

Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el republicanismo

Santiago Truccone Borgogno: Abogado; Becario doctoral CONICET; Doctorando Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC); Miembro del programa de Derecho, Ética y Política (DEEP) de la Universidad Nacional de Córdoba; santiagotruccone@gmail.com.

Abstract

La censura penal en los estados liberales de derecho, se ha justificado históricamente desde el concepto de *bien jurídico* y desde *principio del daño*, conforme la tradición sea alemana o anglosajona, respectivamente. Sin embargo, en las últimas décadas se observa que tales criterios no puede hacer frente a nuevos problemas que presentan las sociedades modernas. Tal es el caso de las tipificaciones en forma de delitos acumulativos, es decir conductas que en sí mismas acarrear consecuencias lesivas muy pequeñas, pero que sumadas a otras de igual naturaleza pueden producir graves afectaciones. La literatura ha proporcionado un profuso debate sobre este tema. Aquí se intentará proponer una construcción plausible que sea capaz de justificar esta clase de prohibiciones. Para ello se parte del modelo republicano, que adopta como ideal de libertad, la no dominación. Toda vez que al ser posible la inexistencia de interferencias pero que, sin embargo, una persona vea restringida su libertad por encontrarse bajo el poder de otro (dominio), la idea de “libertad como no dominación” parece más satisfactoria para garantizar buenas condiciones de vida a los sujetos. Se ensayarán dos respuestas, una que considera que la razón de la prohibición se encuentra en el efecto que cada acto produce junto a los demás; y otra, que sólo repara en las consecuencias del acto individual.

Palabras clave: Daños ambientales acumulativos– Republicanismo– Garantías–Justificación de Prohibiciones

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; I. PLANTEO DEL PROBLEMA; II. SOLUCIONES CONVENCIONALES; III. MODELOS DE PROTECCIÓN PENAL DEL AMBIENTE; IV. ERRORES AL PENSAR LOS DELITOS AMBIENTALES ACUMULATIVOS; V. DERECHO PENAL Y RESPUESTA A OBJECIONES; 1. Seguridad y no dominación: la adopción de (TAB); 1.1. Imputabilidad de los daños acumulativos; 2. ¿Censurar pequeñas efectos? o la adopción de (TEI); 2.1. Una solución republicana para los daños acumulativos; 2.2. Republicanismo y derecho penal liberal; VI. CONCLUSIÓN; VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

En este trabajo, se pretende analizar un tema que, se dice, ha puesto en cuestión prácticamente todos los principios del derecho penal liberal clásico, a saber: los delitos acumulativos. Así, no se debe desconocer que, sobre todo en materia medioambiental, su tipificación se encuentra ampliamente difundida. Sin embargo, posee graves cuestionamientos entorno su justificación. En lo que sigue, sobre la base de un modelo republicano respetuoso del estado de derecho, se pretenderá dotar de una justificación plausible a esta clase de prohibiciones. Esta tarea, como se sugiere, se abstrae de considerar cualquier conjunto positivo de normas. Más bien es un trabajo de filosofía normativa (o práctica), la cual trata sobre “la justificación y crítica de instituciones jurídicas fundamentales y de las normas jurídicas positivas que regulan las instituciones”¹. En este caso, se evaluarán las tipificaciones en forma de daños acumulativos.

Para desarrollar tal tarea, en primer lugar, se hará un breve planteo del problema, que de cuenta de su importancia. En un segundo momento se enumerarán, a modo meramente ilustrativo, algunas soluciones que la doctrina ha propuesto. Tercero, se comentarán brevemente, los modelos existentes de protección penal del ambiente. Cuarto, se intentarán identificar una serie de errores a la hora de pensar las conductas que dan lugar a los delitos acumulativos.

Sobre la base de tales descubrimientos, en quinto lugar se procurará analizar las ventajas y desventajas que acarrearán las soluciones propuestas. Por último, se realizarán algunas consideraciones acerca de si la tipificación de los daños acumulativos requiere apartarse de los postulados liberales o no.

¹ Nino, Carlos S, *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Bs. As. Astrea. 1980, p.19

II. Planteo del problema

Las tipificaciones penales dentro del marco del estado de derecho, históricamente han encontrado su justificación en la salvaguarda de la libertad de sus ciudadanos. Así, se sostiene, sólo es legítimo prohibir una conducta y amenazarla con coacción estatal, cuando la tipificación está dirigida a prevenir la afectación a la libertad de terceros. De modo que, por injustificadas, es posible excluir prohibiciones penales que tengan meros fundamentos *perfeccionistas*, *paternalistas* o que procedan de lo que se suele llamar *populismo moral*². Esto, desde que esa clase de tipificaciones no está pensada en la salvaguarda de derechos o intereses de terceros.

Si bien no fuera de controversias, las posiciones dogmáticas tanto alemanas, como anglosajonas –que pretenden ser respetuosas del estado de derecho– han justificado históricamente la censura penal de cierta clase de conductas con apoyo en el concepto de *bien jurídico* y *principio del daño*, respectivamente. Estos criterios –*grosso modo*– suponen que para que una prohibición penal sea legítima, debe estar dirigida a prevenir una conducta que produzca un menoscabo o puesta en peligro a algún bien o interés de tercero. Asimismo, que sólo se es pasible de reproche penal por la conducta individual que cada sujeto realiza.

Sin embargo, en las últimas décadas se ha visto que consecuencias pequeñas o imperceptibles de actos individuales pueden producir, al cabo de un tiempo, resultados catastróficos. Esto, porque sumadas a otras consecuencias de igual naturaleza pueden dañar intereses de terceros o afectar de un modo drástico a determinado bien jurídico. Con base en estas consideraciones, se ha dicho que quien posee el potencial destructor de bienes jurídicos no es ya el agente individual, sino un “actor colectivo”. Hecho que lleva consigo la asunción de una responsabilidad colectiva donde la imputación de responsabilidad por daños, se reconduce a acciones mínimas. Los llamados daños ambientales por acumulación son un ejemplo de esta situación, desde que –*prima facie*– son conductas que en sí mismas no causan menoscabo alguno, pero que sumadas a otras de igual naturaleza producen consecuencias nefastas, pudiendo lesionar las condiciones

² Es *perfeccionista* aquella ley que es un instrumento para inducir a los individuos a adoptar formas de vida moralmente dignas y para realizar ideales de perfección humana. Es *paternalista* aquella destinada a evitar el daño físico o psicológico que alguien se infiere a sí mismo. Y es una ley propia del *populismo moral*, aquella en la que la mayoría puede determinar cómo los demás pueden vivir; Leyes que deben hacer efectiva la moralidad vigente en una sociedad, cualquiera sea su contenido. (véase NINO, Carlos S., *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Bs. As. Astrea. 1980, pp. 281-292.)

de habitabilidad del planeta. He dicho *prima facie*, porque otra posibilidad es considerar que por más mínimos que sean los efectos de los actos individuales, deben considerarse como lo suficientemente lesivos a los efectos de tipificar penalmente una conducta. El siguiente caso hipotético puede ayudar a comprender el inconveniente:

Caso 1: Existe una población X en las márgenes de un río, del cual beben agua. Esta es la única posibilidad para la población X de consumir agua potable. En un momento, se instala en la ribera una empresa³ A, arrojando desechos industriales al cauce. Los residuos expelidos por A, por sí mismos, no pueden afectar a ninguno de los integrantes de la población X dado que no son lo suficientemente abundantes como para producir que el agua deje de ser potable. Se puede suponer que los residuos de A sólo afectan a un vigésimo del agua, dejando la suficiente cantidad para ser bebida. Con el tiempo, se instala en la ribera una empresa B, la cual arroja la misma proporción de desechos que A. Luego, hacen lo propio las empresas C, D, E, F, G e I, y así sucesivamente. Si bien cada una de las empresas sabe que las otras empresas arrojarán o es probable que arrojen residuos –dando como resultado la contaminación total del río– ellas no se ponen de acuerdo para hacerlo. Al cabo de un mes, ese es el efecto, razón por la cual, los pobladores de X ya no pueden beber agua potable.

¿Existe alguna razón para prohibir que cada una de estas empresas se instale en las márgenes de un río y arroje desechos en ese sitio? La respuesta –creo– debe ser afirmativa, sin embargo, desde los trabajos de Kuhlen⁴ ⁵, el tema no ha encontrado justificaciones que no hayan sido blancos de controversias.

³ Ciertamente es que existe una extensa polémica sobre la posibilidad de adscribir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Sin embargo, en este trabajo no se harán consideraciones al respecto. Así, quien esté en contra de tal posibilidad sólo tiene que reemplazar la palabra empresa por sujeto o agente. En este escrito, tales términos se utilizarán en forma indistinta.

⁴ KUHLEN, L., “*Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung*” (§ 324 StGB)” en Revista GA, 1986, y KUHLEN, L. “*Umweltstrafrecht –auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*” ZStW 105, 1993 citado por SILVA SANCHEZ, Jesús María *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal e las sociedades post- industriales* BdeF Montevideo-Buenos Aires. 2006, p.105.

⁵ El análisis de Kuhlen, sobre el 324 del StGB (Código penal alemán), es más bien de tipo explicativo. Pretende descubrir – en el delito de contaminación de aguas– el fundamento de la pena. Llega a la conclusión de que, tal cual como está tipificado, la coacción sólo puede sustentarse en que sería peligroso para el bien jurídico que tales acciones se repitieran de forma masiva. Sin embargo como se ha dicho ya, en el presente trabajo, no es este el objetivo que se tiene en miras; sino evaluar si es posible que dichas

III. Soluciones convencionales

Si bien la cuestión no se reduce al debate en torno al concepto de bien jurídico o el principio del daño –ya que también se encuentra atravesada por problemas de imputación y participación– en este escrito, el foco estará puesto sólo sobre el primer criterio. Así, a modo meramente ilustrativo, a los fines de poder realizar una aproximación al estado de la discusión, se enuncian las siguientes tesis que –dentro del marco del Estado de Derecho– pretenden dotar justificar (y limitar) las prohibiciones penales.

Desde una teoría *personal* del bien jurídico⁶ se niega toda legitimidad a las prohibiciones de los daños por acumulación, toda vez que las conductas prohibidas, en sí mismas, no pueden ocasionar una lesión o puesta en peligro a ningún bien jurídico. Así, sostienen que regular con derecho penal procesos sistémicos y macro-sociales, con la consiguiente modificación expansiva de la responsabilidad que ello implica, le haría perder sus perfiles liberales, cayendo en una exclusiva orientación preventiva exenta de límites garantísticos.

Por el contrario, para el sector de la doctrina que podría llamarse *modernizador* del derecho penal⁷, la protección del ambiente viene a configurarse como uno de los intereses esenciales a proteger penalmente. Esto porque sin una prohibición, reforzada por la sanción, de las conductas que causan daños por acumulación, habría que esperarse un gran número de ellas, lo que tendría como consecuencia un menoscabo de los bienes protegidos. Sin embargo, a esta argumentación se le objeta que no tiene en cuenta tanto el principio de culpabilidad, como el de proporcionalidad entre el grado de injusto de la acción y la sanción. Ahora bien, obviando estas observaciones, estos autores sostienen que lo que justifica la imputación de responsabilidad del agente, no es sino el pronóstico de acciones futuras por parte de otros agentes. Sin embargo, tal argumento es rechazable desde que los presupuestos de imputación exige un reproche de culpabilidad basado en un hecho lesivo individual y no en una culpabilidad colectiva.

tipificaciones –las de conductas *prima facie* inocuas– pero masivas potencialmente destructivas, puedan encontrarse justificadas.

⁶ Hassemer, Winfried “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?” en Hefendehl, Roland (ed), *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 95-104; Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989; Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Barcelona, Tirant lo Blanch. 1995.

⁷ Kuhlen, Lothar, *Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung*, GA, ZStW, 1986.; Hefendehl, Roland (ed), *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007.; Schünemann, Bernd, *Derecho Penal Contemporáneo*, Bs.As. Hammurabi, 2009.

Esto, desde que tales presupuestos están configurados en torno a la competencia por la propia autonomía individual con respecto al menoscabo de una esfera de libertad ajena.

La conceptualización del bien jurídico como posibilidad de participación del individuo en la sociedad⁸, parece más satisfactoria para justificar la prohibición penal de los daños acumulativos, sin menoscabar la libertad. Desde esta posición, que reconoce base en la idea de *cooperación intersubjetiva*, se puede legitimar la creación y protección de determinadas realidades sociales de carácter público –bienes institucionales– a partir del interés de todos los ciudadanos en su mantenimiento para el desarrollo de la libertad en sociedad. La prohibición de los daños por acumulación se justifica en la medida en que tales actos ponen en duda la confianza de los ciudadanos en la institución. No obstante, la conclusión final encuentra reparos dado que el ambiente, desde que no es creado por nadie –a diferencia de por ejemplo la administración pública– no puede considerarse un bien institucional. Con todo, podría argumentarse que es un bien asimilable a los institucionales ya que cumple una función similar, en el sentido de posibilitar la mayor libertad de todos. Sin embargo, tal caracterización no resulta plausible desde que no es posible perder la *confianza* en el ambiente, como si lo es respecto de la administración pública o el fisco. Los *bienes institucionales* son una buena herramienta para justificar censuras penales de conductas que, aunque con consecuencias pequeñas o imperceptibles, pueden socavar la confianza de los demás en la institución; sin embargo ese no parece ser el caso del ambiente.

En el ámbito anglosajón, la justificación de las prohibiciones penales ha tenido una evolución similar a la de la dogmática alemana:

Clásicamente desde el *principio del daño*, en la formulación de J.S Mill⁹, se ha pretendido asegurar que los intereses primordiales del individuo sean protegidos frente a injerencias externas, para lograr la mayor optimización posible de las esferas de libertad para todos. Esta perspectiva, con argumentos similares a los sostenidos por los partidarios de la teoría personal del bien jurídico, niega la legitimidad de la prohibición

⁸ Kindhäuser, Ürs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, en revista InDret, Barcelona. 2009 <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>: último acceso 01-01-13; Alcácer Guirao, Rafael, “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos”, en RECPC 04-08-02 <http://criminet.ugr.es/recpc>: último acceso, 20-11-12.

⁹ Mill, John S. *Sobre la Libertad*, Madrid, Alianza 1992 [1859] p. 191.

penal de los daños acumulativos, desde que las consecuencias de los actos individuales son muy pequeñas como para representar una afectación a un interés o derecho ajeno.

Autores modernos que suscriben al *principio del daño*, amplían su potestad legitimante de prohibiciones hacia conductas que pueden dar lugar a consecuencias lesivas graves y probables en el futuro¹⁰. Sin embargo, toda vez que el daño que produce el acto individual no pone, en sí mismo, en riesgo ningún ámbito de libertad, esta posición no resulta satisfactoria para tratar los delitos por acumulación.

Las posiciones *retribucionistas* anglosajonas intentan justificar la prohibición de los daños por acumulación desde otro punto de vista. Sostienen que la sanción al quebrantamiento de la prohibición penal viene a compensar la ventaja injusta que obtiene el infractor al ignorar aquellas cargas que los demás han asumido¹¹. Así, la prohibición se justifica con el objeto de impedir las acciones que corresponden a los *free-riders*¹², es decir aquellos que se benefician del sistema sin contribuir con las cargas. Las objeciones a esta posición radican en que prescinden, a los fines de tipificación de la afectación a terceros, contentándose con la mera desobediencia a lo dispuesto por el derecho. Pareciera que la coacción penal requiere más que eso.

IV. Modelos de protección penal del ambiente.

La protección del ambiente ha encontrado justificación desde dos concepciones teóricas generalmente enfrentadas. El *biocentrismo*¹³ que sostiene que la biosfera y la naturaleza son entidades autónomas dignas de protección; y el *antropocentrismo*¹⁴, postura según la cual la única razón para proteger el ambiente es la de su valor para el desarrollo humano. En el campo de la dogmática penal la tesis biocéntrica no encuentra muchos sostenedores. Ni siquiera Zaffaroni, quién se autodefine como partidario de tal

¹⁰ Feinberg, Joel, *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p.188; Husak, Douglas, *Overcriminalization: The limits of the Criminal Law*, NY, Oxford University Press, 2007, p. 38. VON HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang, “Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito. Sobre los criterios de una imputación justa” en: HEFENDEHEL, Roland (ed). *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid, Marcial Pons, 2007pp. 285-308.

¹¹ Morris, Herbert, *On Guilt and Innocence: Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*. Berkeley, University of California Press, 1976, p.34.

¹² Hart, H.L.A. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 1968

¹³ JONAS, Hans, *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder S.A. Barcelona, 1995, p.35.

¹⁴ Kindhäuser, Ürs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, en revista *InDret*, Barcelona. <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>; último acceso 01-01-13; Kuhlen, Lothar, *Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung*, GA, ZStW, 1986; Silva Sánchez, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Bs. As. BdeF 2º ed. 2008.

tesis, tiene una postura totalmente biocéntrica¹⁵. Así, por un lado conceptualiza la tesis de Lovelock, que parece tomar como punto de partida para la propia, del siguiente modo: “La tesis de Lovelock es que si perturbamos demasiado el equilibrio planetario, Gaia decidirá toser o estornudar y prescindir de nosotros rápidamente, para permitir a la vida recomponerse en otros seres complejos menos incómodos o más cooperadores.”¹⁶

Posteriormente, en el mismo trabajo, arguye ya en expresión de sus propias ideas que:

Nadie pretende que haya un organismo Tierra del que todos seamos parte y que un intérprete de éste nos esclavice pretendiendo asumir la voz. El Por el contrario: se trata de reconocer que debemos actuar respetando a otros seres con derechos y cuyo reconocimiento es condición de nuestra propia supervivencia, como especie independiente de otras y de otros entes terrenos en su existencia.¹⁷

Además de esta consideración de índole práctica, la visión biocéntrica si bien permite –con mayor facilidad– justificar tipificaciones que sólo puedan afectar medio natural, no es convincente desde que supone considerar al ambiente, es decir a animales, plantas, rocas, etc., como miembros de la comunidad moral, y por tanto sujetos y objetos de derechos y obligaciones.

Dado lo precedente, el punto de partida para una correcta justificación de las prohibiciones penales que tienden a proteger el ambiente se encuentra mejor defendida desde la tesis *antropocéntrica*. No obstante, que la fundamentación última tenga este carácter, nada dice aún sobre cuál debe ser la razón axiológica a adoptar respecto del bien jurídico. Aquí, nuevamente las opciones son dos. Por un lado una concepción *autónoma* (o eco-céntrica), que entiende al medio ambiente como un bien autónomo digno de protección, pero donde la razón última de su protección son los intereses de los seres humanos; y por el otro una tesis que podría llamarse *dependiente*, la cual rechaza la erección del medio ambiente como un bien jurídico autónomo objeto de protección, considerando que su protección no es más que una técnica de anticipación de tutela de los intereses personales.

¹⁵ Hans Jonas, por su parte: *En la medida en que es el destino del hombre, en su dependencia con el estado de naturaleza, el referente último que hace del interés en la conservación de ésta un interés moral, también aquí ha de conservarse la orientación antropocéntrica de toda ética clásica* (JONAS, Hans) *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder S.A. Barcelona, 1995, p.33)

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio R. *La pachamama y el humano*, Buenos Aires. Madres de Plaza de Mayo, 2012, p. 83.

¹⁷ *Ibid.*, p. 134.

Conforme el punto de vista aquí adoptado, en el caso 1, la censura penal de las conductas de cada empresa sólo si justifica si la contaminación al río puede poner en peligro la salud o la vida de las personas. Como el agua del río es la única que pueden beber, parece que ese es el caso. Sin embargo existen diferencias significativas conforme se adopte una posición *autónoma* o *dependiente* del bien jurídico ambiente. En el primer caso, la sola contaminación del río, capaz de poner *en abstracto* en peligro a los pobladores de la ribera, de por sí justificaría la prohibición penal. En tanto que desde el segundo punto de vista, habrá que analizar en el *caso concreto* si las acciones de las empresas ponen o no en peligro la vida de los pobladores de X.

Dado que el problema que se quiere resolver –la justificación de las prohibiciones de los daños acumulativos– es grave, pero que usualmente se piensa que las conductas que pueden dar lugar al daño o menoscabo de las condiciones de vida de las personas, individualmente consideradas, no pueden poner concretamente en peligro ningún interés personal, la tesis de la *autonomía* del bien jurídico, parece mejor preparada para resolver el inconveniente. Sin embargo, como se verá esto no es del todo cierto. Aun así, no es en vano destacar que, como mayoritariamente se sostiene, ambas consideraciones del bien jurídico ambiente, corresponden a modelos diferentes de derecho penal. Uno, el que considera al ambiente como un bien jurídico autónomo, llamado derecho penal asegurador del futuro; y el otro, que considera al ambiente como un bien jurídico *dependiente* de los intereses personales del sujeto en el caso concreto, que se correspondería con las estructuras del derecho penal liberal actual. Alcacer Guirao, da un resumen acerca de cuáles serían los caracteres de ambos derechos, así:

El modelo de Derecho penal actual, fundado, por así decirlo, en la competencia por la propia esfera de libertad y organización, sería el siguiente:

- Un marco de legitimidad de intereses a proteger, 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 respecto 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 cercana.

Frente a esta imagen, el modelo del derecho penal asegurador del futuro, habría de ser otro:

- En primer lugar, una regulación y protección de entidades supraindividuales, asegurando no tanto bienes personales como estructuras sistémicas o instituciones colectivas funcionales a la estabilidad social.
- En segundo lugar, una expansión de las estructuras de imputación, como ya mencionamos, con, al menos, las siguientes vertientes: responsabilidad cuasi-objetiva, centrada en una previsibilidad potencial, o directamente objetiva; responsabilidad colectiva de grupos sociales (...) acorde a los fenómenos de delegación del control de

riesgos, y de la imputación individual en virtud de una probabilidad de acumulación de acciones similares por terceros.

- Y en tercer lugar, una lesividad basada en riesgos genéricos o difusos, delimitados en virtud de estándares formales, o en producciones de efectos vinculados sólo en virtud de una causalidad estadística.¹⁸

Así caracterizados ambos modelos de derecho penal, si se pretende justificar la prohibición de los daños acumulativos sin hacerle perder al derecho penal sus perfiles garantísticos, el paso siguiente debería ser poder explicar por qué cada uno de los caracteres que se le adscriben al derecho penal liberal no se pierden con esta clase de tipificaciones. También se podría argumentar tomando los presupuestos del segundo modelo de derecho penal y concluir que ellos no ponen en riesgo la libertad. Sin embargo, no estoy tan seguro de esto último, por lo que, en lo que sigue, el trabajo se centrará en proponer un modelo de justificación que no se oponga a las características esbozadas del derecho penal liberal.

V. Errores al pensar los delitos ambientales acumulativos

Muchas de las confusiones al pensar lo que se han llamado *delitos acumulativos*, tienen lugar en fallas en el razonamiento moral. De hecho, no queda claro ni siquiera si cada una de las acción que juntas podrías provocar una catástrofe, son en sí mismas malas. Para despejar estos inconvenientes, se hará un análisis en dos niveles. En un primer momento, se intentará identificar *lo malo* de esta clase de acciones; para después analizar si esas consecuencias pueden ser tenidas en cuenta por el ordenamiento jurídico a los fines de su tipificación penal.

Para realizar la primera tarea, resulta útil volver al caso hipotético 1 de las empresas contaminantes:

Caso (1) Existe una población X en las márgenes de un río, del cual beben agua. Esta es la única posibilidad para la población X de consumir agua potable. En un momento, se instala en la ribera una empresa A, arrojando desechos industriales al cauce. Los residuos expelidos por A, por sí mismos, no pueden afectar a ninguno de los integrantes de la población X dado que no son lo suficientemente abundantes como para producir que el agua deje de ser potable. Se puede suponer que los residuos de A sólo afectan a un vigésimo del

¹⁸ Alcácer Guirao, Rafael, “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos”, en RECPC 04-08-02 <http://criminet.ugr.es/recpc>: último acceso, 20-11-12, pp. 10-11.

agua, dejando la suficiente cantidad para ser bebida. Con el tiempo, se instala en la ribera una empresa B, la cual arroja la misma proporción de desechos que A. Luego, hacen los propio las empresas C, D, E, F, G e I, y así sucesivamente. Si bien cada una de las empresas sabe que las otras empresas arrojarán o es probable que arrojen residuos dando como resultado la contaminación total del río, ellas no se ponen de acuerdo para hacerlo. Al cabo de un mes, ese es el efecto, razón por la cual, los pobladores de X ya no pueden beber agua potable.

La pregunta contestar es nuevamente si: ¿Existe alguna razón que implique que es malo que cada una de estas empresas se instale en las márgenes de un río y arroje desechos en ese sitio?

Como antes, creo que la respuesta debe ser positiva. Sin embargo, al aparecer casos como este, usualmente se hacen dos afirmaciones que merecen ser consideradas:

(A) El menoscabo a un bien no puede hacerse ni *menos malo* ni *peor* si de ningún modo se notara la diferencia para ese bien. El daño a un bien no puede hacerse imperceptiblemente peor.

O

(B) Al menos *tan malo como* y *no peor que* cuando se aplica a menoscabos o acrecentamientos son *relaciones transitivas*. De modo que si el menoscabo de un bien en el resultado (2) no es peor que en el resultado (1), y su menoscabo en el resultado (3) no es peor que en el resultado (2); su menoscabo en el resultado (3) no es peor que en el resultado (1).¹⁹

Según (A), entonces, el menoscabo (daño) al río del caso 1, en la situación (1), cuando la empresa (A) arroja sus desechos, no es peor que la situación (0), donde ninguna empresa vierte desechos. En la situación (2), es decir cuando las empresas A y B vierten sus desechos, no es peor que lo que lo era tal menoscabo en la situación (1), cuando sólo la empresa A lo hacía. El río en la situación (3), cuando tanto las empresas A, B y C arrojan sus desechos, experimenta un menoscabo que no es peor que lo que era en la situación (2).

¹⁹ Estas afirmaciones, con leves modificaciones han sido tomadas de Parfit, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984 p.78

Según (B), dado que los menoscabos son relaciones transitivas, la afectación experimentada por el río en la situación (2), no es peor que lo que lo era en la situación (1); en la (3), no es peor que en la (2). En la situación (3), la contaminación del río no es peor que en la situación (1).

En la situación (20), donde 20 empresas arrojan sus desechos en las márgenes del río, (A) y (B) juntas implican que el menoscabo en (20) no es peor que en la situación (1). Contaminar la totalidad del río es lo mismo que contaminar sólo un vigésimo. Como tal conclusión es absurda, se debe rechazar o (A) o (B).

Si se rechaza (A), es porque se piensa que se puede menoscabar un bien en una cantidad muy pequeña para ser notada o percibida.

Si se rechaza (B), en cambio, es porque se cree que los efectos pequeños o imperceptibles deben ser ignorados. “Se debe admitir que *no peor que, y al menos tan malo como*, no son relaciones transitivas”²⁰ Hay que admitir que tales actos individuales no pueden afectar a algún bien. Pueden hacerlo todos juntos. Desde esta óptica, cada acto puede ser incorrecto aunque sus efectos sean minúsculos o imperceptibles, porque son parte de un conjunto de actos que, juntos, hacen que el bien se menoscabe de la peor manera.²¹

Si se cree que conductas como las de las empresas descriptas en el caso 1 deben ser censuradas, el dilema está planteado. O bien se rechaza (A), y se acepta que cabe responsabilidad aun cuando los efectos de los actos individuales sean pequeños o imperceptibles, o bien se rechaza (B), aceptando que cada una de las empresas no hace daño a nadie, ni afecta al río, pero que todas juntas si lo hacen. Se llamará a esta respuesta: Tesis de los Actos en Bloque (TAB); en tanto que a la primera: Tesis de los Efectos Individuales (TEI).

Fuera del ámbito meramente moral y ya dentro del diseño de instituciones públicas –como ser el derecho penal–, la primera de las soluciones (TEI), tiene que contestar a la objeción que se plantea desde el principio de *proporcionalidad* (o *subsidiariedad* o del derecho penal como *ultima ratio* del sistema legal) a los fines de poder ser una justificación plausible de las prohibiciones penales de esta clase de conductas; La segunda solución (TAB), no obstante, debe responder a las objeciones

²⁰ Parfit, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984 p.79

²¹ *Ibid*, p.80

disparadas por quienes piensan que tales asunciones deben aceptar alguna clase de responsabilidad colectiva, o participación *sui generis*, lo que estaría en tensión con los postulados del estado de derecho.

Se cree –desde el punto de vista aquí sustentado– que ambas soluciones son plausibles. Sin embargo, el rechazo de (B) [y aceptación de (A)] (TAB), encuentra mayores dificultades que el rechazo de (A), [y aceptación de (B)] (TEI).

En la explicación de este punto, en un primer momento, se seguirá –con modificaciones– el análisis efectuado por Derek Parfit en *Reasons and Persons*²², para explicar ciertas fallas del razonamiento moral.

Caso (2) Supóngase que las 20 empresas del caso (1) se instalaron en el margen de río donde vive la población X, la cual está representada por 2000 personas. Como las 20 empresas ya están instaladas, al comenzar el día, el agua que beberá cada una de las 2000 personas se encuentra ligeramente contaminada. Cada una de las empresas arroja desechos unas 10 veces en un mes. Cada vertido hace que el agua este peor de una manera ínfima, imperceptible. Pero después de que cada empresa ha realizado 10 vertidos, la situación es que el agua del río ya no es potable. De nuevo, si bien cada empresa sabe que las demás arrojarán sus desechos al río o al menos es probable que lo hagan, ellas no se ponen de acuerdo en este respecto.

Si se acepta (A) y (B), ningún acto de cada empresa es malo, lo que es absurdo. ¿Por qué habría razón para censurar a las empresas que obran de este modo? La primera respuesta posible es que si tomamos todos los actos en bloque, el daño al río es severo. Sin embargo, ésta respuesta (TAB), cuando quiera ser esgrimida como justificación de prohibiciones penales, puede chocar con los principios de derecho penal de acto y por el hecho propio. Respecto del primero, si sólo se toma a una empresa particular, cada acto –en sí mismo– no produce una afectación significativa. Sólo sería posible argüir que, lo que en realidad hizo la empresa a lo largo del mes. En términos penales tal actividad podría constituir lo que se llama *delito continuado*. Ha contaminado en un vigésimo el río. Sin embargo, se ha dicho que tal afectación sigue siendo insignificante, desde que: por un lado, el río podría absorberla sin problemas; y por el otro, queda suficiente agua

²² Parfit, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984 pp. 67-85

potable para los pobladores de X. Desde esta óptica, solo queda responsabilizar a la empresa por lo que el efecto de su acto (en forma de delito continuado) representa junto con los efectos de los actos de las demás empresas. Esta solución, desde que asume una responsabilidad colectiva, al momento de ser esgrimida como justificación de prohibiciones penales –como se acaba de observar– puede ser blanco de objeciones.

Caso 3: Como antes, una población X de unas 2000 personas se encuentra asentada en el margen de un río, el cual es su única fuente de agua potable. Sólo que esta vez, resulta que por causas naturales el río ya está sufriendo una contaminación severa. Ésta es más o menos tan mala como sería después de que 10 empresas arrojaran sus desechos al río durante un mes. Conociendo este hecho, viene otra empresa (K) y arroja un vertido de residuos capaz de menoscabar la potabilidad del río en un vigésimo. El efecto es el mismo que en los días en que las 20 empresas arrojaban sus desechos en el lapso de un mes. El efecto es justo como el que se producía cuando 11 empresas culminaban los vertidos mensuales. La empresa K sabe esto. Sabe que no está afectando en ningún nivel significativo (o perceptible) la potabilidad del agua. Y sabe que no forma parte de ningún grupo que esté haciendo esto conjuntamente.

¿Es censurable la actuación de la empresa K?

Si se dice que no, es porque se rechaza (B) [se acepta (A)] (TAB). No se puede apelar, entonces a las consecuencias de los actos individuales en casos como este. Cada empresa, por tanto, en los casos 1 y 2 obra mal porque es parte de un grupo que en conjunto menoscaba de manera significativa la potabilidad del agua de un río. Este es el razonamiento, creo, que está detrás de la mayoría de las posiciones que trabajan daños acumulativos.

Sin embargo, creo que es censurable la actuación de la empresa K. Esto porque se rechaza (A) [se acepta (B)] (TEI). De lo contrario, si se piensa que el que determinado acto fuese a reportar menoscabos pequeños no podría hacer de ese acto lo que alguien no deba hacer, la conclusión a que fuerza tal razonamiento es que, ninguna de las empresas de los casos 1 y 2 tienen motivos para no arrojar sus desechos al río. Y por tanto tal actividad no sería censurable. ¿Qué diferencia se deriva de que produzca

malos efectos en colaboración con otros agentes que con la naturaleza? Creo que, si no hay acuerdo entre los diferentes sujetos, ninguna.

VI. Derecho penal y respuesta a objeciones

Vistos los casos 1 y 2, se ha dicho que existen dos posibles soluciones al problema de la justificación de los delitos ambientales acumulativos. La *primera*, [rechazo de (B) y aceptación de (A)] o (TAB), donde la responsabilidad radica en que empresa realiza un acto que es parte de un conjunto en el que su consecuencia es el menoscabo significativo al ambiente. La *segunda* solución propuesta [rechazo de (A) y aceptación de (B)] o (TEI), implica que la acción de la empresa K cuando realiza sus vertidos no es peor que lo que lo es cuando las 20 posibles empresas lo hacen. Esta solución apela a las consecuencias del acto individual de cada empresa. Asimismo, se ha dicho que ambas posibilidades de justificación pueden ser plausibles, aunque sin embargo la segunda es preferente desde que asume mayor simplicidad y puede explicar el caso 3. Circunstancia que escapa a la primer solución. En lo que sigue se analizarán ambas respuestas, no ya desde la óptica moral sino de la propia del derecho penal.

1. Seguridad y no dominación: la adopción de (TAB)

La *Tesis de los Actos en Bloque* (TAB) acepta que los actos de cada agente individual no hace daño a nadie, pero afirma que se justifica su censura porque todas juntas si lo hacen.

Para el análisis de la plausibilidad de (TAB) como criterio justificante se parte de la posición que, se dijo, parecía la más satisfactoria para justificar la prohibición de los daños acumulativos. Es decir aquella que conceptualiza al bien jurídico como *posibilidad de participación del individuo en la sociedad*²³. Sin embargo, se le ha objetado que su conceptualización lleva a aceptar tipificaciones de delitos formales. Éstos tienen dos inconvenientes. Por un lado, que prescinden –en un uso extremo– hasta de la puesta abstracta de peligro de un bien jurídico, ya que lo único importante sería el quebrantamiento de una norma considerada socialmente útil. Stratenwerth²⁴

²³ Kindhäuser, Ürs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, en revista InDret, Barcelona, 2009. <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>: último acceso 01-01-13; Alcácer Guirao, Rafael, “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos”, en RECPC 04-08-02 <http://criminet.ugr.es/recpc>: último acceso, 20-11-12.

²⁴ Stratenwerth, Günter, “La criminalización de los delitos contra bienes jurídicos colectivos” en Hefendehl, Roland (ed), *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 368.

parece ser quien lleva mas lejos esta posición, llegando a decir que no hay más delitos que los de conducta, entendiendo por tales a las *convicciones homogéneas presentes o arraigadas en la sociedad*. Su mera existencia, debiera ser condición suficiente para justificar la tipificación de cierta clase de delitos. Una posición como la del autor alemán lleva a aceptar situaciones de *populismo moral*, es decir aquellas donde el derecho debe ser reflejo de la moral social vigente en una sociedad, sea cual sea su contenido. Como se cree que los bienes jurídicos deben seguir siendo erigidos como concepto limitador del *ius puniendi*, la posición de Stratenwerth, que prescinde totalmente de ellos, no resulta convincente. Sin embargo, tales bienes deben adaptarse a las necesidades de la sociedad actual, ya que de lo contrario, la macro-criminalidad seguirá burlándose del sistema liberal, enriqueciéndose, a costa del estado de derecho.

El segundo problema de esta tesis tiene relación con la culpabilidad. La posición extrema, encuentra en Jakobs²⁵ su principal defensor: “dicho de otro modo: en un sistema de imputación en funcionamiento, queda excluido que se conciba al destinatario de la imputación antes de la sociedad”. Así concebida, su interpretación se amolda al Estado paternalista del absolutismo ilustrado. Se deja de lado que, en una sociedad democrática, las normas se basan en un trabajo de acuerdo intersubjetivo sobre coordinación de intereses.

Sin embargo, por los defectos señalados, no es esta la idea que aquí se tiene en mente. Kindhäuser, da una conceptualización eficaz que es posible tomar como punto de partida para la justificación de las prohibiciones en beneficio de la libertad. Para este autor, la protección de bienes jurídicos, significa la protección de principios para el libre desarrollo del individuo. Así, su menoscabo no sólo se produce cuando su sustancia es atacada o puesta concretamente en peligro, sino también cuando hay una pérdida en su capacidad funcional. Así, no sólo los delitos de lesión y los delitos de peligro concreto resultan justificados para lograr este objetivo, sino también las tipificaciones en forma de delitos de peligro abstracto. Éstas deben ser entendidas como aquellos “casos en los que se habrían dado todas las condiciones de una puesta en peligro si un bien se hubiese encontrado en el mismo lugar”²⁶. Seguir esta línea autoriza a decir, y esto es central en su conceptualización, que:

²⁵ Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997, p.387.

²⁶ Kindhäuser, Ürs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, en revista InDret, Barcelona, 2009. <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>: último acceso 01-01-13, p.13.

La interpretación de [los] bienes jurídicos como medio de participación en la vida social sugiere a su vez el deber de extender la protección también al *aseguramiento* de la posibilidad de disposición sobre dichos bienes. Premisa bajo la cual el peligro abstracto se refiere a la *seguridad* de la relación entre el bien jurídico y su beneficiario; el peligro abstracto no afecta al bien jurídico mismo, en su forma o sustancias, sino *a la seguridad con la que se puede disponer del bien*. Sin esta seguridad se reduce el valor del bien jurídico, eventualmente, hasta el límite de su inutilidad.²⁷

Kindhäuser no vacila en concederle importancia a la seguridad. No lo hace tampoco en utilizar la técnica de prohibición de los delitos de peligro abstracto allí donde las consecuencias dañinas de las acciones no pueden ser previstas por un destinatario de la norma, fiel al derecho y con conocimientos epistémicos promedio²⁸. Las condiciones de seguridad deben ser respetadas incondicionadamente, incluso cuando el individuo sepa, con razón, que su acción no puede ocasionar daño. Se deben resguardar las condiciones objetivas básicas para el desarrollo de bienes, como ser los recursos naturales del medio ambiente.

La posibilidad de realización de conductas individuales que, acumulativamente consideradas, pueden ocasionar un daño al ambiente, impiden que los seres humanos puedan desarrollar libremente sus actividades. Cada acto individual afecta la tranquilidad con que se puede disponer del bien en cuestión. Asimismo, desde que es permisible la realización de tales conductas, el ambiente ve disminuido su valor desde que se pierde la posibilidad de mantener el estado del bien jurídico en el tiempo. La tipificación en forma de delitos de peligro abstracto, particularmente en la forma de prohibición de daños acumulativos se encontraría justificada debido a que se garantiza un marco de seguridad que no depende de si un determinado bien fue expuesto al peligro o no con una conducta concreta. Impide la posibilidad de realizar una interferencia que afecte al ambiente. Porque si así fuera, si las conductas estuvieran permitidas, es decir si cabe la posibilidad de someter el bien jurídico a un peligro concreto, el bien jurídico perdería totalmente su valor como tal, y por tanto la protección ya no tendría razón de ser.

Parece que Kindhäuser ha dado en la tecla en el sentido de haber encontrado en las *condiciones de seguridad* para la disposición de un bien, una justificación razonable para las prohibiciones de los daños acumulativos ambientales, debido a que funcionan

²⁷ Kindhäuser, Ürs, *Derecho Penal de la Culpabilidad y de la conducta peligrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 80. [El resaltado me pertenece]

²⁸ *Ibid.*, p 86.

allí donde las consecuencias de las acciones de los destinatarios de las normas no pueden ser previstas. Sin embargo, en cierto sentido, aún parece débil tal concepto dado que cuando de consecuencias imprevisibles de acciones se trata, existen dos posibilidades. La primera, cuando los efectos de las conductas correspondientes se conocen, pero sin embargo no se sabe el grado de probabilidad con el que se producirán. La segunda, cuando no siquiera hay seguridad sobre los efectos que tendrán las conductas en cuestión.

Se puede analizar cada posibilidad del siguiente modo. Primero, cuando se conocen los posibles efectos de las propias conductas pero no se sabe con qué probabilidad se producirán. Si algún sujeto (o alguna de las empresas de nuestros ejemplos), conociera y tuviera la certeza que las demás empresas arrojarían, al igual que él, vertidos capaces de contaminar totalmente al río afectando al poblado X, no habría reparos en considerar que se está en presencia de un supuesto de co-autoría. Sin embargo, cuando de probabilidades se trata, el análisis no puede ser ese. Es aceptado que si las probabilidades de que tal situación tenga lugar es extremadamente alta, podría darse un tratamiento igual o similar a la certeza. Sin embargo, pocas o ninguna de las veces se puede tener esa seguridad. Así, se sostiene que no es factible de un modo justificado censurar determinada clase de conductas cuando existe, o el autor de la conducta cree que existe, una probabilidad extremadamente baja de que las consecuencias sean lesivas –en este caso que otras empresas arrojen sus desechos. Sin embargo:

Si alguien fuese ingeniero nuclear. ¿Sería irracional diseñar un sistema que lo obligue a preocuparse por una pequeña probabilidad de matar a un millón de personas? Se cree que no sería irracional. Se piensa que tales probabilidades deben ser tenidas en cuenta.

Si los ingenieros nucleares no tuvieran que observar todas las probabilidades (y de hecho no lo hicieran) en el umbral por debajo de 1 en un millón. Podría ocurrir entonces que, por cada uno de los muchos componentes del reactor existiera una probabilidad de 1 en un millón de que cualquier día se provocase una catástrofe. Si hubiera muchos reactores, cada uno con muchos de esos componentes, no pasarían demasiados días antes de que el riesgo de un millón hubiese pasado un millón de veces. Con lo que con seguridad se produciría una catástrofe.²⁹

Es cierto que las pequeñas probabilidades pueden ser ignoradas en la mayoría de los casos. Sin embargo, cuando lo que está en juego es mucho o cuando cada pequeña probabilidad va a ser afrontada muchas veces. Es como si “los grandes números suprimiesen la pequeñez de las probabilidades”³⁰

²⁹ Parfit, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984 p.74

³⁰ *Ibid.* p. 75

En principio, la construcción de Kindhäuser, parece sólo abarcar el caso donde no es la probabilidad con que acaezca determinado resultado lo que está en juego, sino cuando no se sabe cuál será este. Sin embargo, como se verá ambos casos pueden quedar comprendidos en su construcción. Esto, desde que lo que al autor de Bonn le preocupa, no es tanto la imprevisibilidad de la producción de un daño. O con mayor precisión, si bien le importa la imprevisibilidad de las consecuencias de las acciones de los particulares, sólo le preocupa en tanto y en cuanto dentro de esas posibilidades se encuentre una posible afectación a la funcionalidad de un determinado bien jurídico. Aún si para eso se requiere de otras conductas. Si esto es así, las consecuencias no le preocupan en tanto imprevisibles, sino en tanto indominables. La prohibición acciones que configuren daños acumulativos, entonces desde esta propuesta encontraría su justificación en que resulta un medio idóneo para evitar que los sujetos realicen conductas que conlleven consecuencias indominables potencialmente lesivas. Lesión que se materializaría en el hecho de que los demás sujetos verían comprometida la capacidad funcional del bien jurídico objeto de protección.

Esta conclusión podría ser reformulada en otros términos sin perder su esencia. Que existan condiciones de seguridad se justifica sólo si, de no existir, el bien jurídico perdiera su valor por quedar sujeto a la arbitrariedad de las conductas probables de los sujetos. La filosofía política Republicana, ha intentado resolver este problema, el de las interferencias arbitrarias, apelando a un concepto de libertad diferente al clásico liberal. Para el liberalismo uno es libre en tanto y en cuanto su esfera de libertad no sea interferida por otro. Sin embargo, como Kindhäuser intenta demostrar, en muchos casos tal limitación no alcanza para el desarrollo normal de la vida. Es necesario que exista la seguridad de que dichas interferencias no se van a producir. El republicanismo, por su parte, no necesita un concepto adicional para garantizar la libertad de los sujetos, ya que para ellos un sujeto es libre si y sólo si no está dominado. La libertad como no dominación se garantiza cuando no hay posibilidad de interferirla arbitrariamente. Aún más, el republicanismo insiste en que “la libertad queda restringida no sólo por la interferencia fáctica o por la amenaza, sino también por el mero *conocimiento* de que estamos viviendo en dependencia de la buena voluntad de otros”³¹ La prohibición de los

³¹ Skinner, Quentin “La libertad de las repúblicas, ¿un tercer concepto de libertad? En ISEGORIA 2005 pp 19-49 p.30.

delitos ambientales acumulativos sería una barrera que impide que determinados sujetos se arroguen la facultad de interferir en el ambiente. Que ejerzan dominación sobre opciones, hasta el momento, no dominadas. Impiden que sujetos potencialmente afectados por la disminución de la capacidad funcional del ambiente vivan a merced de la entidad dañina. Así, “aún si el daño se produce (...) como agregado de acciones individuales inocentes, cuenta como pérdida en el libro de cuentas de la libertad republicana”³². En otros términos, para la filosofía republicana, el peligro abstracto afecta al bien jurídico mismo, desde que no se puede concebir relación alguna de este con el sujeto sin la seguridad de que su vida no será interferida arbitrariamente. El valor de la libertad, entendida como no dominación, se encuentra afectado con el sólo hecho de habilitar la posibilidad de interferencia al normal desarrollo de la vida de los sujetos, en este caso, su relación con el ambiente. Con todo, desde esta óptica, lo que se reprocha es la realización de conductas que en conjunto producen un daño capaz de afectar a las personas. Así, si bien se censura cada conducta individual, aún desde la óptica republicana, sólo se hace tal reproche desde que: por un lado, una vez realizada la acción prohibida sus consecuencias no son dominables por el agente y; por otro lado, desde que existe certeza o probabilidad de que otros realicen conductas similares que, juntas, producirán una afectación a un interés humano.

1.1. Imputabilidad de los daños acumulativos

Si la conceptualización precedente es correcta, aún se debiera dar una razón que permita imputar responsabilidad a los sujetos que cometen los delitos ambientales acumulativos, toda vez que, cada acción individualmente considerada no produce daño alguno.

Es un presupuesto de la responsabilidad penal que sólo es reprochable aquella conducta que se desvía de la norma. Sin embargo, esa exigencia no es suficiente, es sólo necesaria. Hace falta además que las acciones pongan en peligro al bien jurídico, al menos de manera abstracta a su capacidad funcional. Si se cree que la tipificación de los daños ambientales acumulativos se encuentra justificada debiera encontrarse una respuesta que de cuenta de esos dos requisitos. La segunda de las cuestiones, fue en

³² Pettit, Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Bs. As. Paidós, 1997, p. 183.

parte respondida en el apartado anterior, pero completar esa tarea, requiere sin embargo dar razones que den cuenta sobre la primera.

Así, ante la pregunta de sobre cuál es la justificación de la censura a quien comete un daño acumulativo, la respuesta debe llenarse no sólo con la violación a la específica tipificación legal, sino también con que su infracción menoscaba la capacidad funcional de algún bien jurídico. El paso siguiente, entonces es dilucidar cuando ocurre esto. En este sentido, lo disvalioso de la conducta no se integra sólo con el paso activo de desarrollar la conducta prohibida, sino con la imposibilidad posterior de controlar las consecuencias de su hecho. Esta tesis es sostenida por cierta doctrina³³ que, con asiento en el criterio de imputación objetiva *prohibición de regreso*, intenta explicar el fundamento de la responsabilidad en la participación criminal. Esta posición, que encuentra en Sancinetti su máximo sostenedor, entiende que:

El disvalor propio de la participación no sólo se integra con el paso activo de crear en otro la voluntad de realizar el hecho o prestarle una colaboración, sino también con el disvalor omisivo de permanecer inactivo después, por ejemplo, quedando indiferente al desarrollo ulterior del suceso. Cuando el partícipe pierda todo contacto con el ejecutor, perderá también –generalmente– la posibilidad de revocar la influencia de su aporte; por tanto, su ilícito acabará en ese punto.³⁴

Se puede inferir de lo expuesto que, el fundamento del ilícito radica nuevamente en la indominabilidad de las consecuencias ulteriores al hecho realizado. Para Sancinetti, hasta tanto no se produzca el momento de la impotencia en cuanto a la capacidad de revocar el aporte, el ilícito no se habrá consumado. Dichas consideraciones pueden ser tomadas aquí, en incluso poseen un mayor peso, quizás, que en la teoría de la participación por él esbozada. En las conductas constitutivas de los delitos acumulativos ambientales, una vez realizadas, es imposible (o al menos muy dificultoso) poder retractar la acción desarrollada; las consecuencias que producen son siempre indominables. Las acciones de los demás no dependen de las de uno. Sin embargo, cuando los sujetos realizan su conducta, saben, o al menos deberían saber, que es probable que otros realicen una conducta similar que producirá, sumada a la propia, un efectivo daño al ambiente. Si no saben esta circunstancia o al menos no tienen obligación de conocer tal circunstancia, ninguna responsabilidad cabe predicar de ellos. La responsabilidad de quien realiza la conducta depende del hecho propio. La

³³ Esta tesis no es mayoritaria, sin embargo tal dato empírico no le quita relevancia.

³⁴ Sancinetti, Marcelo, *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p.21.

prognosis de posibilidad de realización de otro hecho similar por parte de un nuevo sujeto, bastaría entonces para sostener que su accionar no se encuentra socialmente tolerado.

Del modo en que se acaba de reconstruir (TAB), pareciera que es posible justificar tipificaciones de conductas que produzcan daños acumulativos. Sin embargo, aún queda abierta la pregunta referida a si tal tarea debiera ser realizada por el derecho penal, o bien debiera quedar en el ámbito del derecho administrativo sancionador. La respuesta a este interrogante será analizada cuando se haga lo propio con (TEI).

2. *¿Censurar pequeñas efectos? o la adopción de (TEI)*

Se ha dicho que, otra de las posibilidades existente para resolver el problema que tiene lugar cuando acciones producen consecuencias lesivas muy pequeñas es considerar que tales efectos deben ser tenidos en cuenta. La *Tesis de los Efectos Individuales* (TEI)³⁵, implica que, en los casos 1, 2 y 3, la acción de la empresa K cuando realiza sus vertidos no es peor que lo que lo es cuando las 20 posibles empresas lo hacen. Esta solución apela a las consecuencias del acto individual de cada empresa.

Esta segunda respuesta posible (TEI) es más sencilla. En la explicación del punto VI, se ha demostrado como, al menos en términos morales, de acuerdo a (TEI) lo que todas las 20 empresas realizan juntas, no es peor que lo que una sola hace cuando arroja sus vertidos al río. Sin embargo para ser plausible –y poder ser adoptada como justificación a la censura penal– tales aseveraciones son insuficientes. (TEI) debe responder a la objeción disparada desde el principio de *mínima intervención* y *última ratio* del derecho penal.

Así, se sostiene que para criminalizar una conducta, no es suficiente que el hecho en cuestión lesione a un bien jurídico, sino también que ésta debe ser de cierta intensidad. Para caracterizar a los menoscabos a bienes jurídicos como de *cierta intensidad*, se habla de “doble fragmentariedad del derecho penal: este sólo debe reaccionar frente a las agresiones más graves producidas contra los bienes jurídicos más importantes.”³⁶ Esto, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, considerado en su

³⁵ Es decir cuando existe rechazo de (A) y aceptación de (B).

³⁶ Cancio Meliá, Manuel y Pérez Manzano Mercedes “Principios del derecho penal”, en Lascuarín Sanchez J. y Bacigalupo S. (coord.) Introducción al derecho penal, Thomson, Madrid, 2011, pp 81-110 p.97

conjunto, suele ser llamado *principio de subsidiariedad*, es decir que el derecho penal sólo puede actuar legítimamente cuando es *ultima ratio* del sistema.

A primera vista, parece que tales principios tienen la fuerza suficiente para socavar la plausibilidad de las segunda de las respuestas propuestas (TEI), esto es: que debe considerarse a las consecuencias de cada una de las empresas de igual modo que la de todas juntas, al menos a los fines de justificar la tipificación de la conducta. No obstante, se cree que esto no es así.

Primero, sostiene la opinión teórica mayoritaria que, el principio de *subsidiariedad* del derecho penal, conduce a que las tipificaciones penales deben utilizarse para las conductas que lesionen o pongan en peligro concreto a los bienes jurídicos; en cambio, aquellas que sólo lo pongan en peligro de una manera abstracta, deben reconducirse al derecho administrativo. Aún más, el ejemplo que de manera usual se utiliza para ejemplificar los tipos delictivos que debieran quedar sólo en el ámbito de derecho administrativo, son los delitos acumulativos. Esta objeción, puede salir victoriosa ante la primera de las respuestas aquí esbozadas (TAB), es decir aquella que proponía castigar los actos individuales cuando produzcan consecuencias indomables, que, junto con otras probables, podrías afectar gravemente a los bienes jurídicos. Esto, dado que tal respuesta asume que las consecuencias de los actos individuales que sean muy pequeñas no deben tenerse en cuenta. Sin embargo, (TEI) no se ve en tensión con la objeción, dado que considera que la acción de una sola empresa, no es peor que la de las 20 juntas. Más aún, que la conducta de cada empresa pone concretamente en peligro al bien jurídico.

Segundo, como la intervención mínima del derecho penal encuentra su fundamento en el *principio de proporcionalidad*, entonces, las tipificaciones penales sólo están justificadas cuando cumplen tres requisitos. Deben ser:

Idóneas, es decir, si la amenaza de pena puede contribuir a la protección del bien jurídico en cuestión.

Necesarias, esto es, si el recurso a la sanción penal resulta imprescindible para asegurar el efecto social perseguido

Proporcionales (en sentido estricto), es decir, en la medida en que una comparación entre el desvalor del hecho delictivo y la pena se colija que la sanción elegida resulta adecuada.³⁷

Esta caracterización del principio de proporcionalidad es problemática debido a que no queda claro si estos tres requisitos son de índole empírica o de índole normativa.

³⁷ *Ibid.* p. 98

Si fueran de la primera clase, no plantearían objeción alguna al planteo justificativo aquí propuesto, dado que de aceptar tales críticas se estaría cometiendo lo que se llama *falacia naturalista*. Es decir aquella que derivar de cómo son las cosas, como ellas deben ser.³⁸ Por tanto se asumirá que son de índole normativa.

2.1. Una solución republicana para los daños acumulativos

Para que la censura penal de la clase de conductas aquí trabajadas esté justificada, debe concluirse que tales tipificaciones cumplen con los tres requisitos propuestos por el principio de *proporcionalidad*, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Se tomará como punto de partida el modelo de derecho penal republicano. El republicanismo realiza su construcción teórica desde una idea muy simple, la de libertad entendida como no dominación³⁹. Ésta, como se ha visto, entiende que uno es libre en tanto y en cuanto no se encuentre a merced o dominio de otro. Así, no debe encontrarse ni sometido al poder arbitrario ejercido desde el estado, ni sometido al de los particulares. El delito, para esta concepción, es uno de los casos más comunes donde algunas personas ejercen su poder arbitrario. Para el republicanismo, lo importante es poder elegir libremente entre las diferentes opciones disponibles para manejar la propia vida. Dirán que se ha coartado la libertad cuando la elección de alguna de estas opciones es imposible, o adquiere mayores costos. Hecho que puede tener lugar, o bien en una interferencia arbitraria –del Estado o de un tercero–, o bien en la capacidad arbitraria que tengan éstos de interferir en las opciones.

Los republicanos creen que los delitos pueden ser reprobables por tres motivos:

- (a)_ porque es una negación del status de la víctima como persona no dominada o libre no susceptible de interferencia arbitraria ajena.
- (b)_ porque reduce el alcance de las opciones no dominadas de la víctima, eliminando ciertas opciones, o elevando el coste, o eliminando la posibilidad de opciones.

³⁸ Moore, G.E. *Principia Ethica*, revised edition, Cambridge University Press, Cambridge 1993[1903], p. 61

³⁹ Existen al menos tres clases de construcción de derecho penal republicano. Una, que toma como base la idea de libertad entendida como no dominación (P. Pettit-J. Braithwaite); otra que pone énfasis en la noción de autogobierno (R. Dagger); y la tercera en el concepto de virtud cívica (R.A. Duff). Las tres versiones no son totalmente incompatibles entre sí, de hecho, en algún punto todas utilizan los tres conceptos a la hora de reconstruir el derecho penal. Existe entre ellas una diferencia en el énfasis e importancia que le dan a cada uno de sus elementos.

(c)_ porque la distribución de la no dominación en la sociedad globalmente considerada, mantiene como posibilidad permanente para la víctima, y para cualquiera que se halle en la clase de vulnerabilidad de la víctima, el padecimiento de interferencias del tipo de las perpetradas.⁴⁰

El primero de los casos (a) se refiere a las situaciones donde el delito compromete la libertad de las personas; el segundo (b), donde la condiciona; y el tercero (c), cuando la acción es reprochable porque afecta o compromete a la libertad de la comunidad. Conforme a la *segunda* solución propuesta para resolver el problema de los daños acumulativos (TEI), la prohibición penal encontraría en (b) y (a)⁴¹, los motivos que justifican su tipificación. Respecto de (b), la justificación estaría dada porque tal prohibición se dirige a impedir que las acciones de los sujetos condicionen a la libertad de las víctimas. En los casos 1, 2 y 3 los pobladores de X. Así, cuando alguien afecta la integridad física o mata a alguien, tal acto afecta el status no dominado libre de la víctima. Si alguien mata a otro sujeto, ha reducido la intensidad con al que gozaba de su no dominación a cero. Si alguien contamina totalmente el río, dando como resultado que cada poblador de X no pueda beber agua, la conclusión es similar. Sin embargo, cuando cualquiera de las empresas de los casos 1 y 2 o la empresa K del caso 3 realizan sus vertidos tóxicos, condicionan no ya la intensidad de la libertad de los sujetos, sino su alcance. Si bien no lo eliminan totalmente –ya que los pobladores de X pueden seguir bebiendo agua–, hacen que dichas alternativas sean más costosas. Las empresas “incrementan la dificultad del disfrute de la no dominación, haciendo que algunas de las opciones disponibles sean más costosas”⁴². Esto es así, desde que, si una empresa vierte sus desechos en el río, los pobladores de X ya no podrán disponer de él de la misma manera que antes de la producción de la acción censurada. Aún más, –y esto es lo que coloca a esta clase de prohibiciones como una que encuentra fundamento también en (a)– si no existe la prohibición de que las empresas se instalen en las márgenes del río y viertan sus desechos, los pobladores de X verán comprometida su libertad. Esto, dado

⁴⁰ Pettit, Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Bs. As. Paidós, 1997, p. 206

⁴¹ En la *primera* de las soluciones propuestas (TAB), es decir aquella en la que los actos individuales son censurables desde que juntos ocasionan un gran perjuicio, el motivo que justifica la prohibición podrían ser los siguientes. Si se considera al bien jurídico ambiente como dependiente de los intereses personales, el motivo sería el segundo (b). Esto ya que, tales actos juntos, impiden que las personas de la población X de los casos 1 y 2, sigan contando con la opción de beber agua del río. Reduce el alcance de la no dominación de los pobladores de X. En cambio, si se considera a tal bien jurídico como autónomo, el motivo sería el tercero (c); desde que la conducta censurada ocasionaría una imposibilidad permanente para los pobladores de X o cualquiera que se encuentre en su lugar, de beber agua potable del río donde las empresas vierten sus desechos.

⁴² Pettit Philip, “Republican Theory and Criminal Punishment” en *Utilitas* Vol 9. N° 1, March 1997, Edinburg University Press, 1997 pp. 59-79, p. 69

que sólo podrían seguir bebiendo agua del río si cada una de las empresas tiene la *gracia*, de no arrojar sus desechos. La no prohibición de tales conductas compromete la libertad en el sentido del motivo (a) republicano para justificar las prohibiciones penales, desde que los pobladores de X sólo podrían seguir bebiendo agua del río mientras cada una de las empresas así lo permitan. La opción de los lugareños de saciar la sed con el agua del río estaría dominada por ellas.

La filosofía política republicana, de este modo, puede aportar razones que permiten justificar la prohibición de conductas como las realizadas por las empresas en los casos 1,2 y 3. Sin embargo, ¿sus tipificaciones cumplen con los tres requisitos del principio de proporcionalidad?, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, entendidos en sus términos normativos. Sólo si la respuesta es afirmativa la prohibición penal se encontraría justificada. En caso contrario, la tarea debe ser realizada, a lo sumo, por otra rama del ordenamiento jurídico.

- Una prohibición penal será *idónea* –en términos republicanos– cuando la amenaza de pena pueda contribuir a proteger a la libertad entendida como no dominación según los motivos (a), (b) o (c). De acuerdo con (TEI), deben analizarse los motivos (a) y (b). Respecto de (b) en los casos donde las empresas contaminan el agua de un río, la censura de tales conductas, se puede considerar un medio idóneo para proteger la fuente de agua potable de las personas del poblado X, desde que de no existir, cada vertido de desechos al río, haría que el uso del agua sea más dificultoso. Así, la censura penal de conductas como las descritas, contribuye a que no aumente el costo con que cada persona puede ejercer sus opciones no dominadas. Respecto de (a), la censura penal adquiere mayor justificación si el criterio para evaluarla es la idoneidad. Esto desde que aquí, lo importante no es la interferencia real que tiene lugar con cada uno de los vertidos, sino sólo la posibilidad de que ello pueda pasar. Si hay prohibición, tal situación no es posible, por lo que puede colegirse que la prohibición es un medio idóneo respecto de (a).

- El segundo de los criterios es el de la *necesidad*, es decir el que sostiene que sólo es legítima la prohibición penal cuando resulta imprescindible para lograr el efecto social perseguido. Desde el republicanismo tal efecto viene establecido

por garantizar que las opciones de las personas no se encuentren dominadas por otros. En los casos 1, 2 y 3, porque la prohibición penal sea un medio imprescindible para garantizar que los pobladores de X puedan seguir bebiendo agua potable.

Nuevamente, al analizar la prohibición por el tamiz del criterio de *necesariedad* de la prohibición penal, se deben observar los motivos reprobables republicanos (a) y (b). (b) significa que una prohibición puede ser legítima cuando se dirige a impedir un acto que reduzca el alcance de las opciones no dominadas de los sujetos, eliminándolas, elevando su coste o eliminando la posibilidad de opciones. (a), por su parte, legitima las prohibiciones penales cuando tienden a evitar una acción que niegue el status no-dominado de las personas. En este punto, entonces, la pregunta a contestar es si estos dos objetivos (o alguno de ellos) sólo pueden ser alcanzados a través de las tipificaciones penales y no por medio de otros recursos menos gravosos. Esto implica que, al menos someramente, se explique por qué el derecho civil y el derecho administrativo no pueden dar respuestas satisfactorias al inconveniente.

Se comenzará por el derecho civil. La historia tradicional, y aceptada de manera mayoritaria, sobre la aparición del derecho penal, indica que surge como un mecanismo institucional para poner fin a las venganzas privadas. Así, en el estado de naturaleza –previo al nacimiento de los estados– la lógica respondía al axioma: “tú me pegas, pues yo te lo devuelvo”. Cuando surgen los diferentes clanes o grupos, se incluyen en ellos muchas familias. Así, las venganzas individuales pasaron luego a ser de los clanes. Para evitar una cadena interminable de venganzas y contra-venganzas, surge el estado de derecho con la pretensión de institucionalizar el conflicto. Ahora bien, tradicionalmente se sostiene que el derecho penal es el mecanismo que utilizó el Estado para realizar esta tarea. Sin embargo, si se repara en que las venganzas respondían a ofensas individuales o familiares, cuesta explicar –de este modo– por qué con la institucionalización de la resolución de conflictos, pasa a ser un asunto público. Desde esta observación, Richard Dagger⁴³, explica que luego del paso del estado de naturaleza al estado de derecho, el sistema legal se construyó en dos etapas. En la primera, se institucionalizó la venganza individual o del clan, en el sentido de un sistema gobernado por la ley. Aquí, los

⁴³ Dagger, Richard en “Republicanism and the foundations of criminal law” en Duff, R.A. & Green S.P (ed), *Philosophical foundations of criminal law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 44-66, sigue el análisis de James Q. Whitman.

intereses a proteger eran, como antes, privados. Razón por la cual el sistema legal que utilizó el Estado fue el derecho civil, y no el penal. Esto, dado que el sistema ordenado (institucional) de regulación de venganzas privadas que instituyó fue un sistema de compensaciones económicas, sustituyendo la venganza taliónica, por daños económicos. Primero se creó un sistema civil antes que penal.⁴⁴ Sin embargo, existió una segunda etapa en la configuración del estado de derecho. Ésta tuvo lugar cuando empieza a surgir algún sentido de comunidad. Las personas comienzan a ser miembros de lo público en la medida en que aceptan que ese sistema de reglas puede serle aplicado a todos ellos. Surge el derecho penal como mecanismo dotado de potencial para proteger intereses, tanto privados como públicos. En el esquema aquí propuesto, para garantizar que las opciones de los sujetos que forman parte de la comunidad gocen de no dominación. Así, sostiene Dagger:

En la medida en que el derecho penal trabaja para garantizar a las personas contra los delitos de las demás, protege su interés en la salud, la seguridad, la propiedad, entre otros. Al hacerlo, además, promueve su autonomía, tanto en el sentido de su libertad para realizar sus asuntos y en el sentido más fuerte del autogobierno. El derecho penal requiere un sentido de lo público. El Derecho penal proscribe y castiga ciertas actividades que pueden ser identificadas como males públicos.⁴⁵

Conforme el punto de vista aquí explicado, no es una diferencia de gravedad lo que distingue al derecho civil del penal, sino es una cualitativa. El derecho civil se encarga de los asuntos privados, y el derecho penal de los públicos. Entonces, ¿son una afrenta pública las consecuencias de las acciones de las empresas de los ejemplos 1,2 y 3 propuestos? O ¿O sólo afecta a interés privados? De ser una afrenta a intereses privados, el derecho penal no sería necesario; pero sí, si las conductas representan males públicos⁴⁶. La no dominación es un status. Como tal, su importancia radica en que gracias a él es posible que cada persona pueda desarrollar sus propios planes de vida con libertad. Los intereses privados de estas personas, están representados por la posibilidad de realizar las opciones que crean convenientes para su vida. En tanto existe un interés público en que el *status-no-dominación* sea respetado. Es un interés público

⁴⁴ Dagger, Richard en “Republicanism and the foundations of criminal law” en Duff, R.A. & Green S.P (ed), *Philosophical foundations of criminal law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 44-66, p.56.

⁴⁵ Id. p. 58

⁴⁶ Existe una diferencia entre la propuesta de Dagger y la presente. Él entiende que lo público debe identificarse con el autogobierno; en cambio aquí, el *status-no-dominado* de los sujetos es lo que adquiere el carácter de público.

desde que la no dominación es lo que posibilita una vida en comunidad beneficiosa para todos sus miembros.

Si se recuerdan los motivos por los que los republicanos legitiman la censura penal, se observará cómo es necesario que existan tipificaciones penales de la clase analizada en el presente trabajo. Conforme a (b), las acciones de cada empresa de los casos 1, 2 y 3, no producen ninguna afectación a un interés individual desde que los pobladores de X pueden seguir bebiendo agua. Sin embargo, como cada vertido restringe el alcance o el costo de las opciones no dominadas de los sujetos que pretenden beber agua del río, la acción se convierte en un mal público. Esto, dado que impide que se pueda utilizar el agua –por todos– de la misma forma que antes a la realización de la acción censurada. Conforme a (a), la necesidad de tipificación penal se advierte con mayor claridad desde que el derecho civil –al ser esencialmente compensatorio– requeriría para ser utilizado, que el daño ya se haya producido. En cambio, la prohibición penal tiende a impedir el menoscabo al *estatus-no-dominado* de los pobladores de X. La afectación al *estatus-no-dominado*, es un mal público

La posible objeción de que los actos que producen consecuencias lesivas, pero menores o imperceptibles debiera quedar en la órbita del derecho administrativo, también puede ser contestada. La opinión mayoritaria traza la diferencia entre faltas correspondientes al derecho penal, y aquellas que deben quedar en el ámbito del derecho administrativo del siguiente modo:

las infracciones criminales se reservaran a las conductas que lesionen o pongan en concreto peligro los bienes jurídicos protegidos, mientras que sólo deberían ser infracciones administrativas aquellos comportamientos que generen un riesgo meramente estadístico, abstracto para el objeto de protección.⁴⁷

Conforme esta conceptualización, si las conductas identificadas con lo que se ha llamado delitos acumulativos son delitos de peligro abstracto (como sostiene la posición mayoritaria), debiera quedar en el ámbito del derecho administrativo; pero no si son de peligro concreto o de lesión. Tal construcción indica que en la primera de las soluciones propuestas al problema de los delitos acumulativos (TAB) –es decir aquella

⁴⁷ Cancio Meliá, Manuel y Pérez Manzano Mercedes “Principios del derecho penal”, en Lascuarín Sanchez J. y Bacigalupo S. (coord.) *Introducción al derecho penal*, Thomson, Madrid, 2011, pp 81-110, p. 97

en la que los actos individuales son censurables desde que juntos ocasionan un gran perjuicio— las tipificaciones deben quedar en el ámbito del derecho administrativo. Con mayor precisión, si se considera al bien jurídico ambiente como *autónomo*, el motivo de criminalización sería el tercero (c), por lo que la tipificación debiera quedar en el ámbito administrativo. En cambio si se considera a tal bien jurídico como *dependiente* de los intereses personales, el motivo de criminalización sería el segundo (b). Esto ya que, tales actos juntos, impiden que las personas de la población X de los casos 1 y 2, sigan contando con la opción de beber agua del río. Reduce el alcance de la no dominación de los pobladores de X. Aquí podría seguir existiendo censura penal.

Sin embargo, cuando se sigue (TEI) como solución al problema de los que se han llamado daños acumulativos. Aquí, conforme al republicanismo, los motivos de criminalización serían (a) y (b). Conforme (b), las acciones individuales de cada empresa aumentan el costo de la opción no dominada de los pobladores de X de beber agua potable. Por tanto ya no sería siquiera un delito de peligro concreto, sino uno de lesión. En tanto que conforme (a), la mera posibilidad de arrojar residuos en el río lesiona el *status-no-dominado* de los pobladores de X, por lo que también es un delito de lesión, siendo ámbito, por tanto de regulación penal y no administrativa.

- Aún queda por analizar la prohibición de esta clase de conductas a través del filtro de la *proporcionalidad*. Sólo si lo pasa, se podrá decir que la tipificación se encuentra justificada sin quebrantar el principio de que el derecho penal debe ser *ultima ratio* de sistema legal. La proporcionalidad (en sentido estricto), implica que en la comparación entre el desvalor del hecho delictivo y la pena se colija que la sanción elegida resulta adecuada. Este requisito no plantea objeción alguna a la tipificación penal sino sólo a la medida de la pena. Se ha dicho que conforme la segunda solución propuesta (TEI) a los que se han llamado delitos acumulativos, los motivos republicanos que justifican la prohibición son (a) y (b). Se ha visto que el motivo (a) adquiere mayor importancia para contestar a las objeciones que plantea el principio de *necesidad* de la prohibición. En este punto, es el motivo (b) el que permite que graduar las penas conforme a la afectación realizada.

En los casos 1, 2 y 3, la posibilidad de que las empresas arrojen sus desechos en el río, afectando de ese modo la potabilidad del agua, genera un piso que supone una prohibición penal justificada. El criterio republicano (a) da cuenta de este asunto. Sin embargo es (b) quién permite mensurar las penas. Conforme (b), cada acción de cada empresa aumenta los costos de las opciones no dominadas de los habitantes de X de beber agua potable. Así, si todas las empresas vierten sus desechos en el lapso de un mes, la opción de beber agua quedará eliminada. Este es el tope de pena, el máximo. Luego, no existe óbice desde tal razonamiento a reducir la pena conforme el costo para ejercer la opción no dominada beber agua, por parte de los pobladores de X. De manera inversa: la sola posibilidad de arrojar residuos ya restringe el *status-no-dominado* de los pobladores de X, por lo que cuando alguna empresa intenta verter sus desechos, ya existe un piso de penalidad justificada. A tal penalidad, se le debe adicionar la correspondiente por el aumento del costo de la opción no dominada beber agua de los pobladores de X. La pena debe corresponder a la restricción experimentada. Cuando otra empresa realiza la misma acción, se le debe aplicar la misma pena.

De acuerdo con el ideal republicano, las prohibiciones de conductas que producen consecuencias pequeñas pero que pueden afectar a muchas personas se encuentra justificadas, desde que puede superar las objeciones planteados por el principio de subsidiariedad o del derecho penal como ultima ratio del sistema.

2.2. Republicanismo y derecho penal liberal

Para finalizar, quisiera contestar a un posible cuestionamiento a la construcción esbozada que puede dispararse desde el marco teórico liberal. La objeción sería la siguiente: es cierto que desde el ideal republicano de libertad como no dominación es posible justificar la tipificación penal de conductas que produzcan consecuencias lesivas muy pequeñas (daños acumulativos). Sin embargo, desde que la libertad como no dominación no es algo que importe a los liberales, el problema queda sin solucionar.

Ante semejante objeción, podrían darse dos respuestas. La primera consiste simplemente en afirmar que el republicanismo puede resolver un caso que el liberalismo no. Sin embargo tal aseveración no indica por qué los liberales debieran aceptar la solución republicana. La segunda respuesta, por tanto pretende explicar por qué

deberían hacerlo.⁴⁸ Para ello se debiera mostrar cómo la *no dominación* es algo que importa a los liberales. Se tomará el pensamiento de uno de los teóricos que han fundado el pensamiento penal liberal: J.P. von Feuerbach. Este autor, en el año 1797 escribe *Anti-Hobbes, o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano*. Redacta este libro, con el fin de proponer medios para garantizar la libertad de los súbditos en la comunidad. El autor creía que la libertad no podía ser alcanzada si los ciudadanos se encontraban a merced del soberano, bajo su dominio. Así, dedica numerosas páginas tanto a identificar los males que padecen las personas cuando tal circunstancia se da, como así también a proponer medios para evitarlo. Feuerbach, considerado uno de los padres del derecho penal liberal, al igual que los republicanos, no sólo le da importancia a las interferencias que los ciudadanos puedan sufrir en sus vidas, sino que se preocupa por la situación de estos cuando están bajo el arbitrio de otro, aun cuando este otro nunca intervenga –cuando están dominados. Feuerbach, ve en la dominación un mal al que se debe hacer frente. Según palabras del propio autor, el objeto del mentado libro es “el soberano que ofende a su pueblo, y el pueblo que se protege contra esta injuria”⁴⁹. Sin embargo, a Feuerbach le interesaba esta relación entre los habitantes de una comunidad y el gobernante en lo relativo a los poderes y facultades que a cada quién le correspondían. En cuanto a los primeros, le interesaba analizar si le cabía y en qué ocasiones el derecho de resistencia a la autoridad. En tanto que en referencia al soberano, su preocupación estribaba en evitar que sus poderes sean de tal magnitud que los ciudadanos queden a su merced o dominio, debido al daño que aquel podría inferirle a éstos en esa circunstancia. A los fines que aquí interesan, sólo la segunda de las cuestiones, es decir, la referida al poder que queda en manos del soberano, tiene importancia. Feuerbach contrariamente a lo sostenido por teóricos de la época –como por ejemplo Hobbes⁵⁰ e incluso el mismo Kant⁵¹– intenta

⁴⁸ En este trabajo sólo se hará una mención sucinta al problema. Un análisis más detallado sobre la cuestión puede ser visto en Truccone Borgogno, Santiago, “Feuerbach y la libertad: el objetivo del derecho penal liberal” en *IUSTEL: Revista General de Derecho Penal*, n°19, 2013, pp. 1-21.

⁴⁹ Feuerbach, P.J., *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano*, Bs.As, Hammurabi, [1797] 2010, p. 85

⁵⁰ Feuerbach quiere construir un modelo de Estado que se le oponga al de Hobbes. Cita al mentado autor en Cap. VIII de *de Cive* de la siguiente manera: “Pues, ser soberano no significa otra cosa que ser señor de muchos. Si bien el bienestar de la nación es un deber sagrado del soberano, este deber es un mero deber de la bondad y no de la justicia” (Feuerbach, P.J., *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano*, Bs.As, Hammurabi, [1797] 2010, p. 63).

⁵¹ Feuerbach se refiere a Kant sin nombrarlo en el capítulo primero de su libro cuando dice “varios de nuestros filósofos modernos se pronuncian a favor de este poder ilimitado y de la obediencia

ponerle límites al poder del soberano, a los fines de garantizar la libertad y seguridad de los ciudadanos. Al autor le aterraba que éstos queden a merced o *dominio* de aquel. Creía que en tales circunstancias, los males que los ciudadanos podrían sufrir no podrían ser evitados. De ahí, que todo el moderno derecho penal liberal encuentre su finalidad en la puesta de límites al poder punitivo del Estado. Thomas Hobbes, en el siglo XVII fue quién por primera vez criticó tal idea. Este autor presenta la libertad no como ausencia de dominación, sino como *ausencia de interferencia*. Escribe: “Es un Hombre Libre quién en aquellas cosas de que es capaz por su fuerza y por su ingenio, no está obstaculizado para hacer lo que desea”⁵². Así, la libertad consistiría en ausencia de coerción, tanto física como aquella que tiene lugar a raíz de una amenaza.

Este modelo de concebir la libertad, al decir de Philip Pettit⁵³, llevó a Hobbes a argüir que el derecho es siempre invasor de la libertad de las personas, por benigna que se revele esta intromisión a largo plazo. Así, para el autor del *Leviathán*, el pueblo goza de libertad ante la ausencia de leyes, sólo cuando el derecho no se entromete. Con esa observación, Hobbes pudo ridiculizar la idea republicana de que en algún sentido el ciudadano de una república es libre, mientras que no lo es el de un régimen despótico. Para Hobbes, en ambos tipos de Estado, el sujeto tiene libertad en el mismo sentido: en el de no estar enteramente restringido por la ley.⁵⁴

Hobbes utilizó el concepto de libertad como no interferencia para argumentar que los sujetos de su *Leviathan* no quedarían peor, en términos de libertad, que los ciudadanos de los regímenes republicanos. Esta idea, no era compartida por Feuerbach. Todo lo contrario, su interés estaba en justificar la existencia de mecanismos jurídicos para que los ciudadanos no queden a merced del soberano. Así, al referirse a la cuestión

incondicional sostenidos por el filósofo inglés, y en parte por la agudeza pero también por el peso de su nombre, la han atribuido a esa afirmación una sanción que de otro modo quizás nunca habría recibido” (Feuerbach, P.J., *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano*, Bs.As, Hammurabi, [1797] 2010, p. 64). Sin embargo, es en la nota del capítulo III donde se opone a la tesis Kantiana de la posibilidad del soberano de cambiar la constitución de un estado ante la sumisión pacífica del pueblo: “Kant, (en su *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, p. 178) denomina reforma a una modificación de la Constitución del estado realizada por el soberano (el legislador). Revolución a un cambio de la misma realizado por el pueblo. Considera que únicamente la primera es legítima. Según mi convicción, que expondré en la primera parte de este escrito, no es legítima una modificación o revolución unilateral de la antigua constitución ni por parte del pueblo ni del soberano. El pueblo y el soberano deben consentir una modificación semejante.

⁵² Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Bs. As, Libertador, 2004 [1651], p. 145

⁵³ Pettit, Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Bs. As. Paidós, 1997

⁵⁴ *Ibid*, p. 59

de la propiedad de los bienes de los ciudadanos, Hobbes hace al soberano propietario de los bienes de los súbditos: “Tu dominio y tu propiedad es tan grande y perdura tanto tiempo como lo permita el soberano mismo”⁵⁵ De este modo, el autor quería argumentar que tanto en un régimen autoritario como en un republicano, la propiedad de los súbditos dependía de la voluntad del soberano y que ambos modelos de Estado, poseían el mismo valor. Feuerbach, por el contrario, creía que entre ambas clases de Estado existían diferencias significativas. Por ello defendía a las repúblicas –únicas donde podía tener lugar una sociedad civil–, donde a su juicio, los ciudadanos no estaban a merced del soberano. En este sentido, en referencia a la cuestión, sostuvo:

Si el estado fuese el verdadero propietario de todo el patrimonio en su territorio, la (aparente) propiedad de los súbditos no sería más que una gracia, una concesión del estado, un *precarium*, que a gusto y placer podría limitarse, robarse y destruirse.

Parece ser que, al menos en principio, la razón por la cual Feuerbach no estaba dispuesto a aceptar que los bienes de los súbditos sean de propiedad del soberano, se encontraba en el hecho de que, para él, la vida en libertad sólo se garantizaba si los súbditos no quedaban sujetos a la voluntad privada del soberano. Es decir, eran libres mientras no tengan que limitar sus decisiones debido a la arbitrariedad de alguna entidad. En una república, para Feuerbach, el dominio del soberano hacia los ciudadanos no era posible, ya que de ser así, las personas se encontrarían en un estado absoluto, tal y como propugnaba Hobbes en su *Leviathan*.

Sin embargo, Feuerbach si bien pudo identificar el problema falló en proponer una solución. Esto, porque para hacerlo, parte del mismo concepto de libertad que posibilita la dominación. Feuerbach y sus seguidores, caen en la trampa Hobbesiana y continúan utilizando el concepto de libertad propuesto por este último. Así, el análisis de Zaffaroni –por ejemplo– pone el acento en la justificación de derecho de resistencia, en los casos en que el soberano comprometa la libertad del ciudadano, con un accionar que contraría los fines del contrato civil⁵⁶. Contrapone el modelo de Feuerbach al de Hobbes, donde tal resistencia no puede tener lugar porque los ciudadanos quedan

⁵⁵ Hobbes, citado por Feuerbach, P.J., *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano*, Bs.As, Hammurabi, [1797] 2010, p. 173

⁵⁶ Zaffaroni, Eugenio R., *El Enemigo del Derecho Penal*, Bs. As. Ediar, 2007, p. 128

sujetos al dominio del soberano. Zaffaroni, finaliza su comentario con la propuesta de evitar la dominación del soberano por medio del derecho de resistencia, pero no se plantea la cuestión de fondo, referida al compromiso que representa para la libertad, la dominación misma.

Ferrajoli, parece prestarle atención –al igual que Feuerbach– tanto a la dominación como a la interferencia arbitraria que de ella se deriva. Así, sostiene que “Sólo las prohibiciones al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes”⁵⁷. Sin embargo, nuevamente pone el acento en las consecuencias que se derivan de la dominación. Al proponer que sólo pueda haber derecho penal allí donde los actos sean efectivamente lesivos, Ferrajoli deja de lado el tema de la arbitrariedad en la interferencia, para preocuparse por los males de la interferencia misma.

Roxín, por su parte al explicar el principio de legalidad, también busca ponerle límites a la potestad punitiva del estado “para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de un intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviathan”⁵⁸. La construcción del autor también repara en Feuerbach. Recuerda que la formulación clásica del principio de legalidad –*nullum crimen sine lege*– que genéricamente reconoce fundamento en el liberalismo político, es decir en la tesis de que sólo puede haber potestad punitiva allí donde haya una precisión legal de ella, en particular, se fundamente en la tesis feurbachiana de la *teoría de la coacción psicológica*. Así, si el fin de la conminación penal consiste en la intimidación de potenciales delincuentes, la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley cuál es la acción prohibida; porque si faltase una ley previa o esta fuere poco clara, no se podría producir el efecto intimidatorio. Asimismo, sostiene Roxín, que la teoría de la coacción psicológica se encuentra superada y que por tanto también la fundamentación a partir de ella, del principio de legalidad. No obstante, continúa diciendo, que si se complementa el aspecto intimidatorio con el aspecto positivo de la

⁵⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989, p. 466

⁵⁸ Roxín, Claus, *Derecho Penal: Parte General, T I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 136

prevención general, la teoría de la pena resulta actualizada⁵⁹. El autor, nuevamente parece identificar el problema feurbachiano de la dominación. En primer lugar pregona que para que una conducta sea punible, debe estar tipificada previamente en la ley. Sin embargo, reconoce la insuficiencia de ese recaudo. No cree que los ciudadanos puedan gozar de libertad, es decir de tener la posibilidad de autodominarse, si la prescripción legal no es precisa. Para evitar la dominación del soberano, ve la necesidad de adscribir también al principio de legalidad en la variante *nullum crimen sine lege certa*.⁶⁰

Los pensadores liberales modernos, han caído también en la trampa Hobbesiana. Han tomado el concepto de libertad de Hobbes y por tanto se han olvidado que el compromiso con la libertad no está en las interferencias arbitrarias que pueden tener lugar en la vida de las personas, sino en la arbitrariedad misma de la interferencia. Lo que compromete a la libertad, no es sólo la interferencia sino la arbitrariedad en la decisión de interferir. Uno no es libre cuando su vida puede ser limitada a gusto y placer del dominus. Si este argumento es plausible, los liberales tienen un motivo para abrazar las soluciones republicanas. Entre ellas, la aquí propuesta a la tipificación de conductas que produzcan consecuencias lesivas pequeñas, pero que pueden afectar a un gran número de personas (TEI).

VII. Conclusiones

Para finalizar, dos breves consideraciones. La primera respecto de la denominación delitos acumulativos. Ésta sólo es correcta si se acepta la primera de las soluciones propuestas (TAB), es decir aquella que sostiene lo que se responsabiliza al sujeto por lo que el efecto de su acto representa junto con los efectos de los actos de los demás. En cambio si se acepta la segunda solución propuesta (TEI) ya no es posible llamar a estas conductas delitos acumulativos, desde que lo que se responsabiliza es el efecto que produce la conducta individual capaz de afectar a un gran número de personas.

⁵⁹«En efecto si la conminación e imposición de las penas también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no la hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de conciencias del que depende el respeto a sus preceptos” (Roxín, Claus, *Derecho Penal: Parte General, T I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 146)

⁶⁰ Véase, Bacigalupo, Enrique, *Principios de Derecho Penal: parte general*, Madrid, Akal, 1997 pp. 75-77

El segundo comentario pretende observar si las dos justificaciones propuestas superan los requisitos que exige el derecho penal respetuoso de garantías. Se han dado, previamente, tres características, las cuales deben poder seguir satisfaciéndose, para que la construcción recién esbozada no se aparte del objetivo propuesto.

En primer lugar, se ha dicho, que un derecho penal respetuoso de las garantías sólo debe proteger intereses personales. No se ve por qué este requisito no se encontraría satisfecho. El objeto de protección, se ha dicho, no es el ambiente en sí mismo, como usualmente se le adjudica a quienes buscan su protección a través del derecho penal. Se protege el ambiente como medio que posibilita el libre desarrollo de cada persona en particular. Trata de evitar que pueda realizarse un asalto a las opciones (no dominadas) de los sujetos.

El segundo punto, referido a una estructura de imputación basada en una responsabilidad subjetiva e individual, aparece como el más problemático para la primera solución propuesta (TAB). Sin embargo, se ha visto cómo es posible justificar las prohibiciones penales de los daños acumulativos sin tener que renunciar a él. Como se dijo, la responsabilidad es subjetiva e individual, desde que a cada sujeto se le reprocha su propio hecho. Se lo castiga por la acción de contravenir una norma sobre la base de que, por un lado sabe que las consecuencias de su accionar potencialmente peligrosas son indominables; y por otro, en la prognosis que realiza el sujeto de que otras personas realicen conductas idénticas a las propias, que en su conjunto pueden menoscabar gravemente a los bienes jurídicos. La segunda de las soluciones propuestas (TEI) no encuentra ninguna objeción en este requisito desde que sólo se tienen en cuenta los efectos de la conducta individual.

Tercero, sobre el principio de lesividad (o de proporcionalidad/subsidiariedad), se ha visto que tampoco se ve suprimido. Aunque, sin embargo, la segunda de las soluciones propuestas (TEI) era la que más explicaciones debía dar al respecto. Así, se ha visto que, una construcción del derecho penal como la propugnada por el republicanismo, podía dar cuenta de este requisito. Respecto de la solución primera (TAB) a los delitos acumulativos, de igual modo se cumple con el requisito. Esto desde que cada acción individual tiene potencialidad para menoscaban la capacidad funcional del bien jurídico. Experimenta una pérdida en su valor, la cual se ve reflejada en los mayores costos que hay que pagar para su utilización. “El daño significa forzosamente

que los costes de nuestra explotación de varias oportunidades se incrementan, o que en ciertas oportunidades se nos cierran”⁶¹. No obstante, si se cree que esta segunda (TAB) es la solución correcta, debiera dejarse a la tipificación en el ámbito del derecho administrativo sancionador –fuera del derecho penal–. Esta es la razón por la cual, si se cree que conductas como las descritas deben estar prohibidas penalmente, debe optarse por la segunda solución (TEI), es decir aquella que le da importancia a las consecuencias de los actos individuales, aun cuando sean pequeñas o imperceptibles.

VIII. Bibliografía

- Alcácer Guirao, Rafael, “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos”, en *RECPC* 04-08-02 disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>: último acceso, 20-11-12.
- Bacigalupo, Enrique, *Principios de Derecho Penal: parte general*, Madrid, Akal, 1997
- Cancio Meliá, Manuel y Pérez Manzano Mercedes “Principios del derecho penal”, en Lascuarín Sanchez J. y Bacigalupo S. (coord.) *Introducción al derecho penal*, Thomson, Madrid, 2011, pp 81-110
- Dagger, Richard “Republicanism and the foundations of criminal law” en Duff, R.A. & Green S.P (ed), *Philosophical foundations of criminal law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 44-66.
- Feinberg, Joel, *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1984.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989.
- Feuerbach, P.J., *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano*, Bs.As, Hammurabi, [1797] 2010
- Hart, H.L.A. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1968.
- Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Barcelona, Tirant lo Blanch. 1995.
- Hassemer, Winfred “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?” en Hefendehl, Roland (ed), *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 95-104.

⁶¹ Pettit, Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Bs. As. Paidós, 1997, p. 183.

- Hefendehl, Roland (ed), *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Bs. As, Libertador, 2004 [1651]
- Husak, Douglas, *Overcriminalization: The limits of the Criminal Law*, NY, Oxford University Press, 2007.
- Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997
- Jonas, Hans, *El Principio de Responsabilidad*. Barcelona, Herder, 1995.
- Kindhäuser, Ürs, *Derecho Penal de la Culpabilidad y de la conducta peligrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Kindhäuser, Ürs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, en revista *InDret*, Barcelona. 2009, disponible en <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>: último acceso 01-01-13
- Kuhlen, Lothar, *Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung*, GA, ZStW, 1986.
- Mill, John S. *Sobre la Libertad*, Madrid, Alianza, [1859] 1995.
- Moore, G.E. *Principia Ethica*, revised edition, Cambridge, Cambridge University Press, 1993[1903]
- Morris, Herbert, *On Guilt and Innocence: Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*. Berkeley, University of California Press, 1976.
- Nino, Carlos S, *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Bs. As. Astrea. 1980
- Parfit, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984 (Existe traducción al español en Parfit, Derek, *Razones y Personas*, Trad. Mariano Rodríguez Gonzales, Madrid, Antonio Machado Libros , 2004)
- Pettit, Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Bs. As. Paidós, 1997.
- Pettit, Philip, “Republican Theory and Criminal Punishment” en *Utilitas* Vol 9. N° 1, March 1997, Edinburg University Press, 1997 pp. 59-79
- Roxín, Claus, *Derecho Penal: Parte General, T I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas, 1997
- Sancinetti, Marcelo, *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996

- Silva Sánchez, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Bs. As. BdeF 2º ed. 2008.
- Schönemann, Bernd, *Derecho Penal Contemporáneo*, Bs.As. Hammurabi, 2009.
- Skinner, Quentin “La libertad de las repúblicas, ¿un tercer concepto de libertad? En *ISEGORÍA* 2005 pp 19-49
- Stratenwerth, Günter, “La criminalización de los delitos contra bienes jurídicos colectivos” en Hefendehl, Roland (ed), *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 365-382.
- Truccone Borgogno, Santiago, “Feuerbach y la libertad: el objetivo del derecho penal liberal” en *IUSTEL: Revista General de Derecho Penal*, nº19, 2013, pp. 1-21, disponible en http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413149&d=1
- von Hirsch, Andrew y Wohlers, Wolfgang, “Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito. Sobre los criterios de una imputación justa” en: Hefendehl, Roland (ed). *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid, Marcial Pons, 2007pp. 285-308.
- Zaffaroni, Eugenio R., *El Enemigo del Derecho Penal*, Bs. As. Ediar, 2007
- Zaffaroni, Eugenio R. *La pachamama y el humano*, Buenos Aires. Madres de Plaza de Mayo, 2012