopenalonline.com>

Foro Nuclear ¿Qué sabes de la radiación? <http://www.foronuclear.org/es/el-experto-te-cuenta/119909-que-sabes-de-la-radiacion>

Fuentes Osorio, Juan Luis. “¿Delito Ecológico como Delito de Peligro Abstracto?” Revista electrónica de ciencia penal y criminología, Universidad de Jaén, n. 14-17. 2012. 17:2 <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-17.pdf>

Goenaga, Camilo Sessano. “La protección penal del medio ambiente: Peculiaridades de su tratamiento jurídico” *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. n. 04-11. 2012. <https://www.criminet.org.es>

Leñero Bohórquez, Rosario. “La relación de causalidad en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por daños ambientales” Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental, n. 3. Universidad de Sevilla, www.cica.ess/aliens/gimadus. 1999.

Página Oficial de la Asamblea Legislativa de El Salvador.
<https://www.asamblea.gob.sv>

Página Oficial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.
<https://www.csj.gob.sv>

Serrano Piedecosas Fernández, José. Manual de Teoría Jurídica del Delito. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 2003. <http://www.cnj.gob.sv/web/images/documentos/pdf/publicaciones/ManualTeoriaJuridicaDelito.pdf>

Peña Cabrera, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de Parte General Lima: Grijley. 1994. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/11/consideraciones.htm>

CD-ROOM

Conde García, María Elena. "El Delito de Contaminación Ambiental. Artículo 255 Código penal" Tesis de Grado de Maestría en Derecho Penal y Constitucional. El Salvador. Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas". 2009.

ANEXOS

ANEXO 1: Polos químicos y centros productivos del sector químico en España.

