



Principios básicos del Derecho Penal y art. 325 del Código Penal (*)

Susana Huerta Tocildo

*Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Burgos*

I

El lento y tortuoso proceso que, finalmente, habría de desembocar en la promulgación del Código penal de 1995 permitió, en su día, albergar ciertas esperanzas acerca de la incorporación al nuevo texto punitivo de cuantos avances técnicos se habían ido decantando a través de la evolución de un pensamiento dogmático cada vez más depurado. Ese mismo proceso llevaba, por otra parte, a suponer que el nuevo texto punitivo vendría inspirado por un pensamiento políticocriminal que, arrancando de una cuidadosa selección de los bienes jurídicos protegidos, reflejara adecuadamente los principios de intervención mínima, legalizada y proporcionada del Derecho penal.

Lamentablemente, tales expectativas se han visto, cuando menos, parcialmente defraudadas toda vez que, considerado en su conjunto, no puede decirse que el Código penal de 1995 haya seguido, a lo largo de su extenso articulado, una línea de orientación políticocriminal que pudiéramos calificar de congruente o sin fisuras. Muy al contrario, sus contenidos se manifiestan en ocasiones ajenos, cuando no claramente contradictorios, con esas orientaciones de política criminal que acaban de enunciarse. Y ello pese a que en su Exposición de Motivos se afirma, no sin cierta solemnidad, que "se ha afrontado la antinomia exis-

tente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser".

Aunque tal vez fuera ésta la intención inicial del legislador, lo cierto es que ni la acogida de nuevas figuras delictivas ha sido tan "prudente" como se pretendía, ni se ha aprovechado la excelente ocasión que brindaba la elaboración de un nuevo catálogo completo de delitos para proceder a realizar una criba acorde con esa pretendida conciliación de garantías penales y necesidades políticocriminales.

Escasos atisbos de prudencia se vislumbran, por ejemplo, en la criminalización *ex novo* de algunos de los comportamientos tipificados a título de delitos societarios; o en la extensión del ámbito de lo punible en materia de intrusismo profesional². Y menos aún se aprecia esa declarada autocontención en la configuración de los delitos contra la ordenación del territorio, en los que la definición de la materia punible se ha dejado al albur de la muy variada y variable normativa administrativa sobre calificación del suelo urbano; o, por lo que aquí en particular interesa, en la de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, en los que prácticamente se ha venido a elevar a la categoría

(*) Conferencia pronunciada en el Cuarto Congreso de Justicia Penal de la Universidad de Huelva, celebrado del 8 al 10 de julio de 1999 sobre "Delitos contra el medio ambiente".

1. Por lo que se refiere a este delito, debe advertirse que el tipo penal ahora contenido en el artículo 403 ha venido a recoger aquellos supuestos no incluidos en el artículo 325.1 del anterior Código penal respecto de los cuales la STC 111/1993 había concluido que no se hacían acreedores de ese plus de protección representado por la tutela penal al no tratarse con ellos de garantizar el correcto ejercicio de profesiones que pudieran afectar a los bienes jurídicos más importantes. Y ello pese a que, más recientemente, la STC 142/1999 (f.j.5) insiste en esa misma idea al afirmar que no se observa, en el ejercicio de la profesión de gestor administrativo "un interés público esencial que en el juicio de proporcionalidad se haga merecedor de tan alto grado de protección como la dispensada a través del sistema penal de sanciones".

2. Vid., a este respecto: SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid 1999, *passim*.

de delito casi cualquier infracción de la normativa administrativa, con la consiguiente grave quiebra del principio de intervención mínima y del carácter de última ratio del Derecho penal.

La evidente tendencia expansiva³ que, en estos y otros ámbitos, manifiesta el Derecho penal a costa de otras ramas del ordenamiento —a la que, en sus variantes más extremas, cabría calificar de verdadera “huida hacia el Derecho penal” y frente a la que un número creciente de autores contraponen la necesidad de una cierta “retirada” del mismo⁴— parece haber olvidado que, por más que no resulte discutible que tales intereses son merecedores de protección penal y están necesitados de ella, la importante limitación de derechos fundamentales que representa la imposición de una pena privativa de libertad no está justificada más que en aquellos supuestos en que se esté en presencia de un comportamiento que, como mínimo, signifique para ellos un peligro grave de deterioro o destrucción.

Exigencia que no parece compatible con la técnica de incriminación a menudo adoptada en relación con estas materias, traducida en la confi-

guración de tipos de peligro abstracto⁵ —o incriminación de conductas notablemente distantes de la producción efectiva de un daño real al objeto jurídico de protección— y en la frecuente remisión a normas de naturaleza extrapenal para completar la descripción típica, en uso y abuso de las llamadas leyes penales en blanco. Con la consecuencia de que lo que se acaba sancionando penalmente es la inobservancia de normas meramente organizativas y no la realización de hechos socialmente dañinos, sirviendo de esta manera los medios propios del Derecho penal tan sólo para reforzar, con su carácter intimidatorio, una disciplina preventiva ya estructurada por el Derecho civil o por el Derecho administrativo⁶. Se incurre así en el dislate de acudir en primera instancia al Derecho penal para garantizar, con ayuda de la pena, la tutela de esos intereses más o menos difusos⁷ —y en todo caso complejos— que caracterizan a nuestra moderna sociedad (salud pública, medio ambiente, ordenación del territorio, etc.). Con ello, el instrumento penal pierde buena parte de sus contenidos garantísticos transformándose en un elemento de organización social de marcado carácter simbóli-

3. Vid., por ej.: MÜLLER-TUCKFELD, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en VV.AA., *La insostenible situación del Derecho penal*, ed. española a cargo del área de Derecho penal de la Universidad Pompeu i Fabra, Granada 2000, pp. 507 y ss.

4. Cfr.: HASSEMER, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, en *Revista Penal*, nº 1, 1998, p. 37: “La moderna política criminal se aparta de las formas de tipificación de conductas y determinación de bienes jurídicos propias del Derecho tradicional. Su forma delictiva característica es el delito de peligro abstracto... y el bien jurídico normalmente objeto de protección es un bien jurídico vagamente configurado... De este modo, la determinación del injusto en la ley penal se diluye, aumentando y flexibilizando sus potencialidades de aplicación. Por contra, disminuyen las posibilidades de defensa y también de crítica de los excesos del legislador”. Se refieren también a la confrontación entre el “Derecho penal moderno” y el “Derecho penal clásico”, entre otros: PORTILLA CONTRERAS, “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, en *CPCr.* nº 39, pp. 723 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, “Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente”, en *AP*, 1997, pp. 217 y ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid 1999, *passim*.

5. Cfr.: MOCCA, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflejos iliberales”, en *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, ed. por J.M. Silva Sánchez, Barcelona 1997, pp. 113 y ss.; Vid. también: BARATA, “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica”, en *Pena y Estado*, nº 1, 1991, pp. 37 y ss.

6. Para el concepto de “interés difuso”, vid. SQUIBBI, “Tutela penali di interessi diffusi”, en *La Questione Criminale*, 1975, pp. 439 y ss. En opinión de CORCOY BIDASOLO *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*, Valencia 1999, p. 194, “la calificación de los bienes jurídicos supraindividuales como “intereses difusos” pone ya de manifiesto el reproche acerca de su legitimidad”. No es ésta, desde luego, mi perspectiva de análisis, ya que en modo alguno participo de la idea de que el Derecho penal deba dedicarse, en exclusiva, a la protección de bienes jurídicos de naturaleza individual. Considero, por ello, que tal vez sería preferible hablar, en forma descriptiva, de intereses “difundidos” o de titularidad ampliamente extendida, al objeto de evitar el componente valorativo que la citada autora atribuye al adjetivo “difusos”. En cualquier caso, creo necesario advertir que la utilización del mismo en el presente trabajo, por razones exclusivamente debidas a su amplia recepción doctrinal, es meramente descriptiva y, en consecuencia, no constituye un a priori contrario a la tutela penal de los bienes jurídicos supraindividuales.

7. Lo que no quiere decir que esta categoría de intereses no pueda y deba ser objeto de protección penal siempre que ello se haga necesario por haber fracasado o ser insuficiente la tutela otorgada por otras instancias jurídicas de protección, pues, dadas estas circunstancias, su elevación al rango de bienes jurídicopenalmente protegidos es perfectamente compatible con los principios de intervención mínima y de última ratio. Vid., en este sentido, entre otros: CARBONELL MATEU, “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, en *Intereses difusos y Derecho Penal*, CDJ, Madrid 1995, pp. 11 y ss. Sobre las técnicas generalmente utilizadas para concretar dicha tutela penal, vid., *ibidem*: DOYAL PAÍS, “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”, pp. 22-28, 33 y ss. y 42; y MORALES PRATS, “Técnicas de tutela penal de los intereses difusos”, pp. 75 y ss.

co y propagandístico de cara a la opinión pública⁸. Errores todos ellos a los que, como ha quedado indicado, no ha podido sustraerse el Código penal de 1995 en relación con los grupos de delitos anteriormente indicados y con otros muchos, posiblemente porque, entre otras razones, el legislador penal ha mostrado en esta ocasión una excesiva sensibilidad a la presión "penalizadora" de ciertos lobbies sociales⁹.

Estas críticas no impiden, sin embargo, el reconocimiento de que la creciente preocupación por el entorno natural que nos rodea (muy deteriorado por el uso y abuso que de sus recursos han propiciado siglos de indiferencia ante su manifiesto empobrecimiento) constituye, sin lugar a dudas, una de esas nuevas realidades de las que necesariamente ha de hacerse cargo el Derecho penal de nuestros días, poniendo al servicio de su preservación los medios y técnicas que resulten apropiados a tal efecto. Lo que resulta más que discutible es que, en aras de una mayor eficacia en la consecución de dicho objetivo y de un pretendido afán de "modernidad", se prescindiera abiertamente del marco constitucional de garantías en que, hoy por hoy, se encuadra el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Pues, en definitiva, en la actual contraposición de un Derecho penal pretendidamente "moderno" a un Derecho penal de corte "clásico" late, indefectiblemente, una puesta en cuestión del modelo trazado en el art. 25.1 CE.

En lo que sigue, me propongo examinar con cierto detenimiento la estructura típica del delito contenido en el art. 325 CP a fin de establecer hasta qué punto se han respetado en este precepto principios penales tan básicos como los de legalidad e intervención mínima y proporcionada a la gravedad del hecho. A cuyo efecto, comenzaré examinando los distintos problemas que plantea la excesiva vaguedad con que se describe uno de los bienes jurídicos que en él se declaran protegidos, problemas que, en este caso, se presentan agravados por su configuración como delito de peligro abstracto¹⁰.

II

La primera dificultad con que tropieza el legislador a la hora de configurar un tipo penal destinado a brindar protección al entorno natural o "medio ambiente" radica en la propia naturaleza de dicho interés social al pertenecer el mismo a la categoría de los bienes jurídicos de titularidad colectiva¹¹ y ampliamente difundida o, si se prefiere decirlo así, "difusa"¹². Por regla general, la tutela penal de estos bienes jurídicos requiere, para ser verdaderamente eficaz, que la consumación se anticipe al momento de producción de un resultado de perjuicio efectivo y concreto, lo que, en principio, no tiene por qué ser contrario al principio de

8. Para mayores detalles acerca de la manera en que pueden llegar a incidir en el proceso legislativo los intereses de algunos grupos de presión, así como de las repercusiones que ello suele tener en punto al olvido o relajación del mandato de determinación de los tipos penales, vid.: SòB, "El trato actual del mandato de determinación", en *La insostenible situación del Derecho penal*, cit., pp. 239-240.

9. Vid. a este respecto, ampliamente: CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, cit., pp. 213 y ss.

10. Para un estudio de las diferencias entre bienes jurídicos colectivos y bienes jurídicos de carácter público o institucional, como categorías ambas incluidas en la más general de bienes jurídicos supraindividuales, vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal*, cit., pp. 66 y ss.

11. El medio ambiente pertenece, en efecto, a la categoría de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, respecto de los que LAURENZO COPELLO (*El resultado en Derecho penal*, Valencia 1992, p. 81) afirma que "se trata en general de bienes que no se concretan en objetos del mundo sensible a lo que se agrega que tampoco parecen delimitables a través de su titular. Por ello dice MARTÍN que en esta clase de delitos es prácticamente imposible determinar si la acción ha ocasionado una lesión o un peligro para el bien jurídico". Lo que, en opinión de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (*El moderno Derecho penal*, cit., p. 38), contribuye decisivamente a su configuración como delitos de peligro abstracto.

12. Cfr.: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, 2 ed., Madrid 1986, pp. 164-165. Vid. un reciente intento de conciliación de esta categoría de delitos con el catálogo de garantías penales básicas en CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, cit., *passim*, y, especialmente, pp. 29-30, 168-170, 273 i.f. y 371-372: "sólo está legitimada la previsión legislativa de un "delito de peligro" cuando con su creación se pretenda la protección de un bien jurídico-penal supraindividual, con autonomía propia, por encarnar un interés esencial para el desarrollo del hombre como ser social", esto es, sólo en la medida en que se produzca "la afectación del bien jurídico, a través de la prueba de la idoneidad *ex ante* de la conducta y de la lesión *ex post* del bien jurídico imputable al peligro típico". En opinión de esta autora, la "afectación del objeto del delito" -que, en el caso de los delitos contra el medio ambiente, estaría constituido por el recurso natural sobre el que incide el comportamiento típico (ob. cit., p. 253)- es cosa distinta de la "afectación" del bien jurídico y, como "resultado *sui generis*" en esta clase de delitos, "sirve suficientemente a las necesidades de seguridad jurídica y a salvar la pretendida indeterminación de los mencionados bienes". Creo, sin embargo, que, con ser estas premisas perfectamente suscribibles con carácter general, su aplicación a la hora de interpretar los "tipos contenidos en el art. 325 CP permite poco juego de cara a la salvaguarda de las indicadas garantías por una doble razón: en primer lugar, porque la propia indefinición del bien jurídico "equilibrio de los sistemas naturales" dificulta en

intervención mínima siempre y cuando tal anticipación se mantenga dentro de unas coordenadas razonables de proximidad del peligro representado por la conducta a la efectiva producción de la lesión de dicho bien jurídico.

Dicho de otra manera: el recurso, en tales casos, a la técnica de los delitos de peligro viene inicialmente justificado por la necesidad de intervención penal preventiva antes de que se produzca el efectivo deterioro de un bien cuya "difusión" haría, por lo demás, difícilmente determinable tanto el daño producido cuanto su conexión causal con la conducta prohibida. Pero ello no supone, en modo alguno, un aval incondicionado a la utilización para ello de la técnica de los llamados delitos de peligro abstracto, cuyos riesgos de confrontación con las garantías derivadas del principio de legalidad penal han sido frecuentemente señalados¹³. Pues bien, ésta ha sido, precisamente, la técnica adoptada en el art. 325.1 con las consecuencias que, más adelante, tendré ocasión de precisar con mayor detalle.

Se incorporan así los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente al llamado Derecho penal del riesgo, caracterizado, entre otras notas distintivas, por una creciente anticipación de la tutela penal, por una relativización de los principios de legalidad y de exclusiva protección de bienes jurídicos y por una pulverización de las fronteras entre el Derecho penal y el Derecho administrativo a través de la frecuente criminalización de ilícitos de esta última naturaleza. Por lo demás, esta clara tendencia a la conversión de infracciones administrativas relativas al medio ambiente en ilícitos penales no ha de extrañar si se tiene en cuenta que la creciente atención que hacia este interés se manifiesta en las sociedades industrializadas a partir del último tercio del siglo XX no sólo tiene un importante componente socio-cultural sino también

económico, en tanto en cuanto su conservación es condición indispensable para que pueda darse un desarrollo económico mantenido¹⁴. Ello ha favorecido la proliferación de normas administrativas de distinto rango y de diversa procedencia —estatal, autonómica, y también comunitaria— destinadas a regular el uso de los recursos naturales en orden a evitar su agotamiento, desembocándose así en la necesidad, prácticamente ineludible, de acudir, para dar cobertura penal al referido interés, a la técnica de las "normas penales en blanco", con cuanto la misma supone de apartamiento excepcional de la exigencia de reserva absoluta de ley en materia penal y de puesta en peligro de la garantía de seguridad jurídica (asimismo deducible del principio de legalidad penal a través de la exigencia de taxatividad en la descripción de las conductas penalmente relevantes).

Bien jurídico evanescente, peligro abstracto y accesoriedad respecto del Derecho administrativo son, pues, las notas características del modelo de protección penal del medio ambiente recogido en el art. 325 CP¹⁵. La primera de ellas afecta de plano a los principios de intervención mínima y de taxatividad toda vez que, para que un bien jurídico cumpla la importante función que suele atribuírsele de servir de límite al alcance de los tipos penales a la vez que constituye una pieza clave para proceder a su correcta interpretación y aplicación, es imprescindible que resulte perfectamente identificable y determinable; lo que no sucede en el caso de uno de los tomados como punto de referencia por el artículo 325.1 CP. Me estoy refiriendo, por supuesto, al enunciado bajo el rótulo de "equilibrio de los sistemas naturales", concepto éste tan sumamente vago y falto de contornos que carece de toda posibilidad de actuar como factor de contención de una desmesurada ampliación

grado sumo la averiguación de en qué casos dicho interés debe considerarse "afectado" y, consecuentemente, también la prueba de la idoneidad *ex ante* de la conducta objetivamente contaminante para producir dicha afección o "desequilibrio"; y, en segundo lugar, porque, como ella misma reconoce en otro lugar, en el delito ecológico la afectación por la acción contaminante de los "recursos naturales" (objeto del delito) no coincide en todos los casos con la afección al bien jurídico "equilibrio de los sistemas naturales" (cfr. *ob. cit.*, pp. 166-169 y 261).

13. Aunque no cabe desconocer que dicha protección puede entrar en conflicto con desarrollos económicos puntuales.

14. Que, en consecuencia, no se aparta significativamente de los modelos alemán e italiano. Vid. en relación con el primeramente citado: SEELMANN, "Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht", en *NJW* 1990 p. 1261; y, en relación con el segundo, actualmente en proceso de revisión: PALAZZO, "Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia", en *Revista Penal*, n.º 4, 1999, pp. 68 y ss.

15. De idea tan imprecisa como extensiva de la responsabilidad lo califica SILVA SÁNCHEZ, "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, Castellón de la Plana 1997, p. 160; y de fórmula más indeterminada que la contenida en el art. 437 bis CPA, que hace más compleja la determinación del comportamiento típico lo tilda DELACUESTA ARZAMENDI, "Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental", en *Revista Penal*, n.º 4, 1999, p. 34.

del tipo¹⁶. Si a ello se añade lo ya expuesto en relación con el recurso que para su protección se ha hecho a la técnica de incriminación por vía de tipos de peligro abstracto y de normas penales en blanco, creo que necesariamente habrá de concluirse que resulta altamente problemática la compatibilidad de su configuración con la idea de que sólo pueden amenazarse con pena aquellas conductas que representen graves ataques contra bienes jurídicos necesarios de todo punto para la pacífica convivencia social (principios de intervención mínima y de exclusiva protección de bienes jurídicos) y que, además, aparezcan perfectamente definidos o sean suficientemente definibles (principio de taxatividad en la descripción de los tipos penales).

III

Antes de proseguir en la línea iniciada de confrontación del art. 325.1 CP con algunos de los principios fundamentales del Derecho penal, recordemos que en dicho precepto se castiga —con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años— a quien “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”. Tal previsión se acompaña de la advertencia de que la pena de prisión habrá de imponerse en su mitad superior cuando “el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas”¹⁷.

De la simple lectura de este texto se desprende que estamos en presencia de una norma penal cuyo supuesto de hecho se estructura en torno a tres

distintos elementos: en primer lugar, se requiere que el sujeto activo realice una conducta que sea objetivamente infractora de lo dispuesto en “Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”; en segundo lugar, que dicha conducta consista en la realización de actos de contaminación —por lo demás, profusamente enunciados en el uso de una desafortunada técnica casuística que contrasta con la inasibilidad de uno de los bienes jurídicos protegidos— sobre determinados recursos naturales; y, en tercer y último lugar, que todo ello suponga la posibilidad de que se ponga gravemente en peligro el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.

El primero de dichos elementos típicos, de carácter normativo, remite clara y expresamente a una normativa extrapenal que no necesariamente ha de revestir rango de Ley en sentido formal. Como ha quedado dicho, ello supone la adscripción del art. 325.1 CP a la categoría de las “normas penales en blanco”; categoría que, en determinados supuestos, puede entrar en conflicto con ciertas exigencias derivadas del reconocimiento constitucional del principio de legalidad penal. El segundo elemento, de carácter descriptivo, está exhaustivamente contenido en la norma penal por lo que, con independencia del carácter innecesariamente recargado que presenta la enunciación legal de los actos de contaminación, no plantea problemas de compatibilidad con tales exigencias. En cuanto al tercer elemento, de índole valorativa, consiste en la necesidad de que esos actos típicos de contaminación, contrarios a la normativa administrativa dictada en materia de protección del medio ambiente, puedan perjudicar gravemente el “equilibrio de los sistemas naturales” o la “salud de las personas”; lo que convierte a este tipo penal en un delito de peligro abstracto —o, si se prefiere, “hipotético”— para un bien jurídico no menos abstracto y superestructural, con los consiguientes problemas que ello supone en orden a su compatibilidad con las exigencias propias de los principios de legalidad y de intervención mínima.

Quedan así esbozadas las tres distintas cuestiones que a continuación me propongo abordar. En primer lugar, analizaré si el reenvío expreso

16. En forma similar, el art. 347 del anterior Código penal (CPA) decía lo siguiente: “Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas al que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”.

17. Aunque sólo fuera por ello, merecería la pena considerar la conveniencia de promulgar una Ley General del Medio Ambiente en la que se establecieran las premisas técnicas y las normas básicas de actuación coordinada en esta materia. Vid. sobre este particular, detalladamente: PRATS CANUT, en VV.AA., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dir. por G. QUINTERO OLIVARES y coord. por J. M. VALLE MUÑOZ, Pamplona 1996, pp. 1508-1510.

que el art. 325.1 CP hace a la normativa administrativa cumple los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para que las "normas penales en blanco", no obstante el apartamiento que suponen de los principios de reserva absoluta de ley y de división de poderes, puedan ser consideradas compatibles con el principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 CE. En segundo lugar, examinaré si la configuración de este tipo penal como delito de peligro abstracto puede entenderse respetuosa de los principios de legalidad e intervención penal mínima. Y, finalmente, me referiré a los términos en que el citado precepto alude al bien jurídico protegido a fin de determinar si resultan o no conformes con la exigencia de taxatividad en la descripción de las conductas penalmente típicas.

IV

El art. 325.1 CP requiere, como presupuesto de tipicidad de los actos de contaminación que en él se describen, que sean contrarios "a las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente". Esta remisión inicial a la normativa administrativa para la definición del ámbito de lo penalmente relevante genera, a mi juicio, tres distintas clases de problemas:

- En primer lugar, uno que es común a todas las normas penales en blanco: la necesidad de justificación en concreto de esta técnica excepcional de apartamiento del principio de división de poderes y de una garantía tan consubstancial al Derecho penal como la de reserva absoluta de ley en sentido formal.

- En segundo lugar, uno que no necesariamente conlleva el uso de dicha técnica pero que, sin embargo, suele a menudo acompañarla: la posibilidad de desembocar en la creación de un tipo penal cuya indeterminación imposibilite al ciudadano conocer con seguridad y de antemano qué es lo que le está prohibido y que es lo que le está permitido hacer.

- Por último, uno que es privativo de aquellas normas penales en blanco en las que se dan cita, a la hora de actuar como complemento, disposiciones procedentes de las Administraciones central y autonómica: la probabilidad cierta de que con ello se produzcan importantes desigualdades según cual haya sido el lugar de realización de la conducta contaminante.

Por lo que se refiere al problema mencionado en primer lugar, creo conveniente empezar por señalar que, obviamente, no se planteará ningún conflicto con la exigencia de reserva absoluta de ley en materia penal cuando el complemento a que remite el art. 325.1 CP sea una norma extrapenal con rango de Ley en sentido formal. Pues, en tal caso, no se produce quiebra alguna del elemento político-democrático del principio de legalidad penal, toda vez que el poder legislativo sigue teniendo el monopolio de definición del ámbito de lo punible. El cuestionamiento de esta técnica desde el punto de vista constitucional queda, en consecuencia, reducido a aquellos supuestos en los que la norma penal se remite a disposiciones extrapenales de carácter general que no alcanzan el rango de ley en sentido formal, es decir, que no emanan de un órgano representativo de la soberanía popular sino del poder ejecutivo¹⁸. Entre ellas destacan, por su frecuencia, las de carácter reglamentario.

Según se desprende de la doctrina mantenida hasta el momento por el Tribunal Constitucional, la "colaboración reglamentaria" en la determinación de qué es lo que se prohíbe no necesariamente resulta incompatible con las exigencias derivadas del derecho reconocido en el art. 25.1 CE. No lo será si concurren los siguientes requisitos, establecidos por primera vez en la STC 127/1990 y reiterados en posteriores ocasiones¹⁹: 1) que el envío normativo sea expreso; 2) que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; 3) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y 4) que quede satisfecha la exigencia de certeza, esto es, de "suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada".

De acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, el empleo de normas penales en blanco debe considerarse -de darse todos y cada uno de los requisitos acabados de mencionar- plenamente compatible con las funciones de garantías de la libertad individual y de la seguridad jurídica que se atribuyen al derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 CE. La pregunta entonces es la siguiente: ¿cumple el art. 325 CP todos estos requisitos o sólo alguno(s) de ellos? O, formulada de

18. Vid. ss.TC 118/1992/2, 62/1994/3, y 120/1998/5.

19. Cfr.: PRATS CANUT, *Comentarios*, cit., p. 1514.

otra manera: ¿es compatible su estructura de norma penal en blanco con las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional del principio de legalidad penal?

V

A mi modo de ver, el art. 325 CP cumple sin dificultades los dos primeros de esos requisitos, toda vez que el reenvío que en él se efectúa a la normativa extrapenal es de carácter expreso y está justificado por razón del bien jurídico que en aquélla se pretende proteger. Afirmación esta última que puede basarse en el siguiente argumento: dada la complejidad y movilidad de algunos bienes jurídicos, entre los que cabría incluir al que ahora nos ocupa, es preferible dejar su regulación en manos del Derecho administrativo por ser este instrumento jurídico más ágil que el penal para adaptarse a objetos tan cambiantes²⁰. Por lo demás, el propio Tribunal Constitucional ha declarado ya en distintas ocasiones que en la sociedad moderna no es factible mantener, por la propia naturaleza de las cosas, un esquema rígido de división de poderes.

Los problemas empiezan a la hora de comprobar si el precepto en estudio cumple también los requisitos enunciados en tercer y cuarto lugar, esto es, al entrar a considerar los siguientes extremos: 1) si contiene dentro de sí el núcleo esencial de la prohibición, dejando únicamente a la norma extrapenal de naturaleza reglamentaria la determinación de elementos no esenciales —esto es, accidentales— del tipo de lo injusto; y 2) si la descripción típica satisface la exigencia constitucional de certeza.

En mi opinión, las dos cuestiones acabadas de enunciar son ciertamente diferentes pero no inconexas: con la primera operación lo que se preten-

de es averiguar si la Administración, en el uso de la capacidad que por vía de remisión se le atribuye para “colaborar”, a través de su potestad reglamentaria, en la configuración del injusto penal de referencia —con la consiguiente “relativización” excepcional de un rígido esquema de división de poderes y de la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal— no ha ido más allá de lo permitido, esto es, no se ha elevado al rango de legislador penal; con la segunda lo que se pretende es examinar si esa remisión a la normativa reglamentaria no ha “desdibujado” o “difuminado” los perfiles del tipo penal hasta el punto de que al ciudadano le resulte imposible conocer con exactitud en qué consiste la conducta prohibida a fin de evitar la realización de conductas penalmente incriminadas.

Desde mi punto de vista, la respuesta a la primera de estas dos cuestiones ha de ser forzosamente negativa a la vista de que, obviamente, no puede decirse que el art. 325 CP contenga dentro de sí “el núcleo esencial de la prohibición” si, como es de rigor, por tal ha de entenderse el conjunto de elementos típicos —todos ellos esenciales— que configuran el injusto penal²¹. Pues al dejar dicha norma en manos de la normativa administrativa nada más y nada menos que la configuración de un elemento normativo del tipo penal, cuya presencia resulta inexcusable —o, si se prefiere expresarlo así, “esencial”— a efectos de tipicidad de la conducta que en él se define como prohibida, lo que está haciendo es delegar en la potestad reglamentaria un poder de conformación del injusto penal que constitucionalmente²² no le corresponde. Tan es así que, por muy peligrosos que pueda resultar su ejecución para el equilibrio de los sistemas naturales, los actos de contaminación que no cumplan la condición de ser contrarios a esa normativa extrapenal de carácter reglamentario no serán objeto de prohibición penal; lo que ha si-

20. Vid. GARCÍA ARÁN, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal” en *Estudios penales y criminológicos*, T. XIV, Santiago de Compostela 1993, pp. 63-103.

21. Lo que, por otra parte, supone, en muchos casos, dejar en manos de la Administración las tareas de criminalización y depenalización de conductas, cuyo monopolio corresponde al legislador penal; y, consiguientemente, no sólo constituye una clara excepción al principio de división de poderes sino que pone en cuestión la misma garantía consistente en la reserva absoluta de Ley. Pues, en efecto, esa dependencia de la existencia de una previa contravención administrativa conlleva que toda variación reglamentaria en más o en menos, esto es, en el sentido de añadir nuevos supuestos o de eliminarlos, tenga repercusiones inmediatas en sede de tipicidad. De manera que, como señala QUINTERO OLIVARES (*Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 1997, p. 23), la técnica de remisión a normas inferiores tiene como efecto necesario el que el contenido de la ley penal pueda ir variando por la sola voluntad de la Administración, con lo cual se modifica de facto el tipo penal sin necesidad de acudir a los conductos legislativos ordinarios.

22. Cfr.: MESTRE DELGADO, “Límites constitucionales de las remisiones normativas en Derecho Penal”, en *ADPCP*, 1988, p. 524: “... resultaría intolerable que la realización de vertidos que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones medioambientales fuera atípica tan sólo porque su autor no hubiera contravenido ningún texto, legal o reglamentario, protector del medio ambiente”.

do tildado de "intolerable" por algún autor²³ y, en cualquier caso, no aboga precisamente a favor de que el elemento remitido tenga un carácter meramente accidental en la determinación de la conducta típica.

Estos mismos razonamientos deberían haber conducido al Tribunal Constitucional, en algunas de las resoluciones anteriormente citadas —en particular, en las SSTC 127/1990 y 62/1994, relativas ambas al art. 347 bis CPA, precedente inmediato del art. 325.1 CP— a declarar, en aplicación de los criterios que él mismo daba por establecidos, la incompatibilidad de dicho precepto con el art. 25.1 CE. Sin embargo, no sólo no lo hizo así sino que, por el contrario, procedió a darle su visto bueno. Pero de ello no creo que pueda deducirse que la cuestión relativa a la adecuación del art. 325 CP a las exigencias propias del principio de legalidad haya quedado definitivamente zanjada en sentido afirmativo, por más que no quepa ignorar la similitud de su texto, en este punto concreto, con el del art. 347 bis CPA. Lo único que se deduce, a mi juicio, es que el Tribunal Constitucional no guardó en los indicados pronunciamientos la debida coherencia entre, por una parte, su alto nivel de exigencia representado por el requisito de que el "núcleo esencial de la prohibición" sea contenido obligatorio de la norma penal remitente, y, por otra parte, sus conclusiones acerca de la compatibilidad con el art. 25.1 CE. de un supuesto claro de remisión *in toto* a normas reglamentarias para la determinación de un elemento típico y, por ello mismo, esencial.

Dicho de otro modo: no hay "congruencia" entre los requisitos exigidos por la STC127/1990 para que las normas penales en blanco sean conformes con el art. 25.1 CE. y el fallo declarativo de la conformidad del art. 347 bis CPA con dicho precepto constitucional; para que la hubiera, en relación con el tema que ahora se está tratando, el Tribunal Constitucional debería haber ceñido sus exigencias en cuanto al contenido de la norma penal remitente a los elementos fundamentales de la prohibición; o, de mantenerlas en términos tan rigurosos como los que se desprenden de la alusión al "núcleo esencial" de la misma, debería haber declarado que el art. 347 bis CPA no se adecuaba a lo dispuesto en el art. 25.1 CE.

Desde luego no ignoro que, frente a la conclusión aquí alcanzada, ha sido defendida en la doctrina una posición que no ve problema alguno en la remisión que el art. 325 CP hace a la normativa reglamentaria como primer elemento y *conditio sine qua non* de que pueda estimarse realizado el tipo penal en estudio. Así, por ejemplo, opina DE LA MATA BARRANCO que el modelo seguido por esta norma penal es mixto o de "accesoriedad relativa" respecto del Derecho administrativo, toda vez que lo que con la remisión se persigue es descartar la tipicidad de aquellas actuaciones contaminantes que no hayan sido infractoras de la normativa administrativa remitida²⁴. De suerte que si bien la infracción de dicha normativa sería, ciertamente, presupuesto o condición previa y necesaria para la conformación del ilícito penal, no sería en cambio condición suficiente a tal efecto puesto que a ella habría de añadirse la realización de actos contaminantes que, además, fueran susceptibles de poner en grave peligro el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas (elementos descriptivo y valorativo, respectivamente, del tipo penal contenido en el art. 325 CP).

De que esto último es así, no me cabe la menor duda. Pero la cuestión no es ésta, pues en ningún momento se ha planteado que el art. 325 CP haya efectuado una remisión "en bloque" o total a la normativa administrativa. Por supuesto que dicho precepto contiene, al menos aparentemente, elementos propiamente penales respecto de los desvalores de acción y de resultado que ha de presentar la conducta para ser penalmente relevante. Y digo que ello podría ser sólo en apariencia porque, si bien se mira, tales elementos se encontrarán por regla general ya incluidos, explícita o implícitamente, en la infracción administrativa previa o coetáneamente cometida al consistir ésta, precisamente, en el incumplimiento de una disposición general protectora del medio ambiente que, como tal, prohíbe la realización de actuaciones potencialmente peligrosas para el "equilibrio de los sistemas naturales" o la "salud de las personas".

De confirmarse esta identidad de hecho y fundamento entre el ilícito penal y el ilícito administrativo referidos al ámbito ecológico, habría que

23. Cfr.: "Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente" en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia 1997, pp. 579 y ss. y p. 585: "En este sentido, la ilicitud administrativa será condición necesaria pero no suficiente para la sanción penal, que exigirá un desvalor de acción o de resultado adicional y cualificado". Vid., también, HEINE, "Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente", en *ADPCP* 1993, pp. 289 y ss.

24. Lo que resultaría todavía más problemático de cara a la compatibilidad del art. 325 con el art. 25.1 CE, dado que, en tal caso, sería la norma administrativa la contenedora del "núcleo esencial de la prohibición" no siendo, en consecuencia, la norma penal sino un "calco" o repetición de aquélla.

concluir necesariamente que el art. 325 CP –y ya anteriormente el art. 347 bis CPA– no supone sino una criminalización de esas contravenciones a “Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente “a las que se remite como presupuesto pero que, en verdad, agotarían el núcleo esencial de la prohibición penal en tanto que vendrían a coincidir con ella²⁵. Pero incluso si ello no fuera así, estimo que no resulta terminológicamente adecuado hablar de una accesoriedad relativa o limitada allí donde, como es aquí el caso, el ilícito administrativo condiciona por completo la aparición del ilícito penal aun no coincidiendo exactamente con él.

Desde otro punto de vista, se ha afirmado que la remisión a disposiciones administrativas para la configuración del elemento normativo del tipo cumple los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional porque dicho complemento, lejos de fundamentar la tipicidad de la conducta contaminante, lo que hace es limitarla actuando a modo de cláusula de autorización “al asegurar que mientras se actúe en el ámbito de lo autorizado administrativamente por las normas de protección ambiental, no hay riesgo de persecución penal... Yerran, por consiguiente, quienes ven en el delito ecológico un mero refuerzo penal de la reglamentación administrativa o incluso un delito de desobediencia a dicha reglamentación, pues en realidad el núcleo del injusto penal está representado por la puesta en grave peligro del medio ambiente mediante una específica mecánica comisi-va (emisiones o vertidos de cualquier clase) y el requisito adicional de la infracción administrativa limita, y no fundamenta, la tipicidad”²⁶.

Es cierto que la conducta contaminante y susceptible de poner en grave peligro el “equilibrio de los sistemas naturales” o la “salud de las personas” no es penalmente relevante si no ha supuesto la infracción previa o coetánea de una normativa adminis-

trativa protectora del medio ambiente. Pero, a mi juicio, no sería metodológicamente correcto deducir de ello que dicha normativa no fundamenta sino que limita la tipicidad. Para que así fuera, la tipicidad tendría que estar ya fundamentada en todos sus elementos integrantes –lo que no sería aquí el caso, dado que uno de ellos viene constituido, precisamente, por la infracción de la normativa administrativa–, pues sólo se puede limitar lo que ya existe. Dicho de otro modo: tal infracción no actúa como límite de una tipicidad prefigurada sino que contribuye a su configuración en tanto que presupuesto condicionante de la misma.

De admitirse, por otra parte, que la normativa administrativa cumple una función de límite de la tipicidad penal, difícilmente podría ello cohonestarse con la atribución a la misma de un carácter puramente “accidental” o “circunstancial” en relación con la determinación del “núcleo esencial” de la prohibición²⁷. Pues el entendimiento de que la “no infracción” de dicha normativa constituye una especie de “causa de atipicidad” de la conducta contaminante y peligrosa supondría dejar en manos del ejecutivo la facultad de trazar la frontera entre lo penalmente ilícito y lo penalmente irrelevante; lo que, lejos de constituir un simple “accidente” o un dato “no esencial”, traspasa de manera clara los límites que a la potestad reglamentaria de la Administración impone el principio de reserva absoluta de ley en materia penal.

VI

Tampoco el cuarto de los requisitos anteriormente enunciados puede estimarse cumplido por esta norma penal en blanco. Pues al verificar dicho precepto, para la determinación de un elemento típico, una remisión “en bloque” a una normativa administrativa cuyo ingente caudal²⁸ y

25. Cfr.: CONDE PUMPIDO TOURÓN, “Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho penal”, en *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, CDJ, 1997, pp. 443 y 445.

26. Naturaleza que, sin embargo, le atribuye CONDE PUMPIDO TOURÓN en *ob.cit.*, p. 447.

27. A modo de ejemplo ilustrativo, véase el siguiente repertorio de normas administrativas –todas ellas aplicables al supuesto enjuiciado como delito ecológico del art. 347 bis CPA– que ofrece la STS de 5 de octubre de 1993: 1) art. 9 de la Directiva comunitaria 78/319 CEE, de 20 de marzo de 1978, sobre residuos tóxicos y peligrosos; 2) arts. 29 y 34 a) del Decreto legislativo 271991, de 26 de septiembre, de la Generalitat de Catalunya; 3) art. 4.2 de la Orden de la Conselleria de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalitat de Catalunya, relativa al tratamiento y eliminación de aceites usados; 4) arts. 16, 17, 29 y ss. del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, de 30 de noviembre de 1961, y art. 3 de la Orden para su aplicación, de 15 de marzo de 1963; 5) arts. 89, 92, 95 y concordantes de la Ley de Aguas, de 2 de agosto de 1980; 6) art. 259 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, de 11 de abril de 1986; y 7) arts. 3.1 y 7.2 de la Directiva comunitaria 76/464 CEE, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación por determinadas sustancias tóxicas vertidas en el medio acuático.

28. Téngase en cuenta que la misma puede estar recogida en disposiciones autonómicas o comunitarias. Vid. a este último respecto: MARQUÉS I BANQUÉ, “La aplicación del Derecho comunitario en la interpretación de los tipos penales. Especial referencia al delito ecológico”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. I, nº 2, 1998, pp. 360 y ss.

diversa procedencia²⁹ hacen que sea prácticamente imposible de controlar, la inseguridad sobre el ámbito de lo prohibido habrá de resultar por fuerza directamente proporcional a la magnitud y complejidad de las normas remitidas, con la consiguiente imposibilidad para el ciudadano de conocer de antemano cuál es la "actuación penalmente conminada". Así lo expresa, muy gráficamente, TIEDEMANN con las siguientes palabras: "la descripción de una acción punible requerida por la Constitución alcanza, en el caso de la ley penal en blanco, el más elevado grado de abstracción de la "infracción", de manera que en virtud de la ley (penal) tan sólo es posible advertir que una acción humana debe encontrarse relacionada con determinadas ramas del ordenamiento... La jurisprudencia del BVerfGe exige, por lo que concierne a esta suerte de remisiones a disposiciones administrativas, que la prohibición penal tiene que ser ya previsible a partir de la ley, de modo que únicamente las cuestiones de detalle (*Spezifizierung*) pueden ser dejadas en manos del titular del poder reglamentario. Concretamente... ha manifestado que, en la remisión de la ley penal a reglamentos, la materia de prohibición penalmente reforzada tiene que resultar ya suficientemente determinada a partir de la norma penal³⁰".

A este primer nivel de indeterminación, proveniente del uso de la técnica de las leyes penales en blanco, se añade, en el caso del delito contemplado

en el art. 325 CP, un segundo nivel de inseguridad, provocado por la conversión, en el Código penal de 1995, de lo que antes era un delito de peligro concreto³¹ -art. 437 CPA- en un delito de peligro abstracto en el que el comportamiento punible se aleja aún más de la efectiva producción de una lesión del bien jurídico. Nótese, en efecto, el contraste entre las expresiones utilizadas en el art. 325 CPV -"que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales" y "riesgo de grave peligro para la salud de las personas"- y las empleadas por el art. 347 bis CPA -"que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles"- y fácilmente podrá comprobarse que, por lo que se refiere al peligro para la salud de las personas, se ha pasado de una tipicidad que exigía la concreta puesta en peligro de dicho bien jurídico -no, en cambio, de su acompañante en el tipo³²- a otra en la que basta con que la conducta contaminante sea *ex ante* adecuada para poner en peligro tanto a las personas como a su entorno. De modo que lo que antes era una exigencia de peligro concreto -o, mejor dicho, de peligro abstracto para las condiciones de vida animal y vegetal y concreto para la salud de las personas-, lo es ahora de peligro abstracto.

Es cierto que algunos autores siguen pensando que la situación no ha variado y que, también en la actualidad, el delito ecológico se ha configura-

29. Cfr.: TIEDEMANN, "La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas", en *Revista de Ciencias Penales*, vol. I, nº 2, 1998, pp. 518 y ss., así como las sentencias del BVerfGe cit. en p. 518.

30. O, al menos, eso era lo que pensaban la doctrina y jurisprudencia dominantes. Vid., por lo que se refiere a esta última, las ss.TS de 11 de marzo de 1992 (RJ 1992/4319), f.j.3; 5 de octubre de 1993 (RJ 1993/7694), f.j.único; 26 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7194), f.j.4; y 3 de abril de 1995 (RJ 1995/2808), f.j.4.

31. Tal incongruencia, que conducía a tener que afirmar que el art. 347 bis CPA imponía más exigencias, a efectos de declarar la tipicidad de la conducta, cuando se trataba de un peligro para la salud de las personas que cuando lo era para las condiciones de vida animal o vegetal -en la medida en que, para la punición del primer supuesto, requería una mayor proximidad de la misma a la lesión del bien jurídico-, llevó a un importante sector de la doctrina y a la jurisprudencia a patrocinar la idea de que aquella disfunción valorativa había de ser paliada a través de una interpretación homogénea de la naturaleza del peligro en ambos casos, sobre la base de considerar que la expresión "puedan perjudicar gravemente" era también indicativa de peligro concreto y no de simple peligro potencial (vid., a este respecto, las ss.TS cit. supra en n. 31). Pues bien: no parece que el tiempo les haya dado la razón a la vista de que el art. 325 CPV ha hecho desaparecer la alusión a la puesta en peligro (concreto) de la salud de las personas, aunque, eso sí, haya procedido a unificar el carácter del "peligro" tanto si lo es para este bien jurídico, como si afecta a las condiciones de vida animal o vegetal. Y esa igualación se ha producido, a mi juicio, por arriba y no por abajo, es decir, mediante la renuncia a la exigencia, en ambos casos, de una puesta en peligro concreto. Así lo sugiere la sustitución de la expresión "que pongan en peligro grave", reservada por el CPA para la salud de las personas, por, la expresión "que puedan perjudicar gravemente" con la que el art. 325 CPV se refiere tanto a la salud de las personas como al equilibrio de los sistemas naturales.

32. Vid. en este sentido, entre otros: BOIX REIG/JAREÑO LEAL en VV.AA., *Comentarios al Código penal de 1995*, coord. por T.S. VIVES ANTÓN, vol. II, Valencia 1996, p. 1598.; y BLANCO LOZANO, *La protección del medio ambiente en el Derecho Penal español y comparado*, Granada 1997, p. 225. Consideran, en cambio, que se trata de un delito de peligro abstracto o hipotético, entre otros: DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Cuestiones dogmáticas", cit., p. 33; MORALES PRATS, "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro", en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. J.R. Casabó Ruiz*, vol. II, cit., p. 496; TERRADILLOS BASOCO, "Protección penal del medio ambiente en el Código Penal español. Luces y sombras", en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XIX, Santiago de Compostela 1996, pp. 318-319; y SILVA SÁNCHEZ, *Consideraciones teóricas*, cit., pp. 153, 160, 161 y 163.

do como un tipo de delito de peligro concreto³³. Pero esta misma diversidad de opiniones –peligro concreto para unos, abstracto para otros– es en sí misma indicativa del alto grado de incertidumbre que rodea a la interpretación del tipo contenido en el art. 325 CP dado que esa dual interpretación viene a favorecer prácticamente el mantenimiento de conclusiones tan dispares como la de considerar punible un determinado comportamiento contaminante al tener en cuenta exclusivamente su peligrosidad “en abstracto” o, por el contrario, entenderlo impune por no haber supuesto la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido.

VII

Por si aún no fuera suficiente con los dos niveles de indeterminación acabados de señalar, todavía puede apreciarse un tercer factor de inseguridad generado por la ya señalada evanescencia del bien jurídico protegido bajo el rótulo de “equilibrio de los sistemas naturales”, y de su consiguiente inconcreción.

Por tan sólo esbozar algunas de las cuestiones que podrían plantearse en búsqueda de una mayor precisión, he aquí el siguiente repertorio: ¿qué ha de entenderse por equilibrio de los sistemas naturales? ¿es qué, acaso, la situación en que los mismos se encontraban, con anterioridad a que se llevara a cabo la actividad contaminante, era equilibrada? ¿qué sistemas naturales son esos cuyo equilibrio puede verse amenazado por un grave

riesgo? ¿qué intensidad³⁴ ha de tener el comportamiento contaminante, a la par que infractor de una normativa administrativa protectora del medio ambiente, para suponer la posibilidad de un grave peligro de desequilibrio de dicho objeto de protección?

Las respuestas a estos interrogantes podrían resultar de lo más variadas, lo que, nuevamente, es un índice del alto grado de inseguridad con que ha de afrontarse la interpretación del art. 325 CP.

A la vista de los tres distintos niveles de indeterminación que han quedado apuntados, creo posible concluir que el art. 325 CP no está en condiciones de superar el test de constitucionalidad por no haberse respetado en él la exigencia de taxatividad en la descripción de la conducta típica –ni siquiera en su versión mínima de determinabilidad suficiente para el caso de utilización de conceptos jurídicos indeterminados³⁵–, no siendo, por ello, cognoscible de antemano su estructura para el común de los ciudadanos. Éstos, en efecto, han de enfrentarse a un tipo penal cuyo primer elemento consiste en la infracción de una normativa administrativa cuya misma existencia puede serles por completo desconocida. Pero, aun suponiendo que lo fuera, no acaban ahí sus problemas de cara al conocimiento de cuál es la conducta prohibida, puesto que a continuación habrán de resolver el enigma relativo al grado de proximidad a la lesión del bien jurídico que se requiere para que su comportamiento (administrativamente) infractor sea susceptible de hacer peligrar un interés cuya exacta determinación asimismo se les escapa. Así las cosas, aun en el supuesto de que se es-

33. Precisamente es en relación con este punto donde MORALES PRATS (“Técnicas de tutela penal”, cit., p.88; vid., también, del mismo autor: “La estructura del delito de contaminación ambiental”, cit., p. 480) observa un más alto grado de indeterminación y, en consecuencia, mayores problemas para que pueda entenderse respetado el principio de taxatividad. Opinión que personalmente no comparto pues, como ya declarara el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 10º de la STC 53/1985 en relación con la utilización de similares términos en el sistema de indicaciones para la práctica del aborto todavía hoy contenido en el art. 417 bis CP, tales conceptos, a diferencia de otros de naturaleza más compleja, son susceptibles de determinación por vía de interpretación judicial.

34. Ante la imposibilidad de que, en ciertos casos, pueda darse una determinación absoluta de los elementos típicos, nuestro Tribunal Constitucional ha admitido en distintas ocasiones la utilización de conceptos jurídicos indeterminados o de cláusulas abiertas siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: 1) que ello se haga necesario porque, dada la naturaleza dinámica y evolutiva del bien jurídico, no puede procederse a una mayor concreción en la descripción de la conducta típica; y 2) que el contenido de tales elementos “indeterminados” sea semánticamente determinable con ayuda de los métodos interpretativos tradicionales (vid., por ej., ss.TC 62/1982, 136/1989, 118/1992, 53/1994 y 151/1997). Advierte, sin embargo, de los riesgos de un entendimiento excesivamente laxo de dicha exigencia de “determinabilidad”, entre otros autores: SÜB, “El trato actual del mandato de determinación”, cit., pp. 226 y ss. Sobre este problema, vid. in extenso: HUERTA TOCILDO, “Comisión por omisión y principio de legalidad”, en *Revista Mexicana de Justicia*, 1985, nº 2, vol. III, *passim*.

35. Cfr.: BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *Comentarios*, cit., p. 1595; MESTRE DELGADO, “Límites constitucionales”, cit., pp. 518-521; GARCÍA ARÁN, “Remisiones normativas”, cit., pp. 93-100. En cambio, DE LA CUESTA ARZAMENDI considera que “el hecho de que a través de normas no estatales se introduzcan niveles específicos de protección para determinados bienes ambientales en modo alguno ha de considerarse contrario al principio de igualdad ante la ley” sino que “puede estar perfectamente justificado por la naturaleza de los elementos ambientales, especialmente sensibles a las diferencias locacionales” (“Consideraciones dogmáticas”, cit., p. 36). Vid. en el mismo sentido que el autor últimamente cit.: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “Complementariedad”, cit., p. 461; DE LA MATA BARRANCO, “Configuración”, cit., p. 591.

timara cumplido por el art. 325 CP el tercero de los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para considerar que esta modalidad de norma penal en blanco resulta compatible con las exigencias derivadas del art. 25.1 C.E., no creo que pueda decirse lo mismo del cuarto. A no ser, claro está, que se ponga en cuestión el propio mandato de taxatividad, lo que no parece actualmente posible a la vista de la jurisprudencia constitucional dictada en interpretación de dicha norma.

VIII

No es el acabado de citar, sin embargo, el único precepto constitucional con el que el art. 325 CP puede entrar en tensión. La misma posibilidad de incidencia de regulaciones de naturaleza autonómica en este tipo penal —por vía de su remisión a disposiciones administrativas de carácter general protectoras del medio ambiente— puede ocasionar el resultado indeseable de que la conducta definida como delito ecológico varíe según sea el lugar de su comisión, con la consiguiente quiebra del principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 14 CE.

Este peligro de desigualdad en la aplicación de la ley ha sido resaltado con preocupación por algunos autores³⁶ ante la posibilidad de que la normativa extrapenal remitida o complementaria haya sido dictada por las diferentes Comunidades Autónomas en el ejercicio de las atribuciones que, en materia de medio ambiente, les confiere el art. 149.23 CE. El propio Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de ocuparse de este tema, pronunciándose al respecto en el sentido de admitir la posibilidad de que la norma penal en blanco se remita, para su complemento, a una disposición general de naturaleza autonómica sin entrar a valorar el problema que ello representa para el principio de igualdad ante la ley.

Como botón de muestra de esa doctrina, resulta de interés el examen de la STC 120/1998, coloquialmente conocida como Sentencia de las tortugas caretta-caretta, en cuyo fundamento jurídico cuarto se afirma lo siguiente: 1º) “las normas emanadas de las Comunidades autónomas no pueden prever concretos delitos ni sus correspondientes penas”, al ser la legislación penal competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 CE.); 2º) la Constitución no impone “un tratamiento jurídi-

co uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo... una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales”; y 3º) “el órgano jurisdiccional puede seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias” siempre y cuando: a) dichas normas autonómicas no “introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio”, y b) el núcleo del delito esté contenido en la ley penal remitente, reduciéndose la función de la norma autonómica remitida simplemente “a la de constituir un elemento inesencial de la figura delictiva”.

Al igual que en relación con las normas penales en blanco en general, nuevamente es aquí apreciable la considerable distancia que media entre lo que cabría calificar de doctrina constitucional correcta y su aplicación práctica a determinados supuestos. En el caso examinado en la STC 120/1988, tal cuestión no aparece planteada en toda su dimensión, pues, a la postre, en dicha resolución se hace constar expresamente que la prohibición de comerciar con la citada especie de tortugas tenía carácter general y no meramente autonómico. Sin embargo, a la vista de la generosidad con que el Tribunal Constitucional ha venido declarando la compatibilidad con el art. 25.1 de otras normas penales que, como era el caso en el art. 347 bis CPA, remiten a la normativa administrativa la determinación de un elemento típico y por ello mismo “esencial”, no sería de extrañar que, llegado el caso, diera asimismo su visto bueno en el supuesto de que dicha normativa tuviera carácter exclusivamente autonómico, quedando de esta suerte en pura retórica su exigencia de que el elemento aportado por la disposición complementaria tenga carácter de elemento “inesencial”.

IX

De lo anteriormente expuesto se desprende la evidente conflictividad que presenta el art. 325 CP en su confrontación con las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la legalidad penal, así como con los

36. En realidad, bajo ese ropaje de “modernidad” se oculta, en no pocos aspectos, una vieja aspiración al aumento del control estatal en detrimento de los espacios de libertad individual. Sobre los tintes autoritarios de esta tendencia, vid.: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal*, cit., pp. 30 y ss.

principios de intervención mínima, fragmentariedad y última ratio y con el derecho de todos a la igualdad ante la Ley.

Cierto es que el Tribunal Constitucional emitió ya, en su día, varios veredictos de constitucionalidad en relación con el art. 347 bis CPA, precepto cuya similitud –que no identidad– con el art. 325 del Código penal vigente resulta patente. Pero, como ha podido verse, en aquellas ocasiones se limitó a dar por buena su estructura de ley penal en blanco, al no haberse planteado otras cuestiones en los correspondientes recursos. Por otra parte, y como también se ha señalado, en dichas resoluciones puede apreciarse la presencia de elementos contradictorios entre la doctrina sentada en relación con los requisitos que debe reunir este tipo de normas para ser compatibles con el art. 25.1 CE. y el fallo. Y lo mismo cabría decir, *mutatis mutandi*, respecto de su postura ante la invocación del derecho a la igualdad ante la Ley frente a las resoluciones judiciales geográficamente divergentes a que pudiera dar lugar la remisión por parte de la norma penal a disposiciones autonómicas de carácter reglamentario. En uno y otro caso, el Tribunal Constitucional solventa –o, mejor dicho, soslaya– la controversia mediante una indebida equiparación entre elemento típico normativo y elemento no perteneciente al núcleo esencial de la prohibición, lo que técnicamente se traduce en la atribución de un carácter no esencial sino meramente “accidental” a un elemento típico normativo. La crítica que, a mi juicio, merece dicha jurisprudencia no en cuanto a sus fundamentos o premisas, sino por motivo de suponer la extradiación del núcleo esencial del injusto de un elemento que indudablemente forma parte de él, me lleva a considerar que la cuestión relativa a la compatibilidad del art. 325 CP con el art. 25.1 CE dista mucho de poderse considerar definitivamente zanjada; como tampoco lo estaría, por idénticas razones, la relativa a su compatibilidad con el art. 14 CE cuando la norma complementaria sea una disposición de naturaleza autonómica.

Ambas cuestiones sólo podrán considerarse satisfactoriamente resueltas en el momento en que la norma que actúa como complemento tenga rango de Ley aplicable con carácter general. Lo que no quiere decir, claro está, que la norma penal no pueda remitirse a disposiciones administrativas de inferior rango para la determinación de elementos verdaderamente accidentales, generalmente de carácter técnico, cuya incorporación al tipo penal supondría un pesado lastre. Soy, por

consiguiente, de la opinión de que no debe demorarse por más tiempo la promulgación de una Ley General del Medio Ambiente en la que se contengan aquellos aspectos reguladores cuya infracción deba entenderse constitutiva del elemento normativo del tipo de lo injusto del delito ecológico, dejándose a sus Reglamentos de desarrollo esos otros aspectos circunstanciales o de matiz cuya variabilidad a nivel local, según la propia jurisprudencia constitucional, no suscitaría problemas de desigualdad injustificada.

En cualquier caso, conviene no olvidar que lo verdaderamente preocupante no es tanto la configuración del art. 325 CP como norma penal en blanco –que, de seguirse el camino indicado por la jurisprudencia constitucional, sería perfectamente compatible con el principio de reserva absoluta de ley en materia penal– cuanto los distintos niveles o estratos de indeterminación –y, por lo tanto, de inseguridad jurídica– observables en su estructura típica, ellos sí claramente lesivos del mandato de taxatividad en la descripción de los tipos penales. Si a ello añadimos que también la autoría puede plantear problemas de determinación, el resultado final es una tipología de delito inaprensible para el ciudadano medio lego en Derecho y que, por consiguiente, le resulta francamente difícil de conocer de antemano a fin de predeterminar su conducta de conformidad con lo dispuesto en la norma. Lo que, además de multiplicar las posibilidades de incurrir en errores vencibles o invencibles sobre el tipo, supone un grave obstáculo para la función preventiva del Derecho penal del medio ambiente y, en resumidas cuentas, para la misma pretensión de eficacia que subyace, según se ha visto, a varios de los elementos constitutivos del delito en cuestión.

X

Eficacia versus garantías: tal parece ser, en efecto, el dilema que, resuelto a favor de la primera, alimenta ese Derecho penal pretendidamente “moderno”³⁷ en el que se inscriben los delitos contra el medio ambiente y en el que la protección penal se anticipa, la tipicidad pierde sus contornos, el bien jurídico se torna inasible o difícilmente identificable y deja de constituir un importante factor de limitación del alcance de los tipos penales y, con ello, del *ius puniendi* estatal. Pero, con independencia de otras consideraciones, los costes que todo ello re-

37. Cfr.: HEINE, “El Derecho penal ambiental alemán y español: un estudio comparado desde la perspectiva de consideración de la futura Convención europea sobre el Derecho penal del medio ambiente”, en CPCr. n.º 63, 1997, pp. 653 y ss.

presenta en materia de garantía de los derechos individuales no se verían compensados por ganancia alguna en términos de eficacia si las normas penales en que se concreta dicha protección son unas perfectas desconocidas para los ciudadanos que, precisamente por ello mismo, no pueden motivarse en favor de la no realización de conductas peligrosas para el bien jurídico de referencia. Lo único que les queda paladinamente claro es que no deben provocar o realizar "directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas" e, incluso, "en los espacios transfronterizos", ni "captaciones de aguas"; en resumen: actos de contaminación que, potencialmente, representen un "riesgo de grave peligro para la salud de las personas". A partir de ahí, todo lo demás aparece confuso: ¿estará o no autorizada —o, lo que es lo mismo, no prohibida— por la normativa administrativa la provocación o realización de tales actos?; ¿supondrán los mismos un peligro potencialmente grave para el "equilibrio de los sistemas naturales", o sólo un peligro menos grave o leve, o, incluso, nada de peligro? Por decirlo con un ejemplo: ¿comete el delito previsto en el art. 325 CP quien, en provecho propio o de un tercero, detrae el agua destinada al riego de las huertas de su localidad o sólo un delito del art. 247 CP? ¿Dependerá ello de si vive en Cataluña o en Extremadura?

Por supuesto que también se darán casos de contaminación ambiental debida a la actuación de personas que, por su profesión, tengan puntual conocimiento de la normativa administrativa protectora del medio ambiente que rige en su Comunidad Autónoma; o que, si no lo tienen, estaban en condiciones de tenerlo. Pero lo que de ello se desprende es que el tipo penal en cuestión únicamente puede desplegar su función preventiva respecto de un núcleo delimitado de personas y no con carácter general. Y ni siquiera cabría descartar que esta élite no sea capaz de captar, en el momento de provocar o realizar la actuación contaminante, el grave peligro que su comportamiento implica, potencialmente, para el equilibrio de los sistemas naturales.

Así las cosas, la promulgación de una Ley General del Medio Ambiente parece, de nuevo, el cauce más adecuado para eliminar algunas de las dudas planteadas: concretamente, todas aquellas referidas al elemento normativo del tipo penal. A menos

que prefiera optarse, como algunos autores sugieren, por suprimir la exigencia de contravención de la normativa administrativa para que la conducta sea típica³⁸, lo que también contribuiría a una mayor determinación de la misma.

El mandato de taxatividad no quedaría, pese a ello, totalmente satisfecho hasta tanto no se concretara el peligro para el bien jurídico, esto es, se pasara de una estructura de peligro abstracto a una estructura de puesta en concreto peligro (grave) de deterioro del entorno o de la salud de las personas.

Estas sugerencias *de lege ferenda* son buena prueba de que, lejos de los maximalismos que parecen querer enfrentar un Derecho penal "clásico" y pretendidamente obsoleto, centrado exclusivamente en la protección de los derechos individuales y obsesionado por el mantenimiento de las garantías tradicionales y duramente "conquistadas", a un Derecho penal "moderno" adaptado a los nuevos riesgos derivados del avance tecnológico en el que el centro de mira se desplaza hacia los intereses supraindividuales o colectivos orientándose su tutela, por la propia naturaleza de dichos intereses "difusos" y difícilmente concretables, más a la prevención de riesgos que a la evitación de daños efectivos, puede acogerse un modelo de protección de esos nacientes y crecientes bienes jurídicos sin con ello renunciar a las garantías que deben rodear al ejercicio del *ius puniendi* en el Estado social y democrático de Derecho. Garantías que, por lo demás, informan el contenido esencial de principios o derechos constitucionalmente reconocidos y, por ello, irrenunciables.

Sólo así podrán conjurarse los peligros que amenazan al "moderno" Derecho penal del riesgo, recientemente resumidos por HERZOG³⁹ con las siguientes palabras: "El Derecho penal del riesgo no crea paz social alguna. Tan sólo alimenta ilusiones sobre las funciones sociales de orden del Derecho penal. Además borra las fronteras entre el Derecho Penal y el Derecho de Policía. Tiene igualmente una tendencia al totalitarismo... Los riesgos del Derecho penal del riesgo para la función de garantía del Derecho penal son inmensos. Dejemos, pues, de lado el Derecho penal del riesgo, pero no olvidemos los riesgos de nuestra sociedad. Reflexionemos sobre alternativas de control social y regulación más allá del Derecho penal. Para proteger el Derecho penal como última ratio del control social y reforzar la creatividad colectiva en la superación de las crisis. No olvides Doñana, pero tampoco confíes en que el Derecho penal sea capaz de preservar tu recuerdo". ●

38. Cfr.: HEINE, "El Derecho penal ambiental alemán y español: un estudio comparado desde la perspectiva de consideración de la futura Convención europea sobre el Derecho penal del medio ambiente", en CPCr. n.º 63, 1997, pp. 653 y ss.