

**Aldo Figueroa Navarro**

La publicación de un libro de derecho penal ambiental en español es un hecho relevante. A diferencia de los trabajos realizados en otras lenguas, sobre todo en alemán, las publicaciones penales en español se han limitado básicamente a un tratamiento puntual o excesivamente general de los problemas ambientales. Es por ésto que el libro de Carlos Caro constituye una contribución significativa. Su contenido pretende evaluar, como lo señala el autor, de manera general los diversos aspectos político criminales y dogmáticos vinculados a la defensa penal del ambiente.

El libro está dividido en tres capítulos. En el primero, el autor aborda el tema de la descriminalización como alternativa de política criminal. Ello le sirve para formular las hipótesis de trabajo que le permiten analizar críticamente la tendencia criminalizadora que ha estado presente en el tratamiento doctrinal y legislativo de la protección ambiental. En esta perspectiva, el autor se vale, de modo sincrético, tanto del enfoque de la criminología crítica, como del análisis económico del derecho. De la primera, Carlos Caro reivindica sus aportes al cuestionamiento del sistema penal y de sus funciones reales. De la segunda concepción, el autor utiliza el método de razonamiento económico como forma de redimensionar el tamaño y mejorar la eficiencia del sistema penal, reforzando así su posición "favorable a una política reduccionista del control penal o de mínima intervención".

En el segundo capítulo, el autor analiza específicamente el tema de la protección penal del ambiente, en función de los principios limitadores de la intervención punitiva del Estado. De la revisión que hace de los problemas político criminales producidos por el uso del derecho penal en la defensa del ambiente, deduce la necesidad de abandonar esta solución, y de utilizar otros medios de control social. Sustenta esta perspectiva en el hecho que el legislador nacional, al tipificar determinadas conductas dañinas al ambiente, ha vulnerado gravemente los principios de fragmentariedad, de subsidiaridad y de utilidad; situación que se refleja fundamentalmente en la ineficacia del control penal ambiental. Frente a esta realidad es preferible, según él, optar por la reforma de los mecanismos de control no penal, antes que por una reforma de los delitos ambientales propiamente dichos. Dicha propuesta la entiende como un modo de impedir que el sistema penal "conforme está actualmente concebido, continúe vulnerando a los ciudadanos marginales imponiéndoles el peso de la ley penal".

Finalmente, en el tercer capítulo el autor hace un análisis dogmático de los delitos ambientales tipificados en el Código penal vigente, con el objetivo de buscar soluciones de garantía que impliquen suprimir una utilización selectiva del control penal ambiental.

La postura descriminalizadora que adopta Carlos Caro a lo largo del libro es novedosa en el ámbito latinoamericano. Fuera de los trabajos de Baigún y Hormazabal, su concepción va a contracorriente de lo comúnmente aceptado en la doctrina y la legislación a favor de la defensa penal del ambiente. A riesgo de ser rotulados, en palabras del autor, como uno más de los que "afirman de modo automático y categórico la necesidad de tutelar penalmente el ambiente", quisiéramos, dentro de los límites impuestos por un comentario bibliográfico, presentar algunas reflexiones discrepando con su concepción político criminal. Nos anima el deseo de contribuir a la discusión sobre las posibilidades reales que el derecho penal puede ofrecer a la tutela del ambiente, aun cuando éstas sean limitadas y específicas.

Al igual que el autor, nosotros consideramos que toda decisión político criminal debe estar supeditada al respeto de determinados principios limitadores del poder punitivo estatal. Los mismos constituyen exigencias derivadas del modelo de Estado social y democrático de Derecho que la Constitución vigente asume. Ciertamente, si confrontamos dichos principios con el sistema de protección penal del ambiente, que el legislador ha regulado, la contradicción valorativa no puede ser más evidente. A pesar de

ello, creemos que la pena debe jugar un papel en la defensa del ambiente pero dentro de la lógica del derecho penal liberal.

a) El autor considera, en principio, que el ambiente es un bien jurídico colectivo y difuso fundamental para la convivencia social; cuya autonomía defiende desde la perspectiva de lo que él denomina visión holística y sistémica.

Matizando esta concepción, nosotros consideramos que el bien jurídico ambiental es un concepto normativo, cuya calidad y características son deducibles tanto de la regulación constitucional del ambiente -entendido como ambiente natural- como de sus principios generales, vinculantes de la decisión del legislador. El contenido de este bien jurídico se concretiza en un sistema dinámico y equilibrado de condiciones naturales, en el que se sustentan y desarrollan las diversas formas de vida. Cualquier otro aspecto vinculado a la cultura y a la "tecnósfera", creada por el hombre, escapa a su objeto de protección, siendo materia de regulación, en general, en otros dispositivos constitucionales.

Así mismo, hubiera sido deseable que el autor precise más el carácter de bien jurídico del ambiente. Si se limita a señalar los objetos de protección, no estaría justificando su carácter valioso para el ser humano: el ambiente es bien jurídico porque posibilita al hombre su existencia como especie biológica, y constituye la condición indispensable de una calidad de vida (natural) adecuada para las generaciones presentes y futuras. Que el ser humano al proteger a otras formas de vida, se proteja en última instancia a sí mismo, es una consecuencia de la visión integrada y funcional del bien jurídico.

Dos observaciones adicionales. No resulta claro si el autor da al bien jurídico ambiente sentidos de diversa amplitud. Haciendo uso de una "visión funcionalista de los conceptos", señala la necesidad de fragmentarlo según sea el ámbito jurídico en el que nos encontremos. En nuestra opinión el bien jurídico ambiental es único. Lo que varía es la forma cómo los diversos sectores del ordenamiento jurídico lo protegen. Una protección integral del ambiente no resulta, como él afirma, incompatible con el principio de fragmentariedad en materia penal. Este apunta a restringir las modalidades de conducta que dañan al bien jurídico, mas no su alcance mismo.

Finalmente, no estamos de acuerdo con la jerarquización que hace el autor del bien jurídico ambiental. Al considerarlo como un bien vinculado al funcionamiento del sistema y que, por ende, está al servicio de los bienes que se encuentran en la base de la existencia del mismo, relativiza la importancia de su protección e, indirectamente, disminuye su carácter autónomo. Si el hombre defiende su existencia misma como especie, y no únicamente su calidad de vida, aspira, en consecuencia, a proteger "su ser en sí". Que el bien jurídico sea colectivo o que la percepción del daño sea considerada como mediata, no implica necesariamente que su protección sea de segundo orden con relación a los "bienes que son base del sistema" (bienes jurídicos individuales ?).

b) Resulta remarcable el tratamiento que hace Carlos Caro del principio de fragmentariedad en materia ambiental. Principio que llega a concretar a través del estudio de diversas cuestiones político criminales asociadas a la protección penal del ambiente (formas de responsabilidad, autoría, modalidades de afección del bien jurídico, relación con otras formas de control, etc.). La evaluación de cada cuestión excede lamentablemente el presente comentario. Nos limitaremos a señalar que del uso coherente y racional que se haga de este principio depende, en gran parte, la atenuación del uso selectivo del derecho penal en contra de los sectores más débiles y menos comprometidos en la causación de los problemas ambientales, situación que preocupa con razón al autor.

c) El autor apuesta por una renuncia al derecho penal en favor de la utilización de otros instrumentos de protección. Para ello parte de una concepción restrictiva del principio de subsidiaridad al señalar que "estos medios (no penales) no son inidóneos ni han fracasado, lo que sucede es que no se quiere implementar su uso eficiente". Si por idoneidad (léase suficiencia) o no fracaso (léase éxito) entendemos la capacidad de un instrumento de control social para responder adecuada y eficientemente a la protección de un bien jurídico, está claro que ni el derecho penal ni los otros medios de control (en primer lugar) han respondido a esas expectativas en nuestro país. No compartimos, sin embargo, ese escepticismo selectivo con el que evalúa Carlos Caro evalúa, in abstracto, estas condiciones. De un lado, cuando se trata de los medios de control no penal, él

afirma que la ineficiencia no es inherente a los mismos. Pero, de otro lado, cuando se trata de examinar al sistema penal, considera que presenta deficiencias de orden estructural. Si como él señala con razón, que la cuestión de la protección ambiental es eminentemente política y que la voluntad del Estado para concretarla eficientemente es deficitaria, por qué habría de revertirse esta situación tratándose de la actuación estatal en ámbitos no penales? Es qué la voluntad política del Estado respecto a un problema es fraccionable? Cómo es que el sistema penal estructuralmente irracional, efectista, fragmentario, selectivo, deviene, mas o menos, racional, eficiente, no selectivo? Sólo en virtud de un modelo de mínima intervención? Tendríamos que asumir entonces que el sistema penal, con todas sus miserias, es un sistema estructuralmente reformable.

Es cierto que el derecho penal debe intervenir como ultima ratio, incluso tratándose de la protección del ambiente, pero para ello es menester tener en cuenta las especificidades del problema ambiental.

Primero, ni los problemas ni las causas de la crisis ambiental son unidimensionales, que requieran un solo tipo de respuestas (educación, normas de relación social, soluciones económicas, normas de responsabilidad civil o administrativa). Ni tampoco los niveles de responsabilidad de los usuarios ambientales son los mismos. Segundo, hay problemas ambientales cuya solución o control no pueden estar supeditados, estrictamente, a la constatación de eficiencia de los medios extrapenales (principio de prudencia), o conductas cuya gravedad siempre resultarán desproporcionadas a las respuestas no penales: piénsese por ejemplo en las tragedias de Seveso, Bophal, o del Exxon Valdez. Se dirá que son supuestos extremos o excepcionales (the worst-case scenario), pero esa es la dimensión que tiene o debe tener el derecho penal.

No ponemos en cuestión que la idea de la ultima ratio implique, en cuanto a sus efectos prácticos, un programa de acción legislativo amplio y racional que privilegie las respuestas no penales. Pero nos parece dudoso pensar que la función subsidiaria de la sanción penal con relación a otras formas de sanción no penal, suponga que ellas en el fondo son fungibles, que sus finalidades coincidan, que tengan la misma naturaleza y que únicamente presenten un diverso grado de eficacia. Por su carácter estigmatizante, por el hecho mismo de no perseguir un resultado útil inmediato, la pena tiene una carga de reproche jurídico que, por ejemplo, las sanciones civiles o administrativas no podrían expresar.

Dejar que los casos más graves de atentados al ambiente se resuelvan espontáneamente de acuerdo a las reglas del mercado, lo cual es de por si dudoso, o bajo el cobijo de la negociación o de la reserva del procedimiento administrativo o civil, daría pie a otra forma de selección social. Esta vez en beneficio directo de los que pueden, en virtud de su poder económico, disponer del bien jurídico ambiental (de todos) como si se tratara de meras relaciones de propiedad.

Las experiencias del derecho comparado muestran que aun el funcionamiento de un sistema, mas o menos, diversificado y eficiente de control no penal del ambiente, no ha implicado una renuncia absoluta al derecho penal para casos específicos (emisión de venenos o sustancias tóxicas; abuso de la biotecnología con consecuencias ambientales; atentados graves contra áreas naturales protegidas o contra especies en vías de extinción)

d) Finalmente, Carlos Caro considera que el derecho penal ambiental no es capaz de cumplir la exigencia del principio de utilidad. Si asumimos como criterio de medición de dicho principio, el nivel de ineficacia en la persecución y represión de los delitos ambientales, como el autor constata estadísticamente, la conclusión que se impone es que el derecho penal no sirve para nada. Y es que cuando el legislador, de espaldas a la realidad, criminaliza conductas intuitivamente, no sólo da un salto al vacío, para utilizar las palabras del autor, sino que le encarga a los órganos de control penal la misión de cazar moscas con la mano. En este contexto, resulta comprensible que las cifras estadísticas continúen cubriéndose con casos de bagatela.

Esta situación es reversible? Creemos que si. Es cierto que una reforma de los criterios técnico-normativos sería insuficiente para modificar la situación de ineficacia, pero es complementaria. El legislador nacional no pudo haber hecho una cosa peor que la que hizo en el ámbito penal material, como el autor lo pone en evidencia. Pero tampoco se

definió posteriormente los mecanismos procesales necesarios para intentar limitar los efectos perversos de la reforma. Y entonces sucede que los órganos del control penal, utilizan a voluntad las normas penales, se sumen en la inacción o "hacen lo que pueden". Significativo de esto último, es el "Manual operativo de investigación y diligencias especiales del Ministerio Público" que como Carlos Caro menciona, "utilizan" los fiscales para perseguir los delitos ambientales. Su contenido, en materia ambiental, demuestra que el titular de la acción penal, anda más desorientado que el propio legislador.

El derecho penal puede ser útil en la protección ambiental, tanto por su función preventivo general negativa como por sus efectos de prevención general positiva. La primera entendida como medio de disuasión no vinculada a la gravedad de la sanción, como critica correctamente el autor, sino como aumento de la certeza en la persecución y el castigo. Situaciones éstas bastante caras al homo oeconomicus subyacente en los grandes delincuentes ambientales. La segunda, como medio auxiliar de reforzamiento de la conciencia social sobre la importancia del bien jurídico ambiental y la gravedad de determinadas conductas en su contra. Si como asume el autor, la prevención general positiva es un objetivo alcanzable, dentro de un modelo de mínima intervención, él convendrá con nosotros en que, al menos una de las fases principales de dicha función es la informativa, y que la colectividad puede consolidar su respeto por un valor fundamental como el ambiente.

Apesar de nuestra perspectiva político criminal sobre la cuestión ambiental, , diferente a la del autor, debemos subrayar la seriedad de su propuesta del autor. Su concepción es respetable y provocadora, en el sentido académico del término. Induce a los estudiosos de los problemas ambientales a reflexionar, así como orienta a los potenciales beneficiarios del ambiente sobre las pocas bondades y las múltiples miserias de la protección penal ambiental en el Perú.

**Aldo Figueroa**