

Los delitos ambientales, la tentativa punible y la sanción del peligro o riesgo

Alfredo Sánchez Franco

Abogado Corporativo - Número 42/2014 - 01/07/2014



INTRODUCCIÓN

El estudio de los llamados “delitos ambientales” en nuestra ley penal mexicana, ya sea federal o para el Distrito Federal, constituye un tema producto del expansionismo que hoy en día -y en este tema **1**- caracteriza al Derecho Penal, **2** en el que se hace presente la formulación de tipos penales en los cuales se sanciona, incluso, el solo peligro o riesgo que se ocasione a un elemento no renovable como lo es el medio ambiente, fórmula que dado su fin ecologista resulta plausible, pero muy cuestionable en el plano jurídico penal.

Ya en el desarrollo de otros ensayos **3** dejé asentado que cuando se pretende analizar una figura legal queda claro que su estudio no puede estar alejado de la realidad fáctica, puesto que ésta interactúa con la dogmática, y permite que opere de manera coherente con la adecuación de postulados o formulación de interpretaciones sobre hechos concretos, los cuales permiten al legislador emplear una mejor técnica en la redacción de tipos penales, y que con posterioridad facilitan la aplicación racional de la norma penal o bien, como lo diría metafóricamente el maestro Francesc De Carreras Serra:

...el caso ilumina la norma; con su planteamiento le ha dado o le puede dar un nuevo sentido a su interpretación.

1 ¿Para proteger el medio ambiente o para sancionar penalmente la contaminación? Lo primero resulta difícil de concebir en el campo del Derecho Penal -ésta es una tarea de las autoridades administrativas competentes en México-; lo segundo, muy técnico, de enorme contenido valorativo, laborioso y costoso de comprobar



2 Hefendehl, Roland. “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?”, traducción al español por Eduardo Salazar Ortuño. *CRIMINET*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 04 -14 (2002). Pág. 2, visible en: www.criminet.ugr.es/recpc

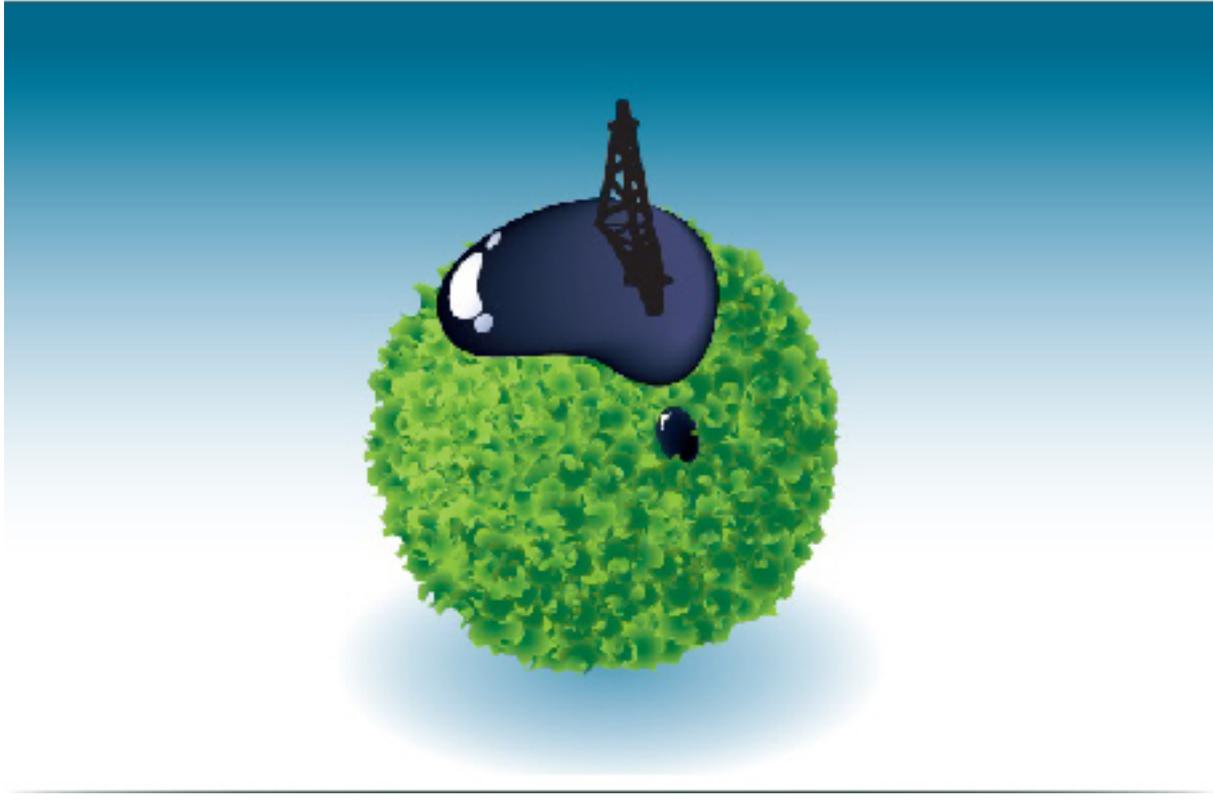
3 Desarrollados en el máster: *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, por la Universidad Autónoma de Barcelona, España. 4a. Generación

¿QUÉ SON LOS DELITOS AMBIENTALES?

Por razones de método, la redacción legal que caracteriza a los delitos ambientales **4** es mucho más compleja de lo que a simple vista aparenta, puesto que, en primer lugar, debe determinarse para su correcta integración, si como tipos penales deben ser complementados con elementos de valoración contemplados en normas especiales de cuerpos normativos administrativos independientes, y que por ello, impliquen la necesaria intervención de autoridades también administrativas **5** para determinar si el comportamiento en concreto constituye sólo una falta de la misma categoría que se castiga con una medida pecuniaria **6** o bien, si el comportamiento es digno de estudio por el Derecho Penal.

En segundo lugar, de la lectura que se efectúe sobre los tipos penales federales o para el Distrito Federal, resulta que destacan voces como: *ambiente, capa de ozono, salud pública o humana, ecosistemas, flora, fauna, atmósfera, recursos naturales, agua, suelo o subsuelo*, los cuales, *per se*, encierran contenidos de valoración muy amplios para la protección de los que en la doctrina son considerados como **bienes jurídicos difusos, 7colectivos 8o supra individuales**; labor nada sencilla para un Juez de lo Penal, toda vez que a menos que se trate de asuntos menores **9** en los que claramente se sancione “que alguien tire la basura donde no se debe y, consecuentemente, se le castigue por contaminar”, será muy técnico, **10** complicado y costoso que se practiquen dictámenes sobre impacto ambiental, para determinar si el comportamiento a estudiar realmente dañó o puso en riesgo o peligro un bien jurídico difuso, colectivo o supra-individual.

Si lo anterior no parece lo suficientemente complejo de valorar para un Juez Penal, y si partimos de los principios de exacta aplicación y de legalidad que imperan en materia penal, me pregunto: ¿Cómo resolverán en un delito ambiental, el aspecto de la frontera dogmática entre tentativa punible **11** y el delito consumado?, máxime cuando se deba valorar un bien jurídico difuso, colectivo o supra-individual, que además, no es renovable sino consumible, **12** y que dependiendo de la continuidad, cantidad y tipo de agente contaminante, éste podrá o no, causar un daño o representar un peligro o riesgo para el medio ambiente, **13** -entendido en *lato sensu*- en un momento y lugar determinados. **14**



4 No me aboco al análisis de los tipos penales contenidos en los artículos 344 y 346 del Código Penal para el Distrito Federal (CPDF), así como en los numerales 417, 418, 419, 420, 420 bis, 420 ter, 420 quáter, 421 al 423 del Código Penal Federal (CPF)

5 Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), así como el Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (RISEMARNAT)

6 Procuraduría Federal para la Protección del Medio Ambiente (PROFEPA). Visible en: www.profepa.gob.mx en la que se puede leer lo siguiente:

*La búsqueda de la **Justicia Ambiental** requiere de la actuación eficaz y equilibrada de la PROFEPA, institución a la que le ha sido conferida la atribución de actuar en representación de la sociedad, en la defensa de los intereses ambientales de los mexicanos.*

La Procuraduría reconoce que procurar justicia en la materia no es una actividad privativa de los órganos gubernamentales: se requiere de la acción conjunta con los ciudadanos y de las organizaciones no gubernamentales.

*El trabajo de procuración de justicia ambiental y de desarrollo de los instrumentos en la materia que lleva a cabo la PROFEPA, se orientan por el **principio de aplicación gradual de los instrumentos de política ambiental**. Esto implica que el desarrollo del sistema legislativo, y las acciones que lleva a cabo la institución deben prever el uso **progresivo** de los siguientes instrumentos:*

Bajo estos principios actúa la PROFEPA en su labor diaria y en el desarrollo de iniciativas de ley.

La tarea de procuración ambiental requiere hoy del desarrollo de acciones que van más allá del ámbito del Derecho y el proceso administrativos, y nos llevan al uso de mecanismos de reparación de daños del Derecho Civil, así como a los procedimientos de responsabilidad del Derecho Penal.

El reconocimiento de la existencia de espacios de impunidad, así como de conductas ilícitas que no pueden ser abordadas con efectividad por la responsabilidad y los instrumentos administrativos, dieron motivo al mandato y atribuciones de la Dirección General de Delitos Federales Contra el Ambiente y Litigio en materia penal.



El artículo 182 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 117 del Código Federal de Procedimientos Penales (ahora la disposición relativa en el Código Nacional de Procedimientos Penales), establece que en aquellos casos en que, como resultado del ejercicio de sus atribuciones, la Secretaría (SEMARNAT / PROFEPA) tenga conocimiento de actos u omisiones que pudieran constituir delitos conforme a lo previsto por la legislación aplicable, formulará ante el Ministerio Público la denuncia correspondiente. Asimismo, se ordena a la Secretaría para que proporcione, en las materias de su competencia, los dictámenes técnicos o periciales que le soliciten el Ministerio Público o las autoridades judiciales, con motivo de las denuncias presentadas por la comisión de delitos contra el ambiente.

La PROFEPA será, en estos casos, coadyuvante del Ministerio Público, en los términos del Código Federal de Procedimientos Penales, sin perjuicio de la coadyuvancia que pueda hacer la víctima o el ofendido directo del ilícito, por sí mismo o a través de su representante legal.

Para cumplir con los objetivos en materia de justicia ambiental penal, la Dirección General desarrolla las siguientes acciones:

7 Morales Prats, Fermín. “Técnicas de tutela penal de los intereses difusos”. Trabajo publicado en el número de la colección Cuadernos de Derecho Judicial, titulado: *Intereses difusos y Derecho Penal*, y ha sido autorizado para su reproducción exclusivamente en el Aula de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universitat Oberta de Catalunya, España, visible en: www.uoc.es/aulajmvalle), por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial, en el que se lee lo siguiente:

Pocas expresiones (interessi diffusi) han hecho tanta fortuna, en los estudios relativos al bien jurídico como la que acuñara en la Questione Criminale Filippo Sgubbi en 1975, para referirse a aquellos intereses mayoritarios de nuevo cuño, que ha decantado el desarrollo económico y técnico en los últimos decenios, para cuya tutela se reclama en ocasiones la intervención del Derecho penal.

8 Hefendehl, Roland. “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?”, traducción al español por Eduardo Salazar Ortuño. *CRIMINET*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 04 -14 (2002). Visible en: www.criminet.ugr.es/recpc

9 Delegación Política Azcapotzalco del Distrito Federal. Nota periodística visible en el año 2003 en: www.azcapotzalco.df.gob.mx, cuyo texto es el siguiente:

En medio año depositó de manera ilegal cerca de mil 400 metros cúbicos de desperdicio; el sujeto fue consignado al Reclusorio Norte por Delitos Ambientales

Luego de que por más de 6 meses una persona se dedicó a arrojar cascajo y material de escombros en diferentes puntos de la delegación, este fin de semana se detuvo y consignó al presunto responsable, quien fue identificado como trabajador eventual del área de Obras de la Zona 1 de la Delegación Gustavo A. Madero.

Lo anterior lo dio a conocer Miguel Ángel Ocano Opengo, Jefe Delegacional de Azcapotzalco, tras señalar que desde diciembre pasado, tanto ciudadanos como personal de la delegación se percataron de que periódicamente aparecían montones de desechos de construcción en la vía pública, principalmente en las zonas de Vallejo, Salónica y Camarones.

“El individuo de 27 años que responde al nombre de Carlos Alberto Alvarado García, transportaba los desechos en un camión de carga de la delegación Gustavo A. Madero con placas 6347BZ, y se calcula que por lo menos realizó 200 descargas en nuestro territorio, lo que representa cerca de mil 400 metros cúbicos de desperdicio, cuyo retiro implicará para la delegación un gasto de más de 150 mil pesos”, subrayó Ocano Opengo.

Al respecto, Alejandro Flores García, Director General de Jurídico y Gobierno, comentó que la detención en flagrancia se llevó a cabo el pasado viernes 6 de junio en la Av. Camarones esquina Yuca, Col. Nueva Santa María, por parte de dos elementos del 51 Agrupamiento de la policía vecinal de Azcapotzalco.

La noche de ayer Carlos Alberto Alvarado García fue consignado bajo el cargo de delitos ambientales al Reclusorio Norte, donde se llevarán a cabo los procedimientos para dictar la

sentencia correspondiente, se indicó.

Finalmente, el funcionario señaló que la Dirección a su cargo estará al pendiente del estado procesal del detenido, y continuará con acciones para evitar que se depositen este tipo de desechos en la vía pública.

10 PROFEPA. Visible en: www.profepa.gob.mx

En el artículo 132 del Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, se establece que la Dirección General de Delitos Federales contra el Ambiente y Litigio, tiene las siguientes facultades:

...

II. Establecer las formalidades que deberán observarse en la emisión de los dictámenes técnicos y peritajes que se requieran para la substanciación de los procedimientos civiles, penales y administrativos;

VIII. Ejercitar las acciones necesarias ante los órganos judiciales correspondientes, a efecto de obtener la reparación de los daños y deterioro ambientales, de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables;

X. Formular denuncias o querellas ante el ministerio público por hechos u omisiones delictuosas en los que la Procuraduría resulte afectada o aquellos que afecten al ambiente, los recursos naturales, la vida silvestre, los recursos genéticos, las cuencas, los ecosistemas, o la gestión ambiental, y solicitar la coadyuvancia al Ministerio Público y al órgano jurisdiccional en el procedimiento penal y previo acuerdo del Procurador, a la petición que haga el Subprocurador Jurídico, otorgar discrecionalmente el perdón en caso de los delitos perseguibles por querrela, así como autorizar el otorgamiento de éste a las delegaciones de la Procuraduría;

XIV. Proponer al Subprocurador de su adscripción, las solicitudes para recabar de las unidades administrativas de la Secretaría, de las autoridades federales, estatales y municipales, los elementos periciales, documentales, y en general, los necesarios para sustentar la presentación de denuncias ante el Ministerio Público por la comisión de delitos ambientales, así como recabar dichos elementos de las unidades administrativas y de las delegaciones de la Procuraduría;

XIX. Previo acuerdo del Subprocurador Jurídico, atraer todos aquellos procedimientos relacionados con los delitos federales contra el ambiente, en aquellos casos que por su importancia, trascendencia y relevancia, sea necesario iniciar, continuar su substanciación y concluirlos, y

...

11 Código Penal para el Distrito Federal. Visible en marzo del 2014 en www.metro.gob.mx

20. *(Tentativa punible). Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.*

12 Hefendehl, Roland. “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?. Traducción al español por Eduardo Salazar Ortuño. *CRIMINET*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 04 -14 (2002). Pág. 10. Visible en: www.criminet.ugr.es/recpc

13 ¿O para la salud de un grupo de personas en un lugar y tiempo determinados?

14 Morales Prats, Fermín. “Técnicas de tutela penal de los intereses difusos”, trabajo publicado en el número de la colección Cuadernos de Derecho Judicial, titulado: *Intereses difusos y Derecho Penal*, y ha sido autorizado para su reproducción exclusivamente en el Aula de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universitat Oberta de Catalunya, España, visible en: www.uoc.es/aulajmvalle), por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial, en el que se lee lo siguiente:

“... El empleo de elementos normativos debe someterse a una regla de cautela, según la cual debe

procurarse la erradicación de elementos normativos jurídicos o sociales indeterminados o difícilmente identificables en la legislación extrapenal o bien, en el contexto social. Así, por ejemplo, en el delito ambiental (artículo 347 bis CP) -a mi juicio- los mayores problemas para el principio de legalidad y de taxatividad no derivan el recurso a la ley penal en blanco, sino del empleo de expresiones normativas indeterminadas como peligro «grave» o, en el tipo agravado (apartado tercero artículo 347 bis CP), «riesgo de deterioro irreversible o catastrófico», no conocidas ni definidas por la legislación ambiental.”

TENTATIVA PUNIBLE Y DELITO CONSUMADO

Como dejé asentado al inicio de este ensayo, cuando se pretende analizar una figura legal, queda claro que su estudio no puede estar alejado de la realidad fáctica, puesto que ésta interactúa con la dogmática, y permite que opere de manera coherente con la adecuación de postulados o formulación de interpretaciones sobre hechos concretos, los cuales pueden permitir al legislador emplear una mejor técnica en la redacción de tipos penales, y que con posterioridad facilitan la aplicación racional de la norma penal o como lo diría metafóricamente el maestro Francesc De Carreras Serra:

...el caso ilumina la norma, con su planteamiento le ha dado o le puede dar un nuevo sentido a su interpretación.

A mi parecer, en el caso que me ocupa, no todos los agentes contaminantes causan un daño o constituyen un peligro o riesgo al medio ambiente, sino han sido vertidos, emitidos o depositados en cantidades suficientes y de manera reiterada o constante.

De ahí que, a mi modo de ver, se encuentre en este tipo de delitos un verdadero reto para determinar si los actos ejecutivos que deberían producir el resultado o los que deberían evitarlo, iban encaminados para poner en peligro el bien jurídico tutelado, y que además se presuma, *ex ante*, la potencialidad del resultado .

Por ello, considero que la formulación del planteamiento para tener por consumado un delito ambiental o que éste sea punible en el grado de tentativa, descansa en la potencialidad de daño que tengan los agentes contaminantes hacia el bien objeto de tutela, ya sea para realmente afectarlo o bien, para que lo ponga en peligro o riesgo.

Y para establecer un juicio de reproche, **15** deberá examinarse si el incorrecto manejo y tratamiento de los agentes contaminantes son atribuibles a alguien en específico.

En cuanto a la tentativa punible, en el Juzgador descansará la delicada tarea de resolver sobre el tipo de riesgo en curso, para así, mediante un juicio de pronóstico, determinar la potencialidad de daño al ambiente y constatar objetivamente el incorrecto manejo o tratamiento del agente contaminante, a fin de que, en su conjunto, se constituyan como objeto de estudio y sanción por el Derecho Penal. **16**

De lo contrario, caeríamos en el supuesto erróneo de sostener que un fumador solitario al encender y consumir su cigarrillo, ¿contamina y atenta contra el medio ambiente? Sí, pero no por ello es sujeto de una pena privativa de libertad. O el conductor que “olvida” afinar y verificar su automóvil en el periodo que le corresponde y así circula por el Distrito Federal y la zona conurbada, ¿contamina y atenta contra el medio ambiente? Claro que también, pero no por ello en ambos supuestos, son aprehendidos *in fraganti* para ser puestos a disposición de la autoridad penal por haber cometido un delito ambiental.

Dicho en otras palabras, el Juez deberá acreditar objetivamente **17** que la naturaleza y capacidad de daño y riesgo de los agentes contaminantes sean suficientes en cantidad, tal así como la periodicidad en su vertido, emisión, descarga o depósito, para dañar o poner en peligro, *ex post*, conceptos tan amplios como: *salud humana, barrancas, áreas verdes en suelo urbano, ecosistemas, suelo, subsuelo, flora, fauna, atmósfera, ríos, mares, lagos, lagunas, mantos acuíferos o áreas naturales protegidas*, y en cada caso concreto deberán analizarse técnicamente las propiedades dañinas de cada agente contaminante y sus efectos reales o inminentes en un lugar y tiempo en cuestión. De no lograrse lo anterior -en mi opinión- el comportamiento como caso aislado no pasará de ser material para la aplicación de sanciones administrativas. **18**



15 Claro está, a los gerentes, directores o miembros del consejo de administración

16 Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, parte general*. Sexta Edición. Editorial Reppertor, S.L., Barcelona, España, 2002 Véase Pág. 340 en la que se lee sobre la tentativa punible y su determinación, lo siguiente:

c) **Lateoría objetivo - material** parte de la necesidad de acudir a un criterio material que permita delimitar objetivamente el inicio de aquel {campo previo} a la consumación que permite hablar ya de comienzo de la acción típica en sentido amplio. Un primer criterio de esta naturaleza lo ofreció la **fórmula de Frank** de la {concepción natural}: {son ejecutivos los actos que se hallan de tal forma unidos a la acción típica, que según la concepción natural aparecen como parte suya}. (42) que corresponde a: Cfr. Frank, StGB d 43, II, V. A favor en nuestro país de este punto de partida. Rodríguez Mourullo, Comentarios I, Pág. 117; Cobo / Vives, PG, Págs. 654 - 655. Cfr. STS 12 julio 1995.

Pero esta formulación es excesivamente vaga y deja sin concretar cuando se da la requerida unión. La doctrina alemana se ha ocupado de una tal concreción, y ha llegado a las siguientes conclusiones:

a') En la determinación de cuándo empieza el {campo previo} en el que ya da comienzo la ejecución debe tomarse en consideración el **plan del autor**, pero valorándolo desde un prisma objetivo (**punto de vista objetivo - subjetivo**) (43). Que corresponde a: Cfr. por todos Jescheck, Tratado, Pág. 707. en España: Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, Págs. 116 s; Cobo / Vives, PG, Págs. 644 s. Ver STS 12 julio 1995.

b') **Como criterios objetivos de valoración del plan del autor se manejan dos. Lapuesta en peligro inmediata y lainmediatez temporal**. El primer criterio afirma el comienzo de la tentativa cuando se producen ya una inmediata puesta en peligro del bien jurídico; (44) que corresponde a: Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, Págs. 114, 117; STS 8 febr. 80. el segundo, cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de todos o alguno de los elementos del tipo. Este segundo criterio ofrece la ventaja de su mayor precisión, pues siempre será discutible cuándo empieza a producirse una puesta en peligro inmediata. Ello ha determinado al legislador alemán a adoptar expresamente la fórmula del {comienzo inmediato} de Welzel (45)" que corresponde a: Cfr.



Welzel, Lv, Pág. 190 (= trad. Pág. 263). en la definición legal de tentativa del d 22 StGB 1975, según la cual la tentativa concurre cuando el autor {según su representación del hecho da principio directamente (o inmediatamente) a la ejecución del tipo}. El criterio de la puesta en peligro inmediata se utiliza como complementario para casos dudosos (así, para la tentativa en los delitos de omisión en la autoría mediata en la tentativa acabada y en la actio libera in causa). (46) que corresponde a: Cfr. Roxin, JuS 1973, Págs. 329 ss.; Jescheck, Págs. 709 s.; Farré, Comienzo de la tentativa, passim.

Este planteamiento es también el más adecuado para resolver el problema del comienzo de la tentativa en **nuestro Derecho**. El art. 16, 1 CP contiene una definición muy próxima la alemana: {Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores}. La diferencia es que no expresa la necesidad de tomar en consideración el plan del autor, pero tal necesidad me parece evidente. El adverbio {directamente} puede interpretarse como exigencia de conexión directa, al estilo de Frank, entre el acto de que se trate y la realización típica, de suerte que aquél aparezca como parte de ésta. (47) que corresponde a: Así Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, Pág. 117. También Ferrer Saman, Comentarios, I, Pág. 56.; Jiménez de Asúa, Tratado, VII, Pág. 552. Y tal exigencia de conexión directa puede precisarse en el sentido de la teoría de la inmediatez temporal, como necesidad de que no falte ninguna fase intermedia entre el acto de que se trate y la estricta realización de alguno o todos los elementos del tipo proyectado. Para decidirlo entiendo que es preciso contemplar la acción en sus distintos momentos dotados de unidad de significado, puesto que desde el solo punto de vista naturalístico, no existe solución de continuidad en el desarrollo de un hecho.

17 Jakobs, Günther. *Derecho Penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda Edición corregida. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, España 1997. Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Págs. 860 - 864, de cuyo texto sobre la tentativa punible y su construcción dogmática se lee lo siguiente:

b) La teoría objetiva (en su versión moderna) recibió su forma clásica de v. Piel (12) que corresponde a: *Strafrecht, t II, d 30*. La tentativa se considera peligrosa cuando una persona prudente, con los conocimientos del autor y además los de un observador objetivo en el momento del hecho (ex ante), habría considerado no improbable, es decir, adecuada, la consumación (13) que corresponde a: v. Hippel, loc. cit; d 30, IV, 6. Ejemplo: La tentativa de homicidio con un arma de fuego que un tercero ha descargado, según la teoría objetiva moderna, constituye una tentativa peligrosa, pero para la teoría objetiva anterior es una tentativa absolutamente inidónea y, por tanto, no peligrosa.

La teoría de la peligrosidad se ha desarrollado ulteriormente en este sentido: Hay que atender a un juicio ex ante sólo para la {acción}, pero no para las {circunstancias del hecho independientes del autor} (14) que corresponde a: Spindel, *Stock - Festschrift*, Págs. 89 ss.; vid. también el mismo *ZStW*, 65, Págs. 519 ss; 522. Pero tal delimitación no se puede realizar con exactitud, ni está demostrado que satisfaga axiológicamente (15) que corresponde a: Crítica en Wolter, *Zurechnung*, Págs. 84 ss; con bibliografía. También se propugna considerar a la tentativa como delito de peligro abstracto (16) que corresponde a: de acuerdo con Kratzsch, *Verhaltenssteuerung*, Págs. 43 ss; la norma de la tentativa tiene por misión: **1)** evitar que se pongan en práctica voluntades delictivas, anteriores a la lesión; **2)** limitar la punibilidad por tentativa a los supuestos indispensables, y **3)** hacer posible una realización de los fines de la norma para todas las partes (autor, víctima, legislador, juez). La norma de la tentativa hace abstracción, por eso, del suceso individual, ya que una puesta en peligro concreta sólo cabe determinarla muy inseguramente: La tentativa es un delito de peligro abstracto. Pero, ¿cómo es que para que el autor que persigue una consumación de la lesión a pesar de la prohibición existente va a significar algo la prohibición de poner en peligro abstracto de modo que se llegue a la realización de los fines de la norma? Vid. el mismo, *JA*, 1983. Págs. 420 ss; 578 ss; 579 ss.

c) La teoría objetiva es una emanación del ya superado dogma causal; la ecuación sería del tenor siguiente: Al igual que un delito consumado es una lesión causal de un bien jurídico, así también un delito intentado es una puesta en peligro de ese bien jurídico. Pero como el delito no es primariamente la causión de lesiones de bienes, sino la lesión de la validez de la norma, así también la tentativa de delito no se debe concebir a través de la puesta en peligro de bienes, sino a través de la lesión de la validez de la norma. (17) que corresponde a: Vid. Stratenwerth, *AT*, Núm. Marg. 656. El fundamento de punición de la tentativa es exactamente el mismo de la consumación, como se evidencia también en el hecho de que numerosos delitos consumados no son materialmente sino



tentativas. Al atenderse al peligro, la teoría objetiva denomina “tentativa” a un suceso contrario a las normas de policía, pero no a un comportamiento punible.

Sobre la tentativa como infracción normativa puesta de manifiesto y próxima al tipo, el autor indicado sostiene lo siguiente: **1.a) Dado que tanto “tentativa” como “consumación” suponen ataques a la validez de la norma, el autor de la tentativa, al igual que el de la consumación, debe poner de manifiesto que no se rige por la norma. Tal es el contenido mínimo del comportamiento punible.**

b) La libertad de organización interna, que le compete a toda persona responsable (supra 25 / 1 a ss.), está sujeta a una contraprestación (synallagma). La persona tiene que cuidar de que su ámbito de organización no salgan procesos causales dañinos (31) que corresponde a: Lo cual es válido también para los delitos de infracción de deber por comisión: El autor es garante de no exteriorizar ningún proceso causal incompatible con la institución. Ejemplo: el juez tiene que garantizar no sólo la existencia de resoluciones correctas, sino la ausencia de resoluciones incorrectas. Sino cumple este deber, no puede reclamar libertad alguna; lo que quiere decir, que lo que la persona no domina es externo, es decir, verificable. El abandono del dominio en perjuicio potencial de otro es una tentativa en sentido material (el autor da comienzo a un comportamiento externamente perturbador). Sin embargo el Derecho vigente no atiende en el d 22” “StGB al perjuicio potencial, sino a la realización potencial del tipo (que en no pocas ocasiones está anticipada a la lesión del bien jurídico, supra 2 / 25 a ss., 6 / 86 a s.); el abandono del dominio con la consecuencia de una potencial realización del tipo es una tentativa en sentido formal (por que la consumación que se determina en función de la realización del tipo es un concepto formal, supra 25 / 1 g). Así pues, de conformidad con el Derecho vigente hay tentativas punibles exclusivamente formales, en tipos en que incluso la consumación está tan anticipada, que aún no se ha realizado el abandono de un curso causal potencialmente dañino. Así ocurre, p. ej., en la primera variante del d 276.1 StGB; el documento inauténtico no sale del ámbito de dominio del autor sólo mediante la elaboración, y mucho menos mediante la tentativa de elaboración, pero la ley trata a la elaboración como comportamiento externo.

El fundamento de punición de la tentativa es que se pone de manifiesto una infracción de la norma; en la tentativa en sentido material, a través de un comportamiento externo; en la tentativa en sentido exclusivamente formal, a través de un comportamiento que el Derecho Positivo declara externo.

18 Dada la propia naturaleza de los delitos ambientales, esa tarea valorativa no la puede efectuar por sí solo un Juez siguiendo los criterios tradicionales del Derecho Penal. En mi opinión, el Juez deberá complementar su juicio valorativo con los planteamientos dogmáticos que sobre la tentativa punible aportan tanto el Prof. Dr. Santiago Mir Puig como el Dr. Günther Jakobs, y en cuanto al mundo de lo procesal, el Juez deberá probar objetivamente sus determinaciones con base en dictámenes especializados de autoridades administrativas competentes en la materia, que en México son: la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales “SEMARNAT” y la Procuraduría Federal para la Protección del Medio Ambiente “PROFEPA” Véase a: Morales Prats, Fermín. “Técnicas de tutela penal de los intereses difusos”, trabajo publicado en el número de la colección Cuadernos de Derecho Judicial, titulado *Intereses difusos y Derecho Penal*, y ha sido autorizado para su reproducción exclusivamente en el Aula de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universitat Oberta de Catalunya, España, visible en: www.uoc.es/aulajmvalle), por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial, en el que se lee lo siguiente:

...Estimo que cuando los penalistas acudimos a esta expresión, lo hacemos para referirnos a nuevos intereses colectivos, a nuevos intereses de la mayoría de la población, con respecto de los cuales se constatan las siguientes características:

1º.) No son operativos o proyectables sobre los mismos las técnicas de tutela tradicionales.

2º.) Su efectiva y racional protección penal precisa de un complejo entramado institucional de organización y control.

3º.) Los focos o fuentes de peligro para los mismos emergen por lo común de sectores de actividad socialmente necesaria y, en cualquier caso, no es posible establecer un juicio hipotético tendente a su supresión.

4º.) La vulneración de esos intereses es presentada como una disfuncionalidad del sistema. En modo alguno su tutela pasa por un programa institucional orientado a la desaparición o erradicación de la

actividad sectorial que genera las fuentes de peligro.

La categoría «interessi diffusi» desborda los criterios tradicionales de clasificación de los bienes jurídicos, para proyectarse sobre intereses de textura y contenido muy diverso; así intereses tan plurales como los relativos al ambiente, planificación territorial y urbanismo, información privilegiada (bursátil, financiera o administrativa), reglas societarias o económicas o los relativos a la intimidad-libertad informática («habeas data»), pueden quedar aprehendidos conceptualmente por los interessi diffusi

LAGUNAS LEGALES

Aunado a lo anterior, en el caso de que existiesen pruebas suficientes, tales como dictámenes técnicos, testigos o declaraciones, ¿en México realmente se llegará a aplicar la pena privativa de libertad a los gerentes, directores o miembros del consejo de administración de los grandes grupos industriales?, mismos que atentan cotidiana y permanentemente contra el suelo, subsuelo, la atmósfera, las aguas subterráneas, las aguas terrestres o marítimas; rubros todos, en los cuales sabemos se vierten sustancias contaminantes, aunque algunos de éstos no están protegidos a la letra en los tipos penales, objeto de comentarios en este ensayo.

Al día de hoy -salvo omisión de investigación de mi parte- en archivos bibliográficos y de informática del Poder Judicial de la Federación, en el grado de tentativa punible y para los delitos ambientales, no existe una sola tesis, ejecutoria o jurisprudencia que ilustre sobre el tema.

Sobre el particular, el lector puede consultar los criterios existentes bajo el título “Tesis y Jurisprudencias sobre Delitos Ambientales”, en la sección de la Fiscalía Desconcentrada de Investigación en Delitos Ambientales y en Materia de Protección Urbana (FEDAPUR), Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (PGJDF), visibles a marzo de 2014 en la página web: www.pgjdf.gob.mx/fedapur/jurisprudencia.

Como punto final en este trabajo -y por cuestiones de espacio- omito la transcripción de los artículos aplicables (343 al 346) del Código Penal para el Distrito Federal (CPDF) y (414 al 416) del Código Penal Federal (CPF) -que pueden ser consultados por el lector-, los cuales contienen diversos supuestos de hecho encaminados a describir comportamientos que atentan contra el medio ambiente, cuyo propósito o enfoque no me queda claro. ¿Fueron diseñados para proteger el medio ambiente o simplemente con ellos se sanciona la contaminación grave del mismo?

Lo primero resulta difícil de concebir en el campo del Derecho Penal, debido a que ésta es una tarea de las autoridades administrativas competentes en México; lo segundo, es muy técnico, de enorme contenido valorativo, laborioso y costoso de comprobar.

CONCLUSIONES

En ese orden de ideas y dadas las observaciones vertidas con anterioridad en este ensayo, considero que se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. Las disposiciones contenidas en el CPDF y el CPF, mismas que contienen diversos supuestos, de hecho encaminados a describir comportamientos que atentan contra el medio ambiente, fueron diseñados para sancionar penalmente la contaminación grave del medio ambiente. La protección del medio ambiente es una tarea de las autoridades administrativas competentes en México, y la sanción penal de los mismos; sin embargo, resulta ser muy técnico, de enorme contenido valorativo, laborioso y costoso de comprobar.
2. El estudio de los llamados “delitos ambientales” en nuestra ley penal mexicana, ya sea federal o para el Distrito Federal, constituye un tema producto del expansionismo que hoy en día caracteriza al Derecho Penal, en el cual se hace presente la formulación de tipos penales en los que se sanciona, incluso, el solo peligro o riesgo que se ocasione a un elemento no renovable, como lo es el medio ambiente; fórmula que, dado su fin ecologista, resulta plausible, pero muy cuestionable en el plano jurídico penal.
3. La redacción legal que caracteriza a los delitos ambientales es mucho más compleja de lo que a simple vista aparenta. Sólo para comenzar, debe determinarse para su correcta integración, si como tipos penales deben ser complementados con elementos de valoración contemplados en



normas especiales de cuerpos normativos administrativos independientes, y que por ello, impliquen la necesaria intervención de autoridades también administrativas, para determinar si el comportamiento en concreto constituye sólo una falta de la misma categoría que se castiga con una medida pecuniaria o bien, si el comportamiento es digno de estudio por parte del Derecho Penal.

4. El tema de los delitos ambientales traerá una inseguridad jurídica, debido a que si su redacción legal no parece lo suficientemente compleja de valorar e interpretar para un Juez Penal, entonces ¿cómo resolverán en un delito ambiental el aspecto de la frontera dogmática entre “tentativa punible” y el “delito consumado”?, máxime cuando se deba valorar un bien jurídico difuso, colectivo o supra-individual, que además, no es renovable sino consumible, y que dependiendo de la continuidad, cantidad y tipo de agente contaminante, éste podrá o no, causar un daño o representar un peligro o riesgo para el medio ambiente -entendido en *lato sensu*- en un momento y lugar determinados.