

TENDENCIA EXPANSIVA DE LOS DELITOS DE PELIGRO Y GARANTÍAS PENALES: ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

por CRISTINA GUIASOLA LERMA*

SUMARIO: I. Introducción. II. Breves consideraciones en torno al Tribunal Constitucional y su función de control de la legalidad penal, al hilo de la STC 42/1999, de 22 de marzo. III. Estructura de los delitos de peligro abstracto y exigencias del principio de legalidad. IV. Bibliografía.

I. Introducción

En el ámbito de la doctrina científica, dentro de una renovada discusión acerca de la categoría de peligro¹, viene admitiéndose la necesidad de adelantar la intervención penal a la fase de peligro en aquellos supuestos de bienes jurídicos colectivos, como es el medio ambiente, afectados por procesos largos en el tiempo, donde las consecuencias, con ser vaticinables, no pueden sin embargo ser valoradas de forma anticipada, de modo que “esperar a la constatación de la

* Profesora contratada doctora, Universitat Jaume I (Castellón).

¹ En la actualidad la investigación sobre el tema ha recibido un nuevo impulso a través de la polémica suscitada en Alemania, y de la cual nos hemos hecho eco en nuestro país, en relación a la legitimidad del recurso imparable a los delitos de peligro abstracto, dentro de la tendencia generalizada del que viene llamándose “Derecho Penal del riesgo”. Vid. MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001, pp. 6 y 338. Por su parte, quienes admiten la necesidad de adaptar la reacción penal a las nuevas necesidades sociales ponen énfasis en la necesidad de resguardar la seguridad y hablan de un “Derecho Penal de la seguridad”.

lesión, y pretender que los contornos del resultado lesivo sean abarcados por el dolo del sujeto, es tanto como garantizar la impunidad y la consiguiente desprotección del bien jurídico. Frente a la inhibición o la criminalización de la lesión en términos tan vagos que nada describirían, resulta preferible el recurso a tipos de peligro². Ésta ha sido, pues, una de las razones principales para explicar la adopción de la estructura de delitos de peligro cuando se pretende proteger bienes jurídicos colectivos, presentándose incluso dicha técnica legislativa como un instrumento propio del llamado “Derecho Penal moderno”³.

Sin embargo, pese a la justificación de esa intervención preventiva antes del efectivo deterioro del bien protegido⁴, la tendencia expansiva de los delitos de peligro fundamenta recelos garantistas, al incrementar las posibilidades de colisión con los principios de lesividad y legalidad, así como con el principio de presunción de inocencia. Y es que, ciertamente sólo estará plenamente justificada la creación de delitos de peligro si se someten a los controles y garantías penales, esto es, si su previsión, así como su interpretación y aplicación se realiza de una manera compatible con los principios y garantías fundamentales de un Derecho Penal acorde con nuestro Estado democrático de Derecho⁵.

² Así, TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligro abstracto y garantías penales*, en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, p. 809.

En general, sobre los delitos de peligro –con independencia de la doctrina reciente que más adelante será citada– vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Los delitos de peligro*, en *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, pp. 323-340; HERZOG, F., *Límites al control penal de los riesgos sociales*, en *ADPCP*, 1993, vol. XLVI, fasc. I, pp. 317-327; LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*, Valencia, 1992; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Madrid, 1997.

³ Así, VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Pamplona, 2007; MUÑOZ CONDE, *Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho Penal*, en QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del profesor J. M. Valle Muñiz*, Navarra, 2001, p. 571.

⁴ Bien cuya “difusión”, según Huerta Tocildo, haría difícilmente determinable tanto el daño producido cuanto su conexión causal con la conducta prohibida (HUERTA TOCILDO, S., *Principios básicos del Derecho Penal y artículo 325 del Código Penal*, en *Revista Penal*, N° 8, 2001, pp. 39 y ss.).

⁵ Sobre este particular afirma Méndez Rodríguez como la necesidad de convertir

En el seno de los delitos de peligro, en la doctrina española, suele diferenciarse entre los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto, caracterizándose los primeros, según la opinión doctrinal más extendida, por la puesta en práctica de una conducta considerada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico. Sin embargo, como se tendrá ocasión de fundamentar más adelante, aquí proponemos una definición de delito de peligro abstracto como aquellos cuyo común denominador es que el tipo exige que la realización del comportamiento suponga, desde una perspectiva *ex ante*, un riesgo de producción de una concreta lesión o puesta en peligro de un bien jurídico⁶. Menos controvertida es la caracterización de los delitos de peligro concreto, siendo la opinión más generalizada la que considera que el peligro sí es un elemento expreso del tipo, de forma que el juez ha de probar la efectiva producción de un peligro real para el bien jurídico, ligado causalmente e imputable a la acción, para considerar consumado el delito⁷.

Pues bien, hace algunos años, al hilo de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1999, analicé en qué medida y bajo

al Derecho Penal en un instrumento eficaz no puede eliminar las garantías penales, pese a la importancia del bien jurídico a tutelar (MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, p. 87). Por su parte Mendoza Buergo sostiene como, en la búsqueda de una mayor eficacia de la intervención penal no debe abusarse de los medios que pueden suponer la conculcación, aun a veces soterrada, del sistema de garantías penales, puesto que ello supondría otorgar primacía a una justificación utilitaria de “maximización de la libertad”, que conllevaría una preterición de los principios garantistas. El valor de seguridad, según la autora, podrá también ser protegido, dentro de los cauces de un Derecho Penal que atienda de manera prioritaria “a la defensa más eficaz compatible con la salvaguarda de los principios que justifican la intervención penal en un Estado democrático moderno, que repare en las nuevas necesidades de protección, sin por ello olvidar el marco en el que ha de moverse si no quiere abrir fisuras que permitan la entrada de tendencias antigarantistas que acaben desvirtuando el sistema” (MENDOZA BUERGO, ob. cit., pp. 346 y ss.). Asimismo, señalando los riesgos de confrontación de los delitos de peligro abstracto con las garantías derivadas del principio de legalidad (HUERTA TOCILDO, ob. y loc. cit.).

⁶ En esta dirección, MENDOZA BUERGO, ob. cit., pp. 20 y ss.

⁷ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, pp. 49 y ss.; MENDOZA BUERGO, ob. y loc. cit.

qué límites la estructura de los delitos de peligro abstracto se acomoda a las exigencias del principio de legalidad⁸, postulado básico del Derecho Penal, cuyo respeto supone la salvaguarda de la seguridad jurídica –asegurando así el que el ciudadano conozca con exactitud en qué supuestos puede ser castigado si vulnera la norma– y cuyo significado esencial comporta como exigencias inmediatas la taxatividad y certeza en la determinación de la ley penal. Mi objetivo es, pues, retomar su estudio, desde la constatación del incremento en la aplicación de estas categorías delictivas, incremento que discurre paralelo a la denominada “expansión del Derecho Penal”⁹.

II. Breves consideraciones en torno al Tribunal Constitucional y su función de control de la legalidad penal, al hilo de la STC 42/1999, de 22 de marzo

El Derecho Penal del medio ambiente constituye, no sólo el sector por excelencia en que se desarrolla de modo preferente y especialmente intenso la polémica actual acerca de la modernización del Derecho Penal¹⁰, sino que las peculiaridades de su regulación jurídica motivan la discusión acerca de la distinción terminológica entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, lo que ha dado lugar a erróneas interpretaciones de los tipos.

En el supuesto que se planteó en la sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en fecha de 22 de marzo de 1999 el demandante de amparo denunciaba la vulneración de los derechos de presunción de inocencia y de la legalidad penal (arts. 24.2 y 25.1, CE), vulneraciones imputables a la Sentencia de la Sección Tercera

⁸ GUIASOLA LERMA, C., *Principio de legalidad y estructura de los delitos de peligro abstracto. A propósito de la STC 42/1999*, en *Revista de Derecho Penal*, Nº 7, septiembre de 2002, pp. 33 y ss.

⁹ Así lo hace constar efectivamente, GARCÍA RIVAS, *Contribución al análisis de los delitos de peligro contra el medio ambiente*, en *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal contemporáneo*, Trujillo, 2004.

¹⁰ En este sentido, GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003, p. 18.

de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de febrero de 1996, la cual condenó al demandante como autor de un delito contra el medio ambiente del párrafo primero del artículo 347 bis del anterior Código Penal¹¹. La citada sentencia 42/1999 del TC desestimó el recurso de amparo interpuesto por el demandante, por los motivos que más adelante comentaremos.

El objetivo de las reflexiones que suscita la doctrina constitucional emanada de la sentencia se centra en la pretendida vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1, CE), vulneración que, como veremos, se fundamenta, según el demandante, en la imposibilidad de subsumir razonablemente los hechos en el delito ecológico por el que se le castiga según la sentencia de la Audiencia Provincial. Concretamente se sostiene que se le condena por un delito ecológico cuando, según aquél, dicho delito requiere como elemento típico un peligro concreto para la salud de las personas y las condiciones de la vida animal, no verificado en el caso particular. En suma, según el recurrente, en dicha resolución se habría realizado una interpretación del tipo *indebida y extensiva* y, por tanto, contraria al artículo 25.1 de la CE.

Si recordamos, los hechos que dieron lugar al recurso parten de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Nº 2 de Sabadell que absolvió al recurrente del delito contra el medio ambiente del artículo 347 bis del CP-73, fundando dicha absolución en la no concurrencia de uno de los elementos del delito, que se concretaba en la existencia de un peligro concreto para la salud de las personas y las condiciones de la vida animal. Según sus argumentos, se absuelve por no acreditarse que las aguas residuales vertidas por la empresa en cuestión consti-

¹¹ Según la relación de los hechos probados, la empresa que dirigía el acusado venía vertiendo sus aguas residuales a la riera de San Cugat, a 50 m de su desembocadura en el río Besós. Del análisis de las muestras de aguas tomadas se evidencia la existencia de metales, así como una alta demanda química de oxígeno en cantidades netamente superiores a las autorizadas como máximas por el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, siendo dichas concentraciones absolutamente incompatibles con la vida animal macroscópica propia de los ríos de la zona. No obstante lo cual, tanto la riera donde se realizó el vertido como el río Besós, se designan como ríos muertos, carentes de toda flora o fauna, sin que conste que las aguas vertidas constituyan una grave dificultad añadida a la regeneración de los ríos.

tuyeran “una grave dificultad añadida a la regeneración del río Ripoll, ni del Besós, al que éste desemboca”. En el caso, el Tribunal afirma que “al día siguiente de los vertidos analizados, el Besós estaba tan muerto como el día anterior y era tan regenerable como lo era la víspera”.

Sin embargo, dicha sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona, estimando en parte el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y condenando a don Alejandro E. R. como autor de un delito contra el medio ambiente del párrafo primero del citado artículo 347 bis del anterior CP. En primer lugar, la Audiencia acepta como hechos probados los consignados en la sentencia apelada, *con excepción* del último párrafo referido a la falta de constancia de que los vertidos constituyeran una grave dificultad añadida a la regeneración del río Besós ni de la riera de San Cugat. En segundo lugar, y de conformidad con la STC 127/90 que establece que, tratándose de un delito de peligro, éste se consuma cuando se acredita pericialmente que los vertidos ocasionan un *peligro grave* para las condiciones de la vida animal, con independencia de que animales o plantas concretas padezcan por un determinado vertido, considera la Audiencia que, de acuerdo con la prueba practicada, los vertidos, además de infringir lo establecido en la normativa vigente, son altamente contaminantes, así como altamente peligrosos para la vida del río, con independencia de cuál sea el estado actual del mismo.

Pues bien, la pretensión de amparo del recurrente se centra, como ya avancé, en las posibles vulneraciones del derecho a la garantía penal y del derecho a la presunción de inocencia, imputables a la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Concretamente, partiendo de una interpretación del tipo de acuerdo con la cual se exige como elemento típico no sólo un peligro *concreto* para la salud de las personas sino también para las condiciones de la vida animal, se afirma que dicha exigencia no se puede considerar probada en el caso que nos ocupa, por cuanto tanto la ría como el río Besós son ríos muertos, no pudiéndose constatar que los vertidos constituyan una dificultad añadida a la regeneración de los mismos. De modo que, para el recurrente la resolución impugnada habría realizado una *interpretación* del tipo *extensiva e indebida* y, por tanto, contraria

al artículo 25.1 de la CE, al entender que basta para aplicar el tipo penal la existencia de un peligro abstracto. Admitida a trámite la demanda, la representación del recurrente alega citas de jurisprudencia constitucional referidas a la extensión *in malam partem* de un tipo penal.

Por su parte, el Ministerio Fiscal cumplimenta el trámite de alegaciones interesando la desestimación del amparo, sosteniendo que no se ha producido vulneración del derecho a la legalidad penal puesto que, considerar el tipo delictivo como de peligro concreto o abstracto constituye una cuestión en el ámbito de la interpretación y aplicación de la legislación ordinaria, que compete de forma exclusiva a los Tribunales penales¹².

En suma, el demandante de amparo alegaba, junto a una vulneración de su presunción de inocencia, una vulneración del derecho a la garantía penal (art. 25.1, CE) por cuanto la Audiencia Provincial castigó por delito ecológico cuando éste requiere, según él, un peligro concreto no verificado en el caso. A ello se oponía el Ministerio Fiscal toda vez que la pretensión de lesión del derecho a la legalidad penal encubre una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria, cuya revisión excede de las atribuciones del Tribunal.

Pues bien, el *Tribunal Constitucional* en la sentencia 42/1999 sostuvo al respecto que, su “limitada” –como él adjetiva– *función de control de la legalidad penal* toma como punto de partida dos premisas: en *primer lugar* la *variedad interpretativa de toda norma penal*, como consecuencia de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las

¹² A este respecto, el MF prosigue afirmando que, en el caso del delito ambiental, la cuestión de la naturaleza del peligro exigido en el tipo ha recibido dos respuestas fundadas y razonables. Así, la interpretación que considera que el peligro requerido por el tipo es abstracto, se puede fundar atendiendo al tenor literal de la expresión que a él se refiere, vertidos “*que puedan perjudicar gravemente*”, y su diferencia con el tenor literal de la expresión que se refiere al peligro para la salud de las personas, vertidos “*...que pongan en peligro grave*”. Pero, incluso aceptándose que el 347 bis exige un peligro concreto, no resulta obligado concluir afirmando la vulneración del citado precepto constitucional puesto que, entiende el Ministerio Fiscal, calificar el río como un “río muerto” se trata más bien de “un término retórico, denotador de un estado de alto deterioro de la cuenca pero *compatible con algunas posibilidades de vida animal y vegetal* que justificarían su protección”.

normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo, y, en *segundo lugar*, el hecho de que es *competencia exclusiva de los órganos judiciales la decisión sobre la interpretación* más adecuada del precepto, como paso previo a su aplicación.

En relación a esta primera premisa, la *variedad interpretativa que admite toda norma penal*, como es sabido, una de las exigencias inmediatas del principio de legalidad es la claridad y taxatividad en la determinación de los tipos penales, condiciones *sine qua non* de la seguridad jurídica. El principio de taxatividad pretende, pues, asegurar que los tipos penales estén estructurados de manera que quede claramente determinado lo que no es lícito penalmente. No obstante, si bien resulta indudable el necesario cumplimiento por parte del legislador del mandato de taxatividad, implícito en el de *legalidad*¹³, si-

¹³ Como se ha afirmado: "...la falta de determinación en la descripción legal de las conductas, la ausencia de la necesaria taxatividad en la misma, hace decaer la seguridad jurídica y, por tanto, la certeza que comporta la vertiente de la garantía criminal del principio de legalidad" (COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en *Comentarios a la legislación penal*, 1982, p. 200). En relación al principio de legalidad penal resultan, asimismo, de obligada cita los trabajos de, entre otros, MADRID CONESA, F., *La legalidad del delito*, Valencia, 1983; BOIX REIG, *El principio de legalidad en la Constitución*, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Semana de Derecho Penal en memoria del Prof. Pereda*, Bilbao, 1983; del mismo: *De nuevo sobre el principio de legalidad penal*, en *Revista General de Derecho*, Nº 512, 1987; LAMARCA PÉREZ, *Formulación histórica y significado político de la legalidad penal*, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Nº 2, 1987; de la misma: *Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 20, 1987; BORJA JIMÉNEZ, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal: Estado actual de un debate permanente*, en *Revista General de Derecho*, Nº 585, 1993; HUERTA TOCILDO, S., *El derecho fundamental a la legalidad penal*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 39, 1993; de la misma, *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, en *El principio de legalidad, Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2000; CUERDA RIEZU, *Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal*, en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001; CÓRDOBA RODA, *Consideraciones sobre el principio de legalidad*, en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005; GÓMEZ BENÍTEZ, *Seguridad jurídica y legalidad penal*, en *Vinculación del juez a la ley penal* (dir. por Jiménez Villarejo), Madrid, 1995.

Acerca del deterioro de la legalidad, vid. NAUCKE, W., *La progresiva pérdida*

multáneamente debe reconocerse la imposibilidad de alcanzar un rigor absoluto en la formulación de los tipos penales. Partimos, pues, de la inevitabilidad de un cierto grado de indeterminación, toda vez que la certeza y concreción absoluta conllevaría necesariamente el exclusivo empleo de términos descriptivos y el uso de un excesivo casuismo. Todo ello conduce al legislador a la dificultosa tarea de compatibilizar las exigencias de taxatividad con la generalidad y abstracción que debe caracterizar a cada norma.

A su vez, debe tenerse presente la existencia de limitaciones del lenguaje de la ley en el sistema jurídico positivo. El ordenamiento jurídico, la ley positiva, surge de la elección de una serie de valores e intereses presentes en la sociedad, lo que implica de por sí una referencia a realidades extralegales¹⁴. Los valores generales se expresan en conceptos de contenido general, mas, si dichos conceptos legales pueden tener un “núcleo” conceptual más o menos claro, tienen, sin duda, un “campo” conceptual difuso¹⁵. Ello sin olvidar el cambio que, con el devenir histórico, se produce en el sentido de las palabras. En definitiva, como se ha dicho, el rigor absoluto en la formulación de los tipos penales resulta sumamente difícil que sea alcanzado¹⁶, pues, aunque en dicho momento los términos empleados pudieran acercarse a un grado de precisión rayano a lo absoluto, éste se vería empañado con el paso del tiempo. Por tanto, la “textura abierta del lenguaje”¹⁷

de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado (trad. de Sánchez-Ostiz Gutiérrez), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000.

Recientemente, sobre el principio de legalidad, vid. VIVES ANTÓN, T. S., *El “ius puniendi” y sus límites constitucionales (Al filo de la distribución de funciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional)*, Valencia, 2006; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal*, Valencia, 2004; DONDE MATUTE, J., *Principio de legalidad penal: perspectivas del Derecho Nacional e Internacional*, Barcelona, 2007.

¹⁴ Véase VIVES ANTÓN, T. S., *Dos problemas del positivismo jurídico*, en *La Colección de Estudios*, Instituto de Criminología y Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1979; también en *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, p. 138.

¹⁵ ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, 1967, p. 140.

¹⁶ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, 1999, pp. 334 y ss.

¹⁷ HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*, Oxford, 1980, p. 159 y 160, cit.

imposibilita un rigor absoluto en la descripción de las conductas penalmente relevantes.

Ahora bien, la pretensión de certeza y rigor debe estar siempre presente hasta donde sea posible, de suerte que, como señaló Levi, “las exigencias de certeza se cumplen, no mediante una absoluta taxatividad, sino mediante la exhibición permanente de la zona problemática, del área de duda e incerteza”¹⁸. En este sentido, tal y como afirman Cobo del Rosal y Vives Antón: “El rigor absoluto no puede, ciertamente, alcanzarse, pero no por ello hay que renunciar absolutamente al rigor, sino que es preciso intentar lograrlo hasta donde sea posible, de modo persistente y fijándose cada vez, como meta a conseguir cotas más elevadas de seguridad y certeza”¹⁹. En definitiva, el legislador penal se encuentra abocado a compatibilizar “la frontal contradicción entre una norma que por definición debe ser general y abstracta y la necesidad de que su formulación no sea «genérica» y «vaga»”²⁰. Todo ello nos conduce necesariamente a admitir la variedad interpretativa de las leyes penales, si bien dentro de unos límites: si toda interpretación de un texto legal fuera posible, entonces no existiría norma²¹. Y es que, como afirma Vives Antón, el aplicador del Derecho

por VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Valencia, 2001, p. 18. Sobre este particular, Vives Antón afirma que las palabras adquieren significado en contextos de uso, de manera que el significado consiste en el uso que las palabras expresan simbólicamente. No obstante, el significado de una proposición del lenguaje común, así como de una proposición científica, “descansa en un uso que podemos cambiar si lo encontramos inadecuado”. Así, el lenguaje significa en virtud de un contexto de uso, no quedando circunscrito a las prácticas que lo originaron sino que puede ampliarse, reducirse, desecharse, etc., esto es, “el lenguaje es una herramienta cuyos usos pueden cambiar, pero no puede –sin desnaturalizarse– dejar de servir para algo” (VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, pp. 458 y ss.).

¹⁸ LEVI, E. H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, 1964, p. 132.

¹⁹ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, ob. y loc. cit.

²⁰ GARCÍA RIVAS, N., *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, 1992, p. 22.

²¹ A este respecto, Vives Antón sostiene que la ley es el vehículo o instrumento en el que las normas penales se expresan, de manera que éstas serán, como reglas de conducta, lo que la ley signifique o parte de lo que la ley signifique (VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal* cit., pp. 339 y ss.).

no es libre para interpretar la ley penal, sino que “ha de partir del uso común del lenguaje y del sentido común, para después efectuar una delimitación más precisa conforme a las exigencias materiales que derivan, nada más y nada menos, del hecho de que, en la correcta aplicación de la ley penal está en juego el núcleo más duro de los derechos fundamentales de los ciudadanos”²².

Partiendo pues de esta premisa, en segundo lugar, el Tribunal Constitucional reconoce el hecho de que la decisión sobre la interpretación más adecuada de un precepto, como paso previo a su aplicación, es *competencia exclusiva de los órganos judiciales*²³. Los límites de la jurisdicción constitucional de amparo determinan la ausencia de competencia en la determinación del sentido del texto legal. Es a los jueces y tribunales a quienes corresponde interpretar el sentido del texto legal, delimitando los contornos del ámbito de lo punible que el legislador pudo dejar meramente esbozados²⁴. En definitiva, como resume Roxin, si bien el legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulación, éste es rellenado y concretado por el juez²⁵. Ciertamente, la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, de acuerdo con el artículo 117.3 de la CE, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios, sin que pueda el Tribunal Constitucional sustituir a aquéllos en dicha tarea.

²² VIVES ANTÓN, T. S., *Principios penales y dogmática penal*, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte general)* 2, Escuela Judicial, CGPJ, 1996, p. 43.

²³ A este respecto afirma Vives Antón como lo que no puede hacer el legislador es determinar el sentido de las normas que promulga, ya que dicho sentido “escapa inevitablemente porque las normas sólo llegan a entenderse plenamente como tales en la medida en que se traducen en práctica y esa traducción la lleva a cabo la comunidad entera” (VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal* cit., p. 423).

²⁴ De ahí que Vidales Rodríguez (ob. y loc. cit.) considere que la labor judicial en estos casos adquiere una categoría rayana a la legislativa. En relación al Tribunal Supremo, Cobo y Vives afirman que, en cuanto Tribunal de casación, tiene una función “cuasilegislativa” (COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 117, nota 6).

²⁵ Sobre este particular, el autor llega a afirmar que “una aplicación del Derecho Penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimidad democrática” (ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas: D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, 1997, pp. 149 y 150).

El propio Tribunal Supremo viene reconociendo como la jurisprudencia, aunque no es fuente del derecho “sí constituye un modo interpretativo esencial de las normas y de los conceptos que en ellas se contienen, sirviendo de guía principal a los que adecuadamente pretenden aplicarlas y, por tanto, sirviendo también para establecer o, al menos, reforzar el principio de seguridad jurídica”²⁶. En esta dirección, Cobo del Rosal y Vives Antón han afirmado como, si bien la jurisprudencia no es vinculante, hay que reconocer que efectúa una interpretación de la ley dotada de autoridad”. Por su parte, Vidales Rodríguez afirma como, superada ya la creencia de que el juez realiza una función puramente mecánica de subsunción, “se impone como paso previo y obligado la interpretación del precepto”²⁷. Debe entenderse pues que la jurisprudencia es fuente del Derecho Penal a efectos interpretativos, pues, como ha puesto de manifiesto Carbonell Mateu, desconocer esta realidad “es tan absurdo como pretender que no existan criterios uniformes de interpretación del Derecho Penal”²⁸.

Ahora bien, preciso es matizar el alcance de tales afirmaciones, toda vez que, admitida la variedad interpretativa de las normas penales, así como la competencia exclusiva de los órganos judiciales en la interpretación de los tipos penales, debe asegurarse que la interpretación realizada por los tribunales es una de las posibles, atendiendo a los valores de *seguridad jurídica* y monopolio legislativo. La tarea del Tribunal Constitucional se reduce, pues, a asegurar en la interpretación efectuada por los tribunales el cumplimiento de las garantías de la ley penal. En relación a la distribución de funciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, Vives Antón afirma como “cuando de la Constitución dimana una exigencia de previsión legal, la jurisdicción

²⁶ STS de 6 de septiembre de 1994 (RJ 6824). Vid. asimismo la STS de 15 de julio de 1983 (RJ 4228), donde la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo asigna a la jurisprudencia la misión de complementar el ordenamiento jurídico –de acuerdo con lo establecido en el art. 1.6 del Código Civil– “a través de la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses...”

²⁷ Véase acerca de la función de la jurisprudencia, VIDALES RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 63 y ss.

²⁸ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1996, p. 127.

constitucional ha de declarar inconstitucional y nula la aplicación de la legalidad llevada a cabo por los jueces y tribunales ordinarios, no sólo en los casos de irrazonabilidad o arbitrariedad; sino también en aquellos otros en que el apartamiento del tenor literal de la ley comporte una aplicación extensiva o analógica de la misma o una integración que represente creación judicial del derecho en perjuicio del demandante de amparo²⁹.

En efecto, el Tribunal Constitucional sostiene que, vulneran las exigencias determinadas en el artículo 25.1 del texto constitucional los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los jueces y tribunales³⁰. A este respecto, se infringiría el principio de separación de poderes si el juez se convirtiera en legislador y quedara a su libre albedrío la exacta determinación de la ley penal.

En la sentencia que nos ocupa de 22 de marzo de 1999, el Tribunal Constitucional sostiene expresamente que es tarea propia el supervisar el sometimiento a unas reglas mínimas de interpretación que permitan mantener, de acuerdo con una extractada doctrina constitucional, que la interpretación *no era imprevisible* para el ciudadano, y *que no constituye una ruptura de la sujeción judicial al imperio de la ley*, citando resoluciones anteriores para concretar este parámetro de razonabilidad: respeto a los términos de la norma, a los criterios mínimos que impone la lógica jurídica y los modelos de argumentación adoptados por la comunidad jurídica.

En relación a la necesaria previsibilidad de la interpretación, ciertamente, no es únicamente el legislador quien debe asumir el mandato de determinación, sino también los jueces y tribunales. Sólo si el aplicador de la ley realiza una interpretación de ésta conforme a su tenor literal, el ciudadano podrá prever las consecuencias penalmente relevantes de la conducta humana. A este respecto, el Tribunal Constitucional, en sentencia 133/1987, de 21 de julio, afirmaba como “el prin-

²⁹ VIVES ANTÓN, *El “ius puniendi” y sus límites constitucionales...* cit., p. 16.

³⁰ SSTC 120/1998 de 15 de junio de 1998 y 105/1988, de 8 de junio (FJ 2º), entre otras.

cipio de legalidad penal garantiza, por un lado, el estricto sometimiento del juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o discrecionalidad en su aplicación, así como una interpretación analógica de la misma, y por otro, la seguridad del ciudadano en cuanto a la certeza de la ley penal, cuya exigencia es inherente a dicho principio, le permite programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente” (FJ 5º). Y es que, en efecto, en numerosos casos, leyes correctamente redactadas desde el punto de vista del principio de determinación jurídica, dan origen a situaciones intolerables desde el prisma de la seguridad jurídica de los ciudadanos cuando se realizan interpretaciones diversas e incluso contradictorias por parte de los tribunales³¹, lo que conduce a afirmar que, en definitiva, la seguridad jurídica depende de éstos. De modo que, si bien el juez puede escoger entre diversas posibilidades interpretativas, entendemos siempre debe moverse dentro del marco de regulación fijado previamente por el tenor literal³², el cual constituye pues un límite a la interpretación. Sobre este particular, ya Jescheck afirmaba como debe respetarse en todo caso el sentido literal posible como límite extremo, criterio irrenunciable –como él reconoce– “por razones provenientes del Estado de Derecho, pues representa el único elemento objetivamente constatable que permite saber con una cierta seguridad dónde empieza la responsabilidad del juez por el derecho de creación propia”³³.

Sobre la base expuesta, la tarea del Tribunal Constitucional se ciñe a verificar si la interpretación realizada era una de las posibles, en atención a los valores de seguridad jurídica y monopolio legislativo, supervisando el sometimiento a unas reglas mínimas de interpretación que permitan sostener, de acuerdo con una extractada doctrina constitucional, de un lado, que la interpretación no era imprevisible para el ciudadano, y de otro lado, que no constituye una ruptura de la

³¹ Sobre este particular, GARCÍA RIVAS, *El principio de determinación del hecho punible en la Doctrina del Tribunal Constitucional* cit., p. 51.

³² ROXIN, ob. cit., p. 147.

³³ JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, trad. de Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 142.

sujeción judicial al imperio de la ley, citándose jurisprudencia constitucional para concretar este parámetro de razonabilidad, consistente en el respeto a los términos de la norma, a los criterios mínimos que impone la lógica jurídica y los modelos de argumentación adoptados por la comunidad jurídica.

Pues bien, a la luz de dichos parámetros, el TC afirmó que no podía compartirse la alegación relativa a la vulneración del derecho a la legalidad penal, toda vez que la decisión tomada por la Audiencia Provincial:

1. No podía considerarse imprevisible, ya que se asienta en una de las interpretaciones lógicamente posibles del 347 bis, pues, atendiendo a su tenor literal, éste no expresa textualmente la exigencia de un peligro concreto en los términos pretendidos por el recurrente. Asimismo, el Tribunal procede a constatar el elevado grado de abstracción, generalidad y vaguedad de la citada proposición normativa, derivado del carácter indefinido de los términos utilizados, así como de la ausencia de unanimidad en la comunidad jurídico-penal en la determinación de los elementos que deben ser tenidos en cuenta en el enjuiciamiento de los hechos. De forma que, pese a que reitera que no es competencia suya verificar cuál de las interpretaciones posibles de la norma es la más adecuada, concluye que la calificación de los hechos por la Audiencia Provincial no resultaba una interpretación imprevisible o irrespetuosa, de acuerdo con los parámetros referidos.

Pues bien, ciertamente el tenor literal del artículo 347 bis del derogado Código Penal de 1973 no expresaba la exigencia de un peligro concreto en los términos pretendidos por el recurrente, pues dicho precepto sólo requería literalmente, junto con otros elementos típicos no cuestionados, que los vertidos “*puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal*”. De suerte que la decisión adoptada por la Audiencia Provincial no puede considerarse imprevisible puesto que, constatado el elevado grado de abstracción y generalidad del artículo 347 bis, ésta es una de las interpretaciones lógicamente posibles, como afirma a este respecto el Tribunal Constitucional.

2. Asimismo, el TC afirmó que, sostener que “verter aguas residuales, en el lugar en que se produjeron, puede perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal” no puede tildarse de extravagante,

tanto si se atiende a los modelos de argumentación adoptados por la propia comunidad jurídico-penal en la interpretación del precepto, como, teniendo en cuenta que, de acuerdo con los hechos probados, las concentraciones de metales, así como la alta demanda química de oxígeno de los fluidos vertidos “son absolutamente incompatibles con la vida animal macroscópica propia de los ríos de la zona”. Consecuentemente, no puede considerarse una interpretación extravagante, máxime a partir del cambio en la relación de hechos probados por la Audiencia, de acuerdo con los cuales, los vertidos pueden constituir una dificultad añadida en la regeneración de los ríos de la zona, reconociendo así su potencial lesivo. Por el hecho de que los ríos fueran calificados en un determinado momento como “ríos muertos” –expresión, según el Tribunal, más retórica que técnica, como se deduce de las declaraciones de los peritos en el juicio oral– no se excluye la posibilidad de ser calificados asimismo como “regenerables”, como capaz de devenir un río con vida animal o vegetal en el futuro y, en consecuencia, un río en el que el vertido de ciertas sustancias puedan perjudicar gravemente el desarrollo de las condiciones de la vida animal. De manera que el Tribunal Constitucional concluye afirmando que la calificación realizada por la Audiencia Provincial no resulta contraria al canon de previsibilidad y razonabilidad antes expuesto.

Dicho grado de abstracción, generalidad y vaguedad de la citada proposición normativa es precisamente el origen de la falta de unanimidad en la comunidad jurídico-penal, a la hora de determinar los elementos típicos, de cara a concluir la concurrencia de un vertido de las características exigidas en el tipo. Como es sabido, una de las condiciones necesarias para la realización del tipo básico del delito contra el medio ambiente es que los vertidos, emisiones y demás acciones típicas llevadas a cabo por el agente supongan la infracción de las disposiciones extrapenales. Sin embargo, ésta es condición necesaria pero no suficiente para la realización del tipo, tal y como así lo entiende la doctrina mayoritaria, puesto que el elemento de diferenciación con respecto a la infracción administrativa lo constituía y lo constituye, de acuerdo con la regulación vigente, el criterio material de la exigencia de la puesta en peligro. Concretamente, el primer párrafo del artículo 347 bis del Código Penal anterior sancionaba aquellas conductas a las

que se les podía atribuir la *posibilidad de perjudicar gravemente* las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

III. Estructura de los delitos de peligro abstracto y exigencias del principio de legalidad

Sentado lo anterior, donde la doctrina científica se encontraba –y se encuentra, pese a la nueva regulación prevista en el CP de 1995– sustancialmente dividida era a la hora de caracterizar el delito como de peligro abstracto o como delito de peligro concreto. Dicha discrepancia tenía su origen en las diferentes expresiones utilizadas en función del bien de referencia. Si bien existía acuerdo doctrinal en la exigencia material de la concreción del peligro concreto cuando el mismo afectaba a la salud de las personas –al sancionarse las conductas “que *pongan en peligro* la salud de las personas”– las posturas ya eran divergentes cuando el peligro afectaba a las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Esta discrepancia traía causa de las distintas formas verbales empleadas por el legislador según el bien de referencia. Así se aludía a emisiones o vertidos “que *pongan en peligro* la salud de las personas”, o que “*podrían perjudicar gravemente* las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”. Esta segunda expresión parecía suscribir, en principio, la tesis del peligro abstracto. Así lo entendían, entre otros, González Cussac, De la Cuesta Arzamendi y Vercher Noguera³⁴, diferenciando, a la vista del tenor literal, el peligro exigido para las personas como concreto y como abstracto el exigido para el resto de los bienes. Esta opción interpretativa producía, sin embargo, cierta perplejidad por cuanto resultaba paradójica la diversa redacción empleada por el legislador que en relación a los bienes más

³⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El artículo 347 bis: aproximación al estudio de sus tipos*, en *Anales del Centro de Alzira*, 1986, p. 51; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente*, en *Documentación jurídica*, 1983 (monográfico dedicado a la PANCP), p. 917; VERCHER NOGUERA, A., *El delito ecológico: aplicación y problemas prácticos*, en *La Ley*, 1989, p. 967.

importantes exigía la concreción del peligro, esto es, la efectiva puesta en peligro de la salud de las personas, bastando que el peligro fuera abstracto cuando afectara al resto de bienes. De ahí que, frente a la corriente doctrinal expuesta, se extendiese aquella que apostaba por considerar la concurrencia de peligro concreto³⁵ en las dos situaciones de peligro formuladas como alternativas. En esta línea, numerosas sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de Audiencias Provinciales se decantaban por la opción de entender que el artículo 347 bis se constituía, en todo caso, como un delito de peligro concreto³⁶.

Pese al cambio terminológico y de redacción introducido por el legislador de 1995, las discrepancias doctrinales no acaban, puesto que la estructura del delito no ha sufrido cambios significativos. No obstante, el nuevo Código Penal ha procedido a ubicar en un subtipo agravado aquellas situaciones de riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, pretendiendo de este modo terminar con la confusión que se desprendía del tenor literal del antiguo 347 bis en el que parecía que el legislador protegía más a las especies animales o vegetales que al ser humano.

El Código Penal vigente sanciona, pues, en su artículo 325 una serie de conductas que, junto con el resto de elementos típicos, “*puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*”. A este

³⁵ Así, entre otros, BOIX REIG, J., en VV. AA., *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 1990, p. 388; BLANCO LOZANO, C., *La protección del medio ambiente en el Derecho Penal español y Comparado*, Granada, 1997, pp. 168 y ss.

³⁶ A título de ejemplo, cabe citar la STS de 11 marzo de 1992, iniciadora de la conceptualización del delito ecológico como un delito de peligro concreto, a la que siguieron las de 5 de octubre de 1993, de 26 de septiembre de 1994 y 3 de abril de 1995. Entre otras muchas de Audiencias Provinciales en las que se califica al art. 347 bis como delito de peligro concreto, podemos citar la conocida SAP de Sevilla (Secc. 4ª) de 12 de julio de 1993 –sentencia que puso fin al denominado caso “Doñana”– en la que se pronuncia expresamente a favor de interpretar el delito como de resultado y de peligro concreto. Se decantaban por la misma calificación, entre otras, la SAP de Zaragoza de 14 de noviembre de 1994 o la SAP de Córdoba de 18 de enero de 1995.

Pese a que –como afirman J. M. Silva Sánchez (*Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, p. 74) y Morales Prats (*La estructura típica de peligro en el delito ambiental*, en *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, Madrid, 1996, p. 152, nota 12)– dichos órganos jurisdiccionales ocasionalmente, después de optar por esta opción, no son plenamente coherentes con las exigencias de este tipo de peligro.

respecto, un sector de la doctrina científica sigue apostando por caracterizar el delito como de peligro concreto³⁷, mientras que otros autores se inclinan por su configuración como de peligro abstracto³⁸.

Pues bien, como acertadamente señala la STC 42/1999, el tenor literal del texto legal no excluye, en principio, ninguna de las dos posturas³⁹, entre otras razones porque el grado exacto de peligrosidad resulta difícil que sea preestablecido por el legislador. Ciertamente la distinción entre los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto no resulta tan clara como en una primera aproximación pudiera parecer, apreciándose cierta confusión en los criterios que viene proponiendo la doctrina científica para su diferenciación.

Por lo que se refiere a la interpretación doctrinal que considera que el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales requerido por el tipo es *abstracto*, ésta se funda, de entrada, en la redacción dada a dicho supuesto –“que puedan perjudicar gravemente”– y su diferencia todavía presente con el tenor literal de la expresión referida al peligro para la salud de las personas, “...Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas...” Evidentemente no puede pasarse por alto la distinta redacción dada a las dos hipótesis, máxime si observamos que cuando el legislador ha querido crear delitos de peligro concreto en el texto punitivo lo ha hecho expresamente.

Asimismo, en los delitos contra el medio ambiente se viene apostando por la estructura de peligro abstracto sobre la base de que nos encontramos ante un *bien jurídico colectivo*, lo que dificulta la individualización de las acciones que lo lesionan⁴⁰. Pues bien, sobre este particular considero que deben realizarse un par de puntualizaciones.

³⁷ Entre otros, BOIX REIG, J., y JAREÑO LEAL, A., *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. por T. S. Vives Antón), Valencia, 1996, t. II, pp. 1592 y ss.; BOIX REIG, en VIVES ANTÓN, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed., Valencia, 1999, p. 642.

³⁸ Así cabe citar, entre otros, a CORCOY BIDASOLO, ob. cit., pp. 225 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, ob. cit., p. 809.

³⁹ De este parecer asimismo, SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente* cit., p. 75.

⁴⁰ Cfr. en este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999, pp. 38, 66 y ss., y la bibliografía alemana ahí citada.

En primer lugar entiendo que, si bien la mayoría, no todos los bienes jurídicos colectivos tienen que conducir necesariamente a estructuras de delito de peligro. En este punto resulta necesario referirnos a las tesis elaboradas por la doctrina alemana para ser aplicadas a delitos de peligro abstracto que tutelan bienes jurídicos inmateriales⁴¹. Con este fin se construye la figura delictiva sobre la base de un “bien jurídico intermedio espiritualizado”⁴² –también denominado “bien jurídico con función representativa” en terminología de Jakobs⁴³– el cual resulta *inmediatamente* lesionado por la acción individual, sin que se requiera acreditar la lesión o puesta en peligro del bien mediato, pues la “abstracta peligrosidad” de la conducta típica para el bien jurídico inmaterial se produce desde el momento en que se lleva a cabo la lesión del bien intermedio, bastando con que el dolo o la imprudencia se refieran a dicha lesión. La denominación de *bienes jurídicos intermedios* proviene del hecho de la progresión del ataque, donde se producirá la lesión previa del bien social, así como debido al avance de la conducta, el peligro para el bien final, el individual⁴⁴. Por tanto, se adoptan esquemas típicos de peligro para los bienes individuales, de los que resulta la lesión del bien colectivo⁴⁵.

⁴¹ En España se hacen eco y crítica de estas construcciones, entre otros, MATA Y MARTÍN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte general*, Valencia, 1999; CORCOY BIDASOLO, ob. cit.; MENDOZA BUERGO, ob. cit.

⁴² Según denominación de SCHÜNEMANN, B., *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975.

⁴³ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1991.

⁴⁴ MATA Y MARTÍN, ob. cit., p. 58; en sentido similar, DOVAL PAIS, A., *Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios*, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Intereses difusos y Derecho Penal*, CGPJ, 1994, pp. 18 y ss.

⁴⁵ Sin embargo, existe cierta confusión en la doctrina a la hora de determinar si, en relación a estos bienes intermedios, cabe o no determinar su lesión. Así, desde otro lado se sostiene como resulta difícilmente imaginable una lesión o puesta en peligro concreta de tales bienes por su carácter inmaterial –tal y como lo refleja Mendoza Buergo (ob. cit., pp. 53 y 480)– de forma que el menoscabo se produce más por la reiteración de conductas que por cada acto individual. Lo cierto es que la dudosa configuración de los delitos con bienes jurídicos intermedios se refleja en las exposiciones al respecto de algunos autores. Así, por ejemplo, Rodríguez Montañés,

Ahora bien, debe advertirse como la locución “*bienes jurídicos intermedios*” es utilizada para conceptualizar situaciones diferentes respecto de los bienes colectivos⁴⁶. Así, también se hace referencia a estos bienes para designar aquellos de carácter supraindividual pero que, frente a los autónomamente tutelables, su protección penal va vinculada necesariamente a un bien personal⁴⁷, me estoy refiriendo a los denominados *bienes colectivos de referente individual*⁴⁸. Estos bienes colectivos, a diferencia de los bienes jurídicos modernos o de “nueva generación”, se construyen a partir de los bienes jurídicos individuales, esto es, se vinculan a un bien jurídico netamente personal, y relacionado con lo anterior, la necesidad de su protección se basa en la defensa de bienes esenciales para el desarrollo de la persona. Como pone de manifiesto Bustos Ramírez, el carácter complementario de los bienes colectivos respecto de los bienes individuales no implica que haya de recurrirse a delitos de peligro abstracto, ya que con

sostiene que, en el caso de bienes jurídicos supraindividuales cuyo menoscabo se produce más que por cada acto individual por la reiteración generalizada de conductas, la técnica que parece más adecuada es la de los delitos de peligro abstracto. Sin embargo, un poco más adelante afirma como resulta “legítima la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar las peligrosidad en relación con el bien inmaterial que mediatamente se protege, *pues formalmente estamos ante delitos de lesión*” (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ob. cit., pp. 301-302).

⁴⁶ Subrayando también las dos acepciones de la locución citada, ver TERRADILLOS BASOCO, ob. cit., p. 810.

⁴⁷ Con respecto a los delitos contra el medio ambiente, si bien la postura mayoritaria apuesta por considerar que estamos ante un bien jurídico autónomo de carácter colectivo, tal y como lo refleja la redacción del art. 45, CE, la puesta en peligro grave del medio ambiente difícilmente puede desconectarse de la existencia de una peligrosidad para la vida y la salud de las personas (cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325*, en *La Ley*, Año XVIII, N° 4285-4286).

⁴⁸ Los denominados bienes de referente individual tratan de tutelar unas condiciones de garantía de bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad o salud de las personas, frente a “nuevos ataques” que no pueden ser abarcados por las estructuras normativas de los delitos de lesión o daño previstos por otros preceptos penales; de manera que se pretende reforzar la protección de estos bienes frente a nuevas situaciones de riesgo, con la intervención del Derecho Penal en ámbitos propios de un bien colectivo, complementario y previo al personal. Así, MATA Y MARTÍN, ob. cit., p. 42.

relación al bien colectivo se pueden construir delitos de lesión o peligro concreto⁴⁹.

En segundo lugar, considero que debe subrayarse como no siempre el carácter colectivo del objeto de tutela dificulta la individualización de las actuaciones que lo lesionan. Así, en un ilícito de daños donde se lesione efectivamente el interés colectivo, estos supuestos no suponen adelantamiento de la intervención penal y, por ende, no tienen por qué reconducirse a estructuras de peligro abstracto; pensemos, por ejemplo, en la tipificación de los daños al patrimonio histórico, donde el valor cultural de los bienes que lo integran, bien jurídico protegido, no existe al margen del objeto portador de esos valores, de manera que la lesión al propio valor cultural puede apreciarse a través de los daños a los bienes culturales. Se configura, pues, un delito de lesión para un bien jurídico colectivo, definido y constatable.

En definitiva, los problemas derivados de la generalización de la técnica de los delitos de peligro abstracto podrían subsanarse en gran medida si se procediera a una determinación e identificación más precisa de ciertos bienes jurídicos de carácter colectivo⁵⁰, lo que podría quizás evitar las discusiones doctrinales acerca de la calificación de estos delitos como delitos de peligro abstracto para bienes finales o como delitos de lesión de un interés espiritualizado o difuso⁵¹.

Ahora bien, la objeción más grave que se plantea a los delitos de peligro abstracto proviene de su *concepción tradicional*, de acuerdo con la cual el peligro no figura entre los elementos del tipo penal sino que se entiende que es inherente a determinado tipo de acciones, esto es, se presume con carácter general la peligrosidad de la acción. Estos delitos de peligro abstracto que vienen denominándose “puros” pueden plantear roces con el principio de legalidad⁵², puesto que prescinden

⁴⁹ BUSTOS RAMÍREZ, *Bienes jurídicos colectivos*, en *RFDUCM*, N° 11, 1986, pp. 160 y ss.

⁵⁰ En este sentido comparto la opinión de MÉNDEZ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 162.

⁵¹ En esta dirección, MENDOZA BUERGO, ob. cit., pp. 54 y ss.

⁵² Así, entre otros, BARBERO SANTOS, M., *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en *ADPCP*, 1973, pp. 493 y ss.; TORÍO LÓPEZ, A., *Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, en *ADPCP*, 1981, pp. 825 y ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 151.

de cualquier tipo de verificación a realizar por el intérprete de la ley penal. Si la estructura de peligro abstracto releva de la necesidad de probar la concreta peligrosidad de la acción, la tipicidad queda perfeccionada con la mera subsunción formal de la conducta en el precepto, al presumirse de forma absoluta que unas determinadas acciones son penalmente relevantes⁵³.

Asimismo, la presunción absoluta de peligro puede comportar, además del menosprecio de la función de garantía penal, una criminalización ligada a la inobservancia de ciertos requisitos de carácter formal, lo que plantea problemas a la hora de constatar la exigencia de un contenido material, y no meramente formal, de injusto en el delito contra el medio ambiente.

⁵³ En la fundamentación de los delitos de peligro abstracto existe una diferenciación de la dogmática tradicional, realizada ya por Binding (*Normen I*, 2^a, 1890), entre la “teoría del peligro general”, mayoritaria en la doctrina alemana, y la “teoría del peligro abstracto”. Sin embargo, coincido con Brehm (*Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, 1973, p. 12) al considerar que no existen diferencias esenciales entre ambas teorías puesto que la presunción de peligro por el legislador sólo puede ir ligada a la peligrosidad general o abstracta de la conducta. Jakobs, a este respecto, define un peligro como “abstracto”, en general, cuando la peligrosidad general de una determinada conducta constituye el motivo para la desaprobación de toda conducta de este tipo. Así, entre los delitos que considera de peligro abstracto se encuentra el delito contra el medio ambiente previsto en el parágrafo 326 del StGB. Ahora bien, el citado autor distingue dos grupos de delitos de peligro abstracto: un primer grupo lo constituyen aquellos en los que sólo se determina el comportamiento perturbador mediante la generalización de la tendencia a producir un daño; otro grupo de delitos de peligro abstracto en los que la conducta tipificada es definida como perturbadora per se, porque es generalmente adecuada para producir efectos externamente perturbadores (JAKOBS, G., *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW 97 [1985], pp 751 a 785 [= *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 307, nota 20 y pp. 308-9]). Por su parte, Hirsch mantiene como los tradicionalmente denominados “delitos de peligro abstracto”, estrictamente considerados, son delitos de peligrosidad abstracta, porque no es el resultado de peligro sino la peligrosidad de una conducta el contenido de la abstracción: de ahí que, según el autor, no haya de centrarse en la peligrosidad concreta sino en la general (HIRSCH, H. J., *Gefahr und Gefährlichkeit*, *Strafgesetzschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, pp. 545-563 [= *Peligro y peligrosidad*, en *ADPCP*, 1996, vol. XLIX, fasc. II, pp. 509-528]).

Puede verse, *in extenso*, acerca de dicho grupo de teorías, en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ob. cit., pp. 238 y ss.; MENDOZA BUERGO, ob. cit., pp. 67 y ss.

A este respecto, en el ámbito doctrinal se formulan críticas basadas en la superposición de la tutela con respecto al Derecho Administrativo. Así, se objeta que, por el hecho de que la afectación del recurso natural se produzca como consecuencia de comportamientos continuados, esta realidad no puede convertir el delito medioambiental en un delito meramente formal donde se aplique una sanción formal como consecuencia de la infracción administrativa que supone el vertido, sin requerir la lesividad propia de estos delitos⁵⁴. En la doctrina italiana resulta de interés la argumentación de Sgubbi, el cual, tras afirmar como el Estado contemporáneo y su realidad social expresan nuevas necesidades, sostiene a continuación como el bien jurídico, producto de esa realidad social, es protegido penalmente, no en cuanto perteneciente a sujetos distintos del Estado, sino en cuanto ha sido apropiado por el Estado mismo. De manera que el bien sufre lo que él denomina un “proceso de espiritualización” convirtiéndose en un fin del Estado, pues el Estado provee la tutela en forma conjunta a un proceso de “nacionalización” del bien protegido. El ejemplo más claro de su discurso lo conforma el conjunto de los intereses y valores comprendidos en el concepto de “ambiente”, pues dicho bien surge como interés colectivo o difuso, como un requerimiento al Estado para la represión penal de conductas agresivas que lesionen o pongan en peligro los recursos naturales o culturales; sin embargo, añade el citado autor como el bien “ambiente” ha sido nacionalizado, de manera que cuando el sistema penal interviene en defensa del bien jurídico que es objeto del monopolio y administrado de forma exclusiva por el Estado se asiste a una fatal evolución, pues las normas penales creadas para asegurar la observancia de las reglas de gestión monopolística del bien se han construido sobre la violación de las reglas técnicas y burocráticas de administración del bien mismo. De manera que el delito se convierte en un “*ilícito de mera transgresión*”, penándose, a su juicio, la inobservancia de la norma, y descuidándose las consecuencias que ha provocado la transgresión sobre el bien tutelado⁵⁵.

⁵⁴ Así, CORCOY BIDASOLO, ob. cit., pp. 262-3.

⁵⁵ SGUBBI, F., *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*, trad. de Virgolini, Buenos Aires, 1998, pp. 63 y ss.

Éste es el punto central de la polémica que rodea a los delitos de peligro abstracto y que sigue ocupando las reflexiones teóricas en torno a esta clase de delitos⁵⁶: si resulta o no admisible la punición de acciones concretas no peligrosas, pero formalmente coincidentes con el tipo, esto es, si cabe el castigo en virtud de la mera infracción de la norma, sin considerar la peligrosidad de la conducta concreta.

La problemática así planteada nos conduce a la cuestión del concepto material de delito. La punición de estos delitos de peligro, por la mera realización formal del tipo, origina problemas de ausencia de un contenido material de antijuridicidad, castigándose así la mera desobediencia. La falta de lesividad y, por ende, de contenido material de antijuridicidad del hecho concreto no peligroso, plantea la posible violación del principio de *ofensividad*⁵⁷, de acuerdo con el cual todo delito comporta una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico⁵⁸, en virtud del dogma *nullum crimen sine iniuria*. Como ha afirmado Ferrajoli, “la necesaria ofensividad del delito es la condición de cualquier justificación utilitaria del Derecho Penal como instrumento de tutela y su principal límite axiológico”⁵⁹. El castigo de un hecho concreto sin consideración a su peligrosidad, sino en virtud de la mera infracción formal es, pues, una de las principales objeciones dogmáticas que se plantean doctrinalmente a los delitos de peligro abstracto, por su difícil conciliación con un Derecho Penal cuya función es la tutela de bienes jurídicos, y, por ende, la represión de comportamientos que evidencien la lesividad para aquéllos⁶⁰.

⁵⁶ Así lo refleja MENDOZA BUERGO, ob. cit., pp. 84 y ss.

⁵⁷ Desde esta óptica aborda González Cussac la problemática planteada por delitos que anticipan la línea de defensa y, en concreto, los delitos de peligro (GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal*, en *Poder Judicial*, N° 28, 1992, pp. 25 y ss.).

⁵⁸ El Tribunal Constitucional viene reconociendo el alcance del principio de ofensividad en nuestro ordenamiento. Valga como ejemplo la STC 105/1988, de 8 de mayo, cuando en su FJ 2° determina la necesidad de que la restricción de la libertad individual que comporta toda norma penal se haga con el fin de proteger valores o bienes. En este sentido, Cobo y Vives entienden el Derecho “como guardián, protector y conservador de bienes e intereses constituidos y no como un mero orden imperativista, regulador de voluntades individuales (COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 315).

⁵⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995, p. 468.

⁶⁰ Así lo manifiesta MENDOZA BUERGO, ob. y loc. cit.

Pues bien, estas y otras objeciones conducen a una revisión de la categoría de delitos de peligro abstracto, con el fin de soslayar la posible colisión con los mencionados principios básicos en Derecho Penal. Con dicha finalidad se efectúa la distinción ya desde Gallas, dentro de los delitos de peligro abstracto⁶¹, entre aquellos tipos de peligro abstracto *stricto sensu* sobre los que se proyectan las críticas mencionadas, y los que vienen denominándose *delitos de aptitud*⁶² o delitos de *peligro hipotético*⁶³. Así, se viene entendiendo, con independencia de la denominación que se adopte, que estos delitos de peligro se caracterizan porque no exigen tan sólo que las acciones, con carácter general, se presuman peligrosas para el bien jurídico de acuerdo con el punto de vista de la experiencia, sino que requieren que la acción llevada a cabo sea *apta o idónea* para producir un peligro del objeto de protección.

El *Tribunal Supremo*, en relación a la naturaleza del peligro incriminado en el delito ecológico, ha pasado de entender, como ya avanzamos, hasta fechas recientes, que se trata de un delito de peligro *concreto*⁶⁴ –pese a que emplea criterios más propios del peligro hipotético que del peligro concreto⁶⁵– a considerar que, efectivamente, el

⁶¹ Gallas (*Abstrakte und konkrete Gefhardung*, en *Festschrift für Ernst Heinitz*, Berlin, 1972) consideraba que la amplitud y elasticidad del concepto de delito abstracto permitía adscribir dentro de los delitos de peligro abstracto –opinión actualmente mayoritaria– la tercera categoría de delitos de peligro abstracto-concreto, propuesta por Schröder (*Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, en *ZStW*, 81 [1969], pp. 7-28).

⁶² Terminología que se va adoptando en Alemania (*Eignungsdelikte*). En nuestro país Escrivá Gregori se refería a los delitos de aptitud para la producción de un daño (ESCRIVÁ GREGORI, J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1976, p. 31). Más recientemente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, ob. cit., p. 109; MENDOZA BUERGO, ob. cit., pp. 409 y ss.; de la misma *El delito ecológico y sus técnicas de tipificación*, en *Actualidad Penal*, N° 13, 25-31 de marzo de 2002, pp. 317 y ss.

⁶³ De acuerdo con la propuesta formulada en la doctrina española por TORÍO LÓPEZ, *Los delitos de peligro hipotético...* cit.

⁶⁴ SSTS de 11 de marzo de 1992, 16 de diciembre de 1998, 14 de febrero de 2001, 30 de enero de 2002 y 26 de junio de 2002, entre otras.

⁶⁵ Vid. el repaso jurisprudencial que efectúa Muñoz Lorente a la jurisprudencia del TS en relación al delito ecológico, argumentando como los criterios utilizados por el TS no son criterios del peligro concreto –aunque así lo denomine el Tribunal–

peligro incriminado es *hipotético*, a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto⁶⁶, configurándose el delito ecológico como un *delito de aptitud*.

Así explica recientemente la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo que “...no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir el peligro para el bien jurídico. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro” (STS 821/2004, de 24 de junio).

Pese a ello, lo cierto es que se ha venido criticando la ambigüedad de ésta y otras resoluciones jurisprudenciales dictadas en este sentido⁶⁷. En consecuencia, la *doctrina científica* ha procedido a una clarificación a este respecto. De ese modo, según la opinión doctrinal más extendida, en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad es el motivo o razón de la tipificación pero no es elemento del tipo⁶⁸, al no ser necesaria la constatación de una concreta situación de riesgo para los bienes jurídicos. No obstante, entre los delitos de peligro abstracto encontra-

sino de peligro hipotético (MUÑOZ LORENTE, J., *Algunas consideraciones sobre los delitos cometidos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Revista del Poder Judicial*, N° 67, 3^{er} trimestre, CGPJ, 2002). También críticamente con la sentencia de 5 de octubre de 1993, señalando como en el caso de autos no se constata una real peligrosidad o un concreto peligro para el bien jurídico (GARCÍA RIVAS, N., *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998, p. 143).

⁶⁶ SSTS de 25 de octubre de 2002, de 24 de febrero de 2003 –sobre contaminación acústica– de 1º de abril de 2003, 2 de noviembre de 2004 y 8 de noviembre de 2004, entre otras.

⁶⁷ Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y OLMEDO CARDENETE, *Artículo 325*, en *Comentarios al Código Penal*, Segunda Época, 2006, pp. 191 y ss. Incluso la Sala Segunda en alguna sentencia afirma que “se acoja la estructura del tipo penal que se acoja, de peligro concreto, abstracto, abstracto-concreto o hipotético, como últimamente se afirma en la doctrina y jurisprudencia de esta Sala, lo cierto es que debe concurrir un peligro grave para el medio ambiente, elemento de tipo valorativo y excesivamente ambiguo que, como ha destacado la doctrina, ha determinado que la aplicación forense de este elemento no haya abandonado el ámbito de lo inseguro, lo que hace preciso que desde la jurisprudencia se proporcionen criterios que aporten seguridad en la aplicación de la norma” (STS 849/2004, de 30 de junio).

⁶⁸ MENDOZA BUERGO, ob. cit., pp. 19, 20, 75 y 79.

mos determinados supuestos donde la peligrosidad de la conducta se encuentra incorporada al tipo mediante la descripción de los elementos que la hacen *apta* para comportar ese riesgo. De ahí la denominación de delitos de “aptitud” o idoneidad, término propuesto por la doctrina italiana, o de “peligro hipotético” o posible, según denominación propuesta en la doctrina española, como ya se apuntó, por Torío López⁶⁹.

Ciertamente, en mi opinión, resulta, en principio, más coherente con el principio de legalidad exigir la comprobación de la idoneidad de la acción para producir el peligro que se pretende evitar, rompiendo así el automatismo de los delitos de peligro abstracto comunes. A este respecto, para saber si la conducta llevada a cabo es apta o idónea en el sentido indicado, considero se deben utilizar *criterios normativos*⁷⁰ de previsibilidad, esto es, bastará con que, desde una perspectiva *ex ante*⁷¹, de pronóstico, se pueda considerar que era previsible que el comportamiento originara un peligro para el bien jurídico, a diferencia, pues, de los delitos de peligro concreto, en los que se habrá de recurrir a una perspectiva *ex post* para enjuiciar el resultado de peligro. En

⁶⁹ TORÍO LÓPEZ, *Los delitos de peligro hipotético...* cit. Se hacen eco de esta denominación, entre otros, DE LA CUESTA AGUADO, M. P., *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1994; MORALES PRATS, ob. cit. Muñoz Conde afirma en relación a los delitos contra el medio ambiente que “se trata de un delito de peligro hipotético...” MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 1999; de la misma opinión, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Comentarios al Código Penal* (dir. por Rodríguez Mourullo; coord. por Jorge Barreiro), Madrid, 1997, p. 928; MUÑOZ LORENTE, *Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Revista del Poder Judicial*, 2002, p. 6.

⁷⁰ Así, TORÍO LÓPEZ, *Los delitos de peligro hipotético...* cit., pp. 840-1. También DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente* cit., p. 168. En este sentido asimismo, Morales Prats (ob. cit., p. 355), considerando que se está ante estructuras típicas que presentan una agudizada impronta teleológica.

⁷¹ Tal y como resalta Rodríguez Montañés (ob. cit., p. 298) la producción o no del resultado de peligro es absolutamente irrelevante, interesando la peligrosidad *ex ante*, como atributo de la acción. De ahí que Mendoza Buergo (ob. cit., p. 413, nota 175) considere como más precisa la denominación como “delitos de peligrosidad”, puesto que lo que se demanda no es una concreta situación de peligro sino la peligrosidad *ex ante* de la acción concreta.

Por el contrario Méndez Rodríguez (ob. cit., p. 124) afirma que el hecho de que se haya sostenido tradicionalmente el momento del juicio *ex ante* en los delitos de peligro no le parece motivo suficiente para su mantenimiento.

otros términos, la *idoneidad* de la conducta podrá constatarse si un espectador imparcial, con los mismos conocimientos que el autor, pudiera considerar que era previsible que de tal conducta se derivase un peligro para el bien jurídico, es decir, si la conducta abstractamente observada era apta o adecuada para la creación del peligro prohibido⁷². Habrá, pues, que atender a cada tipo en particular, en aras de interpretar qué condiciones han de tenerse en cuenta para que se considere la aptitud de la conducta, habiendo cierto acuerdo doctrinal⁷³ en la consideración de circunstancias o factores no accidentales, sino dominables por el autor. De ello se infiere que no se aplicaría el tipo cuando el autor realiza la conducta descrita legalmente pero toma medidas que eliminan en ese caso la aptitud que, en general, tiene dicha conducta para producir el efecto temido⁷⁴. En definitiva, serán atípicas aquellas acciones que, aunque coincidan abstractamente con la descripción formal del tipo, sean irrelevantes desde el punto de vista de la peligrosidad⁷⁵.

La posibilidad del peligro para el bien jurídico conduce a que estos delitos de peligro abstracto se califiquen por algunos autores⁷⁶ como delitos de peligro posible, a diferencia de los delitos de peligro concreto, los cuales sí exigen que se produzca un peligro efectivo para aquél. No obstante, es objeto de discusión si la idoneidad de la conducta prevista en el tipo ha de ser *para lesionar* o basta con que aquélla sea *idónea para poner en peligro*⁷⁷. La cuestión resulta trascendente

⁷² En esta línea, DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente* cit., pp. 166 y ss.

⁷³ MENDOZA BUERGO, ob. cit., pp. 50 y ss. Asimismo, DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente* cit., p. 171.

⁷⁴ MENDOZA BUERGO, ob. cit., p. 52.

⁷⁵ Así, TORÍO LÓPEZ, *Los delitos de peligro hipotético...* cit., p. 847. También MORALES PRATS, ob. y loc. cit.

⁷⁶ MORALES PRATS, ob. cit. Para Mateos Rodríguez-Arias (*Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1998, p. 73) la distinción es más bien terminológica que de fondo, “pues en los delitos de peligro abstracto se exige siempre que la conducta comporte idoneidad objetiva para lesionar el bien jurídico, quedando excluida la posibilidad de castigar acciones absolutamente inidóneas”.

⁷⁷ Distinción que realiza De la Cuesta Aguado a la hora de determinar en qué consiste la idoneidad de la acción (DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente* cit., pp. 167 y ss.).

si, como señala De la Cuesta, es el criterio de la inmediatez de menoscabo al bien jurídico el que diferenciará el nivel de peligro, ya que en el primer supuesto, si la acción es idónea para lesionar, también lo es para poner en peligro, mientras que al revés no ocurre lo mismo puesto que la idoneidad para poner en peligro no implica idoneidad para lesionar.

Sobre este particular Torío López, si bien exigía que la acción fuera adecuada o apta para producir un peligro para el bien jurídico, añadía que dichos delitos reclaman que la acción pueda originar un estado “caracterizable como probabilidad de un daño o lesión”. Asimismo, Terradillos Basoco considera procedente el recurso a los tipos de peligro abstracto, “entendiendo siempre por tales aquellos que castigan una conducta objetivamente idónea (peligrosa) para producir un *resultado lesivo*”. Ahora bien, entendemos que la diferencia práctica es mínima si la “lesividad” se interpreta como “afectación”, no equiparándose pues a destrucción y que, en el caso del medio ambiente –tal y como especifica Corcoy Bidasolo– además de la afectación de presente no puede olvidarse la posible afectación de futuro que también debe ser valorada⁷⁸.

Pues bien, retomando las hipótesis de peligro descritas en el tipo del artículo 325 del CP actual, lo cierto es que no son de la misma naturaleza y que, en relación al equilibrio de los sistemas naturales entendemos que no estamos ante un supuesto de peligro concreto, puesto que éstos exigen demostrar que efectivamente se produjo el riesgo para el objeto material. Cabe admitirse pues, en principio, la tesis del peligro abstracto en relación a los recursos naturales, tanto desde una interpretación gramatical como sistemática, puesto que cuando el legislador ha querido crear delitos de peligro concreto así lo ha hecho expresamente, pareciendo que, incluso, el legislador ha procedido, como señala Silva Sánchez, a ampliar el ámbito de lo punible⁷⁹. De ahí que el fallo de la sentencia impugnada, en principio, merece una valoración positiva en el sentido de que ciertamente no se vulneró la legalidad penal.

⁷⁸ CORCOY BIDASOLO, ob. cit., pp. 234 y 261.

⁷⁹ Así, SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente* cit., p. 76.

Ahora bien, resulta necesario realizar una serie de matizaciones con relación a qué tipo de delito de peligro abstracto nos estamos refiriendo, para evitar colisiones con las garantías penales. A este respecto, considero que debemos alejarnos de la concepción tradicional de estos delitos⁸⁰ que venía relacionándolos con una “presunción de peligrosidad”, resultando preferibles, en mi opinión, las tesis que requieren la *verificación de la peligrosidad de la acción*. Para confirmar dicha peligrosidad bastará con su constatación desde un *juicio ex ante*⁸¹, sin requerir la constatación efectiva *ex post* del peligro⁸². Juicio *ex ante* que, como advierte Terradillos⁸³, no se identifique con una valoración estadística del legislador, en cuyo caso el peligro sería presunto, sino en una valoración de la peligrosidad efectuada por el juzgador⁸⁴. De suerte que, para evitar las dudas de constitucionalidad que producen los delitos de peligro abstracto, se aconseja introducir el elemento que hace la conducta idónea para producir el riesgo real prevenido por vía interpretativa⁸⁵.

Efectivamente, como también ha señalado Feijóo Sánchez, el problema es que, aunque la experiencia y la estadística demuestren la peligrosidad de una modalidad de conducta, puede que en el caso concreto dicha peligrosidad no se plasme. En definitiva, “la peligro-

⁸⁰ También Méndez Rodríguez se aleja de las premisas que la doctrina ha venido acuñando en torno a los delitos de peligro abstracto (ob. cit., p. 138). Cfr. asimismo, MATA Y MARTÍN, ob. cit., p. 53.

⁸¹ Entre otros, como ya indicamos, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ob. cit., pp. 298 y 338.

⁸² Para Maqueda Abreu (*La idea de peligro en el moderno Derecho Penal*, en *Actualidad Penal*, N° 26, 27 de junio-3 de julio, 1994) aunque la referencia a un momento *ex ante* en el juicio de peligro suele identificarse con el inicio de la acción, el intérprete puede tomar en cuenta asimismo circunstancias que quizás no fueran reconocibles en dicho inicio pero que se evidencian relevantes durante su transcurso.

⁸³ TERRADILLOS BASOCO, ob. cit., p. 799.

⁸⁴ Ahora bien, el recurso a esta técnica de tipificación no convence a todos, alegándose como inconvenientes en el ámbito del medio ambiente, la complejidad de los factores causales intervinientes que hace en muchos casos prácticamente imposible probar la idoneidad de la acción individual para provocar un efecto nocivo. Vid. al respecto, MENDOZA BUERGO, ob. cit., p. 416, nota 182.

⁸⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y OLMEDO CARDENTE, ob. cit.

alidad estadística representa una fundamentación suficiente para crear normas que desvaloren ese tipo de conductas, pero no para fundamentar la intervención del Derecho Penal...⁸⁶

Si bien en relación a un ámbito distinto al medioambiental, cabe traer a colación, a modo de ejemplo, como existe un acuerdo generalizado doctrinal de que no se puede penar sin más la conducción sin carné de conducir, puesto que un conductor puede conducir sin licencia para ello, pero tener una experiencia al volante que haga que su forma de conducir no resulte más peligrosa que la de otro conductor con permiso. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse como la LO 15/2003 de 25 de noviembre ha introducido la figura de la “presunción *iuris et de iure* de peligro concreto”, al incluir un segundo párrafo al artículo 381 del CP, según el cual: “*En todo caso*, se considerará que existe temeridad manifiesta y *concreto peligro* para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en la sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos” (la cursiva es mía). Es decir, se presume un resultado típico, de peligro concreto, aunque éste no se haya producido. Sin embargo, la conclusión es distinta si se interpreta que el legislador está protegiendo bienes supraindividuales, como es “la seguridad en el tráfico”, como así lo estima la mayoría doctrinal⁸⁷, y por ello, quien conduce con un índice de alcoholemia superior al permitido “lesiona la seguridad del tráfico porque la inseguridad surge en el mismo momento en que dicho sujeto guía su vehículo por una vía pública”⁸⁸. El problema es que, como ha sido denunciado por algunos autores⁸⁹, el precepto no respeta el principio de legalidad por el uso de elementos típicos ab-

⁸⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro*, en *Homenaje al Prof. Dr. D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005.

⁸⁷ A este respecto, efectivamente existe acuerdo generalizado, si bien, con matices, pues también se pretende la protección de “la vida e integridad de las personas”.

⁸⁸ Así, GARCÍA RIVAS, *Contribución al análisis de los delitos de peligro...* cit., p. 504.

⁸⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, ob. y loc. cit.; ALCACER GUIRAD, en *La Ley Penal*, Nº 10.

solutamente vagos e indeterminados (“altas tasas de alcohol”, “exceso desproporcionado de velocidad”). Precisamente por ello, el Proyecto de Reforma de Código Penal, actualmente en fase de enmiendas prorrogada, modifica el texto penal en materia de seguridad vial, la cual persigue, según se dice expresamente en la Exposición de Motivos, “incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la *expresa previsión de velocidades* que se han de tener por *peligrosas o de niveles de ingesta alcohólica* que hayan de merecer la misma consideración. A partir de esa estimación de fuente de peligro se regulan diferentes grados de conducta injusta, trazando un arco que va *desde el peligro abstracto* hasta el perceptible desprecio por la vida de los demás, como ya venía haciendo el Código” (la cursiva es mía).

Volviendo al ámbito de los delitos medioambientales, coincido pues con aquellos autores que excluyen, en todo caso, la concepción de éstos como delitos de peligro *presunto*⁹⁰, así como su caracterización como meras *infracciones formales*⁹¹, carentes de todo injusto material, en las que la mera infracción de la normativa administrativa relativa a emisiones, vertidos, etcétera, supusiera la imposición de sanciones penales. De admitir su consideración como infracciones formales se violarían de este modo principios y garantías penales, al castigarse la realización de conductas en las que no existiría ataque al bien jurídico protegido, esto es, no existiría lesión o puesta en peligro del bien jurídico⁹², violándose pues, como ya se dijo, el principio de ofensividad.

De todos modos, en la negación de los delitos medioambientales como delitos formales, se argumenta que ello conllevaría en la práctica la imposibilidad de diferenciar entre infracción administrativa y delito⁹³, razonamiento que considero debe matizarse. Si partiéramos de la consideración de los ilícitos administrativos como meros ilícitos formales,

⁹⁰ También de esta opinión, TERRADILLOS BASOCO, ob. cit., p. 793; SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente* cit., p. 75.

⁹¹ De esta opinión asimismo CORCOY BIDASOLO, ob. cit., p. 263 y TERRADILLOS BASOCO, ob. cit., pp. 794 y ss.

⁹² Ya Binding (*Normen I*, 2^a, 1890, pp. 382 y ss.) diferenciaba entre los auténticos delitos de peligro y los delitos de mera desobediencia en los que no hay afección del bien jurídico y constituyen, por tanto, injustos meramente formales.

⁹³ Así, CORCOY BIDASOLO, ob. y loc. cit.

cuando el legislador de 1995 crea o introduce nuevos tipos penales, antes sólo castigados por el ordenamiento administrativo, se estaría elevando al rango de infracción penal supuestos donde el interés abstracto resultaría vulnerado con la mera infracción de la prohibición, es decir, estaríamos ante tipos carentes de todo injusto material, al residir el contenido de injusto en la mera voluntad rebelde a los mandatos jurídicos⁹⁴, lo cual resultaría insostenible. Como resultaría también inadmisibles que sólo el ámbito de protección incluido en el Código Penal respondiera a la necesidad de protección del bien jurídico subyacente, mientras que el resto de conductas sancionadas por el ordenamiento administrativo no respondieran a la tutela de valor alguno. Por ello, el hecho de que, con base en el principio de ofensividad, los ilícitos penales suponen la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico con relevancia constitucional, no por ello debe quedar excluida la tutela administrativa de dichos intereses de relevancia constitucional⁹⁵. La función de tutela de bienes jurídicos no es desempeñada de forma exclusiva por el ordenamiento jurídico-penal, pudiendo acudir a otros sectores del ordenamiento en la citada tutela⁹⁶. Tal y como afirma Ferrajoli⁹⁷, el principio de necesidad exige que se recurra sólo a la intervención punitiva como remedio extremo, precisamente por ser la técnica de control social más lesiva de la libertad y dignidad de los ciudadanos.

El propio *Tribunal Constitucional*, en sentencia de 3 de octubre de 1983⁹⁸, reconoció la potestad sancionadora de la Administración, citando entre las posibles razones, “la conveniencia de no recargar en

⁹⁴ De acuerdo con COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 296.

⁹⁵ En ese sentido, CARBONELL MATEU, *Derecho Penal...* cit., p. 41 y ss.

⁹⁶ El principio de “exclusiva protección de bienes jurídicos”, íntimamente ligado al de *mínima intervención*, reduce al máximo el recurso al Derecho Penal, sólo cuando sea absolutamente necesaria su intervención, para conseguir así los mínimos ataques a la libertad de los ciudadanos. Puede verse, entre otros, MIR PUIG, S., *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal en la Reforma penal*, en *Revista de la Facultad de la Universidad de Granada*, 1987, pp. 243 y ss. Asimismo, CARBONELL MATEU, ob. cit., pp. 195 y ss.

⁹⁷ FERRAJOLI, ob. cit., pp. 464 y ss.

⁹⁸ Sentencia de 3 de octubre de 1983 (Sala Segunda). Recurso de Amparo Nº 368/82. Ponente: D. Luis Díez Picazo (B. O. E. de 7 de noviembre de 1983).

exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de *ilícitos de gravedad menor*⁹⁹. A partir de estas diferencias de orden cuantitativo¹⁰⁰, dicha línea de demarcación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, es delimitada positivamente por el legislador¹⁰¹, si bien, dicha decisión en un momento concreto debe tomarse lógicamente no de forma caprichosa¹⁰² sino atendiendo a la *gravedad* de la infracción. Criterio de la diferencia cuantitativa que parece ajustarse a lo dispuesto en el artículo 25.3 de nuestra Constitución cuando señala que “*la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*”¹⁰³,

⁹⁹ Criterio de la unidad sustancial entre ilícito penal y administrativo adoptado también por el *Tribunal Supremo*, básicamente a partir de las Sentencias de 2 y 25 de marzo de 1975 (RA 1168 y 1472, respectivamente). Véase un comentario sobre las citadas sentencias en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 1993.

¹⁰⁰ Como puso de manifiesto Welzel: “A partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso las infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*) están [...] vinculadas a ella” (WELZEL, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, JZ, 1956, p. 240).

¹⁰¹ En ese sentido, CEREZO MIR, *Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*, en *ADPCP*, enero-abril de 1975, p. 160; TORÍO LÓPEZ, A., *Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)*, en *Homenaje a E. García de Enterría*, 1991, vol. III; ESTÉVEZ GOYTRE, R., *Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador: especial referencia a los delitos sobre la ordenación del territorio en relación con las infracciones urbanísticas*, en *Actualidad Administrativa*, N° 30, 1996, p. 635.

¹⁰² En opinión de Nieto García, el decisionismo del legislador se basa en la realidad únicamente en “criterios propios absolutamente coyunturales”, afirmando que “...el Legislador ha tenido el *capricho* de convertir de golpe algunas infracciones en delitos, y en otros casos a la inversa”, calificándolo de “...meras etiquetas que el Legislador va colocando libremente por razones de una política punitiva global en la que se utiliza a las normas como simples instrumentos” (NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, 1993, p. 130).

¹⁰³ La imposibilidad de que la Administración imponga sanciones privativas de libertad es, para Silva Sánchez, una muestra de las diferencias cualitativas que existen entre el ámbito penal y el administrativo. Según el citado autor, la teoría de la diferenciación cuantitativa resulta incompleta, puesto que lo decisivo de la mencionada diferenciación no es sólo la configuración del injusto sino los criterios de impugnación

prohibiéndose a la Administración la imposición de las sanciones, en principio, más graves¹⁰⁴.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, trazar la línea de demarcación entre el delito y la infracción administrativa implica la necesaria referencia, primero, al bien jurídico protegido y su colocación en una escala ideal jerárquica donde se aprecie el contenido de injusto, el

de ese injusto y las garantías formales y materiales que rodean la imposición de sanciones; en definitiva, para Silva Sánchez, lo decisivo es el criterio teleológico, esto es, la finalidad que siguen el Derecho Penal y el Administrativo sancionador (SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001, pp. 124 y ss.).

En esta dirección, Torío López, desde una tesis que podríamos considerar *mixta*, estima inviables tanto los criterios cualitativos como los cuantitativos, efectuando la distinción entre delito e injusto administrativo siguiendo un criterio *normativo o valorativo*, es decir, haciendo depender de una valoración, de una apreciación estimativa, si el injusto es merecedor de pena o sólo de sanción administrativa, previa descripción rigurosa de la materia que venga en consideración; sólo entonces se podrá, a su juicio, proceder a formular la definitiva valoración jurídica. Considera, pues, que la naturaleza del interés puede ser determinante de la decisión político-jurídica (TORÍO LÓPEZ, *Injusto penal e injusto administrativo...* cit., pp. 2529 y ss.).

No obstante lo expuesto, actualmente se rechaza por la doctrina penal mayoritaria, tanto la existencia de un ámbito propio de la Administración, como cualquier diferencia cualitativa entre ambos ilícitos. A este respecto, González Cussac afirma como "...la Administración no es un fin, sino un medio para servir a la sociedad" (GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed., Valencia, 1997).

En la doctrina alemana, en los últimos años se ha producido una inclinación hacia el punto de vista cuantitativo, no obstante lo cual Maurach y Zipf sostienen que la mejor manera de trazar la delimitación de la infracción administrativa con el ilícito penal es a partir de un punto de vista mixto *cualitativo-cuantitativo* (MAURACH, R. y ZIPF, H., *Derecho Penal. Parte general*, t. 1, *Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible*, trad. de J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994, pp. 19 y ss.).

¹⁰⁴ Sin embargo, se formulan por la doctrina *objeciones* a este precepto, entre las que cabe destacar las siguientes: en primer lugar, el hecho de que la prohibición no se extienda a otras penas graves, como sanciones privativas de derechos o restrictivas de libertad, posiblemente debido al fundamento originario del precepto, basado en un intento de evitar la "prisión por deudas" por impago de multas administrativas.

Asimismo, en segundo término, se le objeta al precepto el que, en muchos casos, se invierte el orden valorativo, cuando las multas impuestas en vía administrativa son, cuando menos igual, o incluso en muchos casos de mayor entidad que la sanción penal.

grado de lesividad del bien, atendiendo a su vez a los criterios de imputación de ese injusto, de modo que la sanción esté en una relación ponderada con la gravedad del ilícito y, por ende, como afirma Cuerda Arnau¹⁰⁵, con la tutela jurídica del bien de que se trate, de acuerdo con el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Así las cosas, nos decantamos por la caracterización del delito medioambiental previsto en el artículo 325, como un delito de peligro abstracto, en relación al equilibrio de los sistemas naturales, en el que no se reclama la producción de un peligro efectivo o concreto sobre el bien jurídico, pero concebido desde la exigencia de constatar la potencialidad lesiva de la conducta. Por consiguiente, estamos ante un delito de peligro que, según la doctrina mayoritaria, pertenece a la categoría de los tipos de *peligro abstracto de aptitud*, como revela el tenor literal “que puedan perjudicar...”¹⁰⁶

Ahora bien, llegados a este punto debemos detenernos a preguntarnos si la aptitud para producir un resultado lesivo debe ser o no un elemento del tipo; esto es, si la estructura de delito de peligro abstracto, tal y como acaba de ser concebida requiere la presencia en el tipo de elementos normativos que reflejen la idoneidad lesiva de la conducta. Sobre este particular existe disenso doctrinal¹⁰⁷; un sector se inclina por entender que se puede recurrir a la construcción de aptitud o delitos hipotéticos aunque la potencialidad lesiva no se refleje expresamente, al hallarse implícitamente en la formulación típica; de opinión distinta,

¹⁰⁵ CUERDA ARNAU, M. L., *Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Primer volumen*, Valencia, 1997, p. 467. Precizando algo más, consideran se trata de un delito de “aptitud para la producción de un daño”, entre otros, ALASTUEY DOBÓN, *La criminalización de conductas de riesgo en Derecho Penal del medio ambiente*, en *Temas actuales de Derecho Penal...* cit., p. 470; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, p. 555; SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente* cit., p. 97.

¹⁰⁶ Vid., entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en VIVES ANTÓN, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte especial*, 2004, p. 744. Vid. asimismo, la STS de 25 de octubre de 2002 (con comentario de Muñoz Lorente).

¹⁰⁷ Vid. dicha discusión en relación al tráfico de drogas, MUÑOZ SÁNCHEZ, *El agente provocador*, Valencia, 1995.

se argumenta que, aunque *de lege ferenda* sería recomendable, al permitir excluir del tipo conductas cuya relevancia ético-social o cultural es escasa, *de lege data* no es posible, “pues llevaría a una nivelación, contraria a la voluntad de la ley, de los delitos de peligro abstracto y los delitos de aptitud para la producción de un daño”¹⁰⁸. Lo cierto es que la inclusión de elementos de peligrosidad en la descripción típica supone una indudable ventaja¹⁰⁹, al evitar el posible automatismo en la constatación del contenido de injusto, inconveniente principal de los delitos de peligro abstracto puros.

Por lo que se refiere al delito medioambiental el legislador ha introducido en la descripción del tipo elementos de valoración de la potencialidad lesiva de la conducta. Así, tanto el tenor literal del 347 bis como del actual artículo 325 exigen que las acciones descritas en el tipo “...*puedan perjudicar gravemente*...”, lo que puede interpretarse como una exigencia de idoneidad lesiva. Cuando ambos preceptos se refieren a la “posibilidad de perjudicar” se traduce como aptitud para perjudicar, esto es, idoneidad para “lesionar” y por lo tanto para poner en peligro. De manera que dicha exigencia permite que, pese a su configuración como un tipo de peligro abstracto, se alcance el nivel garantista propio de nuestro Derecho Penal.

En todo caso, el elemento normativo que denota la aptitud para producir un daño ha sido calificado como *relativo*, puesto que requiere una valoración por parte del juzgador del riesgo potencial que supone la acción para el bien jurídico¹¹⁰; así, el legislador ha establecido que haya posibilidad de perjudicar “*gravemente*”, término normativo pendiente de valoración judicial.

Ahora bien, el empleo del término normativo puede generar roces con el mandato de taxatividad inherente al principio de legalidad¹¹¹,

¹⁰⁸ CERESO MIR, J., *Prólogo*, en MUÑOZ SÁNCHEZ, ob. cit., p. 10.

¹⁰⁹ De esta opinión, MENDOZA BUERGO, ob. cit., p. 42.

¹¹⁰ Así, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ob. cit., p. 311; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, ob. cit., p. 111; BOIX REIG, en *Derecho Penal...* cit.; MUÑOZ CONDE, ob. y loc. cits.; DOVAL PAIS, ob. y loc. cits.

¹¹¹ Para Morales Prats, “los mayores problemas para el principio de taxatividad” (ob. y loc. cits.). Por su parte, Cobo del Rosal y Vives Antón sostienen cómo, de igual forma, pueden vulnerarse las exigencias de taxatividad mediante el empleo de

toda vez que la determinación del contenido del término “grave” requerirá de la valoración del intérprete, el cual deberá atenerse, en mayor o menor medida, a prescripciones de órdenes normativos abiertos.

En un intento de extraer un criterio general en la determinación de la gravedad del peligro se han resaltado como posibles elementos a tener en cuenta, la probabilidad mayor o menor de lesión, así como la magnitud de la lesión previsible en función de la extensión en el espacio, la prolongación en el tiempo y la intensidad de la afectación, siendo determinantes, en particular, respecto de los vertidos, su cuantía, concentración, la continuidad o discontinuidad del caudal receptor, etcétera¹¹². Por el contrario, aquellas conductas que, por su escasa trascendencia lesiva, han sido consideradas inocuas –pese a que la delimitación de lo que resulta o no inocuo es extremadamente difícil¹¹³– han dado lugar a numerosas absoluciones y a su regulación por el Derecho Administrativo, constituyendo, pues, la “gravedad del peligro” un criterio esencial para establecer la frontera entre la contaminación constitutiva de delito y los actos contaminantes merecedores de sanción administrativa, extremo que, como venimos subrayando, viene siendo criticado por la doctrina al dejar su apreciación al arbitrio absolutamente del juzgador¹¹⁴. Dicha gravedad ha de ser, pues, acreditada en juicio

conceptos descriptivos de carácter *objetivo*, si éstos carecen de la debida precisión, en cuanto a las circunstancias, cantidad, tiempo, etc., del objeto descrito, poniendo como “modelo de peregrina indeterminación” la “extrema gravedad” de la conducta de los delitos de narcotráfico (arts. 369-370) que eleva las penas de estos delitos. Sin embargo, Cobo y Vives admiten cómo no carecen totalmente de fundamento las posturas de aquellos autores que defienden qué cláusulas, como la citada, rebasan el límite de lo descriptivo, aun cuando, si se extrema, pone en evidencia que todos los términos penales contienen una referencia valorativa (COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, ob. cit., pp. 334 y ss.).

¹¹² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente* cit., p. 78.

¹¹³ Sobre este particular alude De la Cuesta Aguado (*Causalidad de los delitos contra el medio ambiente* cit., 139) a casos en que, aunque haya afectación de elementos medioambientales no conlleven, por ejemplo, riesgos de destrucción absoluta porque la zona a corto o medio plazo puede regenerarse por la propia acción de la naturaleza o bien con ayuda humana.

¹¹⁴ Cfr. Morales Prats (ob. cit., p. 359, nota 30) denunciando el hecho de que uno de los elementos determinantes en la delimitación entre el delito y la infracción administrativa sea un elemento normativo abiertamente indeterminado.

mediante prueba pericial, a falta de la cual no puede subsumirse la conducta enjuiciada en el tipo del artículo 325 del CP (STS 693/2003, de 17 de mayo). Pues bien, a pesar de las declaraciones jurisprudenciales considerando que el peligro incriminado es hipotético, atendiendo al contenido de las pericias, éstas parecen utilizar un juicio *ex post* tendente a verificar una modificación efectiva del medio¹¹⁵. De suerte que, tal y como subrayan Rodríguez Fernández y Olmedo Cardenete¹¹⁶, por más que el modelo teórico se corresponda más bien con la idea de peligro abstracto y, más concretamente de delito de aptitud, la aplicación práctica del tipo medioambiental permite, al menos, discutir que realmente funcione como tal. No obstante, existe, a juicio de los citados autores, una sola vía de real abstracción del peligro incriminado, que ha sido explorada por la jurisprudencia y que supone la incriminación de los supuestos en que no existe un verdadero sistema natural susceptible de verse alterado. Así, la Sala Segunda del Tribunal Supremo admite el delito medioambiental en los casos en que el medio afectado ya se encuentre deteriorado por otros factores de contaminación. Según afirma la sentencia 693/2003, de 17 de mayo, “no puede afirmarse que no quepa contaminar lo ya contaminado, ya que en algún tiempo anterior a la verificación de los vertidos en la zona, existió debió existir una naturaleza no deteriorada, susceptible de albergar vida”. De suerte que, según la interpretación jurisprudencial, cualquier actividad contaminante posterior a otra contribuye a aumentar el deterioro del medio afectado (STS de 8 de noviembre de 2004).

Esta línea jurisprudencial viene pues avalada por el Tribunal Constitucional en la sentencia que ha sido objeto de análisis en el presente trabajo (RTC 1999/42) conforme a la cual, un vertido contaminante sigue siéndolo aunque el medio afectado se encuentre ya gravemente deteriorado.

De manera que, ante la alegación de la falta de valores medioambientales en el río receptor del vertido –dada su calificación de “río muerto”– cabe argumentar, como contrapartida, que lo relevante es la

¹¹⁵ Vid., entre otras, la STS de 18 de julio de 2005, en la que se considera que no hay grave perjuicio porque los inspectores no han apreciado una alteración significativa en la analítica del río.

¹¹⁶ Ob. cit.

conducta efectivamente llevada a cabo, el vertido de aguas residuales con un índice de toxicidad *capaz de poner en grave peligro* la flora y la fauna que hipotéticamente pudiera haber en el río¹¹⁷. Esta posición que puede aceptarse en el plano sustantivo queda acreditada en el plano procesal a través de las declaraciones efectuadas por los peritos en el juicio oral de las que se desprende la posibilidad de que un río calificable en un determinado momento como “muerto” puede calificarse en ese mismo momento de “regenerable”, es decir, capaz de devenir un río con vida animal o vegetal en el futuro.

Así lo entendió la Audiencia Provincial de Barcelona al afirmar que, de la absoluta incompatibilidad de los fluidos vertidos con la vida animal, de acuerdo con los hechos probados, se deduce la posibilidad exigida en el tipo de ocasionar un perjuicio grave a las condiciones de la vida animal. Reconoce así el “potencial lesivo” de las concentraciones de metales, pudiendo constituir una *dificultad añadida a la regeneración de los ríos de la zona*, de acuerdo con el cambio en la declaración de los hechos probados.

De modo que, pese a la adjetivación de los ríos afectados por los vertidos como “ríos muertos”¹¹⁸, nos encontramos, a mi juicio, no en una situación de absoluta irreversibilidad en el sentido de absoluta destrucción previa de las condiciones ambientales del río por la contaminación sufrida, sino en una situación de cierta capacidad de regeneración del medio, conservando pues ciertos valores que pudieran ser afectados por nuevas acciones contaminantes¹¹⁹. En esta dirección entendió el Ministerio Fiscal que, aun aceptándose –pese a tener menor apoyatura en la letra de la ley– que el 347 bis exige un peligro concreto, no resulta obligado concluir afirmando la vulneración del citado precepto constitucional puesto que, al calificar el río sobre el que se

¹¹⁷ Entre las sentencias que condenan por considerar acreditada la puesta en peligro grave de las condiciones ambientales se encuentra, por ejemplo, la de Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 1995.

¹¹⁸ Expresión que viene utilizándose para designar aquellas situaciones en las que, efectuado un vertido contaminante que supera las concentraciones administrativamente establecidas, se determina que el río en el que se producían los vertidos carecía de vida (ver SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente* cit., pp. 85 y ss.).

¹¹⁹ Así, RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente* cit., p. 101.

efectuó el vertido como un “río muerto”, dicha expresión supone “un término retórico, denotador de un estado de alto deterioro de la cuenca pero *compatible con algunas posibilidades de vida animal y vegetal* que justificarían su protección.

En suma, sólo en el caso de que se hubiera comprobado que la acción era inidónea para ocasionar el riesgo que la ley pretende evitar, no sería pues peligrosa, de modo que, en este supuesto, su criminalización sí sería dudosamente compatible con los principios garantistas base de un Derecho Penal democrático. Esa mínima idoneidad de la conducta, medida en todo caso *ex ante*¹²⁰ y que conlleve un cierto peligro para el bien jurídico, es la exigida desde la óptica del principio de ofensividad, principio reconducible inexorablemente al principio de legalidad¹²¹, toda vez que su afirmación requiere la ofensa al bien jurídico protegido.

IV. Bibliografía

- ALASTUEY DOBÓN, *La criminalización de conductas de riesgo en Derecho Penal del medio ambiente*, en *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal contemporáneo*, vol. 5, p. 470.
- BAIGÚN, D., *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, 2007.
- BARBERO SANTOS, M., *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en *ADPCP*, 1973.
- BINDING, *Normen I*, 2ª, 1890.
- BLANCO LOZANO, C., *La protección del medio ambiente en el Derecho Penal español y Comparado*, Granada, 1997.

¹²⁰ Precisamente por ser un delito que incluye un elemento de aptitud podrá exigirse al autor la conciencia de la peligrosidad de su conducta desde una perspectiva *ex ante*, pese a que, al tratarse de un elemento normativo valorativo exige tan sólo una valoración desde la esfera de lo profano. Aun así, serán frecuentes los supuestos de error sobre la aptitud lesiva de la conducta que normalmente se resolverán como supuestos de imprudencia.

¹²¹ A través de la afirmación de dicho principio, tal y como ponen de manifiesto Cobo del Rosal y Vives Antón, debe concretarse y requerirse la lesión del bien jurídico, unificándose la contradicción con el precepto penal positivo y la ofensa a aquél (COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 316, nota 6).

- BOIX REIG, *De nuevo sobre el principio de legalidad penal*, en *Revista General de Derecho*, Nº 512, 1987.
- *El principio de legalidad en la Constitución*, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Semana de Derecho Penal en memoria del Prof. Pereda*, Bilbao, 1983.
- BOIX REIG, J., en VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed. Valencia, 1999.
- BOIX REIG, J. y JAREÑO LEAL, A., en *Comentarios al Código penal de 1995* (coord. por T. S. Vives Antón), Valencia, 1996, t. II.
- BORJA JIMÉNEZ, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal: Estado actual de un debate permanente*, en *Revista General de Derecho*, Nº 585, 1993.
- BREHM, W., *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, 1973.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Bienes jurídicos colectivos*, en *RFDUCM*, 1986, Nº 11.
- *Los delitos de peligro*, en *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987.
- CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1996.
- CEREZO MIR, *Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*, en *ADPCP*, enero-abril de 1975, p. 160.
- COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en *Comentarios a la legislación penal*, 1982.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, 1999.
- COLAS TUREGANO, *Artículo 347 bis. ¿Ruptura con el principio de legalidad?*, en *Poder Judicial*, Nº 26, 1992, pp. 213 y ss.
- CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999.
- CÓRDOBA RODA, *Consideraciones sobre el principio de legalidad*, en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005.
- CUERDA ARNAU, M. L., *Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Primer volumen*, Valencia, 1997.

- CUERDA RIEZU, *Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal*, en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1994.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente*, en *Documentación jurídica*, 1983 (monográfico dedicado a la PANCP).
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal*, Valencia, 2004.
- DONDE MATUTE, J., *Principio de Legalidad Penal: perspectivas del Derecho Nacional e Internacional*, Barcelona, 2007.
- DOVAL PAIS, A., *Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios*, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Intereses difusos y Derecho Penal*, CGPJ, 1994.
- *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999.
- ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, 1967.
- ESCRIVÁ GREGORI, J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1976.
- ESTÉVEZ GOYTRE, R., *Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador: especial referencia a los delitos sobre la ordenación del territorio en relación con las infracciones urbanísticas*, en *Actualidad Administrativa*, N° 30, 1996.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro*, en *Homenaje al Prof. Dr. D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995.
- GALLAS, W., *Abstrakte und konkrete Gefhardung*, en *Feschrift für Ernst Heinitz*, Berlin, 1972.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 1993.
- GARCÍA RIVAS, N., *Contribución al análisis de los delitos de peligro contra el medio ambiente*, en *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal contemporáneo*, Trujillo, 2004.
- *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998.

- GARCÍA RIVAS, N., *El principio de determinación del hecho punible en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, 1992.
- GÓMEZ BENÍTEZ, *Seguridad jurídica y legalidad penal*, en *Vinculación del juez a la ley penal* (dir. por Jiménez Villarejo), Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El artículo 347 bis: aproximación al estudio de sus tipos*, en *Anales del Centro de Alzira*, 1986, pp. 45-62.
- *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed., Valencia, 1997.
- *Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal*, en *Poder Judicial*, Nº 28, 1992, pp. 7 y ss.
- GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003.
- GUISASOLA LERMA, C., *Principio de legalidad y estructura de los delitos de peligro abstracto. A propósito de la STC 42/1999*, en *Revista de Derecho Penal*, Nº 7, septiembre de 2002, pp. 33 y ss.
- HERZOG, F., *Límites al control penal de los riesgos sociales*, en *ADPCP*, 1993, vol. XLVI, fasc. I, pp. 317-327.
- HIRSCH, H. J., *Gefahr und Gefährlichkeit, Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, pp. 545-563 (= *Peligro y peligrosidad*, en *ADPCP*, vol. XLIX, fasc. II, 1996, pp. 509-528).
- HUERTA TOCILDO, *El derecho fundamental a la legalidad penal*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 39, 1993.
- *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, en *El principio de legalidad, Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2000.
- *Principios básicos del Derecho Penal y artículo 325 del Código Penal*, en *Revista Penal*, Nº 8, 2001, pp. 39 y ss.
- JAKOBS, G., *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW 97 (1985), pp. 751 a 785 (= *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 307, nota 20 y pp. 308-9).
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1991.
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, trad. de Manzanares Samaniego, Granada, 2002.

- LAMARCA PÉREZ, C., *Formulación histórica y significado político de la legalidad penal*, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Nº 2, 1987.
- *Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 20, 1987.
- LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*, Valencia, 1992.
- LEVI, E. H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, 1964.
- MADRID CONESA, F., *La legalidad del delito*, Valencia, 1983.
- MAQUEDA ABREU, M. L., *La idea de peligro en el moderno Derecho Penal*, en *Actualidad Penal*, Nº 26, 27 junio-3 de julio 1994.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte general*, Valencia, 1999.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en VIVES ANTÓN, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 2004.
- MATA Y MARTÍN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997.
- MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1998.
- MAURACH, R. y ZIPF, H., *Derecho Penal. Parte general*, t. I, *Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible*, trad. de Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.
- MENDOZA BUERGO, B., *El delito ecológico y sus técnicas de tipificación*, en *Actualidad Penal*, Nº 13, 25-31 de marzo de 2002, pp. 317 y ss.
- *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001.
- MIR PUIG, S., *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal en la reforma penal*, en *Revista de la Facultad de la Universidad de Granada*, 1987, pp. 243 y ss.
- MORALES PRATS, F., *La estructura típica de peligro en el delito ambiental*, en *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, Madrid, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 2007.
- *Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho Penal*, en QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del profesor J. M. Valle Muñiz*, Navarra, 2001.

- MUÑOZ LORENTE, J., *Algunas consideraciones sobre los delitos cometidos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Revista del Poder Judicial*, Nº 67, 3^{er} trimestre, CGPJ, 2002.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, *El agente provocador*, Valencia, 1995.
- NAUCKE, W., *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado* (trad. de Sánchez-Ostiz Gutiérrez), en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000.
- NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, 1993.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Madrid, 1997.
- PRATS CANUT, J. M. y MARQUÈS I BANQUÉ, M., en *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. por Quintero Olivares y coord. por Morales Prats), 2001.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. y OLMEDO CARDENETE, M., *Artículo 325*, en *Comentarios al Código Penal*, Segunda Época (dir. por Cobo del Rosal), Madrid, 2006, t. X, vol. II.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas: D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, 1997.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999.
- SCHRÖDER, H., *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, en *ZStW*, 81, 1969, pp. 7 y ss.
- SCHÜNEMANN, B., *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, *JA* 1975.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente*, en *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, coord. por J. L. Gómez-Colomer y J. L. González Cussac, Colección de Estudios Jurídicos, Nº 2, pp. 151 y ss.
- *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999.
- *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001.
- *¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325*, en *La Ley*, Año XVIII, Nº 4285-4286, 1997.

- SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en *Comentarios al Código Penal* (dir. por Rodríguez Mourullo; coord. por Jorge Barreiro), Madrid, 1997.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligro abstracto y garantías penales*, en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001.
- TORÍO LÓPEZ, A., *Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)*, en *Homenaje a E. García de Enterría*, 1991, vol. III.
- *Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, en *ADPCP*, 1981, pp. 825 y ss.
- VARGAS PINTO, T., *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Pamplona, 2007.
- VERCHER NOGUERA, A., *El delito ecológico: aplicación y problemas prácticos*, en *La Ley*, 1989, p. 967.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Valencia, 2001.
- VIVES ANTÓN, T. S., *Dos problemas del positivismo jurídico*, en *La Colección de Estudios*, Instituto de Criminología y Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1979.
- *El “ius puniendi” y sus límites constitucionales (Al filo de la distribución de funciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional)*, Valencia, 2006.
- *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996.
- *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995.
- *Principios penales y dogmática penal*, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General) 2*, Escuela Judicial, CGPJ, 1996, pp. 37-71.
- WELZEL, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, JZ, 1956.