

Derecho Penal

DELITOS MEDIOAMBIENTALES: ¿DE PELIGRO (CONCRETO, ABSTRACTO O HIPOTÉTICO) ODELESION?

Ab. Carlos Cortaza Vinueza

A) Antecedentes y bien jurídico:

La efectividad de la intervención penal ha sido cuestionada desde hace tiempo al considerar que la respuesta del Estado siempre llega tarde, esto es, cuando el daño se ha producido, razón por la cual no logra el efecto preventivo ,que la sociedad espera de la estructura legal y judicial organizada.

La solución propuesta por la doctrina a este desfase es la creación de los delitos de peligro, la que evidentemente obedece a un criterio expansionista del derecho penal pero que encuentra plena aceptación en la tendencia moderna, donde ya no se trata tanto de la sola protección del bien jurídico sino de la protección de instituciones sociales o *unidades funcionales de valor* (como la salud pública o el medio ambiente en sentido amplio), con lo que el efecto preventivo llega con mayor facilidad en el momento que la protección del ordenamiento es más institucional que individual.

Sin embargo, · como la propuesta de los delitos de peligro constituye un adelantamiento de la barrera de protección, choca con el principio de lesividad, pues en lugar de castigarse una conducta dañosa se estaría sancionando sólo *la comprobación de una conducta peligrosa*, rayando aparentemente el *nullum crimen sine injuria* indispensable para la

Como una nota introductoria al tema hay que anotar que "junto a los delitos de resultado material o de lesión, se encuentran los de peligro. En estos tipos penales 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." Enrique Bacigalupo, Derecho Penal, Parte general, p. 231, Hammurabi. 1999.

² Ricardo Mata y Martín, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, página 5, Comares, 1997.

imposición de una pena³, sin considerar que el Estado está siempre al servicio de los ciudadanos, por tanto, el objetivo de la protección de los bienes jurídicos debe dirigirse más a garantizar el libre desarrollo de las personas en la sociedad que a castigadas.

La complejidad de los nuevos tipos de delincuencia ocasiona que los bienes jurídicos tradicionales, como están concebidos, se tomen obsoletos. Por ello el Legislador ha fusionado los intereses de bienes jurídicos individuales y colectivos, originando los llamados bienes jurídicos intermedios" o *de referente individual* que, como el medio ambiente, necesitan de otro tipo de protección para evitar la lesión mediata o inmediata de los bienes jurídicos con, (por ejemplo si se produce una, muerte, una grave lesión corporal o contaminación misma.

La diferencia del resultado lesivo mediato o inmediato, a base de su proximidad, es lo que identifica a un bien jurídico intermedio, porque, · por ejemplo, un mismo acto como la contaminación puede involucrar delitos contra la salud, delitos contra la seguridad pública o, incluso, delitos contra la. Es decir que él bien jurídico intermedio puede tutelar un bien jurídico de manera inmediata y, al mismo tiempo, otro de manera inmediata. El ejemplo román de bienes jurídicas intermedios es precisamente el orden en que esta protegido por bienes jurídicos de esta naturaleza, corito los societarios, tributarios, informáticas, de propiedad intelectual, hasta los medioambientales, donde el bien jurídico cercano es la propiedad, el derecho del estado a recaudar tributos o la salud pública, respectivamente, mientras que el lejano vendría a estar constituido por este orden económico⁸

³ Ricardo Mata y Martín, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, página 5, Comares, 1997 .

"Este bien jurídico que escapa a una consideración puramente individual y que se afirma como bien de carácter suprapersonal, en su concreta protección por el legislador penal va a resultar vinculado a un bien jurídico netamente personal". Id. anterior página 24.

Ejemplo de cómo un delito que protege un bien jurídico individual se transforma en intermedio es la figura delictiva incluida en el § 265b del Código Penal Alemán que dentro de los clásicos delitos contra la propiedad tipifica la estafa de crédito que, en beneficio de las instituciones crediticias, previene la concesión dolosa o injustificada de créditos como medida de protección a la economía del país, manipulando 'la información sobre el deudor.

Aunque hay autores de la idea que "cuanto más crece la anticipación de la tutela más tiende a disminuir la peligrosidad de la conducta típica y por tanto la probabilidad de ocasionar la lesión del bien jurídico,⁶ no necesariamente es éste el procedimiento más adecuado para disminuir la criminalidad en materia medioambiental, porque la anticipación de la protección se contraponen de alguna forma a los principios de lesividad e intervención mínima -como ya se indicó-, debido a que el derecho penal estaría interviniendo aún cuando no se haya provocado lesión alguna, ni agotado ~ las instancias previstas en otras ramas de la legislación.

Entonces, para resumir esta parte, tenemos que el Derecho penal moderno se sirve de las herramientas básicas para cumplir su objetivo de brindar una *protección institucional*, la universalización de los bienes "y la creación de delitos de peligro, sobre todo, los que veremos más, allá Como ,delitos de peligro abstracto. De esta forma "el derecho penal deja de un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de f&. ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad,⁷

B) Clasificación de los delitos:

1) Delitos de lesión y de peligro.-

)Por efectos didácticos tomamos a Josep María Prat García y Pedro Matutes⁸ para quienes siendo la doctrina mayoritaria, los delitos según su resultado se clasifican en: a) delitos *de mera desobediencia*, los cuales consisten en una contravención puramente formal de la norma ya que en ellos no se exige la creación o existencia de un riesgo, *ni en abstracto ni en concreto* (proponen estos autores como ejemplo la tenencia de un arma sin licencia la cual por sí sola es considerada por el Legislador como una conducta de riesgo o peligrosa y constitutiva de delito en el artículo 564 ~ Código Penal Español); b) delitos *de lesión*, donde hay un daño apreciable del bien jurídico, ejemplo el homicidio; c) delitos de *peligro abstracto*, cuando la acción considerada crea un riesgo

⁶ Angioni, citado por Ricardo Mata y Martín. Ind. Anterior, página 57.

⁷ Winfried Hassemer, Persona, mundo y responsabilidad, bases para una teona de la imputación en Derecho Penal, página 56, Tirant lo Blanch, 1999.

⁸ El delito ecológico, página 27 Y siguientes, Cedecs, 2000.

determinado por la ley y *objetivamente desaprobado*, indistintamente de que el riesgo o peligro afecte o no el objeto que el bien jurídico protege de manera concreta ejemplo del que hacen acopio esta vez los citados autores es! el de conducir un vehículo bajo la influencia de drogas, estupefacientes, psicotrópicos o bebidas alcohólicas, aún sin poner en peligro; durante la conducción, la salud o la vida de terceros); y, e) delitos *de peligro concreto*, "cuando se exige la puesta en peligro de un objeto en el que se concreta el bien jurídico, junto con la probabilidad de lesión suficiente del mismo,¹⁹ (plantean en esa parte el delito tipificado en el artículo 381 del Código Penal Español, que contempla la conducción temeraria, poniendo *en concreto peligro la vida o la integridad de las personas*).

Con mayor precisión la propuesta de Carlos Martínez-Buján Pérez¹⁰ clasifica también los delitos en daño y peligro, pero por la *intensidad del ataque al bien jurídico*.

Para este autor los delitos de lesión se caracterizan por *comportar un efectivo menoscabo del objeto jurídico tutelado*, como pasa, por ejemplo, en el delito tipificado en el artículo 4370 del Código Penal Ecuatoriano, que dice:

" Art. 4370 (437.4).- [Caso de producir lesiones o muerte a una persona).- Si a consecuencia de la actividad contaminante se produce la muerte de una persona, se aplicará la pena prevista para el homicidio inintencional, si el hecho no constituye un delito más grave.

En caso de que a consecuencia de la actividad contaminante se produzcan lesiones, se impondrá las penas previstas en los artículos 463 a 467 del Código Penal." (el paréntesis y el corchete no son del original)

Mientras que, por otra parte, los de peligro le presuponen una anticipación a la línea regular de intervención penal retrocediendo a un

⁹ El delito ecológico, página 28.

¹⁰ Derecho Penal Económico, Parte General, página 107 Y siguientes, Tirant lo Blanch, 1998.

a)

DELITOS MEDIO AMBIENTALES: ¿DE PELIGRO (CONCRETO, ABSTRACTO O HIPOTETICO)

momento anterior al de la efectiva lesión. Por tanto, se consuman con la creación de un mero peligro para el bien jurídico tutelado, es decir que se puede concebir como una *simple probabilidad de lesión*.

Con esta explicación, el autor, siguiendo asimismo la doctrina contemporánea de aceptación general, subclasifica los delitos de peligro en delitos de:

a) Peligro concreto, los cuales pretenden que la acción del sujeto activo Ocasione un resultado consistente en la realización de un concreto peligro de lesión para el bien protegido, es decir que se produzcan condiciones tales con las cuales "quepa afirmar que dicho bien jurídico estuvo en una situación próxima a la lesión, como podría ser el delito tipificado en el artículo 437B del Código Penal Ecuatoriano, que dispone:

A) Art.4378 (437.2).- [Residuos de cualquier naturaleza].- El que infringiere las normas sobre protección del ambiente, vertiendo residuos de cualquier naturaleza, por encima de los límites fijados de conformidad con la ley, si tal acción causare o pudiere causar perjuicio o alteraciones a la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad, será reprimido con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido." (el paréntesis y el corchete no son del original)

b) Y, de peligro abstracto, los que *se* conforman con la sola presencia del sujeto activo, pues se supone que es suficiente que con esta mera presencia se verifique una *peligrosidad general* para algún bien jurídico, sin que se requiera en lo absoluto precisión alguna de un peligro que implique una probabilidad inmediata o próxima de lesión¹², como

11 En otras palabras " ... son aquellos en los que la consumación del tipo exige la creación de una situación de peligro efectivo, concreto y próximo para el bien jurídico". Verdugo, Arroyo, Garda, Perré y Serrano, Lecciones de Derecho Penal, página 156, Praxis, 1999. "En los delitos de peligro concreto, en cambio, el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo, de modo que el delito queda sólo consumado cuando se ha producido realmente el peligro del bien jurídico. Desde el punto de vista dogmático, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado", José Cerezo Mir, Revista de Derecho Penal y Criminología número 10, julio de 2002, Universidad Nacional de Educación a Distancia, página 48.

A.. También en otras palabras" ... estos constituyen un grado previo respecto de los delitos de peligro concreto. M Legislador castiga aquí la peligrosidad de la conducta en sí

sucede, por ejemplo, con el delito contenido en el artículo 437 A del Código Penal Ecuatoriano, a saber:

" Art. 437-A.- Quien, fuera de los casos permitidos por la ley, produzca, introduzca, deposite, comercialice, tenga en posesión, o use desechos tóxicos peligrosos, sustancias radioactivas, y otras similares que por sus características constituya peligro, para la salud humana o degraden y contaminen el medio ambiente, serán sancionados con prisión de dos a cuatro años.

Igual pena se aplicará a quien produzca, tenga en posesión, comercialicen, introduzcan armas químicas o biológicas.

Ampliando lo anterior tenemos entonces que los delitos de peligro obedecen a la anticipación, de la respuesta penal a un momento anterior al de la efectiva lesión, es decir que solamente se habría producido un peligro de daño al bien jurídico, dicho en otras palabras, sólo existiría la probabilidad de lesión.

Para abundar más en el tema, el peligro concreto consiste en la producción de un peligro real para el bien tutelado, demostrándose de esta manera que los delitos de peligro también son de resultado, pero en lugar de una lesión aparece un peligro típico o peligro de resultado, como sucede por ejemplo en la conducción imprudente (conducir sin respetar la reglamentación correspondiente) a la que siempre acude la doctrina para explicar esta clase de delitos, porque en ellos la ley sanciona al conductor imprudente por el sólo hecho de conducir sin tomar el debido cuidado, pues esta conducta pone en peligro concreto la integridad de bienes y personas aunque no se haya llegado a tocar siquiera ninguno de ellos, presumiéndose que sí se los pudo dañar, pero que no se lo hizo por varias circunstancias según se explica en los párrafos siguientes.

misma". Id. anterior. "En los delitos de peligro abstracto, el peligro es únicamente la *rano legis*, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido", Id anterior, Revista de Derecho Penal Y Criminología, página 47.

Con el propósito de determinar la existencia de peligro concreto para un bien jurídico el Tribunal Alemán, referido por Claus Roxin¹³, en ciertos casos acogió un criterio de *proximidad* de la lesión, el mismo que conforme lo indica este autor, ha dado origen a varias teorías para su aplicación, como la *teoría científico natural del resultado de peligro* (Horn), "que acepta la existencia de un peligro concreto cuando según las leyes causales conocidas las circunstancias habrían tenido que dar lugar a la lesión del objeto de la acción, pero ésta ha dejado de producirse sólo por una razón inexplicable conforme a las ciencias naturales (como por un milagro, o debido a un azar enigmático)". Sin embargo en la actualidad con el desarrollo tecnológico y la evolución de los conocimientos del hombre ya casi todos los fenómenos son explicables por las ciencias naturales y los milagros hoy en día realmente son milagros, así que con tal concepto de peligro quedaría éste sumamente restringido.

Según el mismo Roxin, mayor aceptación tiene la *teoría normativa del resultado de peligro* expuesta por Bernd Schünemann, según la cual el acontecimiento esperado y que provoca la creación de un peligro no se verifica por casualidad, sino que "sucede algo con lo que no se podía contar en el momento, que salva la lesión del bien jurídico. Para llegar a esta conclusión define causalidad "no como lo inexplicable según las ciencias naturales, sino como una circunstancia en cuya producción no se puede confiar. Por tanto, todas aquellas causas salvadoras que 'se basan en una destreza extraordinaria del amenazado o era una feliz e indomitable concatenación de otras circunstancias' no excluyen la responsabilidad por el delito de peligro concreto" .¹⁴

Por otro lado, delitos de peligro abstracto *son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peli_{gr}*¹⁵. Otro ejemplo al que acude la doctrina, como ya se dijo, en materia de tránsito, es la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas o estupefacientes, ya que el solo hecho de encontrarse intoxicado -aún respetando toda la

¹³ Derecho Penal, Parte General, Tomo 1, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, página 405 Y siguientes, Civitas, 2000.

¹⁴ Derecho Penal, Parte General, Tomo 1, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, 406. Civitas, 2000.

¹⁵ Id. anterior, página 407.

reglamentación correspondiente- constituye suficiente probabilidad de lesión de bienes jurídicos.

Para la mayor parte de la doctrina, la tipificación de delitos de peligro abstracto ,tiene como finalidad la protección bienes jurídicos puestos en peligro *abstractamente*, aunque hay quienes se oponen con la opinión de que "los delitos de peligro abstracto no están para proteger bienes jurídicos, sino para garantizar seguridad"¹⁶, definiendo esta seguridad como el "estado Jurídicamente garantizado que está previamente cuidado de modo suficiente", lo cual se reflejen la *legítima despreocupación de disponer de bienes*. En cambio para Roxin, esta falta de temor y *despreocupación* sólo se produce ,cuando hay una efectiva, protección de los bienes jurídicos amenazados que constituye el objetivo primordial de la tipificación de los delitos de peligro abstracto, con lo que la *seguridad* pasa a segundo plano para convertirse en una consecuencia de la protección adelantada a ciertos bienes jurídica.

Lo, anterior se complementa con ,la postura de Santiago Mir Puig¹⁷, quien indica que en ,los delitos- de peligro concreto hay *la creación de una efectiva situación de peligro (resulta40 de peligro)*, mientras que en los de peligro abstracto no es necesaria la creación de un peligro efectivo, pues "sólo serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro". Por ello, para él, resulta hasta dudosa la existencia de delitos de peligro abstracto y propone hablar de delitos de *peligro presunto*. De allí que para este autor la diferencia entre los delitos de peligro abstracto con los de, peligro concreto se da porque "en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión (así, que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano.,,18

16 Urs Kindhauser, citado por Roxin en Id. anterior, página 409. 17 Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, página 209. 18 Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General 210 y 211.

En definitiva, para precisar un concepto de peligro abstracto varios autores han formulado su posición refiriéndose a estos delitos como "probabilidad de un peligro concreto o como peligro de resultado' sin necesidad de 'resultado de peligro"¹⁹, relacionándolo con la tentativa imprudente, debido a que para ellos estos delitos son de mera actividad y, por ello, no requieren resultado alguno.

2) Las perspectivas *ex ante* y *ex post*.-

Ahora bien, este tipo de clasificación depende también de la perspectiva con que se vean los delitos en relación al bien jurídico que lesionan, pues la infracción puede ser de daño con respecto a un bien jurídico inmediato, como la propiedad, y, de peligro, respecto a un bien mediato, como por ejemplo el orden económico, el derecho tributario del estado o el mismo medio ambiente.

En consideración, como ya vimos, a que tanto los delitos de lesión como los de peligro pueden configurarse como el resultado de una acción, a efectos de determinar correctamente la clase de delito ante el que estamos, conforme al *resultado* o a la *intensidad del ataque* o según la *relación con el bien jurídico*, la doctrina sugiere recurrir a la técnica de las perspectivas *ex ante* y *ex post*, considerando el ángulo desde el cual se deba verificar la situación de peligro o, mejor dicho, según la posición desde la cual se emita el juicio respectivo.

No obstante, para hacer este traslado mental hacia adelante (*ex post*) o hacia atrás (*ex ante*), hay que determinar también el momento referencial desde el cual se realiza, de suerte que para los delitos de resultado es el de la acción o el del resultado, pero para los delitos de resultado de peligro pueden ser una acción que provoca el peligro, el resultado de peligro y el resultado dañoso"²¹, o, incluso, el momento en el que el juzgador realiza su valoración para emitir un juicio, que siempre va a ser posterior y basado en lo conocido por el juez.

¹⁹ Derecho Penal, Parte General, Tomo 1, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, página 408. Ovitás, 2000.

³¹ Santiago Mil Puig, Derecho Penal, Parte General, página 208.

²¹ Nicolás Garda Rivas, Delito Ecológico, Estructura y Aplicación Judicial, página 60, Praxis, 1998.

Profundizando en el panorama *ex ante*, Nicolás Garda Rivas²² nos remite a la tesis del autor Italiano, Angioni, para quien los puntos de partida del juicio de peligro son *el momento de la conducta típica, el momento del resultado de peligro y el momento del proceso penal*. En este último estaría para Angioni la referencia para definir nominalmente una tesis *ex ante* o *ex post*, de tal modo que podrá hablarse de una perspectiva *ex ante* siempre que el análisis se traslade a un momento anterior al del proceso penal «en el cual -añade- el resultado dañoso, término de referencia del peligro, se ha verificado o no»; pronunciamiento que parece acertado considerando' que el momento del juicio incluye siempre la acción, el resultado. peligro y el resultado dañoso, si se produjo.²³ Incluso es probable' que este, último nunca suceda²⁴, de manera que la calificación del peligro no ,puede depender de un hecho incierto, sino de uno que siempre; (va a estar ahí, como el procedimiento judicial una vez comenzado.

Por lo contrario, el mismo autor citado "califica de perspectiva *ex post* aquella en la que el juez opera completamente a *posteriori*, a *cosa hecha*,cuándo el devenir de los acontecimientos se halla definitivamente concluido'. García Rivas aclara que solamente puede existir juicio *ex post* cuando el resultado dañoso se ha verificado, porque decir *ex post* no equivale exactamente a decir *momento del proceso*, pero sí a *cosa hecha*, o como él lo expresa, *a resultado verificado ya no verificable*.

No estamos en total acuerdo con esta aclaración porque, como ya se indicó, puede suceder que la producción de un resultado dañoso nunca se complete hasta la iniciación de un juicio penal, sobre todo en materia de delitos económicos, que pueden surtir efectos prolongados en el

22 Nicolás Garda Rivas, Delito Ecológico, Estructura y Aplicación Judicial, página 60, Praxis, 1998.

23 " ...Una cosa es la lesión efectiva de un bien jurídico (en cuanto que destrucción del valor ideal) y otra diferente es la verificación de un resultado material, separable espacial y temporalmente de la actividad del agente". Martínez-Buján Pérez, Op. Cit. número 10.

24 "En definitiva, nada obliga a la formación de conceptos de acción y de injusto desvinculados del resultado, y que por lo tanto no serían determinantes como base de la pena. Sin embargo, tampoco son adecuados los conceptos en los que el resultado contribuye imprescindiblemente a condicionar la acción y el injusto, dada la punibilidad de la tentativa". Günther Jakobs, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos de la teoría de la imputación, página 204, Marcialpons, 1991 ..

tiempo y, especialmente, en los delitos medio-ambientales y ecológicos. Es más, nos atrevemos a decir que la finalidad del adelantamiento de la protección penal es precisamente sancionar al reo sin necesidad de que haya un resultado de peligro que no sea la pura producción de peligro, evitando de esta manera que la acción delictiva se transforme en una simple tentativa.

En palabras de José Cerezo Miñón²⁶ el *juicio de peligro* debe corresponder a un *juicio de previsibilidad objetiva*, el que siempre será un juicio *ex ante* pues si no concurren las condiciones necesarias o la acción no es peligrosa no 'se produce el resultado de peligro, y queda ya sin importancia alguna el juicio *ex post*. Con mayor atención este mismo autor explica, que:

"El juicio ha de ser realizado por una persona inteligente (el juez), colocada en la posición del autor, en el momento del comienzo de, la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por la persona inteligente, más las conocidas *por* el autor (saber nomológico). Si la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable la acción era peligrosa.

El peligro aparece entonces como una cualidad inherente a la acción, se trata de una acción peligrosa. Para que pueda hablarse de un *resultado* de peligro es preciso que un bien jurídico haya entrado en el radio de acción de la conducta del sujeto y que su lesión apareciera en ese momento como no absolutamente improbable.

²⁶ "El concepto de peligro expuesto, que es el que impone una elemental interpretación gramatical, lleva a la revisión de la generalizada tesis de que los delitos de peligro abstracto deben ser considerados delitos de mera actividad. Ninguna de las modalidades de peligro descritas se identifica con la mera conducta peligrosa, sino que requiere la producción de un resultado de peligro, objeto del correspondiente juicio de desvalor. De otro modo, se castigaría por el solo hecho comportamiento del sujeto (mero desvalor de acción), con independencia de sus efectos, sobre la base de la peligrosidad de la conducta, peligrosidad siempre presunta si se renuncia a analizar la trascendencia externa de cada comportamiento. Pero esa presunción estadística del legislador -que puede estar en el *telos* de ciertos preceptos- no puede ser relevante si no resulta verdadera, en el caso concreto, por el juzgador". Juan Terradillos Basoco, *Empresa y Derecho Penal*, páginas 185 Y 186, Ad-Hoc, 2001.

²⁶ Revista de Derecho Penal y Criminología número 10, julio de 2002, Universidad Nacional de Educación a Distancia, páginas 49 Y ss.

(...) El juicio de peligro sólo tiene sentido realizado *ex ante* y entonces puede suceder, sin duda que la producción del resultado apareciera como improbable y la acción como peligrosa y que, no obstante, el resultado se produzca después. Carece de sentido también, por la misma razón, a mi juicio, la inclusión en el juicio de peligro, aunque se lleve a cabo *ex ante*, de elementos o circunstancias conocidas sólo *ex post*."

3) Tipos de peligro abstracto puramente formales y genuinos tipos de peligro abstracto.-

Los delitos de peligro abstracto puramente formales carecen de contenido de injusto material, por lo que se conocen como delitos de mera desobediencia los cuales, se deberían sancionar, en su generalidad, como infracciones administrativa; aunque en muchas ocasiones se incremente la gravedad de la pena por las circunstancias particulares que rodean al bien jurídico protegido como por ejemplo el artículo 68 de la Ley Especial para la provincia de Galápagos ²⁷, que dice:

"Art. 68.- La persona natural o el representante legal de la persona jurídica que realice actividades pesqueras en la Reserva Marina de la provincia de Galápagos, sin las autorizaciones correspondientes, será sancionada con prisión de tres meses a tres años y multa de dos mil salarios mínimos vitales generales.

Además serán sancionados con el decomiso del cargamento y el decomiso de la nave, de no haber sido aplicadas estas sanciones por la vía administrativa.

La persona natural o el representante legal de la persona jurídica que utilice métodos no permitidos, o captura especies en veda o cuya pesca esté expresamente prohibida en la Reserva Marina de Galápagos, será sancionada con prisión de quince a ciento veinte días y multa de ochenta salarios mínimos vitales generales. Además serán sancionados con

²⁷ Ley N° 67, publicada en el Registro Oficial 278 del 18 de marzo de 1998.

el decomiso del cargamento y el decomiso de la nave, de no haber sido aplicadas estas sanciones por la vía administrativa.

La sanción del inciso anterior se aplicará también a quien invada el patrimonio de las áreas protegidas y quien recolecte, movilice o transporte sin autorización, cace, comercialice, industrialice, destruya parcial o totalmente organismos autóctonos, endémicos, vulnerables o en peligro de extinción según las listas establecidas en la legislación interna adoptadas de conformidad con la CITES 'y otros parámetros internacionales."

Aunque la sanción impuesta por el Legislador bien pudo quedarse en la esfera administrativa trascendió al orden penal (con prisión de hasta tres años debido a la importancia que tiene la protección de la biodiversidad en las islas Galápagos, de las cuales el Ecuador ha pasado a ser un custodio ante el mundo entero, pues como se desprende de la parte pertinente del Considerando Tercero que motivó la promulgación de la citada ley, el Archipiélago fue "declarado Patrimonio Natural de la Humanidad e incluido en la lista de Reserva de Biósfera, por su singular valor natural científico y educativo,' que debe ser preservado a perpetuidad por lo tanto, el Estado ecuatoriano, adquirió frente a las naciones del mundo el compromiso. ineludible e histórico de conservar el Archipiélago de Galápagos o Colón para las presentes y futuras generaciones". Inclusive, la provincia de Galápagos tiene un régimen especial donde el Estado puede restringir los derechos de libre residencia, propiedad y comercio, con un juicio de peligrosidad de determinadas conductas que, sin dejar de ser lícitas, se presuponen antijurídicas porque, en otras circunstancias, se considerarían absolutamente normales y legales.

Entonces podemos concluir que aunque la doctrina en general critique esta clase de delitos exigiendo sean considerados únicamente ilícitos administrativos, en ciertos casos intereses superiores obligan a una intervención penal.

Por el contrario, los genuinos delitos de peligro abstracto sí contienen un injusto material y exceden la mera ilicitud extra penal provocando un peligro real, abstracto o genérico, para bienes jurídicos penales, sobre-

pasando los efectos de una simple adecuación de la conducta al tipo al requerir una efectiva comprobación en la conducta de un juicio *ex ante* de peligro para el bien jurídico penalmente protegido, o, lo que es lo mismo, la infracción del deber objetivo de cuidado en relación con la eventual lesión de dicho bien jurídico.²⁸

4) Delitos de aptitud ••

También llamados de peligro potencial o de peligro hipotético o de peligro con abstracto o de idoneidad lesiva, conforman una categoría intermedicamente los de peligro concreto y abstracto. Son de peligro posible y están dotados de lesividad material suficiente para provocar peligro para el bien jurídico.²⁹

La generalidad los ubica bajo los delitos de peligro abstracto porque la peligrosidad mediante la cual el juez gradúa la pena no es necesaria para calificar la infracción como de peligro. Es más, esta peligrosidad ni siquiera es un requisito de 'tipificación' que el legislador deba considerar, al momento de elaborar el tipo.

Para Paz M. de La Guesta Aguado³⁰ esta clase de delitos debe ser calificada como tal por. El tribunal y se caracteriza porque el tipo penal describe una acción peligrosa con carácter general, en la cual no es necesaria la constatación del peligro; en el caso concreto cita como ejemplo el caso de si el tipo penal dijera quien conduzca en un estado de intoxicación provocado por drogas, bebidas alcohólicas que pueda poner en peligro la seguridad de terceros ya que para ella es deber del tribunal determinar si el estado de intoxicación producido por tales sustancias era idóneo, en general, para poner en peligro la seguridad de terceros.

En la determinación de peligro hipotético, Torío³¹ exige que se realicen dos juicios, uno *ex ante* con el objeto de establecer si la acción del

28 Id. número 9, página 109.

29 Tono López, citado por Paz de La Guesta Aguado, Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, página 136, Tirant lo Blanch. 1999.

30 Causalidad en los delitos contra el medio ambiente, página 137 Y siguientes, Tirant lo Blanch, 1999.

31 Tono López, citado ahora por Carlos Martínez-Buján. cit. número ID, página 110.

d)

DELITOS MEDIO AMBIENTALES: ¿DE PELIGRO (CONCRETO, ABSTRACTO O HIPOTETICO)

sujeto activo es típica y apta para producir un peligro al bien jurídico y otro, *ex post*, sobre la probabilidad de un resultado de peligro para ver "si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, como consecuencia del cual hubiera podido producirse un peligro efectivo para dicho bien jurídico."

Según el citado Martínez-Buján la particularidad de estos delitos es que conllevan *elementos típicos normativos 'de aptitud'* que inciden en la valoración de la potencialidad lesiva de la acción delictiva, la cual debe ser cotejada por el juzgador en el momento necesario. Entonces podemos decir que 'altitud es igual a potencialidad lesiva.

Puede Considerarse como ejemplo de delito de peligro hipotética el tipo penal creado en el artículo 69 de la Ley Especial para la Provincia de Galápagos, que dice;.... ..

" Art. 69.-Será sancionado con prisión de un mes a un año y multa de diez a diez mil salarios mínimos vitales generales y el decomiso de los productos, según sea el caso y siempre que no haya sido aplicada esta sanción en vía administrativa:

(00.)

b) Quien, sin autorización, introduzca por cualquier medio organismos exógenos a las Islas."

5) ¿Para qué sirve la idea de peligro abstracto?

Los delitos de peligro abstracto están diseñados para la tutela de bienes inmateriales que no se pueden individualizar aunque su lesión afecte estructuras básicas del sistema económico, pues cada conducta individualmente considerada ni lo lesiona ni lo pone en peligro.

Con esta técnica se puede vincular la tipicidad formalmente a la lesión de bienes jurídicos intermedios o con representación, que no pueden ser abarcados por los delitos de lesión ni por los de peligro concreto, puesto que es difícil su reconducción a bienes jurídicos individuales.

También protegen bienes jurídicos supra individuales orientados a la protección de bienes individuales o individualizables. Así se crean delitos socio económicos, como el medio ambiente, con la técnica del peligro abstracto, de manera que aunque haya delitos cuyo destino final sea la protección de bienes jurídicos individuales como la salud o la vida, al hacer la *abstracción conceptual* de adelantar la protección para evitar la lesión, se atenta igualmente, aunque de manera abstracta, contra estos bienes jurídico individuales, pero dentro de una esfera previa en la que se los. considerados.

La intervención del Derecho Penal Económico por medio de los delitos de peligro abstracto está legitimada en cuanto los bienes jurídicos mediatos que debe proteger sean indispensables para el desarrollo de la economía, respecto a los colectivos, y, respecto también a los individuales, por la importancia que le dé el mismo legislador o la Constitución. Un ejemplo es precisamente nuestro tema tratado, los delitos contra el medio ambiente, indispensables para el desarrollo de la economía CUando a recursos naturales se refiere pero, más que eso, indispensables para garantizar el bien jurídico individual supremo, la vida, y el *desarrollo sustentable*. Por ,ello la anticipación de la protección no es sólo al momento de la lesión, sino, incluso, a la producción del peligro en concreto, ya que, como se dijo anteriormente, no constituyen fases delictivas o estados previos a la lesión, sino auténticos delitos en sí mismos.

Además, los delitos de peligro abstracto de alguna manera solucionan el problema de la prueba de los delitos de lesión y de peligro concreto en materia económica³³ o, en materia como la ecológica, cobran importancia cuando se revierten de una justificación fundamental, como es la "necesidad de tutelar auténticos bienes jurídicos supra individuales

32 Id. número 30, página 112.

33 Novena recomendación realizada por el XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal. celebrado en el Cairo en 1984, que sobre "El concepto y los principios fundamentales del Derecho penal económico y de la empresa", dice: "El empleo de los tipos delictivos de peligro abstracto es un medio válido para la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión y en tanto la prohibición vaya referida directamente a bienes jurídicos claramente determinados. La creación de delitos de peligro abstracto no está justificada cuando obedezca exclusivamente al propósito de facilitar la prueba de los delitos."

inmateriales, generales o difusos, cuya protección no resultaría imaginable con otra técnica de tipificación."³⁴

La clasificación del delito ecológico como de peligro concreto o abstracto tiene gran importancia en el tema de la prueba porque a decir de Josep Matia Prat García y Pedro Soler Matutes, si se considera como delito de peligro concreto el instructor es quien debe probar que el o los imputados pusieron en peligro concreto, con su conducta típica; el equilibrio de un ecosistema y debe también probar el nexo causal entre la conducta típica y el riesgo ocasionado en particular. Sin embargo, en el evento dé que el delito de peligro se reputa como abstracto o hipotético, sólo serán necesario que se pruebe la idoneidad de la conducta para poner en peligro; en general, un ecosistema.³⁵

El ejemplo práctico que proponen estos autores, perfectamente aplicable a la legislación ecuatoriana, es el que se copia a continuación:

II Supóngase que un empresario haya efectuado vertidos contaminantes a un río. Si el delito ecológico se reputa delito de peligro concreto, la acusación deberá probar que el empresario, a través de sus vertidos, ha puesto en peligro el equilibrio de dicho ecosistema fluvial determinado, de biendo demostrar, además, la existencia de un vínculo necesario entre el vertido y el concreto riesgo hipotético, la parte acusadora debería probar únicamente la idoneidad de la sustancia vertida (su mayor o menor peligrosidad potencial) ex ante para poner en peligro, en general, los ecosistemas, sin tener que probar una eventual relación de causalidad entre la conducta (vertido de sustancias contaminantes) y el concreto riesgo creado."

Repetimos entonces en esta parte que el peligro abstracto es un instrumento del derecho penal moderno y constituye su forma más representativa, como afirma Winfried Hasseme, apuntando que ,los

³⁴ Id. número 10, página 11~ 35

Id. número 8, página 31.

³⁶ Persona Mundo y Responsabilidad, Bases para una teoría de la iinputación en derecho penal, página 55, Tirant lo Blanch, 1999.

delitos de lesión y de peligro se consideran superados por los de peligro abstracto, con lo cual se amplía el campo de aplicación Penal, ya que al descartar el perjuicio se renuncia a la necesidad de vínculo causal, lo que facilita la injerencia del juzgado, quien ya no califica la peligrosidad de una conducta que viene considerada de antemano por el legislador, bastando la sola demostración de que se ha perpetrado una acción típica.

6) Críticas a la técnica del peligro abstracto.-

Aunque en el ámbito de la Penalidad de los delitos económicos cada día se usa más la técnica del peligro abstracto, en legislaciones como la española y la alemana, no deja de ser verdad que hay varios aspectos que aún no encuentran una solución satisfactoria para toda la doctrina, la que ha establecido varios reparos, a saber:

- g) Se viola el principio de proporcionalidad porque se invade la esfera del Derecho Administrativo, al limitar, por ejemplo, la *libertad de acción empresarial*, aunque hay quienes se oponen a este argumento indicando que muchas veces sucede exactamente lo contrario, pues la más inflexible es la normativa administrativa que contiene regulaciones e imposiciones para todas las áreas, llegando a asfixiar la actividad empresarial, mientras que el derecho penal se circunscribe sólo al segmento cuyo cuidado se considera primordial, lo que compromete una menor intervención en la vida económica de una empresa.
- h) Pero el hecho de que el Derecho Penal no regula todo desarrollo de la actividad económica y empresarial, sino sólo lo intolerable, también tiene sus bemoles, porque adicionalmente puede implicar una tutela limitada y, por tanto, una regulación, hasta cierto punto, deficiente;
- i) Definitivamente que más efectivo es un Derecho Administrativo fuerte que un Derecho Penal débil, porque -aunque no siempre- el sistema administrativo puede permitir una mejor prevención, persecución y sanción de cierto tipo de infracciones, cuya tutela penal únicamente haría engorroso un trámite que podría ser expedito;

j)

DELITOS MEDIO AMBIENTALES: ¿DE PELIGRO (CONCRETO, ABSTRACTO O HIPOTETICO)

d) Se viola el principio de subsidiariedad porque no se está penando sólo la infracción más grave, además de que también hay una violación al principio de lesividad ya que se penalizan conductas que ni siquiera han producido todavía un resultado lesivo, ya que únicamente son idóneos para producir algún peligro para el bien jurídico. Obviamente los delitos graves son aquellas conductas que acarrearán una lesión mayor y real del bien jurídico protegido penalmente, sancionada con una pena. &. esta parte se puede decir además que se viola el principio de taxatividad que debe regir la descripción de los tipos penales, los que deben contener las directivas necesarias para determinar con exactitud las condiciones de seguridad garantizadas, por estado y los posibles sujetos activos de acuerdo a cada bien jurídico protegido, con la intervención adicional de las leyes penales en blanco.

7) Conclusiones .-

La institución del bien jurídico intermedio medio ambiente, diversidad biológica desarrollo sustentable, ecosistema o como se lo quiera incide en la delimitación teórica de la lesión o puesta en peligro de este bien jurídico y del resultado típico.

Ya hemos visto que *peligro* es la propia producción de un peligro, la producción de un resultado de peligro o la idoneidad de producir un peligro, lo cual, a su vez, constituye una lesión a un bien Jurídico protegido penalmente mediante la correspondiente adecuación típica, de donde se puede concluir que para la consumación del delito no es necesaria la destrucción o menoscabo del objeto de la acción sino que basta con que se origine una situación de riesgo. , ,

Frente a todos estos criterios, la doctrina ha logrado ser concordante al considerar en forma mayoritaria que los delitos contra el medio ambiente constituyen delitos de peligro ya que en el campo medio-ambiental resulta necesario y a veces imprescindible levantar la protección penal dada la dificultad e imposibilidad de reparar y restaurar los daños causados. Dicho de otra forma, a causa de los grandes estragos que surgen por la comisión de delitos medioambientales no se puede esperar a que los daños se den para que sólo en esos casos el Derecho Penal intervenga.

La controversia surge cuando dentro de la clasificación de delitos de peligro no existe consenso para decidir si los delitos contra el medio ambiente deben ser de peligro abstracto, concreto o hipotético, respecto al cual es pertinente hacer un análisis propio de cada uno de los tipos penales que constan en la parte especial del Código penal ecuatoriano, porque la materia medio ambiental y los bienes jurídicos intermedios son tan complejos que no admiten, a nuestro criterio, caracterizaciones generales, con un juicio individual, sin perjuicio de que se podrían hacer agrupación cuyo denominador común sea la naturaleza del tipo en razón de la eficiencia de la protección que brinda o en la necesidad de la respuesta penal •.

No obstante como referencia sobre las soluciones propuestas por la jurisprudencia, transcribimos el fallo dictado por la Sala Penal del Tribunal Supremo Español el 25 de octubre de 2002³¹, que dice:

"Sin embargo en el art 325 Cp³⁸ incorpora el legislador un planteamiento político-criminal diverso del contenido en la anterior regulación, pues opta por configurar el delito como una infracción de peligro abstracto: así, mientras que en el art 347 bjs³⁹ eran castigados los actos del vertido 'que pongan en peligro gravedad -Salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles', la actual regulación renuncia a incorporar referencia alguna a la producción de un • peligro concreto y extiende la punición a todas las actividades de vertido, emisión, etc., que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales', previendo una agravación de la pena para aquellos supuestos en los que 'el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas'. La Ley establece una clara distinción entre aquellos supuestos en los que se estima imprescindible para la ilicitud que el desarrollo de la conducta peligrosa vaya acompañada de la creación de un

31 Publicado en la Revisia de Derecho Penal, n.º 9, página 162 a 166, Editorial Lex Nova, mayo de 2003.

38 Cuyo texto es similar al Art. 437 A (437.1) del Código Penal Ecuatoriano ya citado.

39 Cuyo texto es parecido al del Art. 437B del Código Penal Ecuatoriano, transcritos en páginas anteriores.

peligro concreto para el bien jurídico protegido; y aquellos otros en los que basta para la comisión del delito con la realización de la acción peligrosa, y que no requieren la producción de un resultado concreto. En los primeros define con claridad el supuesto peligro que debe ser creado por la acción (por ejemplo, en el art. 362 CP); mientras que en los segundos se limita a caracterizar el comportamiento potencialmente peligroso 'que pueda perjudicar gravemente' (art. 325 CP) o 'que genere riesgo' (art. 362.2 cp; cfrs. SSTS de 31 de mayo de 2001, 15 de diciembre de 2000 y 4 de octubre de 1999)

y como ya se ha indicado, al argumento literal debe añadirse el teleológico: la interpretación acogida redundará indudablemente en una mayor eficacia en la protección del medioambiente, especialmente los supuestos de contaminación más graves, en los que resulta difícil, sino imposible, identificar con la certeza que requiere el proceso penal el origen de la contaminación cuando se trata de zonas sometidas a una intensa agresión, pues los delitos de peligro abstracto como elemento del tipo objetivo, sino únicamente la comprobación del carácter peligroso de la acción. En cualquier caso, no debe perderse de vista que si bien la configuración del delito contra el medioambiente del art. 325 CP permite eludir, en cierta manera, los problemas de causalidad, sí que resultará imprescindible la rigurosa comprobación de que la conducta desarrollada ha resultado adecuada e idónea para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales (cfr. STS de 3 e abril de 1995).

(00.)

La configuración del delito medioambiental como un delito de peligro abstracto determina que dicho 'peligro abstracto no puede depender del peligro concreto generado, sino de la realización de la acción peligrosa en sí misma (SSTS 31/5/2001, 15/12/2000, 13/3/2000, 4/10/1999). Es decir, bastará la constatación de la realización de la acción peligrosa de vertido prohibida para que el delito pueda entenderse cometido, sin que resulte relevante por ello la prueba de la causalidad respecto del peligro concreto creado (cuestión a la

que se hará referencia al resolver el tercero de los motivos de este recurso) ni la cantidad de tóxico finalmente presente en los acuíferos contaminados." (los pies de página no son del original)

De la sentencia transcrita se puede concluir que es importante la utilización de la técnica del peligro abstracto, sobre todo, para evitar la impunidad en delitos contra el medio ambiente cuyos resultados no son visibles, pero tomando precauciones como las que recomienda la doctrina en general:

- a) Restringe la discrecionalidad judicial para determinar si se ha provocado una situación de peligro sobre algún bien en concreto;
- b) Facilitar la labor del juzgador en la aplicación de la norma al no requerirle conocimientos técnicos para comprobar la creación del peligro, bastando comprobar que se ha producido la situación de peligro descrita en la norma, obviamente que con el asesoramiento pericial necesario.
- c) La responsabilidad no depende de que se haya puesto en peligro o no un determinado bien, sino que basta se haya causado la situación peligrosa prevista por la norma;
- d) Su aplicación debe tener mayor aceptación en aquellas conductas que afecten a intereses colectivos y que ~ reiteren o repitan, cuya individualización sea imposible;
- e) Aunque permita superar el difícil escollo de la prueba del nexo causal entre la conducta y la situación de peligro concreto, no se puede aplicar sólo por esta razón, sino que necesita otros fundamentos adicionales de mayor importancia para el bien jurídico en sí mismo, como se afirmó anteriormente; y,
- f) No hay que olvidar tampoco que los delitos de peligro abstracto no están para sortear las exigencias del procedimiento. penal que se deben cumplir con respeto al principio del debido proceso, pues recordemos que el artículo 304-A del Código de Procedimiento

Penal Ecuatoriano dice que *cuando el Tribunal tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo dictará sentencia condenatoria*, porque si existe la menor duda, deberá dictarse la absolución correspondiente.

La doctrina aún no consigue una tregua sobre la naturaleza de los delitos medioambientales. Por ejemplo el fallo transcrito de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español se opone a otras sentencias anteriores que consideran el mismo artículo 325 del Código Penal Español como un delito de peligro abstracto, en concordancia con un sector de la doctrina, que se respalda en la interpretación al tipo penal contenido en el anterior Código Penal. Nosotros pensamos que es el Legislador quien al final decide si un delito va a ser de peligro abstracto o concreto, refiérase éste, indistintamente, a la salud, el ecosistema, o la protección de una especie individual, según la forma en que se redacte la tipificación respectiva.

No está demás recordar aquí que la propuesta del peligro abstracto tiene innumerables detractores por las incongruencias que se pueden producir, pero que muchas veces nacen de confusiones entre la creación necesaria de delitos de peligro abstracto⁴⁰ y la injustificada y excesiva expansión del Derecho Penal, que se materializa con la llamada *huida hacia el derecho penal*, como respuesta al estado de inseguridad que viven las sociedades en la post modernidad. Sin embargo el punto es que debe encontrarse una respuesta adecuada al llamado de la denominada *sociedad de riesgo*⁴¹, sin que las necesarias transformaciones del Derecho penal impliquen su desnaturalización y manipulación. Por ello, la única aclaración que cabe hacer en esta parte es que para tipificar una conducta como de peligro concreto o abstracto, el legislador debe sustentarse en la

⁴⁰ Como por ejemplo el delito tipificado en el artículo 373 del Código Penal Ecuatoriano, que dice: "Prohíbese, de manera absoluta, a los particulares, tener en los campamentos de trabajo materias explosivas que constituyan elementos de peligro para las personas y propiedades al no ser guardadas en lugares y sitios adecuados"; el cual acarrea una sanción de hasta tres años de prisión correccional.

⁴¹ Blanca Mendoza Buergo, *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, página 23 Y siguientes, Civitas, 2001. Esta denominación se refiere a que *en las sociedades post industriales desarrolladas implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo adquieren entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos, ya que ello propicia la aparición de «nuevos» riesgos de tal magnitud -especialmente de origen tecnológico-, que determina un cambio de época desde la sociedad industrial a un nuevo tipo macrosociológico: el de la sociedad de riesgo.*

necesidad de protección del bien jurídico que se pretende tutelar y las exigencias de prevención; sin romper con los principios de fragmentariedad y subsidiaridad del Derecho Penal -como ya se dijo antes-, ya que muchas veces sin una concreta puesta en peligro del bien jurídico tutelado, no puede intervenir el Derecho Penal para garantizar por parte de los poderes publico una eficaz tutela a través de los ordenamientos administrativo (imposición de multas y sanciones no pecuniarias, como la clausura, suspensión temporal o cierre de las actividades) y civil (responsabilidad civil ambiental).