

EFICIENCIA DEL DERECHO PENAL. EL CASO DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Doctoranda de la Universidad de Navarra, España

RESUMEN

La creación de tipos penales en relación con los nuevos riesgos que imperan en nuestra sociedad ha de limitarse a supuestos en que se trate de bienes jurídicos merecedores, necesitados y susceptibles de protección penal. Actualmente se acepta un criterio de legitimación *ad effectum* de la pena, que responde a una justificación basada en criterios utilitaristas. Esto significa que la presencia de un bien jurídico digno de protección y necesitado de la misma no resulta siempre suficiente para legitimar la intervención penal, sino que deben también considerarse los posibles efectos que producirá la norma penal. Y si el objetivo del Derecho penal es la protección de ciertos bienes jurídicos fundamentales, su legitimación deberá valorarse en relación con la efectiva protección que se les pueda brindar. Otros efectos benéficos de la norma penal no serían suficientes para justificarla. Por lo tanto, el Derecho penal meramente simbólico constituye un ejercicio ilegítimo de la potestad penal, con consecuencias que a largo plazo atentan contra la propia funcionalidad del sistema penal. La problemática descrita se concreta con el análisis de un posible nuevo "delito contra el medio ambiente".

PALABRAS CLAVES: Derecho penal simbólico, eficacia, delito medio ambiental.

ABSTRACT

The establishment of penal types in relation to the new risks that prevail in our society should limit itself to assumptions concerning juridical rights that deserve, are in need of, and are susceptible to penal protection. Currently, an *ad affectum* criterion of legitimization of the penalty is accepted, and this is consistent with a justification based on utilitarian criteria. This means that the presence of a juridical right worthy and in need of protection is not always sufficient to legitimate penal intervention; the potential effects that the penal code will cause should be considered as well. And if the objective of the penal law is the protection of certain fundamental juridical rights, its legitimization should find its value in relation to the effective protection that they can receive. Other beneficial effects of the penal code would not be sufficient to justify it. Therefore, the merely symbolic penal law constitutes an illegitimate practice of the penal authority, with an impact that in the long run jeopardizes the efficiency of the penal system itself. The problem described above materializes with the aid of a possibly new "crime against the environment."

KEY WORDS: Symbolic penal law, efficiency, environmental crime.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el Derecho penal de los países de nuestro entorno cultural y jurídico existe una tendencia más o menos generalizada a la extensión del Derecho penal, especialmente en relación con algunas materias o actividades tradicionalmente reguladas por otras ramas del ordenamiento¹. En algunos ámbitos, el proceso de creación de nuevos tipos penales constituye un desarrollo perfectamente normal y lógico del sistema. No se puede desconocer que el Derecho penal opera al interior de una sociedad en que las necesidades cambian con el tiempo, en que el hombre desarrolla nuevas actividades y genera nuevos riesgos para la propia convivencia social, ante los cuales el Derecho debe reaccionar.

Pero las nuevas modalidades de intervención penal no siempre aparecen convenientemente justificadas. Son muchos los casos en que el Estado recurre al sistema penal con demasiada premura, antes de comprobar si se presenta una verdadera necesidad preventiva de punición y no existen otros mecanismos de control social (necesidad de pena), o sin haber valorado la importancia del bien jurídico que pretende proteger, el que ha de ser de una entidad tal que resulte fundamental para el desarrollo y la participación de los sujetos en un orden social (merecimiento de pena). Ahora bien, no nos detendremos ahora en las hipótesis en que falte el merecimiento o la necesidad de la intervención penal, suficientes por sí solas para deslegitimar la pretensión de crear nuevos tipos penales, sino que centraremos nuestra atención en un tercer requisito que no sale a la luz tan a menudo como sería deseable. Y es que además de lo anterior, la creación de nuevos tipos penales sólo es admisible en tanto en cuanto se trate de un bien jurídico susceptible de protección penal².

No todo bien jurídico merecedor y necesitado de protección puede ser objeto de disposiciones penales legítimas. Por una parte, porque el ordenamiento penal, en ocasiones, no cuenta con los mecanismos adecuados para proteger ciertos bienes jurídicos, y, especialmente, porque el sistema penal está configurado como un sistema de imputación de conductas lesivas individuales, que no resulta apto para resolver los problemas de carácter sistémico que aquejan a la sociedad³. En estos últimos supuestos el déficit de eficien-

¹ Sobre este fenómeno y sus causas, vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal* (2ª ed., Madrid, 2001), *passim*.

² Requisito establecido por M. E. MAYER cuando exigía que el bien jurídico fuese merecedor, necesitado y *capaz de protección*.

³ Problemas como el del medio ambiente o la ordenación del territorio, en opinión de SILVA SÁNCHEZ, *¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325*, en *La Ley 3* (1997), p. 1720.

cia ha de resultar considerable, esto es, la protección del bien jurídico será necesariamente poca, mientras que el castigo resultará desproporcionado para el individuo sobre quien recae. De ahí que se pueda concluir, provisoriamente, que muchos de los nuevos ámbitos en que el Derecho penal comienza a intervenir habrían de quedar preferentemente reservados –salvo los comportamientos más graves– a otros sectores del ordenamiento que disponen de instrumentos y procedimientos generalmente más eficientes.

II. LA EFICIENCIA COMO CRITERIO DE LEGITIMACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PENAL

En la actualidad, la orientación a los efectos de las normas aparece como un nuevo criterio de legitimación, que ha comenzado a operar ante las transformaciones del Estado contemporáneo, para hacer frente a la crisis de los criterios tradicionales de justificación de las decisiones públicas⁴. Se entiende que las posibilidades de intervención del Estado deben estar respaldadas por los resultados de su gestión. Y si esto es así en general, con mayor razón en relación con el Derecho penal, dado que constituye la forma más intensa de intervención estatal. En consecuencia, cualquier decisión legislativa no será justificable sólo por la bondad ética de un principio o por su legitimidad democrática, sino que requiere superar ciertos mínimos en cuanto a su realizabilidad, idoneidad y beneficios. Lo que se exige es que el sistema demuestre que realmente funciona, que produce consecuencias favorables, a la vez que impide las desfavorables. En suma, como afirma Calsamiglia: “lo importante de una ley no es sólo lo que pretende, sino lo que consigue”⁵. En relación con la pena, en concreto, Alcácer Guirao afirma que su legitimación relativa *ad effectum* –que responde a una justificación basada en criterios de racionalidad utilitarista– es aceptada en forma unánime⁶. Eso

⁴ Resume esta situación ALCÁCER GUIRAO, *Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal*, en AP2001, p. 229 afirmando que “desde el momento en que el Derecho penal deja de concebirse como vehículo de un deber ser absoluto y apriorístico, y se asume su esencia instrumental como razón de ser y de actuación del mismo, las consecuencias fácticas que el Derecho penal produce en su entorno pasan a convertirse en objeto primordial de análisis y recepción”. Vid., también, HAFFKE, *Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik*, en *Festschrift für Claus Roxin* (Berlín - New York, 2001), p. 956.

⁵ CALSAMIGLIA, Justicia, *eficiencia y optimización de la legislación*, en *Doc. Adm.* 218 - 219, 1989, pp. 145.

⁶ Cfr., por ejemplo, CID MOLINÉ, *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española* (Madrid, 1994), pp. 284 - 292; HART, H.L.A., *Introducción a los principios de la pena*, en BETEGÓN/DE PÁRAMO (ed.), *Derecho y Moral. Ensayos*

sí, “entendido este utilitarismo no tanto en referencia a su vertiente normativa, tomado como la doctrina que aspira al bien concreto de la satisfacción del mayor placer o felicidad para el mayor número, sino más bien a su vertiente metaética, concebido así, más genéricamente, como una teoría consecuencialista, como una ética del resultado, según la cual lo correcto se determina a partir del balance de costos/beneficios que la acción o la institución produce con respecto a un bien o fin determinado (...) El análisis empírico va, entonces, indisolublemente unido a toda racionalidad utilitarista, hasta el punto de que desde los resultados de dicho análisis puede llegar a deslegitimarse el fin propuesto de la pena: si, rechazada la justificación absoluta de la pena, sólo la pena útil es la pena legítima, la misma habrá de justificarse, en primer lugar, a partir del hecho fáctico de que es efectiva en orden a dicha utilidad, de que cumple, en el plano de la realidad fáctica, los fines normativamente dispuestos”⁷.

Ahora bien, para poder realizar una valoración sobre la eficiencia de las normas penales es fundamental delimitar cuáles son, en concreto, los objetivos o beneficios que con ellas se pretenden alcanzar, las finalidades a las que legítimamente puede aspirar el ordenamiento penal. En este trabajo partiremos de la base de que lo que persigue el Derecho penal es la protección de ciertos bienes jurídicos considerados de especial relevancia en el seno de una sociedad, protección que intenta conseguir previniendo las conductas que constituyen las modalidades más graves de ataque contra ellos. Es decir, el Derecho penal se configura, fundamentalmente, como un sistema de protección de bienes jurídicos, en que los principios de subsidiariedad y *ultima ratio* remiten inequívocamente a la consideración de las consecuencias y de la eficiencia de las decisiones jurídico-penales⁸. Resulta así una clara relación entre las consideraciones teleológico-funcionales y los fundamentos político-constitucionales del Derecho penal, puesto que si éste se muestra ineficaz, inidóneo o contraproducente será también innecesario, y, por tanto, supondría un mal injustificable. El principio de necesidad conduce, pues, al de utilidad, y ambos constituyen exigencias inherentes tanto a la concepción liberal como al Estado social, que requiere una eficaz protección social⁹.

analíticos (Barcelona, 1990), p. 164; NINO, *Introducción al análisis del Derecho* (4ª ed., Barcelona, 1991), pp. 427 - 432; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Barcelona, 1992), p. 183; SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva* (trad. Sánchez-Ostiz Gutiérrez), en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal* (Barcelona, 1997), p. 94.

⁷ ALCÁZER GUIRAO, en *AP* (2001), pp. 229 - 230.

⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Eficiencia y Derecho penal*, en *ADPCP* (1996), p. 121.

⁹ Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal* (Madrid, 1996), I, p. 85. En el mismo

Aceptada esta premisa, la consecuencia es que otras funciones que *de hecho* el Derecho penal pueda realizar no constituyen sus objetivos y, por lo tanto, no justifican los costes que toda decisión incriminatoria trae consigo. Si una norma penal no sirve para proteger un determinado bien jurídico, otros beneficios que ella pueda comportar –en orden al progreso social o la concientización de los ciudadanos respecto de ciertos valores fundamentales–, no serán suficientes para entender que esa norma es verdaderamente eficiente, ni, por consiguiente, legítima.

El Derecho penal no debe ser utilizado como una herramienta de transformación de la sociedad, para conseguir un mayor progreso social, económico o cultural. Asignarle esta función promocional sería confundir el ámbito de la política criminal y sus objetivos, con el de la política socioeconómica del Estado y lo que ésta persigue. Pese a que ambas son manifestaciones de la política interior del gobierno, los instrumentos por los que se ejercen son diferentes. Las herramientas con que el Derecho penal actúa involucran una intervención demasiado profunda y lesiva como para utilizarlas a modo de motor de cambio social; ellas deben mantenerse en una relación de subsidiariedad respecto de los demás mecanismos de que dispone el Estado para actuar¹⁰. Lo mismo sucede respecto de una función ético-social, educativa o configuradora de costumbres. Aunque en el plano fáctico las normas penales ejercen una labor de esta clase, ella no justifica una afectación de los derechos y garantías de un ciudadano por imposición de la sanción penal¹¹.

Formulada la distinción anterior y delimitados los fines legítimos a los que debe tender el Derecho penal, es posible y necesario discernir con claridad entre sus efectos instrumentales y simbólicos. Los primeros son aquellos que están directamente vinculados al fin o función de protección de bienes jurídicos, se relacionan con la capacidad para modificar la realidad social por la prevención de realización de determinados comportamientos. Los segundos, en tanto, están conectados al fin o función de transmitir

sentido, MIR PUIG, *Derecho penal. PG* (5ª ed., Barcelona, 1998), L 4/44, afirma que “si el Derecho penal de un Estado social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos”.

¹⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción* (Madrid, 2000), p. 100, previene sobre el peligro que entraña la función promocional, con la que “no sólo se provoca una injerencia penal arrolladora, de cuestionable legitimidad y carente del necesario consenso, sino, además, probablemente ineficaz”.

¹¹ Críticos respecto de la función promocional y ético-social como criterio legitimador de la intervención penal, vid., entre muchos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal*, pp. 90 - 96, 99 - 100 y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 300 - 304.

mensajes o contenidos valorativos, produciendo emociones y representaciones mentales¹².

En la práctica, siempre existe un efecto comunicativo-simbólico que es inherente a la conminación penal, y que no debería resultar problemático en sí mismo¹³. En realidad, “buena parte de la dimensión preventiva del Derecho penal radica en su significado comunicativo”¹⁴, significado que es parte de la fuerza de que dispone el ordenamiento penal para prevenir las conductas socialmente dañosas. En este sentido, puede concebirse como un valor de tipo instrumental que está en función de otros valores, de los fines del Derecho penal¹⁵. Por otra parte, muchos de los efectos simbólicos que producen las normas penales constituyen efectos simplemente ilegítimos pero en gran medida inevitables.

La situación se torna inadmisibles, sin embargo, cuando las disposiciones penales son incapaces de cumplir sus efectos instrumentales legítimos –en relación con la protección de bienes jurídicos–, en tanto que la función comunicativo-simbólica es su único o principal efecto¹⁶. En estos casos la legislación adquiere una marcada connotación ético-social, educativa o promocional que no le es propia, carece de funciones preventivas que la legitimen y, a largo plazo, perderá la efectividad instrumental que en un principio podía aún conservar.

¹² Plantea la distinción en estos términos DIEZ RIPOLLÉS, *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, en AP (2001), p. 4.

¹³ Ya ha advertido ROXIN, *Derecho penal. PG*, I (trad. de la 2ª ed. alemana Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / de Vicente Remesal, Madrid, 1997), § 2/22, p. 59, que toda ley penal tiene un impacto simbólico más o menos grande.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 77; EL MISMO, *¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español*, en AP (1998), p. 442. Precisamente, el autor apoya una diferenciación cualitativa entre la infracción penal y la administrativa, por la repercusión comunicativo-simbólica que surge de la afirmación de que concurre la primera.

¹⁵ Cfr. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación* (Madrid, 1997), p. 29; DIEZ RIPOLLÉS, en AP2001, pp. 12 - 13 y *passim*, los llama efectos expresivo-integradores. Desde esta óptica, la función comunicativa de las normas no se restringe al mero efecto psicológico-simbólico de su promulgación, esto es, a la satisfacción que ello puede causar a los políticos por haber hecho algo, y la tranquilidad para los electores al sentir que tienen el problema bajo control. El sentido comunicativo al que aquí se hace referencia no sólo trasciende a ese mero dato psicológico, sino que también determina que toda norma, aun siendo absolutamente inaplicable en la práctica, pueda cumplir algunas funciones instrumentales dentro del sistema normativo. Sobre esto, vid., HEGENBARTH, *Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze*, en ZRP 1981, pp. 201 - 204.

¹⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 304 - 307. Especialmente crítico frente a estos supuestos, HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad* (trad. Muñoz Conde/ Díaz Pita, Valencia, 1999), p. 95.

Esto es lo que sucede en relación con algunos nuevos bienes jurídicos colectivos en que la intervención penal se presenta, en muchas ocasiones, más como un modo de reconocerles su carácter fundamental que como un efectivo sistema de protección. Así sucede, en mayor o menor medida, en materias como el medio ambiente, el urbanismo o los derechos de los consumidores¹⁷. De este modo se apela directamente al efecto comunicativo del sistema penal, lo que constituye un intento de concienciación, de utilización ilegítima del instrumento penal con efectos comunicativo-educativos. Esta actitud legislativa es ilegítima porque, en lo inmediato, puede implicar la privación injustificada o desproporcionada de derechos de un individuo y, a largo plazo, puede tener consecuencias desastrosas para la credibilidad y el funcionamiento del sistema penal en su conjunto¹⁸.

Pese a lo afirmado, en la práctica nos encontramos ante un creciente uso y abuso de esos efectos comunicativo-simbólicos. Dado que el Derecho penal surge con el objeto de proteger ciertos bienes jurídicos fundamentales, para ello tiene, al menos, vocación de eficacia y efectividad; el legislador cree en ello y por eso lo utiliza. El problema es que la realidad, en general, se le resiste; sus normas no siempre se cumplen y los bienes jurídicos no quedan bien protegidos. Ante esto, la reacción más frecuente es ofrecer más Derecho penal para conseguir una mayor protección. Pero entonces, aún en caso de conseguir la protección que se pretende, la nueva respuesta adolecerá de una menor eficiencia. Cabe precisar que la efectividad del Derecho penal se logra cuando consigue su finalidad de proteger un bien jurídico determinado, en tanto que su funcionamiento se puede calificar como *eficiente* si, además, el beneficio que consigue es superior al costo que genera. Por lo tanto, el análisis de la eficiencia normativa se debe extender a todos los gastos secundarios o indirectos que la aplicación de la norma puede generar, y a todos sus efectos, previstos o no¹⁹. Una decisión inculpativa siempre genera costes sociales, tanto si se aplica como si no. Aun en los supuestos de inaplicación, porque la sola existencia de la norma, en cuanto amenaza para ciertos derechos de los ciudadanos, implica una restricción de su libertad. Aunque la repercusión económica de esta situación es muy difi-

¹⁷ En este sentido ESCAJEDO SAN EPIFANIO, *Infracciones extrapenales cualificadas en el Código penal español de 1995: problemas de interpretación*, en *RDPC*, 2ª época, 5 (2000), p. 12, con referencias.

¹⁸ Vid., especialmente, HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, pp. 95 - 97.

¹⁹ El uso de estos términos con el alcance descrito no es del todo pacíficos pues algunos autores les asignan un diverso significado. En el sentido del texto vid., por ejemplo, ATIENZA, *Contribución*, p. 38; HAFFKE, en *Festschrift für Claus Roxin*, p. 956 y MINCKE, *Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit: le pôle réaliste de la validité*, en *RIEJ* (1998), pp. 115 - 151.

cil de cuantificar, la proliferación de figuras típicas de esta clase, en que se manifiesta la sobrevaloración de la seguridad –o libertad de no pasión– frente a la libertad de acción²⁰, lleva consigo una reducción generalizada de los espacios de riesgo permitido y un consiguiente incremento de costes en las actividades productivas.

Pero aunque los efectos reales de la norma penal no sean los esperados –al menos, no sean los que habían sido declarados como tales–, con la incriminación de ciertas conductas el legislador obtiene, igualmente, la ganancia política de haber respondido a los miedos sociales y a las grandes catástrofes con prontitud y con los medios más radicales²¹. El Derecho penal surge, así, como un instrumento económico de política interna eficaz. Esta es una de las razones²² por las que se han multiplicado figuras típicas con una aptitud muy limitada para la protección de un bien jurídico, que no gozan de la implementación necesaria para ser aplicadas, o que, en general, no han sido dictadas con pretensiones de eficacia. Todos éstos constituyen casos de abuso de la función simbólica que el Derecho penal puede ejercer, pues esa ganancia política o esa sensación de mayor seguridad –que no es más que una apariencia de seguridad– no pueden alzarse como objetivos del Derecho penal. Como no se cansa en denunciar Hassemmer²³, de esta manera el sistema jurídico-penal no sólo no es capaz de cumplir las tareas que se le asignan, sino que va acompañado de continuos déficit de funcionamiento, los que se suelen enfrentar aumentando la represión (*more of the same*) o ampliando los sectores en que ha de tener una eficacia puramente simbólica. Con todo, una mayor contundencia en las respuestas no siempre es idónea para solucionar los problemas, porque “la subsidiariedad del Derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, estatales o sociales, no sólo es un principio normativo, sino también un principio empíricamente fundado: los medios jurídico-penales sólo son idóneos para resol-

²⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 45.

²¹ Cfr. HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 87 y ss. PALAZZO, *Certezza del diritto e codificazione penale*, en *Politica del Diritto* 3, (1993), p. 380, considera que la actual crisis de certeza en Derecho penal responde a un fenómeno de degeneración de la política legislativa, que se traduce en un uso simbólico y propagandístico de la norma penal.

²² No la única, evidentemente. Sería ingenuo ubicar las causas de la expansión del Derecho penal y de su función simbólica, exclusivamente, en una especie de perversidad del aparato estatal, que recurre a él indiscriminadamente. Lo advierte SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 21 - 22, para quien las causas son más profundas, se enraízan en la transformación del modelo social y en el consiguiente cambio de papel del Derecho penal en la representación que del mismo tienen amplias capas sociales.

²³ Cfr. HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, pp. 30, 89 y 90.

ver muy pocos problemas”. Si el sistema penal se permite disponer en cada caso de sus propios principios, en pro de una pretendida eficiencia, “perderá –incluso a largo plazo a los ojos de la población– su poder normativo de convicción y su distanciamiento moral de la infracción jurídica. Un Derecho penal así concebido no podrá sobrevivir como un instrumento de solución estatal más o menos idóneo de los problemas en el marco del conjunto de los sistemas de control social”²⁴.

La identificación del Derecho penal simbólico se logra cuando se verifica un sustancial incumplimiento de las decisiones político criminales fundamentadoras de la pena. En este sentido, no sólo se puede calificar de este modo el ordenamiento que no previene comportamientos delictivos, sino también aquel que, previniéndolos, centra su atención en los objetos personales menos significativos, o produce efectos con un contenido innecesario para garantizar el control social. Resulta ilustrativa la distinción que propone Díez Ripollés²⁵ para identificar tres clases de Derecho penal simbólico:

a) En función del objetivo satisfecho, esto es, cuando el Derecho penal no atiende a la prevención de comportamientos delictivos, es decir, a la evitación de daños y riesgos graves a los bienes jurídicos fundamentales, sino a otros objetivos. En este grupo se pueden ubicar aquellas leyes meramente reactivas ante nuevos problemas (por ejemplo, algunas normas sobre manipulación genética o creación de seres humanos por clonación); leyes identificativas con preocupaciones de los ciudadanos (como sucede en materias como el acoso sexual o el terrorismo); leyes declarativas sobre los valores correctos (algunas disposiciones sobre corrupción de menores o las propuestas para sancionar el consumo de pornografía infantil se enmarcarían en este grupo); leyes principialistas, que manifiestan la validez de ciertos principios de convivencia; o, por último, leyes de compromiso político, que se emiten por respeto de los acuerdos alcanzados.

b) En función de las personas primordialmente afectadas, en cuanto el Derecho penal se limite a influir sobre personas muy alejadas en la responsabilidad penal (delinquentes potenciales alejados, ciudadanos susceptibles de ser delinquentes). La intervención se reduce, por tanto, sólo a la fase de conminación penal. Se puede tratar de leyes aparentes, cuya formulación técnicamente defectuosa las hace inaccesibles a las condiciones operativas del proceso penal; gratuitas, esto es, aprobadas sin recursos personales o materiales; o imperfectas, que no prevén sanciones o cuya aplicación es técnicamente imposible.

²⁴ HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 96.

²⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, en *AP* 2001, pp. 16 - 20.

c) En función del contenido de los efectos sociales producidos, en la medida en que las disposiciones penales vayan más allá del control social penal y pretendan realizar otras funciones, vulnerando el principio de subsidiariedad. Se trata, por ejemplo, de leyes activistas, para suscitar confianza en la institucionalidad vigente (por ejemplo, normas que sancionan el impago de pensiones familiares o el tráfico de influencias); leyes apaciguadoras, para calmar el temor o alarma de la población frente a algún problema concreto (como si en estos momentos se pronunciara una norma especial para sancionar los asesinatos o violaciones en serie); leyes promotoras de actitudes sociales (en relación, por ejemplo, con el cuidado del medio ambiente o el pago de impuestos); y leyes autoritarias, para demostrar la capacidad coactiva del aparato estatal (ocurre con algunas disposiciones relativas al tráfico de drogas).

En suma, si se concibe la pena y del Derecho penal como medios para satisfacer determinados objetivos materiales, resulta obligatoria una permanente labor de comprobación del cumplimiento efectivo de los mismos, así como una atención a eventuales consecuencias no previstas o no asumidas normativamente²⁶. Un estudio y preocupación similares –dentro de los límites en que ello es posible– han de realizarse antes de incluir un nuevo tipo en la legislación penal. En caso de que se descubran o pronostiquen falencias en estos sentidos, la formulación de nuevos tipos podrá resultar desaconsejable o será necesaria la derogación o modificación de las disposiciones penales existentes.

III. PROBLEMAS DE EFICIENCIA EN LA PROTECCIÓN PENAL DE MEDIO AMBIENTE

Las cuestiones de ineficiencia se suelen acentuar en aquellos sectores de actividad previamente normativizados y que representan problemas sistémicos de la sociedad. Uno de ellos es el que dice relación con el medio ambiente. Por tanto, el análisis de un eventual tipo penal en este ámbito puede servir para ejemplificar algunos de los problemas descritos. Por los demás, su caso constituye un ejemplo para muchas otras materias en las que el Derecho penal ha comenzado a intervenir en los últimos tiempos, y cuya conveniencia no deja de ser discutida. En Chile no se ha tipificado este delito, como ha sucedido en muchos otros países de nuestro entorno. Existía un proyecto que databa de 1998, en que se contemplaba la configuración del delito ambiental²⁷, pero éste se encuentra actualmente archivado.

²⁶ Cfr. ALCÁ CER GUIRAO, en *AP* (2001), p. 229.

²⁷ Se trataba de un proyecto de 4 artículos permanentes, que obedecía a la moción de un grupo de diputados, ingresada en la Cámara de Diputados el 2 de junio de 1998, Boletín 2177 - 12.

En primer lugar, el medio ambiente se puede calificar como un bien jurídico merecedor de tutela penal en cuanto constituye una de las condiciones para la supervivencia de la humanidad²⁸. No entraremos en la cuestión del bien jurídico, pues existen muchas divergencias a la hora de precisar su sentido y alcance que no es del caso tratar aquí. Para los efectos de este estudio, basta con delimitar esta cuestión recordando que ese merecimiento de pena no puede predicarse de cualquier atentado contra el medio ambiente, sino sólo de aquellos supuestos de mayor gravedad²⁹.

En segundo lugar, parece estar fuera de discusión la necesidad de encontrar nuevos mecanismos de protección de este bien jurídico, pues la legislación civil y administrativa por sí solas han demostrado ser muy ineficaces en su capacidad preventiva.

Sin embargo, pese a la coincidencia general al valorar estas características del bien jurídico, la legitimidad y conveniencia de una protección penal del medio ambiente ha sido puesta en duda en numerosas oportunidades³⁰. La explicación de esta discrepancia de valoración en cuanto a la función del Derecho penal se puede encontrar en lo que enunciábamos al comenzar estas consideraciones, esto es, en el hecho de que todo estudio abstracto sobre el merecimiento y necesidad de pena debe ser complementado con la consideración sobre los mecanismos concretos por los que se puede hacer efectiva la protección de un bien jurídico determinado y sobre la real capacidad del sistema para brindarla. Entonces se plantean cuestiones como la de determinar cuáles son los instrumentos de técnica legislativa aptos para plasmar la decisión incriminatoria; establecer los mecanismos y recursos necesarios para controlar, investigar y probar las conductas punibles; superar las dificultades que se presentan para imputar individualmente conductas que se desarrollan al interior de una estructura de organización, como es la empresa, o para probar la relación causal que debe existir entre la conducta y el resultado, etc., etc.

En particular, cabe advertir que la preexistencia de otras normativas con el mismo objeto impone especiales requisitos en orden a obtener una eficiente protección del medio ambiente. En ésta y otras materias, resulta in-

²⁸ Vid., por todos, SCHÜNEMANN, *Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* (2000), *passim*.

²⁹ En esta línea, no parece suficiente con que la norma penal tutele la *función* administrativa que tiene por objeto la regulación del medio ambiente, sino que ha de tener relación directa con este bien jurídico. En contra, PALAZZO, *Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia*, en *RP* 4, (1999), pp. 76 - 77.

³⁰ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, en *La Ley* 3 (1997), p. 1720, con referencias.

dispensable realizar un esfuerzo por conseguir la armonización y ajuste entre los sistemas sancionadores implicados en la protección del bien jurídico. La reacción penal ha de formularse teniendo en cuenta la existencia y funcionamiento del entramado institucional y de los modelos jurídicos de tutela extrapenales preexistentes. Ello importa para evitar duplicidad de normas, contradicciones al interior del sistema jurídico y duplicidad de gastos de aplicación, por la reiteración de procesos y sanciones (aunque luego se aplique el principio *non bis in idem*). De aquí emanan concretos requisitos de eficiencia que, a pesar de su evidencia y solidez, no siempre son observados adecuadamente: a) La redacción de nuevos tipos penales exige un detallado estudio de los demás órdenes normativos abocados a la materia de que se trate, comprobando si la conducta que se pretende proscribir está regulada y si esa regulación es suficiente; b) En sectores de regulación reciente y novedosa, sólo es posible constatar la eficiencia o ineficiencia de las instituciones y de las normas extrapenales una vez que estén consolidadas. Recurrir al Derecho penal antes de que esto suceda puede significar un aumento innecesario de gastos, una duplicidad de sanciones, o la disfuncionalidad del propio sistema penal cuando actúa por medio de remisiones a disposiciones extrapenales³¹; c) Una vez comprobada la ineficiencia de otros órdenes normativos, todavía resulta indispensable determinar cuáles han sido las causas de esa ineficiencia. Porque no resulta lógico pensar que la escasez de recursos o los problemas de prueba que han podido entorpecer la labor extrapenal puedan superarse en un sector que se presenta como más formalizado y más costoso; y d) La existencia de varias normas que se refieran a la sanción de una misma conducta nunca podrá considerarse eficiente. Por tanto, si se ha estimado conveniente la intervención penal, puede ser necesario modificar, adecuar o derogar algunas disposiciones extrapenales vigentes, para evitar redundancias o soluciones contradictorias, y no obligar a la jurisprudencia a adecuar su interpretación de la ley penal, para hacerla lógicamente compatible con el resto del ordenamiento³².

Entre todas estas cuestiones sólo nos detendremos, de modo muy breve, en algunos de los aspectos más problemáticos con que se enfrenta un sistema penal de protección del medio ambiente originados por el modelo de accesoria administrativa que se suele adoptar para su tipificación. Modelo que parece la única alternativa viable para configurar el delito

³¹ Así lo plantea MORALES PRATS, *Técnicas de tutela penal de los intereses difusos*, en *Intereses difusos y Derecho penal* (Madrid, 1995), pp. 83 - 84, en relación con la protección a la intimidad frente al uso de la informática.

³² En la práctica, los jueces se ven obligados a realizar una función política y prácticamente co-legisladora, que excede en mucho a lo que corresponde a la mera interpretación.

medioambiental³³.

Hay que considerar que la determinación de los límites en los que se debe enmarcar la intervención penal en relación con el medio ambiente resulta especialmente difícil, puesto que se trata de un sector de actividad en el que un cierto nivel de lesividad o riesgo para el bien jurídico resulta ineludible. El mantenimiento de los actuales niveles de vida y el desarrollo básico de la sociedad no se conciben sin cierto grado de contaminación. El punto está, entonces, en determinar cuanto es lo que se debe tolerar para permitir el progreso sin afectar demasiado las condiciones del entorno. Es lo que se conoce con el concepto de desarrollo sustentable, que se traduce en el problema del riesgo permitido en el ámbito penal. Algo muy diferente lo que ocurre, por ejemplo, en la protección de la vida, en que toda lesión o puesta en peligro es sancionable, salvo supuestos muy excepcionales que quedan excluidos de punición en virtud de las causas de justificación. En relación con el medio ambiente, esa decisión no puede ser tan drástica ni definitiva. Ni siquiera parece que la legislación penal sea el lugar más apropiado para establecer, en forma rígida, los límites de lo tolerable.

Es por esto por lo que, a pesar de sus deficiencias, existe práctica unanimidad al estimar que el sistema de accesoriadad respecto del Derecho administrativo es un recurso indispensable, o incluso, el único modelo apto para la regulación de esta y otras materias o actividades especialmente complejas, técnicas o variables, que han sido previamente reguladas en sede extrapenal. El sistema de accesoriadad administrativa –relativa, no absoluta– es defendido en razón de los superiores conocimientos que posee la Administración, su más fácil acceso a datos tecnológicos y su mayor capacidad para adecuarse a los cambios que experimente la actividad³⁴. La configuración de tipos autónomos, sin referencia alguna a las previsiones administrativas que pudieran existir sobre el mismo, sería admisible de modo excepcional en supuestos de “lesiones especialmente importantes o ante atentados derivados de actividades socialmente no admitidas y fácilmente delimitables”³⁵.

³³ SILVA SÁNCHEZ, en *La Ley* 1997 - 3, p. 1719, da cuenta de la uniformidad doctrinal que existe para entender que un modelo de accesoriadad frente a las normas del Derecho administrativo es, al menos, inevitable.

³⁴ Sobre las posibilidades de una configuración autónoma, absoluta o relativamente accesoria, sus ventajas e inconvenientes, DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente y ambiente y accesoriadad administrativa* (Barcelona, 1996), pp. 62 - 76.

³⁵ DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal*, p. 69. En igual sentido GONZÁLEZ GUTIÁN, *Sobre la accesoriadad en el Derecho Penal en la protección del ambiente*, en *EPC* 14 (1991), p. 116. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en la legislación alemana cuando se prescinde de toda referencia a la normativa administrativa al tipificar, entre los delitos contra el ambiente, el supuesto de liberación de tóxicos con peligro de perjuicio a la salud humana (§ 330 a.).

Ahora bien, la adopción de este modelo no está exenta de dificultades. Entre ellas, en primer lugar, destaca el hecho de que apoyar la legislación penal sobre la base de lo que se dispone en el ámbito administrativo puede significar un mero traslado de los déficit estructurales y de ejecución de que adolece dicho sistema.

Entre los problemas estructurales, destaca que, aunque nadie cuestiona los elevados niveles de contaminación, es posible comprobar que éstos se producen, en su mayoría, por actividades lícitas. Las deficiencias de la normativa administrativa o su lentitud para adaptarse a los cambios, así como la necesidad de que el Derecho penal se vea obligado a adaptarse a una difusa y poco clara práctica de los organismos administrativos, regida por principios de oportunidad política y económica más que por motivos de protección, pueden abrir espacios libres de punición, en que el bien jurídico penal quedaría desprotegido³⁶. A este respecto, no está de más advertir que el actuar administrativo se orienta a las negociaciones y al consenso, en un afán de cooperación más que de confrontación con el mundo empresarial, y en él se distingue un ámbito cada vez más importante de actuación informal³⁷. Ante supuestos de perjuicios graves al medio ambiente, se suele actuar para lograr soluciones aceptables a largo plazo, y la resolución puede limitarse a imponer un plazo para terminar con la conducta o la actividad peligrosa³⁸. En la práctica, esto impide que el Derecho penal cumpla la función para la que originalmente fue creado –evitar atentados graves al medio ambiente– mientras que en supuestos de conductas de bagatela puede dar lugar a reacciones exageradas.

Por otra parte, la actividad de los órganos administrativos en la persecución de las conductas dañosas es escasa, y el déficit de ejecución termina por

³⁶ En la protección del medio ambiente, el sistema se ve particularmente condicionado por la influencia de los *lobbies* de la industria y de los grupos políticos de presión sobre la Administración; cfr. SILVA SÁNCHEZ, en *La Ley* 3 (1997), p. 1719.

³⁷ Cfr. CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER, *Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal* (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre), en *AP* (2000), pp. 172 - 173, con abundantes referencias a la doctrina alemana. En el mismo sentido DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal*, p. 121; HEINE, *Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del Medio Ambiente* (trad. de la Cuesta Aguado), en *ADPCP* (1993), pp. 296 - 297 y SCHÜNEMANN, *¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo de escarmiento* (trad. Rodríguez Montañés), en *Jornadas sobre la "Reforma del Derecho penal en Alemania* (Madrid, 1991), pp. 45 - 46.

³⁸ En relación con la experiencia italiana, cfr. BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, en DI AMATO (dir.), *Trattato di Diritto penale dell'impresa* (Padova, 1990), I, p. 141.

trasladarse al ámbito penal³⁹. En este sentido, no se puede olvidar que en la actualidad la Administración no se presenta ya como el Estado gendarme del liberalismo, empeñado en la protección de los bienes jurídicos, sino que cada vez se perfila como un actor social más, con sus propios intereses y pretensiones⁴⁰.

Como afirma Hassemer, la irrupción del poder ejecutivo en la concreción del injusto penal significa que la protección que brinda el Derecho penal queda condicionada, que éste ya no puede determinar de forma precisa y definitiva su propia vigencia y los límites de esa vigencia. Cuando los funcionarios administrativos pueden exonerar de responsabilidad penal a quien propiamente realiza un tipo penal, están amenazando la vigencia de la norma y contradiciendo el principio de protección de bienes jurídicos⁴¹.

IV. CONCLUSIONES

Es evidente que aún quedan muchas otras cuestiones que inciden negativamente sobre las posibilidades de un Derecho penal ambiental verdaderamente eficiente, pero lo expuesto pretende servir sólo como muestra de algunas dificultades con las que éste puede verse enfrentado. La confluencia de todas ellas ha significado, incluso, que en aquellos países en que el delito ambiental está tipificado, su aplicación resulte prácticamente nula y, en todo caso, no alcance a cumplir la función para la que fue creado⁴².

La ineficiencia de aquellos tipos penales que no tienen capacidad para ir más allá del papel y que no cumplen un rol significativo de prevención, puede también tener un efecto contraproducente en la protección del bien jurídico. Así, en la práctica, el Derecho penal del medio ambiente ha llegado a ser visto más como un regalo funesto que como una oportunidad para mejorar el medio ambiente⁴³. En este sentido, por ejemplo, Silva Sánchez sostiene que el Derecho penal del medio ambiente todavía cumple una cierta función simbólica. Pero esa función no parece suficiente y ella misma puede impedir la puesta en práctica de una auténtica política

³⁹ Cfr. MORALES PRATS, *La estructura del delito ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro*, en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz* (Valencia, 1997), II, p. 481 y GONZÁLEZ GUITIÁN, en *EPC* 14, (1991), p. 123.

⁴⁰ Vid. HEINE, en *ADPCP* (1993), p. 297 y PAREDES CASTAÑÓN, *Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el ambiente*, en *AP* (1997), p. 224.

⁴¹ Cfr. HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, pp. 242 - 244.

⁴² Vid. HEINE, en *ADPCP* (1993), pp. 290 - 291, con referencias a lo que ha sucedido en Alemania, Francia, Suiza y Austria. En España la situación ha sido similar en términos de ineficiencia, vid. SILVA SÁNCHEZ, en *La Ley* 3 (1997), p. 1714.

⁴³ Expresión que recoge HEINE, en *ADPCP* (1993), p. 291.

medioambiental, razonable, eficaz y eficiente. Por tanto, concluye, “la constatación manifiesta del fracaso del Derecho penal del medio ambiente (...), y su reducción a la mínima expresión debería constituir, pues, paradójicamente, el primer paso hacia una mejor protección del objeto que se dice querer amparar”⁴⁴.

Con todas estas consideraciones no he querido negar la importancia de medio ambiente ni rechazar absolutamente la posibilidad de que se configure como objeto de protección del Derecho penal, pues éste podría cumplir un papel importante en la sanción de los más graves atentados contra este bien jurídico. Tampoco he pretendido negar que el Derecho penal simbólico pueda cumplir igualmente una cierta función de conformación de las costumbres y que constituye un medio para reconocer la trascendencia del medio ambiente. Sin embargo, estas funciones no resultan suficientes para legitimar las respectivas normas penales. La finalidad de estas páginas ha sido únicamente advertir, uniéndome a las voces de muchos otros, que la tendencia a extender el Derecho penal a supuestos y funciones que sobrepasan su capacidad puede, finalmente, generar mayores perjuicios que beneficios, y que, por tanto, las consideraciones sobre la eficiencia de las normas deben estar siempre presentes en la discusión sobre la configuración de nuevos tipos penales.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, en *La Ley* 3 (1997), p. 1720.