

LA PROTECCIÓN DEL FUTURO Y LOS DAÑOS CUMULATIVOS¹

RAFAEL ALCÁCEZ GUINAO²

"Compromiso hacia el medio ambiente es compromiso entre generaciones, ética ecológica es solidaridad generacional"

MARIN ROCK³

I

Dos preguntas son las que quisiera dejar planteadas en la siguiente exposición. La primera es la de si el Derecho Penal debe estar llamado a proteger los intereses de las generaciones futuras⁴. La segunda es si, independientemente de la respuesta que demos a la anterior, puede acomodarse esa protección a las estructuras de imputación esenciales del Derecho Penal, centradas en los presupuestos de la libertad individual —en cuanto a lo protegido— y, recíprocamente, de la responsabilidad individual —en cuanto al ámbito de la imputación penal—⁵. En otras palabras —y citando cuasi-

¹ Texto ampliado de la ponencia presentada en las VII Jornadas de Profesores y Abogados de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas los días 30, 31 y 12 de abril en la Universidad Autónoma de Madrid.

² Universidad Complutense.

³ ROCK, MARIN, "Theologie der Natur und ihre anthropologisch-ethischen Konsequenzen", en *Beiträge zum Ökologie und Ethik*, 1996 (ed. original 1981), pp. 73 y ss., p. 97.

⁴ Cf. STRATTONSOMER, *Zukunftsfragen aus dem Winkel des Strafrechts*, ZStW 105 (1993), párrafo donde se plantea precisamente la viabilidad de un aseguramiento del futuro con los límites del Derecho Penal.

⁵ Sobre una imagen legislativa del Derecho Penal, (cf., por ejemplo, STRAUSS, *Rechtstheoretische*, 1ª ed., 2001, pp. 200 y ss.; el mismo, *Angewandte Rechtslehre* en *Universitätszeitung*, NW, 1990, p. 1262; KRAMERER, *Sozialrechtslehre*, Universitat, 1992, pp. 231 y ss.; el mismo, *Zur Legitimation des straflichen Geldstrafens im Wirtschaftsrecht*, en *Strafgesetzbuch - Strafrecht Kommentar* (ed.), *Beiträge des europäischen Strafrechtswissenschaftlichen Symposiums für Klausur*, 1994, pp. 125 y ss.; STRATTONSOMER, *Strafrecht Allgemeines*, 2ª ed., 2001, pp. 618.

ciones planteadas recientemente por la doctrina—, si las “estructuras de imputación atípicas”⁶ que perfilarían ese “Derecho Penal asegurador del futuro”⁷, y que abocan a “una nueva dogmática”⁸, son compatibles con la imagen legitimatoria del injusto culpable que actualmente preside la discusión político-criminal.

Dichas cuestiones podrían resultar, en principio, extrañas a la argumentación jurídico-penal clásica, aunque, como inmediatamente se resaltará, en realidad no lo son tanto. Es evidente que los intereses de las generaciones futuras, en cuanto potenciales, no pueden encamarse en bienes jurídicos personales como la vida, la integridad física o la propiedad, por lo que su protección no puede llevarse a cabo a través de la prohibición de lesionar esferas ajenas de libertad. Por el contrario, dicha protección sólo puede acometerse a través del mantenimiento actual de las condiciones de supervivencia futura; es decir, a través de la protección del medio ambiente.

En cuanto entorno funcional del que depende el mismo disfrute de los intereses personales, el medio ambiente aparece, indudablemente, como un interés digno de protección ya de cara a las generaciones presentes. Pero además, dado que es también condición de la supervivencia de la especie humana, con la protección del medio ambiente se aseguran también los intereses de las generaciones futuras. Como primera conclusión, entonces, parece evidente que el Derecho Penal, en la medida en que protege el bien jurídico medio ambiente, protege de hecho los intereses de las generaciones futuras.

Ahora bien, con dicha conclusión no hemos contestado del todo la pregunta inicial. Del hecho de que a través de la protección del medio ambiente se protejan *mediatamente* los intereses de las generaciones futuras, no puede inferirse todavía que el Derecho Penal *deba* erigir esos intereses en objeto de protección, y asumir con ello una protección *directa* de los mismos. En otras palabras: que la fundamentación axiológica y teleológica del bien jurídico medio ambiente venga dada en atención a dicho fin. Este interrogante no tiene, por lo demás, un mera pretensión especulativa, sino que, por el contrario, de la fundamentación que otorguemos a la protección del medio ambiente dependerán los márgenes de prohibición y los límites de imputación de responsabilidad⁹.

⁶ Ver SCHUMANN, NW 1998, p. 1257 y ss.

⁷ SCHUMANN, ZStW 105 (1993), p. 680.

⁸ Ver KUMM, *Umweltrechtliche Aufgaben der Strafrechtlichen Normen*, ZStW 105 (1993), p. 693 y ss.

⁹ En este sentido, por ejemplo, BUD, *Strafrecht wegen der Umwelt im System des Rechtsgrundgesetzes*, ZStW 100 (1988), p. 486-492.

II

Respecto de la protección del medio ambiente, es sabido que, en un plano teórico, concurren dos concepciones genéricas enfrentadas: de una parte, una visión *antropocéntrica*, según la cual la única razón por la que puede justificarse la protección del medio ambiente es la de su valor para los intereses humanos; de otra parte, una visión *ecocéntrica*, desde la cual la "naturaleza" o la "biosfera", con todos sus componentes —aire, mar, plantas y animales, etc.— son entidades autónomas, merecedoras, en cuanto tales, de protección; el medio ambiente no es, en otras palabras, un medio, sino un fin en sí mismo, por lo que su protección no se legitima en virtud de su funcionalidad para intereses personales, sino por su valor intrínseco ¹⁰.

A este respecto, podemos asumir una tesis de partida: la naturaleza no tiene derechos, ni, por tanto, tenemos nosotros deberes hacia la naturaleza. Expresado en otros términos: no cabe una fundamentación biocéntrica o ecocéntrica del medio ambiente como bien jurídico-penal, sino sólo una fundamentación *antropocéntrica*. En realidad, la concepción puramente ecocéntrica, que sería aquella que, motivada por los movimientos ecologistas más radicales, otorga al medio ambiente, en su conjunto, prácticamente un carácter de entidad viva independiente y, por ello, viene a considerarlo "sujeto" de derechos, no es sostenida por ningún autor en la dogmática penal ¹¹. Existe, por el contrario, un acuerdo generalizado, tanto en el Derecho Penal como en la filosofía moral y política ¹², en que el medio ambiente no

¹⁰ Divergentes expresiones sobre esta idea conceptual básica del medio ambiente pueden encontrarse, por ejemplo, en HOFFMANN, *Die drei Konzeptionen einer präventiven Biologiedeliktbestimmung im Umweltstrafrecht*, GA 1992, pá. 401 y ss.; KRAMER, *ZStW* 105 (1991), pá. 701 y ss.; SCHNEIDERMAN, *ZStW* 105 (1991); BUCH, *ZStW* 100 (1988), pá. 488 y ss.; MULLER-TROTTAU, *Ein Weg zur Abolition des Strafrechts für die Umwelt*, en *Das wissenschaftliche Strafrecht des Strafrechts*, 2000, pá. 309 y ss. Desde un plano teórico, cfr. por ejemplo, BERNHARDT, "Verantwortung für zukünftige Generationen", en SCHNEIDERMAN (ed.), *Friedrich Hölderlin: Aufsätze und Fiktionen in der Wissenschaft*, 1988, pá. 80 y 81 y ss.

¹¹ Salvo raras excepciones, cfr. KRAMER, *ZStW* 105 (1991), p. 702, destacando la estrecha conexión realizada por la doctrina penal. El rechazo de una línea de pensamiento es manifestado por SCHNEIDERMAN, "Protección penal del medio ambiente? Texto y contenido del artículo 325 del Código Penal", LL 1992 (118). "De entrada, la tentación que presenta consistir en la de construir el bien jurídico en los delitos contra el medio ambiente a partir de las pretensiones ecologistas de una ética de corte ecológico"; BUCH, *ZStW* 100 (1988), p. 493; MULLER-TROTTAU, *Ein Weg zur Abolition des Strafrechts für die Umwelt*, p. 309. Criterio en general con una línea biocéntrica y con el postulado de los "derechos propios de la naturaleza", KRAMER, *Umweltstrafrecht*, 2da ed., *Strafgesetzbuch* FS, pá. 11 y ss.; KRAMER, *Rechtswissenschaftliche Grundlagen des Umweltstrafrechts*, Hefenich-FS, pá. 970 y ss.

¹² Cfr., por ejemplo, SCHNEIDERMAN, *Ökologie, Recht und Verantwortung*, RJ 1992, pá. 30-31; KRAMER, *Strafgesetzbuch*-PK, pá. 11 y ss. Aunque en este ámbito la opción ecocéntrica posee más seguidores. Cfr., por ejemplo, SCHNEIDERMAN, "Tatsächliche Eingriffe in die Natur", en SCHNEIDERMAN (ed.), *Ökologie und Strafrecht*, 1996 (edición original 1980), pá. 197 y ss.; FRIEDRICH-DREIER, "Die Verantwortung des Menschen für seine

se protege por sí mismo, sino en aras del mantenimiento de las condiciones de supervivencia de los hombres¹³, ya de nuestros contemporáneos, ya, según algunas visiones, de las generaciones venideras¹⁴. No hay, en suma, "deberes del medio ambiente", ni, en rigor, tenemos "deberes hacia el medio ambiente", sino que esos deberes vienen dados con relación a los derechos de los demás ciudadanos a condiciones tolerables de vida¹⁵.

Avanzado este aspecto, debe todavía establecerse una distinción entre la fundamentación última de dicha protección y la configuración axiológica que hayo de adoptar el bien jurídico, por cuanto, aunque sea pacífica una fundamentación última de carácter antropocéntrico, la doctrina viene a perfilar de diferente modo la configuración del bien jurídico en virtud de una mayor o menor vinculación con los intereses personales. En primer lugar, la concepción *intermedia*, y quizá mayoritaria¹⁶, que entiende que el medio ambiente —o sus entidades: flora, fauna, aguas, aire, suelo, etc.— es un bien jurídico autónomo digno de protección —y por ello, en lo tocante a la configuración del objeto de tutela, podría calificarse como "ecocéntrica"¹⁷—, pero que la ratio última de su merecimiento de protección radica en la integridad de intereses humanos — por lo que, en lo relativo a su legitimación, podría considerarse "moderadamente antropocéntrica"¹⁷—. En segundo lugar, aque-

¹³Wolke", en *Rechtslexikon* (ed.), *Ökologie und Ethik*, 1996 (edición original 1990), p. 9 y ss. (Para una crítica de los tesis de este autor cfr. BERNHARDT, "Und wir fürchten Naturkatastrophen?", en *Rechtslexikon* (ed.), *Ökologie und Ethik*, 1996 (edición original 1990), pp. 103 y ss., 106 y ss.; PASTORIS, "Der Umweltschutz. Überlegungen zur Ökologisierung des Rechts", en *Rechtslexikon* (ed.), *Ökologie und Ethik*, 1996 (edición original 1990), p. 247 et.).

¹⁴En este sentido es resultado por SARA, *Sicet*, LL 1997-0715.

¹⁵No se trata, como parece, de una ética totalmente biocéntrica: "Es la medida en que es el destino del hombre, en su dependencia del estado de la naturaleza, el elemento último que hace del interés en la conservación de ésta un interés moral, también aquí ha de conservarse la orientación antropocéntrica de toda la ética clásica" (JIMÉNEZ, *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la ecología tecnológica*, 1995, p. 37); aunque no deja de plantearse después, sin llegar a tomar postura, si en una nueva ética de la era tecnológica no se nota también un cambio de actitud acerca de este aspecto, ampliando el marco de los "fines en sí mismos" más allá del ser humano (p. 34-35).

¹⁶En sentido similar, KATZMAN, *Antes: Guía de Acción del Mayor*, Spenda/IPS, 1992, p. 22. Ver también, entre otros, BERNHARDT, "Dilema ecológico y función simbólica del Derecho Penal", en TARRALDEU (ed.), *El dilema ecológico*, 1992, p. 34-35.; PASTORIS, *Castigación, Responsabilidad penal y responsabilidad ambiental: el caso de los delitos contra el medio ambiente*, AP 1997, p. 219. Ver, además, TARRALDEU, "Una segunda página Planchónica?", en *Rechtslexikon* (ed.), *Ökologie und Ethik*, 1996 (edición original 1990), pp. 20 y ss., y 33-34, destacando que esa tradición ética ca uno de los "límites ideológicos" que impiden un asentamiento de la ética ecológica, y proponiendo de manifestar (p. 32) que dicho postulado ideológico como la justicia como imparcialidad de Rawls —a partir de la imagen del contrato social—, la fundación de deberes hacia la naturaleza aparece más adecuada.

¹⁷BURR, *ZfWR* 100 (1998), p. 488, 493.

¹⁸Cfr. GARCÍA RIVERA, *Dilema ecológico. Estructura y aplicación jurídica*, 1998, p. 125. O "moderadamente ecocéntrica" (BERNHARDT, *Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltverstoßes*, Tübingen-FS, p. 433), a su vez.

lla concepción radicalmente antropocéntrica que rechaza que el medio ambiente sea, en sí mismo, un bien jurídico autónomo digno de protección —sino que no es más que un bien jurídico dependiente de los intereses personales—, considerando que ello no es sino una técnica de tutela anticipada de la tutela de éstos, sólo desde los cuales se configura el tipo legal.

Esa distinción entre una configuración autónoma y una dependiente del bien jurídico medio ambiente, llevará a perfilarlo de distinta forma, así como sus criterios de imputación de riesgos ¹⁸. De esa manera, para la visión autónoma el objeto de tutela será el medio ambiente en cuanto tal, en algunas de sus concreciones físicas: agua, aire, suelo, etc., lo que ya da lugar a dudas acerca de si estamos ante un delito de peligro o un delito de lesión ¹⁹. En cambio, para la visión de la dependencia, el objeto último de tutela serán los intereses personales del ciudadano, como la vida o la salud, contemplándose el bien jurídico supraindividual como el medio donde o a través del cual tal afectación potencial se produce, y adquiriendo su protección un carácter de anticipación de la tutela penal con respecto a esos intereses personales. Sólo en esta configuración, en virtud de esa relación entre bien jurídico-medio y bien jurídico-fin ²⁰, puede afirmarse que el delito contra el medio ambiente es un delito de peligro, dado que el referente lesivo no es el bien jurídico colectivo, sino los intereses personales.

Asimismo, el diferente referente de lesividad conllevará una distinta posibilidad de discriminar grados de lesividad. Así, a pesar del común presupuesto antropocéntrico, mientras el otorgamiento de un carácter autónomo al bien jurídico supraindividual llevaría a concluir que la protección del bien jurídico personal se lleva a cabo de forma generalizada y abstracta, siendo mera *ratio legis* de la norma, por lo que no sería preciso constatar una peligrosidad del bien o los bienes personales ²¹, una visión más anclada en el referente del interés personal, según la cual el bien jurídico supraindividual es dependiente de aquél, llevaría a exigir un cierto grado de peligro a la vida o integridad de las personas en el caso concreto ²². Expresado en otros términos, si el objeto de lesión es el medio ambiente en cuanto tal, las

¹⁸ Ésta es destacada por Bion, *ZS/W* 100 (1988), p. 497.

¹⁹ Cfr. *supra* en nota 16.

²⁰ Cfr. SULLIVAN, *MPJ* 1990, p. 12.

²¹ Bion, *ZS/W* 100 (1988), p. 499; SILVA SÁENZ, LL 1997-1715.

²² En este sentido, por ejemplo, SILVA SÁENZ, LL 1997-1715. De forma similar, con relación a la seguridad del tráfico, FERRAZ SÁENZ, *Responsabilidad del tráfico y delitos de peligro abstracto*, LL 1999-1882; también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro abstracto e imputación*, 1994, ps. 299 y ss., se bien diferenciando el caso de bienes jurídicos supraindividuales. Sobre esta última vertiente nos ocuparemos posteriormente.

diferencias entre el peligro y la lesión se diluyen, por cuanto el carácter supraindividual del bien jurídico dificultará en gran medida concretar un sustrato empírico susceptible de afectación causal²³. Así, por ejemplo, la nueva configuración del art. 325, CP español, que exige que las acciones realizadas puedan “perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, plantea problemas de aplicación sólo resolubles mediante el establecimiento de determinados *standards* basados en criterios cuantitativos relativos al grado de determinadas sustancias en las emisiones o vertidos, con la inevitable remisión al derecho administrativo, tal y como en el mismo precepto se establece, exigiéndose con la acción realizada que se contravengan “las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”. Si, en cambio, partimos de la tesis de la dependencia, la exigencia de un peligro para la vida o salud de las personas —tal y como establece la modalidad agravada del citado artículo— permitirá establecer un espectro de distintos grados de riesgo para las mismas.

III

Pues bien, a mi modo de ver, ambos modelos responden a una diferente aceptación de la cuestión que venimos planteando, en el sentido de que, descartada una fundamentación biocéntrica, sólo si se admite que el cometido del Derecho Penal es la protección directa de los intereses de las generaciones futuras, será legítima la protección *autónoma* del hábitat donde tales intereses se desarrollan, sin que sea necesaria la exigencia de afectación potencial a los intereses de, por decirlo así, las generaciones presentes²⁴. Si, en cambio, acogemos una configuración del medio ambiente como un interés dependiente de los bienes jurídicos personales, sólo podrán ser merecedoras de sanción conductas que, a través de la afectación al medio ambiente, presenten un peligro —ya abstracto, ya concreto— para los mismos²⁵.

Planteados el primer interrogante, debe indagarse ahora sobre el segundo, el relativo a si los criterios de imputación propios del Derecho Penal —o mejor: de la imagen legitimatoria del Derecho Penal— están capita-

²³ Dijo así, por ejemplo, resultando reiteradamente por SCHROEDER: “Zum Umweltschutz-*rum* Öffentlich-Rechtlich”, en KRESE-ALBRECHT (eds.), *Die Strafrechtswissenschaften und ihre gesellschaftspolitische Verantwortung in Ära und Demokratie*, 2000, p. 25, estableciendo una diferenciación en relación con las posibilidades de aparición graves de peligro en función de la clase de bien jurídico supraindividual.

²⁴ Ver, por ejemplo, THOMASSEN-KRAUSEMAN, *Umweltstrafrecht - Bevölkerung oder Ärgernis?*, NStZ 1988, p. 340; SCHROEDER, *Trüffler-FS*, p. 432; el mismo, “Zum Umweltschutz-*rum* Öffentlich-Rechtlich”, cit., p. 26-27.

²⁵ Ver, especialmente, HANSEN, GA 1991, p. 85; más radical en este sentido, MULLER-TURNER, *Entwurf zur Abklärung des Umweltschutz-Recht des Umweltschutz*, p. 304.

dos para esa protección directa de las generaciones futuras, o si es preciso modificar las estructuras de imputación vigentes. Dicha cuestión se enmarca en la más genérica discusión acerca del fenómeno expansivo del Derecho Penal surgido a raíz de las nuevas necesidades y demandas de seguridad propias de la llamada sociedad del riesgo.²⁶

La sociedad del riesgo ha generado un fundamental cambio de la representación social sobre el progreso tecnológico: mientras que en sus comienzos la tecnología iba dirigida a disminuir, evitar o reparar riesgos emanados de la naturaleza, en la actualidad se ha convertido en la mayor fuente de riesgos²⁷, riesgos que adquieren una potencialidad de destrucción masiva, tanto espacial como temporalmente, capaz de afectar a poblaciones enteras, presentes o futuras. El estar humano adquiere con ello un alcance causal sin precedentes, orientado a un futuro todavía incierto, pero de fines catastróficos²⁸. Ello lleva a otro aspecto central de la sociedad del riesgo: la *tendencia expansiva de la atribución de responsabilidad*²⁹. En la sociedad del riesgo el reino del azar o el infortunio cede espacios a la culpabilidad³⁰, como una necesidad para la estabilidad social: a mayor sensación

²⁶ El diagnóstico sociológico acerca de esa "sociedad del riesgo" es sobradamente conocido. Sobre la sociedad del riesgo, además de la obra clásica de BURK, *La sociedad del riesgo. Prevenir, proteger, pacificar* (Stuttgart, KJ 1991), véase: BURK (ed.), *Hauptprobleme, Gegenstände und Methoden der Risikoethik* (ed.); NSZ 1993, p. 18; STAUBER/REISCHL, *ZSW* 105 (1995), pp. 679 y ss.; KUNZE, *Zum Strafrecht der Risikoethik* (ed.); GA 1994, pp. 347 (artículo en el que se mencionan los dos libros que, dentro del Derecho Penal, más profusamente han abordado ese fenómeno: FERRERES, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Art der von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikoethik* (ed.); 1993; y HÄGERSTRÖM, *Strafrechtliche Problemlösung in der Risikoethik* (ed.); 1993); BURTON, "Actos del Sínodo - Rechtsgüterrecht in der Risikoethik", en *Strafrechtlexikon*, Arthur Kaufmann FS, 1993, pp. 391 y ss., y 400 y ss.; PERAZO DEL VALLE, *Sociedad de riesgos y responsabilidad* (ed.); 1996, 2, p. 51 y ss.; RUIZ DE CASTRILLO, AP 1997, pp. 217 y ss.; MORALES-GONZÁLEZ, *Glosa de Ferreres en "Strafrecht"*, Trillemo-FS, 1996, pp. 677 y ss.; WITTKE, *Ed* 1994, pp. 318 y ss.; SAINZ SARRIÓN, *La responsabilidad del derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 26 y ss.; MORALES-BUENO, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, 2000, *passim*, especialmente pp. 24 y ss.

²⁷ WITTKE, *Das Recht in der Risikoethik* (ed.); KJ 1998, p. 520; FERRERES, *Untersuchungen zur Risikoethik*, StV 1993, p. 438; al mismo, *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 54.

²⁸ JONAS, *El principio de responsabilidad*, pp. 13 y ss.; RING, *La sociedad del riesgo*, pp. 17 y ss.; MORALES-BUENO, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, p. 26.

²⁹ De modo similar, W. LÖWEN, "Häufige und Verheerende. Grenzen der Zurechnungsgrenze", en LÖWEN, H. (ed.), *Kriminalität und Zurechnung*, 1992, pp. 223 y ss.; SAINZ SARRIÓN, *La expansión del Derecho Penal*, pp. 45 y ss.

³⁰ Cf. BURTON, "Responsabilidad política", en CHAZ-ARANGA (ed.), *El espíritu de la época. Ensayos en torno a la responsabilidad*, 1999, p. 143, y nota 7. F. RINGNER y H. JONAS han entendido de qué modo el estar humano tiene consecuencias para la preservación del medio ambiente, de modo que si la naturaleza habla solo una cuestión de destino, ahora hemos de responder de él"; RINGNER, "Riesgos y propósitos, el afuera de la conciencia de las acciones individuales", en CHAZ-ARANGA (ed.), *El espíritu de la época. Ensayos en torno a la responsabilidad*, cit., pp. 37 y ss.; MORALES-BUENO, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, pp. 27-28.

de inseguridad, mayor exigencia de individualizar responsables, para con ello encontrar una explicación al daño y una satisfacción al reproche³⁰.

Ella, en consecuencia, llevará al establecimiento de una nueva orientación en las estructuras de atribución de la responsabilidad, desde la que se otorgará prioridad al poder causal de destrucción sobre la capacidad de previsión del agente en su obrar³¹, tal y como de forma paradigmática se muestra en la "ética orientada al futuro" propuesta por Hans Jonas en su obra *El principio de responsabilidad*³². A juicio de este autor, es preciso desarrollar una conciencia de *solidaridad* hacia las generaciones futuras³³, para lo que sólo esa ampliación de la responsabilidad puede venir a modificar nuestra indiferencia moral hacia las mismas.

El carácter global de esos nuevos intereses de protección, así como la perspectiva colectiva o sistémica desde la que se enfoca el poder de destrucción de la acción humana, nos enfrenta, además, a un nuevo actor protagonista: no es tanto el agente individual quien tiene ese potencial destructor, sino antes el "actor colectivo", configurándose como tal incluso la sociedad en su conjunto³⁴. Ello conlleva la asunción de una *responsabilidad colectiva o triente*, desde la cual la imputación de responsabilidad por esos grandes riesgos globales habrá de recordarse a acciones mínimas, dado que esos riesgos se originan a partir de una *acumulación* de actos individuales que, siendo en sí inocuos, podrían llevar, *si tocan los hitos críticos*, a la destrucción futura del planeta o, por poner un ejemplo menos drástico y más factible a corto plazo, a la destrucción irreparable de los bosques húmedos del trópico³⁵.

³⁰ Beck, *La sociedad del riesgo*, 1998, p. 26. "La promesa de seguridad concierne con los riesgos y ha de ser calificada una y otra vez frente a una opinión pública alerta y crítica mediante intervenciones, advertencias o medidas en el desarrollo socio-económico". Cfr. también, sobre la necesidad de responsabilidad, Jürgen Habermas, *La cuestión del derecho Penal*, pp. 43 y ss., concebido como emanación de una "sociología de valores positivos"; Mercedes Barona, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, pp. 43-44; Ver, también, Alexander, *Exposición de los resultados del Segundo Foro*, RIV 1993, p. 163.

³¹ Por cuanto los "efectos secundarios" de las acciones para la naturaleza en su conjunto agotan sus posibilidades. Cfr., por ejemplo, Spangemann, *Rechtliche Eingriffe in die Natur*, p. 193. "La imposibilidad de una teoría causalista de la naturaleza como un todo tiene a su vez como consecuencia que los efectos secundarios de nuestros acciones para la naturaleza como un todo no son en general previsibles".

³² Jonas, *El principio de responsabilidad*, p. 47. "Ética orientada al futuro" (aquí se da una idea en el futuro —una ética futura integrada por nosotros para quienes algún día nos suceden—, sino una ética actual que se cuida del futuro, que pretende proteger a nuestros descendientes de las consecuencias de nuestra acciones presentes").

³³ Jonas, *El principio de responsabilidad*, pp. 66-67.

³⁴ Ver, por ejemplo, Jonas, *El principio de responsabilidad*, p. 37. "Ser el actor colectivo y el acto colectivo. Es que aquí representen un papel".

³⁵ Cfr. Jonas, *El principio de responsabilidad*, p. 33; Spangemann, *Kausalität und Verantwortung* (dein *Dauerhaftigkeit*, ZSW 99 (1997), p. 408. Sobre esa tendencia y los llamados "efectos acumulados", cfr. in nota Durselen-Winkel, *Kausaltheoretische*, especialmente pp. 47 y 54.

Tal es el presupuesto de los llamados *delitos cumulativos*, que se han introducido recientemente en la discusión político-criminal de la protección del medio ambiente, como único mecanismo efectivo para proteger *diversamente* el medio ambiente y, con ello, las condiciones de vida de las generaciones futuras⁷⁷. Desde ese presupuesto de imputación, no es preciso siquiera un peligro abstracto y actual para los intereses individuales, sino que bastará con que pueda concluirse una prognosis de realización futura de conductas similares por terceras personas, y que la suma de ellas alcance poder destructivo del medio ambiente, para que la conducta realizada, en sí insignificante, sea objeto de reproche penal⁷⁸.

A mi modo de ver, y como primera conclusión provisional, el presupuesto de imputación basado en el daño cumulativo sólo puede justificarse desde el presupuesto axiológico de la necesidad y merecimiento de protección de las generaciones futuras como cometido del Derecho Penal, desde el cual el medio ambiente se erige en instancia autónoma de protección⁷⁹, no precisando la lesividad penalmente relevante, entonces, de un cierto peligro para intereses personales.

Ello nos enfrenta a una imagen del Derecho Penal de difícil acomodación a las estructuras de imputación de ese derecho basado en la libertad individual⁸⁰. Así, como dos imágenes genéricas, los caracteres de ambos modelos de Derecho Penal serían los siguientes. El modelo actual, fundado, por decirlo así, en la competencia por la propia esfera de libertad y organización:

- Un marco de legitimidad de sus intereses a proteger centrado, con relación a su fundamento, en los intereses personales.
- Una estructura de imputación basada en la responsabilidad subjetiva e individual.
- Y un principio de lesividad enfocado a un resultado tangible res-

⁷⁷ Además de la obra de Duerksen citada en la nota anterior, sobre los delitos cumulativos puede verse, PIZZANO, *The actual limits of the Criminal Law*, vol. 3, *Principles*, 1984, pp. 225 y ss.; SUTTON, *ZSW 99 (1987)*, pp. 621 y ss.; SASS, *Nachrichtl. Anzeiger des Deutschen Anwaltvereins*, 77. vol., 1991, pp. 134 y ss.; MITSCHKE, *Rechtsw. Anzeiger*, *Lehrerabgeordnete und politische Mitarbeiter der Landesparlamentarische Versammlung*, 2001, pp. 83 y ss. y 491 y ss. El criterio del dolo cumulativo ha sido introducido en la legislación penal especialmente por Kahlén, para con ello configurar como "delitos cumulativos" determinadas tipos legales protectores del medio ambiente, tales como el delito de contaminación de la agua del § 334 StGB, Cf. sobre ello, KRAMER, *Das Umweltstrafrecht des deutschen Gesamtstaates* 14 (24 StGB), GA 1986, pp. 389 y ss.; el mismo, *ZSW 105 (1993)*, pp. 497 y ss.

⁷⁸ Cf., en este sentido, KRAMER, GA 1986, pp. 389 y ss.; el mismo, *ZSW 104 (1993)*, p. 714.

⁷⁹ En esta línea, STRAUSSMANN, *ZSW 105 (1993)*, p. 681.

⁸⁰ SUTTON, *NJW 1990*, p. 1362; SPOHN, *KJ 1992*, p. 28; KRAMER, *Streifzüge Altgemeines* 764, 7. ed., 1997, AT 323b.

pecto del menoscabo de un bien jurídico material, reconducible, a través de un nexo causal empíricamente verificable, a la competencia del dominio del agente en su esfera de acción más cercana⁴¹.

Frente a esta imagen, el modelo de un "Derecho Penal asegurador del futuro" habrá de ser otro:

- En primer lugar, una regulación y protección de entidades supra-individuales, asegurando no tanto bienes personales como estructuras sistémicas o instituciones colectivas funcionales a la estabilidad social⁴².
- En segundo lugar, una expansión de las estructuras de imputación, como ya mencionamos, con, al menos, las siguientes vertientes: responsabilidad cuasiobjetiva, centrada en una previsibilidad potencial⁴³, o directamente objetiva⁴⁴; responsabilidad colectiva de grupos sociales u organizaciones empresariales⁴⁵ o vicarial⁴⁶, en un reparto de la imputación en función de lo realizado por terceras personas, acorde a los fenómenos de delegación de control de riesgos, y de la imputación individual en virtud de una probabilidad de acumulación de acciones similares por terceros⁴⁷.
- Y, en tercer lugar, una lesividad basada en riesgos genéricos o difusos⁴⁸, delimitados en virtud de estándares formales, o en produc-

⁴¹ En general sobre las características de este Derecho Penal clásico, se trata en del todo coincidente con la aquí planteada. HARTMANN, *Problemas, causas y responsabilidades*, pp. 24 y ss., y 43 y ss. Una diferenciación equivalente entre los conceptos de responsabilidad "clásica" y los que son propios en una sociedad tecnológica establece BARRA, *El principio de responsabilidad*, pp. 24 y ss., 29 y ss., p. 31 y ss.

⁴² HARTMANN, *Problemas, causas y responsabilidades*, 1999, pp. 51, 53, 55 y ss.; KREMERBACH, *Universitas* 1992, p. 226; MORALES-BARRA, *Tullio-Hartmann*, p. 674; ROMERO, *ZStW* 105 (1993), p. 799. Véase también GARCÍA DE PASTOR, *Las responsabilidades en el ámbito penal como modelos de protección criminal con responsabilidad*, LII a Valle Madrid, 1999, pp. 488, 495.

⁴³ Véase SÁNCHEZ BARRA, *La expansión del Derecho Penal*, p. 21; lo relacionado con estas modalidades de ciertos tipos penales, como las basadas en el "fallo técnico".

⁴⁴ SANCHEZ BARRA, *ZStW* 105 (1993), p. 484; "La previsibilidad de un resultado de lesión en pasado servir ya como causa".

⁴⁵ BARRA, *AE* 2023; HARTMANN, *Problemas, causas y responsabilidades*, pp. 50, 180.

⁴⁶ Sobre la noción de responsabilidad vicaria, véase WATKINS, C. H., *Responsability*, Proceedings of the Aristotelian Society 40 (1944), p. 179; GARCÍA VALERO, *Las causas de responsabilidad en Derecho penal* (tesis), El reparto de la acción, Ediciones de la Universidad de Sevilla, 1987.

⁴⁷ BARRA, *ZStW* 105 (1993), pp. 698, 710 y ss., cf. también GA 1994, pp. 362 y ss.; SANCHEZ BARRA, *ZStW* 105 (1993), p. 681; SÁNCHEZ BARRA, *La expansión del Derecho Penal*, pp. 131 y ss.

⁴⁸ SANCHEZ BARRA, *ZStW* 105 (1993), p. 681; BARRA, *AE* 2023; HARTMANN, *Problemas, causas y responsabilidades*, pp. 55 y ss., 94; MORALES BARRA, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, pp. 78 y ss.

ciones de efectos vinculados sólo en virtud de una causalidad estadística⁴⁸.

IV

Con relación a la aptitud del Derecho Penal para erigirse en factor de protección de las generaciones futuras, y acomodarse a esos nuevos riesgos tecnológicos, la conclusión que suele extraerse es que "los nuevos riesgos no son imputables con las reglas vigentes de causalidad, culpabilidad y responsabilidad"⁴⁹, por lo que no aparece, *prima facie*, como un medio adecuado para enfrentarse a esa aspiración⁵⁰. Tal es, en particular, la tesis sostenida por la llamada "Escuela de Frankfurt". Por parte de este sector doctrinal se sostiene que la pretensión de regular con el Derecho Penal procesos sistémicos y macrosociales, con la consiguiente modificación expansiva de la responsabilidad, le haría perder sus perfiles liberales, cayendo en una exclusiva orientación preventiva exenta de límites garantísticos y en el abandono de su cometido básico de la protección de esferas personales de libertad⁵¹. Además, esa empresa estaría condenada a la ineficacia, degenerando en funciones puramente simbólicas de legitimación del poder público o de fomento de actitudes morales hacia determinados temas de actualidad como el medio ambiente⁵². En suma, desde este sector vendría a rechazarse la

⁴⁸ Sobre esta identificación, como tendencia propia de un "Derecho Penal del riesgo", han escrito también PAREJO DEL VALLE, *PI* 1996, 2, p. 67; MARIÑO, *DERECHO, El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, cit., p. 98. Por lo demás, véase la objeción sobre la causalidad y sus límites de aplicación surgida a partir de las decisiones jurisprudenciales del caso de la colita y el caso del spray para coches. PAREJO DEL VALLE, *ADPCP* 1996, pp. 979 y ss.; PAREJO, en PAREJO CARRASCO - RIVERA MORALES, *El caso de la colita. Responsabilidad penal por productos sustitutos colajo toxico*, 1992, pp. 71 y ss.; GONZÁLEZ GÓMEZ, "La emisión impropia en la delimitación penal alemana. Una exposición", en GONZÁLEZ GÓMEZ, *Excepciones penales* 1999, p. 130 y ss.; BARRALBA, *Kausalität und Täterhaftigkeit bei Produktdefekten*, *Iura* 1993, pp. 333 y ss.; BARRALBA, en HERRERA-MÉNDEZ CARRIL, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal* 1995, pp. 124 y ss.; PAREJO, *La imputación objetiva*, 2001, pp. 85 y ss.

⁴⁹ HERRERA-MÉNDEZ, *ISDZ* 1993, p. 11. En similar sentido, HERRERA, *Laertes el control penal de los riesgos sociales*, *ADPCP* 1993, p. 119; BARRALBA, *Kausalitätsregeln*, pp. 47 y ss. Con respecto al medio ambiente, véase también PAREJO, "La protección del límite de contaminación ambiental", en VILLALBA TORRALBA, *La protección jurídica del medio ambiente*, 1997, p. 226, que "el Derecho Penal no puede afrontar la protección del medio ambiente por medio de las técnicas de tutela clásicas".

⁵⁰ Así, por ejemplo, MARIÑO BUSTOZA, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, p. 93.

⁵¹ Cf. HERRERA-MÉNDEZ, *Personas, mundo e responsabilidad*, pp. 30-38; 48-63. Ver, también, ALCAICER GUIRAO, *KrIV* 1993, pp. 163, 165 y ss.; HERRERA, *ADPCP* 1993, p. 117.

⁵² Así, por ejemplo, HERRERA-MÉNDEZ, *Personas, mundo e responsabilidad*, p. 70. Ver, también, ALCAICER GUIRAO, *KrIV* 1993, p. 163; MARIÑO, *Strafverantwörlichungen im Strafrecht*, *KrIV* 1993, pp. 124 y ss.; BARRALBA, *Ambar Kaufmann-FS*, p. 413. Con carácter genérico, ver, también, SOTO SANCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 1982, p. 305.

aspiración de erigir el Derecho Penal en un medio de seguridad para las generaciones futuras.

A esta línea político-criminal le reprocha el sector que podríamos llamar "modernizador" que con ello se renuncia a acomodar el Derecho Penal a la nueva configuración de la sociedad tecnológica. La Escuela de Frankfurt, afirma Schönemann, "no tiene en cuenta las dimensiones de las distintas potencialidades de lesión de una determinada sociedad en función de su estadio tecnológico", viniendo a dar prioridad a "la más absurda apatencia del individuo egoísta" frente "a las condiciones de vida de las generaciones futuras"²⁴. "La teoría personal del bien jurídico (...) ha elevado a la categoría de objeto de protección de mayor rango del Derecho Penal al despilfarrar de los recursos de las generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo"²⁵. Para este sector doctrinal, por el contrario, la protección del medio ambiente viene a convertirse en uno de los intereses esenciales a proteger por parte del *ius postuli*, y ello se fundamenta precisamente en la imprescindible necesidad de garantizar la supervivencia del futuro de la especie humana²⁶: "¿En qué ámbito podría ser más imprescindible el acto de legítima defensa de la sociedad que en última instancia es el Derecho Penal que para el aseguramiento de las bases de la supervivencia de la humanidad?"²⁷, se pregunta Schönemann²⁸.

Y es esa prioridad axiológica del aseguramiento del futuro lo que lleva a este sector a otorgar legitimidad no sólo a la técnica generalizada del peligro abstracto, sino a la tipificación de daños acumulativos, tal y como especialmente ha desarrollado Kuhlén con respecto al delito de contaminación de las aguas del StGB. El Derecho Penal medioambiental, a juicio de este autor, ha de "renunciar a la exigencia de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, para los tipos penales más relevantes en la práctica, como el delito de contaminación de las aguas, ni siquiera exigir una relación de peligro abstracto entre la acción individual y el bien protegido"²⁹. Desde esta perspectiva, el efecto acumulativo se convierte en el paradigma lesivo del Derecho Penal del medio ambiente. El fundamento de estos delitos radica en que, a pesar de que bienes jurídicos universales, como el medio ambiente, no pueden ser lesionados por acciones individuales, éstas deben ser abarcadas

²⁴ Schönemann, *Construcciones críticas sobre la situación espacial del Derecho Penal*, ADPCP 1996, ps. 143 y 154, respectivamente.

²⁵ Schönemann, ADPCP 1996, cit., p. 145.

²⁶ Cf. especialmte Schönemann, ADPCP 1996, ps. 182 y ss., intentando incorporar sugerencias "verdadas" de las generaciones futuras en virtud de la imagen del contrato social del mismo. Trilleras-FS, ps. 438, 440, p. Han *Österreichs Strafrecht zum Ökologischen Rechts*, ps. 27 y ss.

²⁷ Schönemann, ADPCP 1996, cit., p. 188.

²⁸ Kuhlén, ZStW 105 (1993), p. 698.

por la norma, "porque sin una prohibición reforzada por la sanción sobre acciones de ese tipo habría de esperarse la realización de un gran número de ellas, lo que tendría como consecuencia un menoscabo de las funciones protegidas de las aguas"⁵⁰. Ello, replica Kuhlén a sus críticos, en absoluto significa que se vulnere el principio de culpabilidad, fundamentando la responsabilidad en virtud de lo realizado por terceras personas. Por el contrario, la cuestión de si cabe esperar que sin la existencia de la prohibición un gran número de personas realice pequeños vertidos a las aguas, cuya acumulación diera lugar a grandes lesiones, es relevante únicamente de cara a la fundamentación de esa prohibición; una vez decidida dicha cuestión, el enjuiciamiento se basa exclusivamente en la propia conducta, por lo que la responsabilidad se remite al injusto propio de esa acción⁵¹.

Pero quizá más relevante pueda ser la objeción relativa a la vulneración del principio de proporcionalidad entre el grado de injusto y la sanción⁵², dada la evidente desproporción entre una conducta con un grado ínfimo de peligro y una pena privativa de libertad de hasta cinco años. Pero Kuhlén atribuye a ese reproche un carácter secundario, dado precisamente la trascendencia de la protección de las condiciones de vida de las generaciones futuras⁵³. Con ello, entonces, viene a reconocerse que la protección penal de esos intereses, caracterizada por la organización de problemas sistémicos, de "grandes riesgos"⁵⁴, a través de la regulación de conductas individuales, conlleva necesariamente una alteración y "funcionalización" de los principios garantísticos y de imputación propios del Derecho Penal tradicional.

Tal es, en efecto, el presupuesto que aglutina las críticas doctrinales a la introducción del fundamento del daño cumulativo en el Derecho Penal. Así, de una parte, se afirma que con ello se prescinde de la exigencia de una mínima lesividad de la acción, por cuanto ni presenta un mínimo grado de peligro para intereses individuales, ni tampoco la acción tomada en sí misma implica un mínimo detrimento para el medio ambiente o sus concreciones físicas como el agua o el suelo⁵⁵. Kuhlén intenta desvirtuar esa crítica

⁵⁰ ROJAS, *DSW* 105 (1993), p. 716.

⁵¹ KÜHLÉN, *DSW* 105 (1993), ps. 718 y ss.

⁵² Cf., por ejemplo, SAINZ SÁNCHEZ, *La exposición del Derecho Penal*, p. 132, con eleriano intersección.

⁵³ Cf. KÜHLÉN, *GA* 1995, p. 404, nota 71. Ver sobre ello también SAINZ SÁNCHEZ, *La exposición del Derecho Penal*, p. 133.

⁵⁴ Cf. ROJAS, *DSW* 105 (1993), p. 719.

⁵⁵ MORALES TORREALBA, *Ensayo para la obsolescencia del Derecho Penal del medio ambiente*, p. 513. SAINZ SÁNCHEZ, *La exposición del Derecho Penal*, ps. 123 y ss. y 134 y ss. Critica también con el tipo de contaminación de las aguas del SGB, KUCZAROWICZ, *Universitas* 1992, p. 238.

por dos vías. De una parte, considerando a los delitos cumulativos como delitos de resultado, y planteando con ello un resultado específico a ese tipo de acciones, consistente en la exigencia de un efectivo menoscabo de la situación anterior de las aguas ⁶⁷. A mi entender, esa configuración no es más que retórica, en cuanto que no legitima, sino que sólo describe. Ciertamente, de todo vertido de sustancias contaminantes, por mínima que sea, puede afirmarse que modifica la situación de pureza anterior de las aguas, pero la cuestión es que ese "resultado", perfectamente imputable a la acción del sujeto, presenta un grado de afección mínimo con respecto al estado general de contaminación de una masa de agua. De hecho, es asumido que la lesividad para el medio ambiente de estas acciones sólo puede justificarse en virtud de la expectativa de acciones similares por terceras personas. Así, el mismo Kuhlen reconoce que, si bien puede afirmarse el carácter de delito de resultado, lo que no puede predicarse es un delito de lesión, conllevando en realidad un grado de peligro inferior al de los delitos de peligro abstracto ⁶⁸.

De otra parte, como ya se ha mencionado, la legitimación última de castigar bajo pena conductas de lesividad "insignificante", viene dada por la necesidad de ejercer una protección efectiva a las condiciones de las generaciones futuras, condiciones que sólo pueden menoscabarse por la continuidad generalizada de acciones realizadas por la sociedad en su conjunto.

Lo que, por tanto, viene a fundamentar la imputación de responsabilidad del agente no es sino el pronóstico de realización de acciones futuras por parte de otros agentes. Es decir, y como suele objetarse, estamos ante una fundamentación del injusto *in iuris tertii* ⁶⁹, indudablemente rechazable desde los presupuestos legítimos de imputación configurados en torno a la competencia por la propia autonomía individual con respecto al menoscabo de una esfera de libertad ajena, que exige un reproche de culpabilidad basado en un hecho lesivo individual, y no una "culpabilidad colectiva" o vicaria ⁷⁰.

Como ya se puso de manifiesto, dada la imposibilidad de establecer un nexo de lesividad relevante entre las mínimas contribuciones individuales y el medio ambiente como entidad sistémica o supraindividual, el único criterio de lesividad susceptible de aplicación práctica ha de venir dado por el

⁶⁷ BUNDEL, ZStW 105 (1991), p. 713.

⁶⁸ KUHLEN, ZStW 105 (1991), p. 714.

⁶⁹ Así, entre otros, SCHUMMER, NJW 1991, p. 1258; DÄUBERDIEB, *Konstitutivobjekt*, p. 66; MILLER-TICHELL, *Entwurf einer Abgrenzung des Deliktes Freist des ersten Auslasses*, p. 468.

⁷⁰ Vgl. KUHLEN, *Schuldrecht und Strafrecht*, 1992, p. 232, quien reprocha que se parte de una "Strenge-Liste"; MÜLLER, *Delitos de peligro abstracto*, p. 491-492.

establecimiento de determinados *standards* de contaminación, arbitraria y formalmente fijados por las respectivas regulaciones del derecho administrativo, con los problemas, ya conocidos, que ello genera ²⁹.

Ésa es la conclusión a la que, en suma, suelen llegar los sectores críticos a la pretensión de que el Derecho Penal se erija en instancia reguladora de los problemas de las "grandes cifras" y baluarte del aseguramiento del futuro: que con esa nueva conformación del aparato punitivo se pasa a una "administrativización" del Derecho Penal, desde la cual lo relevante no es ya la reacción ético-jurídica a una lesión culpable de intereses ajenos, sino un cometido de gestión y organización de contextos sociales de riesgo ³⁰.

V

Tras lo afirmado, puede llegarse a un par de conclusiones:

Primero. Tanto el intento de Kuhlén de legitimar determinados tipos legales relativos a la protección del medio ambiente a partir del daño acumulativo, como la crítica que contra esa defensa ha efectuado el sector doctrinal opuesto, parte de una determinada fundamentación del hecho punible, así como de un determinado esquema de imputación. Esa fundamentación parte de entender el delito como una lesión de esferas de libertad ajenas, en virtud de una imputación basada en la competencia individual por la propia organización de ámbitos de riesgo, como sinalagma de la libertad de organizar la propia esfera de autonomía personal ³¹.

Segundo. Parece indudable, entonces, que desde ese modelo de la autonomía personal no puede legitimarse la protección *autística* del medio ambiente, es decir, como instancia trascendente al entorno de disfrute y desarrollo de la libertad de las generaciones presentes. En otros términos: no puede legitimarse esa protección desde la consideración axiológica de la supervivencia de las generaciones futuras, las cuales, en cuanto futuras, impiden instaurar ese sinalagma recíproco entre la libertad intersubjetiva de organizar la propia autonomía y la responsabilidad por las consecuencias para la libertad ajena. Si ello es así, en dicha imagen del hecho punible no po-

²⁹ Cfr., por ejemplo, esa crítica sobre ello en SILVA SÁNCHEZ, LL. 1997-1718.

³⁰ Cfr., por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, p. 116 y ss.; MILLÁN BODRILLO, *Ensayo para la abstracción del Derecho Penal del medio ambiente*, p. 322-323; HERNÁNDEZ GA 1992, p. 11; HERNÁNDEZ, *Pecunia, mundus y responsabilidad*, p. 58-59; *Estudios sociales*, ALARCÓN, *RevV* 1988, p. 188 y ss.

³¹ Como ejemplo de que la crítica a esa tendencia expone su punto de ese presupuesto, cfr. por ejemplo, SELLMANN, *NW* 1982, p. 126; KROHNE, *Universitas* 1992, p. 231 y ss., al mismo; *Zur Legitimation der abstrakten Gefährdungswahrscheinlichkeit im Wirtschaftsstrafrecht*, p. 125 y ss.

drán encuadrarse acciones que no presenten ese mínimo de potencial afectación a la libertad ajena; un mínimo de peligro para intereses personales. A contrario sensu, un modelo de Derecho Penal basado en la autonomía personal sólo podrá legitimar la protección del medio ambiente como un bien jurídico dependiente de intereses personales, siendo susceptible de merecimiento de pena exclusivamente la conducta que, a través del menoscabo del medio ambiente, ponga asimismo en peligro, concreto o abstracto, las condiciones de libertad de las generaciones presentes: bienes jurídicos personales como la vida o la salud individual⁷².

Tercero. Si permanecemos en dicho modelo de fundamentación del injusto penal, en el que lo relevante es el riesgo personalmente imputable para la libertad ajena, la protección autónoma del medio ambiente y los delitos cumulativos adquieren ese perfil de gestión de riesgos sectoriales propio del derecho administrativo, lo que evidentemente excede de las lides de legitimación que ese modelo del Derecho Penal demarca⁷³. La conclusión, entonces, resulta clara: desde un Derecho Penal fundado en la autonomía personal ni la protección de las generaciones futuras ni, por tanto, el presupuesto del daño cumulativo, serían legítimos.

VI

Llegados a este punto, considero que quizá fuera posible hallar otra vía para argumentar *de lege lata* una fundamentación acerca de la protección directa de las generaciones futuras por el Derecho Penal y, con ello, la tipificación de daños cumulativos en el medio ambiente, más allá de que esta argumentación pueda ser asimismo rechazable *de lege ferenda*. Dado que el principio de la autonomía individual no es apto para tal fin, la vía argumentativa pasaría por acoger el otro gran presupuesto de fundamentación de la imputación penal: el de la solidaridad.

Dicho presupuesto de imputación de responsabilidad está basado, como ha puesto de manifiesto Jakobs, no en la libertad individual de organizar, no en el *numerus clausus*, sino en la existencia de determinadas instituciones fundamentales para la vida social, desde las cuales surge un deber de fomento y mantenimiento de las mismas⁷⁴. El fundamento del deber surge,

⁷² En este sentido, por ejemplo, Ringstorfer, *Rechtswert*, 1495, p. 490.

⁷³ Alfinis, por ejemplo, *Festschrift* (LL 1996-1997) que "precisamente el dato que hace diferenciarse en este ámbito el aparato administrativo del aparato penal es la mayor capacidad técnica de la conducta con respecto a bienes jurídicos individuales".

⁷⁴ Sobre ello y su alcance, cf. Jakobs, *Derecho Penal. Parte general*, 7ª ed., 1995, pp. 107, 249-50 y ss. ("Abstrakte"); el mismo, *La imputación penal de la conducta socialmente*, 1996, pp. 48 y ss. Sobre ello ver también, siguiendo al autor anterior, Sáenz-Alejo y Giner, *Principios de Derecho Penal*, 1999, pp. 37 y ss.

entonces, no debido a la relación negativa de la acción realizada con el bien, sino a una vinculación positiva y previa entre el agente y la institución, vinculación basada en la solidaridad en cuanto expresión de un mundo en común y, por tanto, en el deber de sus miembros de mantener la continuidad sin cambios de la institución. No es, por ello, dependiente de un derecho de libertad de terceros frente al que se limita la libertad del agente. Como se ha puesto de manifiesto, "la idea de la solidaridad no fundamenta derechos del individuo, sino que interpone deberes; no se dirige a la evitación de ataques externos en la autonomía del individuo, sino que exige la renuncia a la consideración de derechos propios en favor de la comunidad u otros individuos"⁷⁶.

Pues bien, a mi modo de ver, la protección del medio ambiente como bien jurídico autónomo y la presencia de daños acumulativos puede obtener un mejor acomodo desde su fundamentación basada en la solidaridad. Son, básicamente, tres razones las que avalarían esta conclusión.

De una parte, esa fundamentación aparece más acorde con el debate filosófico de fondo acerca de la protección de las generaciones futuras. En efecto, dado su carácter potencial, las relaciones entre un agente y las generaciones futuras no puede basarse en una relación de reciprocidad entre esferas de autonomía individual⁷⁶ —más gráficamente: no puede lesionarse la libertad de quien no existe—, pero el deber de fomentar su supervivencia futura sí puede basarse en una vinculación de solidaridad hacia nuestros semejantes, en virtud de la macroinstitución de la especie humana y su pertenencia a un mundo en común. Tal es, de hecho, la legitimación de fondo de autores como Hans Jonas con su ética orientada al futuro: el fomentar los vínculos de solidaridad con la especie humana en cuanto tal, presente o futura⁷⁷.

La fundamentación del respeto al medio ambiente en virtud de ese presupuesto de solidaridad hacia las generaciones futuras y, por ello, la con-

⁷⁶ BERTAL, "Die Solidarität und die Selbstregulierung ihrer Begrenzung", en *Öko und ethik vol. 1, Solidarität. Rechtsphilosophische Beiträge*, no. 4, 1995, p. 10.

⁷⁷ En esta palabra, no pueden predicarse ni "derecho a la vida" de las generaciones futuras. En este sentido, FISCHER, "Die Rechte der Tiere und zukünftiger Generationen", en *BIOETHIK vol. 1, Ökologie und Ethik*, 1986 (edición original 1980), p. 173.

⁷⁸ JONAS, *El principio de responsabilidad*, pp. 66-67. Ver, también, BERTAL, *Ökologie, Verantwortung für zukünftige Generationen*, p. 80; el mismo, *Was wir für die Natur verantwortlich ist*, p. 103; "Abstrakte", BUCH, *Theologie der Natur*, p. 97; "Solidarität unter Generationen", *THEOLOGISCHE ZEITSCHRIFT IN DER NACHKRIEGEN*, p. 169.

sideración del medio ambiente como un bien institucional aparece, por ejemplo, claramente formulada en las consideraciones que al respecto hace Martín Rock: "El medio ambiente es un bien común porque también las generaciones venideras desean obtener un entorno habitable. Compromiso hacia el medio ambiente es compromiso entre generaciones. Ética ecológica es solidaridad generacional. Nosotros, los hombres del presente, estamos éticamente obligados a conseguir las condiciones elementales para que los que nos sucedan puedan no sólo vivir, sino vivir dignamente: se trata del aseguramiento de las bases vitales para la humanidad del mañana, a lo que el derecho, en cuanto servidor de la vida, no puede renunciar. Si sólo permanecemos fijados en el presente y sólo atendemos a nuestras necesidades momentáneas, no respetamos nuestra obligación para con la supervivencia de las generaciones. La corta y egoísta mirada exclusiva hacia la necesidad actual devendría —en el sentido más verdadero del término— en una "idioticia ecológica", pues no es sino un "idiotia" aquel que sólo conoce y se preocupa por lo propio.

"Precisamente en aras del futuro debemos todos los hombres del presente comprometernos solidariamente en una actitud moral tendente a la protección del medio ambiente."⁷⁶

De otra parte, la configuración del medio ambiente como bien jurídico autónomo parece llevar también a esa fundamentación. Los bienes jurídicos colectivos, más allá de las múltiples clasificaciones doctrinales, pueden dividirse en dos grandes grupos:

1) bienes jurídicos intermedios, que se configuran como contextos previos de lesión de bienes jurídicos individuales, y que, por tanto, pueden reconducirse directamente a un bien jurídico personal (ejemplo: la seguridad del tráfico)⁷⁷,

2) bienes jurídicos institucionales, los cuales comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para intereses

⁷⁶ Rock, *Überlegungen über Natur*, p. 97.

⁷⁷ Sobre esta clase, ver especialmente BATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, 1997, pp. 21 y ss., y posición. Ese autor destaca que, de una parte, sólo sería bien jurídico intermedio aquello cuya tipificación incorpora expresamente la referencia al peligro para los bienes personales (p. 22). A mi modo de ver, más que la referencia expresa, lo relevante aquí es la conexión con el bien jurídico personal que surge a esta respecto por vía interpretativa. Por ejemplo, en el delito de conductas bajo la influencia de alcohol o de drogas, no aparece tal mención, pero creo indudable la configuración de la seguridad del tráfico como un bien intermedio. Ver también, FERRER SERRA, LL., 1998-1982, sobre la seguridad del tráfico: "bien jurídico colectivo intermedio con un claro referente individual".

individuales, sino que son verdaderos bienes públicos, instituciones esenciales para el desarrollo social basadas en la participación de sus integrantes, y por ello, su lesión tiene un carácter autónomo, y no dependiente en cuanto estado previo a la lesión de un bien jurídico individual⁸². En ellos "no se trata de anticipar la tutela de los bienes esenciales, sino de proteger otros bienes cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica [scil. *delitos de peligro abstracto*]"⁸³, debido a la imposibilidad de ser lesionados por una sola acción individual⁸⁴. Es por esta razón por la que puede afirmarse que "formalmente, estamos ante delitos de lesión"⁸⁵. Ejemplo paradigmático de los mismos es la hacienda pública, institución social que no remite a la protección directa de bienes jurídicos individuales, estando basado su injusto, el delito fiscal, no en la protección de esferas de libertad, sino en la vulneración del deber de contribuir a su mantenimiento.

Lo característico del medio ambiente es su carácter ambivalente en relación con ambas modalidades de delitos colectivos: de una parte, dado que constituye el entorno por excelencia del desarrollo de la libertad personal, puede entenderse como un bien jurídico intermedio, cuya protección será entonces dependiente de la vida o salud individual. Pero, de otra, su carácter eminentemente sistémico y global, así como el carácter autónomo de muchos de sus referentes, permite una protección independiente de la de los bienes jurídicos personales⁸⁶. Por ejemplo, los delitos contra la flora o la fauna, en los cuales la protección de especies amenazadas de extinción sólo puede legitimarse en virtud de la posibilidad de disfrute de los mismas por las generaciones venideras, y en absoluto en cuanto suponga una merma de

⁸² Siguiendo, en forma similar, una clasificación, cfr. BERTHO, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelicts*, 1972, pp. 137 y ss.; SCHNEIDERMAN, *Mordere Tötungen in der Dogmatik der Gefährdungsdelicts- und Gefährdungsdelicts*, JA, 1975:748, el mismo; *Man Überredetlich: zum Überredetlichkeitsrecht*, p. 25; WAGNER, *Ökologie und personale Zurechnung von Verbrechen: Gefahr und Verletzung in einem Rechtsordnungssystem*, Berlin, 1981, pp. 276 y ss.; ROSENKRANTZ-MOROSOFF, *Delitos de peligro*, pp. 399 y ss.

⁸³ ROSENKRANTZ-MOROSOFF, *Delitos de peligro*, p. 391.

⁸⁴ ROSENKRANTZ-MOROSOFF, *Delitos de peligro*, p. 391, citando a LEON.

⁸⁵ ROSENKRANTZ-MOROSOFF, *Delitos de peligro*, p. 392. En sentido similar, DOMINGO SCHNEIDERMAN, *Man Überredetlich: zum Überredetlichkeitsrecht*, p. 25, que respecto de estos bienes jurídicos la distinción entre peligro y lesión carece de sentido.

⁸⁶ ROSENKRANTZ-MOROSOFF, *Delitos de peligro*, p. 399, plantea la posibilidad de configurar el medio ambiente como bien jurídico institucional. Por su parte, MALTA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 27, consideran que en la regulación del delito ecológico del actual CP (art. 325) se da una doble configuración del bien jurídico medio ambiente: en su modalidad básica aparece como un delito colectivo o institucional, y en su modalidad agravada, se trata en cuanto propio de un peligro para intereses personales, existiendo ante un bien jurídico intermedio.

la autonomía personal de las presentes. En suma, si el fundamento radica en la supervivencia de la especie humana, el medio ambiente se erige en una suerte de institución autónoma, y autónomamente merecedora de protección ⁸⁵.

En tercer lugar, respecto de la configuración del injusto, el fundamento de la imputación, basado en la solidaridad, permite considerarlo como la lesión de un deber de mantenimiento de las condiciones futuras de la humanidad ⁸⁶, deviniendo innecesario concretar un marco de riesgo relevante para intereses personales, por cuanto no son intereses personales lo que se protege y legitimándose, entonces, la idea del efecto acumulativo. Ella se muestra en el hecho de que en realidad los efectos cumulativos no son ni exclusivos del medio ambiente ni tan novedosos en Derecho Penal, sino que precisamente constituyen el núcleo de lo injusto en todos los delitos conformados en torno a esos bienes jurídicos instrumentales, los cuales, por definición, no son susceptibles de lesión por una acción individual. Como ha afirmado Rodríguez Montañés con relación a todos los bienes jurídicos institucionales "el menoscabo de tales bienes de carácter inmaterial se produce más que por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento. Y ahí radica, precisamente, la dificultad para determinar el grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo" ⁸⁷. Así, una sola defraudación a la hacienda pública, incluso aunque exceda de la cantidad establecida para determinar su carácter delictivo, no es susceptible de lesionar causalmente la institución, por el contrario, esa lesión sólo puede darse en virtud de la acumulación de actos defraudatorios ⁸⁸.

⁸⁵ La fundamentación de la defensa del medio ambiente en virtud del principio de solidaridad se aprueba también en quienes adoptan una perspectiva sociológica. Cf., por ejemplo, PASCAR, DIMITRI, *Die Umweltethik des Menschen für einen Umwelt*, p. 16, quien, citando a Aldo Leopold, acuña la "Teoría" como una "comunidad" a la que los mismos hombres pertenecemos, siendo en virtud de esa pertenencia desde la que surge el deber de cuidar el medio ambiente.

⁸⁶ En este sentido, destaca SILVA SÁNCHEZ, *La exposición del Derecho Penal*, p. 156, nota 324 que "la lógica de la criminalización no sólo se orienta a propiamente de los nuevos riesgos, sino en delitos bastante más tradicionales, así, en materia fiscal, se habla, por tanto, bastante más amigado de lo que a primera vista pudiera parecer, pues normalmente aparece resulta una consecuencia o consecuencia derivada de actividades de delictivos" (la bastardilla me pertenece).

⁸⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 301. En igual sentido MATA y MUÑOZ, *Bienes jurídicos instrumentales y delitos de peligro*, p. 37, citando doctrina italiana. Ya desde del ámbito de discusión del dolo acumulativo en el medio ambiente, ello es resalta también por el mismo RODRÍGUEZ, *ESB* 105 (1993), pp. 121 y ss., así como por SILVA SÁNCHEZ, LL 1997-1717, el mismo, *La exposición del Derecho Penal*, pp. 128 y ss.

⁸⁸ Así, SILVA SÁNCHEZ, *La exposición del Derecho Penal*, p. 128.

Expuesta brevemente esta tesis, puede llegarse a una conclusión: los efectos acumulativos no pueden legitimarse desde una protección del medio ambiente basada en una tutela dependiente de los bienes jurídicos personales, ya que el requisito de un injusto penalmente relevante desde esta perspectiva es un grado de peligro actual para intereses personales. Por ello, su presencia en los Códigos penales, en el marco de la protección de dicho bien jurídico, responde a una pretensión de protección autónoma del medio ambiente, fundamentada en la legitimidad del empleo del Derecho Penal como un medio de asegurar las condiciones futuras de la especie humana. A su vez, esa aspiración y sus consecuencias sólo pueden tener un fundamento basado en un principio de solidaridad hacia esas generaciones futuras, razón que explica su difícil acomodo a un modelo de protección e imputación penal basado en la autonomía individual.

Después de todo, la cuestión inicial permanece incontestada: más allá de una argumentación más o menos plausible de feye fana, ¿está legitimado el Derecho Penal para proteger directamente las condiciones de supervivencia de las generaciones futuras? En otras palabras: ¿es legítimo sancionar bajo pena la defraudación de un deber de solidaridad hacia la especie humana en su conjunto?

La respuesta es: no.

VII

Esa rotunda negativa no pretende abarcar la discusión acerca de la legitimidad de todos los bienes jurídicos institucionales, sino que va exclusivamente dirigida a rechazar la posibilidad de configurar desde dichos parámetros la protección del medio ambiente. En otras palabras: considero que los intereses de las generaciones futuras no pueden ser objeto directo de protección por parte del Derecho Penal, por lo que, en virtud de las conexiones argumentativas expuestas, tampoco podrá legitimarse la configuración del medio ambiente como un bien jurídico autónomo —institucional—, ni, por ende, el criterio de lesividad basado en el daño acumulativo en dicho ámbito.

En este sentido, no habiéndose negado la legitimidad de otros bienes institucionales — hacienda pública, administración de justicia, etc. —, y perteneciendo necesariamente el fenómeno del daño acumulativo a la estructura de lesividad de los mismos, tampoco se pretende con esa negativa rechazar dicho fenómeno con carácter general.

Si asumiéramos un presupuesto liberal estricto y clásico —a la manera como parecen acogerlo algunos representantes de la Escuela de

Frankfurt—, quizá sólo los bienes jurídicos supraindividuales reconducibles a la protección anticipada de esferas personales de libertad —“intermedios”— podrían caer dentro de la órbita de legitimidad del Derecho Penal⁵². No obstante, considero que esa visión de la ideología liberal, que acentúa sobremedura la vertiente *individualista* y atomista de la sociedad, no es ni plausible hoy, ni es siquiera acorde con la doctrina liberal tal y como es hoy entendida por sus defensores⁵³.

En este sentido, no está de más destacar que frente al liberalismo embrionario de Hobbes, frente al liberalismo “defensivo” de Mill, o —también— frente al liberalismo “posesivo” de Locke, en el actual liberalismo político se ha otorgado una especial relevancia al papel de la cooperación intersubjetiva, a partir de una profundización en los postulados de la democracia participativa, y destacando con ello la relevancia de la participación del ciudadano en la toma colectiva de decisiones acerca de los marcos de convivencia social⁵⁴.

Pues bien, desde esa mayor relevancia otorgada a la cooperación intersubjetiva, resulta posible legitimar, desde los mismos fundamentos del liberalismo y, por tanto, desde la prioridad axiológica de la libertad individual, la creación y protección de determinadas realidades sociales de carácter público, a partir del común interés de todos los ciudadanos en su mantenimiento, dada la ampliación de las relaciones de participación en las relaciones sociales que las mismas conllevan.

Con relación a esos bienes intersubjetivos, y antes de centrar nuestra atención en el medio ambiente, conviene hacer un par de consideraciones ulteriores. Desde una perspectiva liberal, el núcleo axiológico central radica en la libertad del ciudadano, y no en la sociedad o el Estado, por lo que los intereses a proteger serán, en última instancia, los del ciudadano, Estado y sociedad, así como las estructuras que los sostienen y legitiman, son entendidos no como fines en sí mismos, o *prima normativos*, sino como medios intersubjetivos para el desarrollo de la persona en sociedad⁵⁵, es decir, como *bienes públicos* de naturaleza instrumental, que deben ser protegidos y

⁵² Cf., por ejemplo, MONTAÑA TRAPIELLA, *Estudios para la evolución del Derecho Penal del medio ambiente*, p. 520.

⁵³ El mismo HAZCART, *Persona, estado y responsabilidad*, p. 68, reconoce la necesidad de protección de determinados bienes atomizados y de la falta de peligro abstracto. Si bien es cierto que este autor no pertenece a la tradición más radical de la Escuela de Frankfurt.

⁵⁴ Sobre ello, me permito remitir a ANTONIO GARCÍA, *Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía jurídica*. AIDPCP 1998, pp. 478 y ss.

⁵⁵ Así, por ejemplo, HAZCART, “Grundlinien einer personalen Rechtslehre”, en *Annuaire des Fondations sociales*, Arthur Kaufmann FS, 1989, p. 98.

mantenidos siempre que aparezcan legítimos en tanto satisfagan las exigencias de justicia —básicamente: libertad e igualdad⁹¹— emanadas del contrato social⁹². Tal es la idea de fondo en la concepción de Rawls cuando define la sociedad liberal como una "empresa cooperativa justa entre ciudadanos libres e iguales para el beneficio mutuo"⁹³. Desde esa perspectiva, la valoración positiva de las instituciones públicas viene dada por su funcionalidad para la maximización de los intereses de la persona, por lo que su protección como bienes jurídicos sólo será justificada desde esa perspectiva personalista⁹⁴.

Tal es el núcleo correcto de la teoría personal del bien jurídico desarrollada por la Escuela de Frankfurt. Desde mi punto de vista, la noción de bien jurídico personal no pretende ofrecer una definición extensiva del concepto de bien jurídico, sino un criterio de legitimación del ámbito de intereses merecedores de tutela penal. Concebido como una definición, es indudable que bajo la misma sólo podrían subsumirse aquellos intereses circunscritos al ámbito de la persona, quedando fuera bienes jurídicos como el medio ambiente, pero, en rigor, también bienes como la administración de justicia o la seguridad del tráfico, entre otros. Ese atributo de lo personal no remite, entonces, a la configuración del bien jurídico, sino a un criterio de legitimación, desde el cual no pretende limitarse lo protegible a intereses exclusivamente vinculados a la persona —vida, salud, propiedad—, sino partir del presupuesto de que sólo aquellos intereses que puedan contemplarse como condiciones esenciales para el desarrollo de la libertad personal, es decir que operen como medios para el aseguramiento de los intereses personales, pueden ser legítimamente tutelados por vía de la sanción penal⁹⁵. El canon de legitimación es, entonces, la funcionalidad del bien jurídico supraindividual para los intereses personales, al igual que, por lo demás, lo que legitima a todo bien jurídico personal es su funcionalidad para el desarrollo de la libertad personal, núcleo al que, en última instancia, ha de reconducirse el fundamento de todo bien jurídico protegido.

⁹¹ Cf. RAWLS, *Teoría de la justicia*, 1995, pp. 87 ss., p. 398 y ss.

⁹² Así, por ejemplo, FOLZ, *Konstruktiver Gesellschaftstheorie*, 1996, p. 178.

⁹³ Rawls, "Concepción de la Justicia: Principles and their metaphysical basis", en Hohmann (ed.), *Konstruktivismus*, 1993, p. 45.

⁹⁴ Cf. también HOSANNEN, *Arthur Kaufmann-FS*, pp. 91, 92; KASSEL, *ARSP* 1998, p. 489, quien pone en relación la noción de bien jurídico como interés personal con el programa liberal de Rawls.

⁹⁵ Ello es lo que viene a pensar de manera más explícita HOSANNEN, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 93, cuando recuerda que el "interés jurídico" de la concepción personal del bien jurídico "potencia el planteamiento crítico de él, y de igual modo, puede realzarse la protección del Derecho Penal al garantizar los intereses de los hombres".

Según dicho criterio de legitimación, la fundamentación de las normas penales se basa en el mantenimiento de las condiciones esenciales que permiten el desarrollo de la libertad del ciudadano en la sociedad, y dichas condiciones no se limitan a los bienes estrictamente personales, como la vida, la integridad física o la propiedad, sino que se entienden también a bienes de titularidad intersubjetiva, como las instituciones públicas —administración de justicia o hacienda pública, por ejemplo— o los intereses de titularidad colectiva que proporcionan una esfera de protección mediata a los bienes personales de titularidad individual, tal como creo que debe configurarse la protección del medio ambiente⁹⁷. Ello ha sido también destacado por Kindhäuser. Después de poner de manifiesto la vinculación existente entre el concepto personal de bien jurídico y el criterio liberal de legitimación de instituciones públicas del contrato social, afirma que “según esta concepción, bienes jurídicos son los atributos de los hombres, objetos e instituciones que sirven al libre desarrollo personal, que son merecedores de protección desde el principio de la más beneficiosa coexistencia universal en libertad”⁹⁸.

A partir de estos presupuestos, el bien jurídico puede concebirse como un estado, objeto o institución positivamente valorado en virtud de su funcionalidad para el desarrollo de la libertad de la persona en sociedad a través de la cooperación intersubjetiva. La definición de Kindhäuser coincide en la misma dirección: “Dado que el fin del derecho en una democracia es el aseguramiento de la integración social a través del acuerdo sobre esferas de libertad para el desarrollo personal, los bienes jurídicos se configuran como las condiciones de participación, orientada al acuerdo, en la integración social justa e igualitaria. Brevemente: los bienes jurídicos son condiciones de la participación social”⁹⁹. Ello se corresponde con la actual concepción del liberalismo político, que no contempla, como lo hiciera el hobbesiano —liberal pero no democrata—, al individuo aisladamente y frente a los demás, sino enmarcado en relaciones de interacción social basadas en la participación cooperativa. “No se trata —resulta con razón Kindhäuser— del aseguramiento de bienes de individuos aislados, sino del aseguramiento de bienes en procesos sociales ‘juridificados’, es decir, de garantizar las condiciones bajo las cuales el individuo pueda ostentar su papel en la coordinación social de acciones”; en suma, “protección de bie-

⁹⁷ En similar sentido, Heidegger, Arthur Kaufmann-FS, p. 92.

⁹⁸ Kindhäuser, *Personales, Sozial und Umwelt*, GA 1999, p. 490.

⁹⁹ Kindhäuser, “Rechtlicher Rechtsgüterbegriff durch Verknüpfung mit Gefährdungspotential”, en *Lehrrechts (ed.): Allgemeine Rechtslehre über Rechtsgüter des BStR*, 1998, p. 264, en similar sentido, Kuntz, *Rechtsgüterbegriff durch Sozialrecht*, ARSP 1996, p. 480.

nes jurídicos significa la protección de las bases para el libre desarrollo del individuo bajo el aspecto de su participación igualitaria en la interacción social orientada al acuerdo¹⁰¹. Y para el desarrollo del individuo no sólo será precisa la protección inmediata de los bienes circunscritos a la libertad personal, sino asimismo la protección mediata de los mismos a través de la tutela de estadios intermedios de la organización social —bienes jurídicos intermedios—, así como la protección de instituciones públicas —bienes jurídicos institucionales—, los cuales pueden configurarse como bienes jurídicos colectivos.

Respecto de estos últimos, resulta indudable que el grado de desarrollo alcanzado en las actuales sociedades ha configurado determinadas instituciones colectivas, de titularidad social, que, sin ser directamente reconocibles a bienes jurídicos personales —en lo relativo a los modos de lesión—, ejercen una función social indudablemente maximizadora de las posibilidades de participación social del ciudadano. Por continuar con los ejemplos motejados, tanto la delegación democrática de la administración de justicia en manos del Estado, como el establecimiento de un sistema de hacienda pública, ofrecen al ciudadano marcos sociales de libertad tan importantes que convierten a dichas instituciones en merecedoras de protección penal.

La protección de esos bienes jurídicos institucionales y su fundamentación basada en esa participación solidaria¹⁰², es inherente, además, a la veniente no sólo democrática, sino también *arriaf* del Estado actual: vertiente social que, ciertamente, incentúa los deberes positivos de solidaridad con respecto a la exclusiva limitación de los deberes negativos (basados en la autonomía) del estado liberal. Así, por ejemplo, resulta Bastos que:

¹⁰¹ Kelsen, *cit.* *supra*, en *Argüelles* (loc. cit.), p. 163.

¹⁰² Nojón de "solidaridad" que no implica necesariamente la creación de un presupuesto ideológico y ideología de respecto a los mismos por parte del ciudadano: éste —pero sólo en esta medida— es que esos bienes pueden fundarse en la maximización de la libertad de todo ciudadano, sin poder encontrar razones teleológicas —orientadas hacia esa maximización— de respeto hacia los mismos. El problema en este ámbito es el que surge la discusión acerca de la decisión racional en las situaciones estratégicas de varios actores, ejemplificadas gráficamente con el dilema del prisionero.

Ello ocurre, además, con un ámbito distinto de valoración que, aunque fundamental, aquí sólo puede dejarse apuntado. A nivel teórico, el presupuesto de la funcionalidad para la libertad personal de esas mismas instituciones no es sólo criterio de legitimidad, sino también condición de eficiencia en la tutela al ejercicio del respeto hacia esos bienes. Y ello porque si partimos —como otros autores— de un modelo de ciudadano racional e interactivo en su libertad, mejor será su conducta al respecto de los mismos cuando mayor sea la visualización de la principal por las mismas con la maximización de su libertad. Sobre esta y la exposición en el párrafo anterior, con respecto a las razones de obediencia al derecho en una sociedad liberal, cf. Alcaraz Quiroga, *ADICP* 1998, p. 357 y ss.

"El Estado tiene hoy que atender a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, con el objeto justamente de tender a una libertad e igualdad material. Ello requiere entonces la intervención estatal no sólo fundamentalmente para reprimir, como sucedía en la concepción del Estado guardián, sino para promover la atención a dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales. Luego el bien jurídico aparece como una relación social en que se da la interrelación entre los sujetos entre sí y el Estado (...) Se trata de una consideración macrosocial y no microsocia, como es el caso de los bienes jurídicos tradicionales de carácter individual".

Pero, como el mismo autor, en la línea de lo aquí sostenido, pone de manifiesto, ello no implica un alejamiento de los intereses del ciudadano:

"Pero sería equivocado hablar de bienes jurídicos supraindividuales, es decir, que constituyan una categoría que está por encima del individuo o más allá de él, pues ellos están en función de todos los miembros de la sociedad, en consideración a cada uno de ellos (...) El término colectivo pretende excluir la discriminación, el beneficio unilateral, la parcialidad en la protección, pero en caso alguno quiere significar la existencia de una razón superior al individuo (razón social o de Estado o de seguridad) al cual éste quede sometido. Por el contrario, se trata de atender materialmente a sus necesidades, para que a su vez la protección a su vida, a su salud, a su libertad, etc., adquieran un sentido material (...) Los bienes jurídicos colectivos aparecen, por tanto, como *complementarios*, desde una perspectiva material, a los bienes jurídicos individuales. Luego los bienes jurídicos colectivos *hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social*"¹⁰¹.

Obvio es apuntar que no de todos los bienes institucionales puede decirse ese merecimiento de protección; especialmente en el ámbito socioeconómico pueden albergarse serias dudas acerca de si la protección de determinadas realidades sociales —baste citar los delitos societarios— son susceptibles de vincularse de esa forma a la libertad del ciudadano. No

¹⁰¹ BUSTOS, *Los bienes jurídicos colectivos*, RPDUC II (1986), p. 190, presenta como ejemplo el delito fiscal.

obstante, no es objeto de estas páginas entrar en esa polémica, por lo que dejaremos aquí esta cuestión.

El fundamento de dichas instituciones, como se ha afirmado, radica en la cooperación intersubjetiva y, por tanto, en el fomento de los ciudadanos a su mantenimiento. Por esa razón, la obligación jurídico-penal, con respecto a estos bienes jurídicos, no puede partir directamente del respeto a la autonomía individual, sino de un deber de participación; de la solidaridad. Y debido a ese hecho, con respecto a la concreción de los criterios de lesividad, no puede afirmarse capacidad lesiva de una sola acción; dado su basamento colectivo, la realización de una acción contraria al deber no menoscabará materialmente la institución, aunque pueda afirmarse que con ella viene a ponerse en duda la confianza de los ciudadanos en la misma y, en esa medida, pueda hablarse de un "daño". Esta es la razón por la que a estos delitos contra bienes jurídicos institucionales les es inherente la idea del daño cumulativo: en virtud de ese componente inmaterial o —por decirlo a la manera clásica— "intelectual" del daño propio de estos bienes institucionales, lo relevante es la pérdida de confianza en la función social que esas instituciones ejercen, pérdida de confianza que se cifra antes en la defraudación de la expectativa de la continuidad en la participación y fomento en favor de la institución por parte de terceras personas antes que en la relevancia intrínseca de la acción realizada para la continuidad sin cambios de esa institución.

En realidad, podría afirmarse que la idea del daño cumulativo aparece en la misma fundamentación de la pena, con respecto a la prevención general, tanto negativa como positiva. Así, una sola acción delictiva no es susceptible de hacer desaparecer la seriedad de la amenaza, ni de menoscabarse seriamente la vigencia del ordenamiento; por el contrario, la vigencia del "bien público" que es el ordenamiento jurídico-penal sólo puede llegar a menoscabarse socialmente a través de una continuidad de acciones delictivas¹⁰⁴.

En este sentido, la idea del daño cumulativo no puede expulsarse del Derecho Penal sin espulsar al mismo tiempo de su catálogo de intereses protegidos numerosos bienes jurídicos colectivos institucionales

¹⁰⁴ Ella, por ejemplo, aparece claramente expresado en las consideraciones que hace Fox, "Tribunales" and *Archiv für Rechtslehre* (III), 1a S. 193b, p. 433, nota 32, con respecto a la posibilidad de peligro o lesión de un bien jurídico concreto —al modo realista— como un ente ideal de valor que viene a identificarse con la propia norma de conducta: "Un único ataque no es capaz de lesionar el bien jurídico, no puede hacerlo perder su vigencia, por lo que no lo pone en peligro de lesión ni lo hace, por tanto, delictivo. Ello es así con seguridad con respecto a un bien o ataque aislado. Pero un gran número de esos ataques, si no son castigados, es idéneo para debilitar o incluso suprimir la vigencia del bien jurídico".

que indudablemente son merecedores, desde esa perspectiva liberal, de protección.

No obstante que ello es así, no implica necesariamente que ésa sea la estructura que debe adoptar la protección del medio ambiente. Lo relativo al merecimiento de protección de ese bien jurídico ha de venir dado, al igual que con respecto a cualquier otro interés, por su funcionalidad para la maximización de la libertad del ciudadano. Pues bien, ahí radica, a mi entender, la diferencia esencial del medio ambiente como "institución" y el resto de los bienes jurídicos institucionales citados. A diferencia de éstos —quedémonos con los mencionados hasta ahora—, en los cuales ya estructuralmente es imposible establecer una vinculación directa entre formas de lesión a los mismos y libertad individual —en otras palabras, no pueden reformularse como bienes jurídicos intermedios¹¹⁵—, el medio ambiente puede formularse como un bien jurídico intermedio, dada su condición de entorno previo de disfrute —y, por tanto e inversamente, de ataque— de bienes personales como la vida o la salud individual¹¹⁶. Y si se prescinde de esa vinculación, y, por ello, se renuncia a incluir —ya expresamente por el legislador, ya, en lo posible, por vía de interpretación— la exigencia de un peligro para los bienes jurídicos individuales, ello es precisamente debido a la previa renuncia a asumir una fundamentación axiológica basada en su funcionalidad para la libertad de los ciudadanos, y al presupuesto de erigir la protección del medio ambiente como medio anticipado de protección de las generaciones venideras.

Pues bien, a mi entender, y desde los presupuestos citados, esa protección de esferas futuras de libertad no se acomoda a los fundamentos de un Derecho Penal liberal, por cuanto, como digo, y a diferencia de lo afirmado con respecto a esos otros bienes jurídicos institucionales, no cabe hallar un vínculo axiológico con la libertad de los ciudadanos que justifique su criminalización en cuanto "institución" autónoma.

No se trata, ciertamente, de rechazar de plano la protección del medio ambiente como "institución" a través del derecho, ni, por supuesto, de restar legitimidad moral a las aspiraciones de una conciencia ecológica solidaria hacia las condiciones de supervivencia de las generaciones futuras. Lo único que se está afirmando es que el medio legítimo para ello no puede ser

¹¹⁵ Porque, en los términos señalados por Maza y Martín, *Bienes jurídicos intermedios*, p. 11, se trata de carácter heterogéneo con respecto a los bienes jurídicos individuales (ejemplo: salud pública y salud individual en algunos fraudes alimentarios), ni se encuentran en una misma dirección de ataque del comportamiento punible.

¹¹⁶ Ver de nuevo Maza y Martín, *Bienes jurídicos intermedios*, p. 11, quien pone como ejemplo de esa misma dirección de ataque precisamente el medio ambiente con respecto a la salud individual.

la restricción de la libertad a través de la pena, instrumento que, en virtud de esa incidencia en la libertad del ciudadano, sólo puede emplearse legítimamente cuando ello sirva para proteger las condiciones esenciales de la misma libertad del ciudadano. El fundamento radica, así, en el presupuesto básico liberal formulado por Rawls en su *Teoría de la justicia*, especialmente relevante para la discusión relativa al merecimiento y necesidad de pena: “la prioridad de la libertad sólo puede ser restringida a favor de la libertad en sí misma”¹⁰⁷; que, en virtud de la particularidad del Derecho Penal —particularidad cifrada en su consecuencia jurídica penal— puede reformularse en los términos de Kindhäuser:

- 1) “La pena criminal no es un hecho beneficioso, sino un mal, y un mal de naturaleza especial: a través de la imposición de la pena se expresa al mismo tiempo una censura ético-jurídica sobre una conducta negativa anterior”.
- 2) “Si la pena se dirige a la persona, entonces la culpabilidad, a través de la que se retribuye la pena, debe radicar en un uso incorrecto de la libertad personal: la culpabilidad es la defraudación de una libertad incorrectamente empleada”. La libertad debe entenderse como “una relación de mutuo reconocimiento como sujetos libres”. “La culpabilidad es la atribución de responsabilidad por el atentado a la norma social básica que constituye la relación de mutuo reconocimiento como sujetos libres: la coordinación justa entre esferas de libertad”.
- 3) “Si la culpabilidad está vinculada a una conducta a través de la que el autor demuestra que no respeta la libertad ajena, la norma contra la que el autor atenta debe ser una norma dirigida a proteger la libertad ajena”¹⁰⁸.

En suma, las normas jurídicas protegidas bajo pena sólo pueden legitimarse en cuanto protejan las condiciones básicas de la libertad personal. Por ello, el medio ambiente sólo podrá ser legítimamente protegido con la pena cuando se configure como un medio de protección de las condiciones de libertad de las generaciones presentes, para lo que la norma deberá prohibir sólo conductas que, lesionando el medio ambiente, pongan en peligro intereses esenciales del ciudadano, por cuanto una agresión al medio

¹⁰⁷ Rawls, *Teoría de la justicia*, p. 280.

¹⁰⁸ Kindhäuser, *Zur Legitimität der strafrechtlichen Gefährdungsgüter im Verhältniszustand*, p. 125-127. La formulación del texto es una recopilación de diversas manifestaciones del autor citado.

ambiente sin ese riesgo añadido no puede reconducirse a un detrimento de la libertad individual.

VIII

Con ello llego al final de estas consideraciones, que, en cuanto genéricas y de carácter político-criminal, no pretenden entrar en una interpretación de *lege lata* de los tipos penales existentes sobre la protección del medio ambiente. La conclusión sería, entonces, que el Derecho Penal no está legitimado para proteger directamente el futuro: los intereses potenciales de las generaciones venideras, sino que esa labor sólo puede llevarlo a cabo a través de la protección de las generaciones presentes: de las condiciones de libertad de los ciudadanos. Ello conlleva, con respecto a la técnica y límites de la protección del medio ambiente, que el bien jurídico debe concebirse y estructurarse como un bien jurídico intermedio de referente individual, exigiendo, como criterio de lesividad y de merecimiento de pena, un riesgo para los intereses personales, exigencia que el paradigma del daño acumulativo no satisface.