

“APUNTES SOBRE LA *ADMINISTRATIVIZACIÓN* DEL DERECHO PENAL DEL MEDIO AMBIENTE” *

“NOTES ABOUT *ADMINISTRATIVIZATION* OF ENVIRONMENT
CRIMINAL LAW”

Autora: María Soledad Arroyo Alfonso. Profesora Colaboradora de Derecho Penal de la Universidad de Huelva

Resumen:

Las fronteras entre el derecho penal y el derecho administrativo se han vuelto permeables, dando lugar a la punición de conductas que no alcanzan el mínimo de gravedad exigible para legitimar su persecución penal. Este fenómeno de *administrativización* del Derecho penal se manifiesta claramente en los delitos de acumulación y en las incursiones del principio de precaución en materia penal. En la lucha contra el cambio climático el Derecho penal tiene un papel residual. La protección del medio ambiente debe lograrse mediante una delimitación entre ilícito penal e ilícito administrativo que respete las competencias y funciones del Derecho administrativo y sin infringir principios básicos del Derecho penal como subsidiariedad, ofensividad, culpabilidad y proporcionalidad.

Abstract:

The boundaries between criminal law and administrative law have become permeable, and criminal punishment has been increased. This phenomenon of *administrativization* of criminal law is clearly manifested in accumulative harms and the incursions of the principle of precaution in criminal matters. Environmental protection should be achieved by a clear delimitation between criminal and administrative offences which respects the powers and functions

* El texto es una ampliación de la comunicación con el título “La *administrativización* del Derecho penal”, presentada en el Seminario de Investigación 20 Años de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Balance y Perspectivas, celebrado el 20 de octubre de 2017, y se enmarca en el Proyecto “Derecho público para la gobernanza” (SEJ-575)

Agradezco al Prof. Titular Enrique Anarte Borrallo la revisión del texto y sus valiosas sugerencias.

of administrative law and without infringing basic principles of criminal law such as subsidiarity, offensiveness, culpability and proportionality.

Palabras clave: Derecho penal del medio ambiente; *Administrativización* del derecho penal; Delitos de acumulación; Principio de precaución; Cambio climático

Keywords: Environment criminal law; *Administratization* of criminal law; accumulative harms; Precautionary principle; Climate change

Sumario:

1. Introducción ¿Crisis del principio de subsidiariedad en el Derecho penal?
2. La *administrativización* del Derecho penal
3. La problemática de los delitos de acumulación. Especial referencia al delito de contaminación del art. 325 CP tras su nueva redacción operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal
4. El principio de precaución en materia penal
5. El empleo del Derecho penal frente a los riesgos globales. Especial consideración del cambio climático
6. ¿Es posible lograr una delimitación razonable entre Derecho penal y Derecho administrativo en materia medioambiental?
7. Conclusiones
8. Bibliografía

Summary:

1. Introduction Crisis of the principle of subsidiarity in criminal law?
2. The *administratization* of criminal law
3. The problem of the accumulative harms. Special reference to the crime of contamination of art. 325 CP following its redrafting by LO 1/2015, of 30 March, on the reform of the Penal Code
4. Precautionary principle and criminal law
5. The use of the criminal law against global risks. Special consideration of climate change

6. **Is it possible to achieve a reasonable demarcation (boundary?) between criminal law and administrative law in environmental matters?**
7. **Conclusions**
8. **Bibliography**

1. INTRODUCCIÓN. ¿CRISIS DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO PENAL?

Uno de los principios básicos que deben operar como límite al *ius puniendi* en materia penal, reconocido ampliamente por la doctrina y que figura en todos los manuales de Parte General, es el principio de intervención mínima. Este supone que en la protección de los intereses esenciales de una sociedad (bienes jurídicos), el Derecho penal debe ser el último recurso (*ultima ratio*) y debe tener un carácter fragmentario, es decir, que debe hacer una selección, castigando tan solo las conductas más graves contra los bienes jurídicos más importantes¹.

La exigencia de que el Derecho penal sea la *ultima ratio* implica hacer la siguiente valoración: si existen otras posibilidades de protección, ofrecidas por sistemas de control social diferentes, ya sean formalizados o no, deben ser éstas las prioritarias, quedando el Derecho penal para sancionar cuando esas otras barreras, jurídicas o no, hayan fracasado. Esto supone que el Derecho penal ha de ser subsidiario². El principio de subsidiariedad cobra especial importancia en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, dado que este último también supone una manifestación del *ius puniendi* estatal, que ha ido adquiriendo un desarrollo extremo en la sociedad postindustrial y del riesgo.

La progresiva intervención penal en el ámbito de actividades peligrosas ha dado lugar, entre otras cuestiones, a cierta confusión de planos entre ambas ramas del Derecho. Para delimitarlas se han empleado criterios de carácter cualitativo y cuantitativo. En principio se buscaba una diferenciación cualitativa, basada, entre otros criterios, en la distinta naturaleza de las conductas prohibidas (de carácter ético-social en el caso del ilícito penal, de

¹ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; “Sobre la aspiración a un Derecho penal subsidiario: ¿en qué medida es posible la subsidiariedad de los instrumentos penales?”, en *CPC*, núm. 111, diciembre 2013, pp. 37-67, pp. 39 y ss. La idea, que procedía de MAURACH, fue introducida por Muñoz Conde en 1975, encontrando eco rápidamente en la doctrina española.

² Y como señala SÁNCHEZ-OSTIZ, “Sobre la aspiración... p. 44, no solo en términos cuantitativos (menos Derecho penal), sino también en términos cualitativos, en el sentido del “Derecho penal mínimo” de FERRAJOLI.

carácter formal en el caso del Derecho administrativo). Esta diferenciación no puede mantenerse dado que el Derecho administrativo no es puramente formal, de mera obediencia por parte del administrado, sino que también responde a necesidades sociales de carácter material. Ante el fracaso de la distinción cualitativa, la doctrina mayoritaria opta por la distinción cuantitativa, que sin embargo tampoco termina de establecer límites claros. Así, una posible delimitación cuantitativa, basada en que la mayor gravedad de la respuesta penal debe presuponer un injusto penal igualmente de mayor gravedad, en virtud del principio de proporcionalidad, puede quedar en entredicho por la previsión de multas administrativas de muy superior cuantía a las penales³ contradiciendo (al menos aparentemente) la mayor gravedad de la sanción penal.

El principio de subsidiariedad se ve así ensombrecido en su función, ya que su aplicación presupone una delimitación lo más nítida posible entre el ilícito penal y el administrativo. En este sentido debe valorarse negativamente la constante falta de atención del legislador, especialmente en la regulación de los tipos penales que afectan a la gestión de riesgos. Al respecto critica BOIX⁴ que a menudo nos encontramos con «tipos penales que describen conductas en términos similares, sino idénticos, a los recogidos en la descripción del correlativo ilícito administrativo», como ocurre por ejemplo con el delito alimentario del art. 364.2.1^{o5}.

Si a ello sumamos que la otra premisa de este principio, consistente en la necesidad de que hayan fracasado el resto de sistemas de control social, resulta en la práctica de muy difícil prueba⁶, surge fácilmente el reproche de ser una

³ Para una exposición esquemática y completa de estas cuestiones véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; .L.; *Derecho penal español. Parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 43 a 49. Señala que el problema es mucho más complejo que un mero criterio de diferenciación ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L; “Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador?”, en Libro *Homenaje a Marino Barbero Santos, 2001*, pp. 1417 a 1444, 1425 y ss.

⁴ BOIX REIG, J; “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in ídem*”, en BOIX REIG, J/BERNARDI, A, (Dirs.) *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 65-100, p. 68.

⁵ ANARTE BORRALLO, E.; “Criterios objetivo-normativos de imputación en la jurisprudencia penal alimentaria”, en BOIX REIG, J/BERNARDI, A, (dirs.) *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 381-415, p. 388, destacando que en la praxis jurisprudencial para la aplicación del delito basta con demostrar «la administración y que la sustancia en cuestión está dentro de las sustancias cuya administración está prohibida» sin que sea «necesario indagar en más cuestiones ni argumentar nada más».

⁶ SEHER, G.; “¿Puede ser «subsidiario» el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico «indiscutido», en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, (Ed. Española a cargo de Robles Planas), Barcelona, ed. Atelier, 2012, pp. 129-144, p. 132: “el

mera expresión formal, sin que el principio de subsidiariedad aparezca con un contenido específico y relevante. No debe extrañar, por tanto, que una parte de la doctrina esté empezando a diluirlo directamente en el principio de proporcionalidad⁷, lo que supondría además la indudable ventaja de su anclaje constitucional.

Parece claro por tanto, que el principio de subsidiariedad debería dar lugar a una política punitiva claramente diferenciada en la utilización de una y otra rama del Derecho. Sin embargo en las últimas décadas asistimos al fenómeno contrario⁸. El debilitamiento del principio de subsidiariedad influye en que las fronteras entre Derecho penal y Derecho administrativo estén desdibujadas, y sean, por así decirlo, permeables.

Esta permeabilidad ha propiciado un proceso de “administrativización” del Derecho penal, pero también, según se señala desde la doctrina administrativa, a una “penalización”⁹ del Derecho administrativo. En este sentido afirma SORIANO GARCÍA¹⁰ que “el Derecho Penal está sustituyendo al Derecho

postulado de ultima ratio sigue siendo tributario de la demostración de su practicabilidad empírica”.

⁷ En este sentido, WOHLERS, W.; “Derecho penal como *ultima ratio*. ¿Principio fundamental del Derecho penal de un Estado de Derecho o principio sin un contenido expresivo propio?”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, (Ed. Española a cargo de ROBLES PLANAS), Barcelona, ed. Atelier, 2012, pp. 109-128, especialmente pp. 112 y s., y p. 128.

⁸ En este sentido ver HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, p. 31: “El Derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad. Con ello se pierde su posición en el conjunto del Ordenamiento jurídico y se aproxima a las funciones del Derecho civil o administrativo. En relación con esto aparece la tendencia antes mencionada de utilizar el Derecho penal no como última sino como primera o sola ratio, haciéndolo intervenir, en contra del principio de subsidiariedad, siempre que parezca rentable políticamente. Este cambio coincide con la pretensión de hacer del Derecho penal un instrumento de transformación”; MENDOZA BUERGO, B.; *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada 2001, pp. 374: “... una política penal de tutela de bienes está justificada cuando es realmente *subsidiaria* de una política *no penal* de protección de tales bienes”, y p. 419: “...el Derecho penal sólo debe intervenir con carácter subsidiario para la protección de bienes jurídicos claramente identificables y merecedores de tal protección penal, y no simplemente para la consolidación de determinada ordenación del sistema económico o para la represión de prácticas no adecuadas al mismo, para lo que puede no ser realmente necesario ni adecuado acudir a la instancia penal”

⁹ BAUZÁ MARTORELL, F. J., “Presentación”, en BAUZÁ MARTORELL, F. J.(Dtor); *Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Barcelona, ed. Wolkers Kluwer SA, 2016, pp 11 y s., Señalando que la expresión es de MUÑOZ MACHADO.

¹⁰ SORIANO GARCÍA, J.E; “Prólogo”, en BAUZÁ MARTORELL, F. J.(Dtor); *Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Barcelona, ed. Wolkers Kluwer SA, 2016, pp. 7-9, p. 7., quien además critica fuertemente el escaso refinamiento que muestran los jueces de lo penal en el tratamiento de las cuestiones administrativas: “Por ello, el

Administrativo”, mientras MUÑOZ MACHADO destaca que la intervención penal se proyecta básicamente en los siguientes ámbitos: utilización por los tribunales administrativos del Derecho penal para valorar la legalidad de los actos administrativos; resolución de cuestiones administrativas por los tribunales penales; resolución penal de cuestiones administrativas prejudiciales y preferencia absoluta de la represión penal, entre otros¹¹. En el mismo tono de denuncia, PAREJO ALONSO¹² considera que se está minando la posición del Derecho administrativo, debido a la evolución producida, especialmente desde el 11 de septiembre de 2001, de un Estado social a un Estado de la prevención.

Derecho Penal está sustituyendo al Derecho Administrativo. Y a su vez, hay que decirlo con respeto pero sin faltar a la verdad, sin que realmente el Juez Penal y el Fiscal sepan mucho del complicado y complejo sistema administrativo. Sus entradas e incursiones en el Derecho Administrativo son inevitablemente simples, haciendo sencillo y como si de una gran claridad se tratara lo que es realmente complejo y necesitado de una reflexión muy diferente a la que encierra el mundo acabado en que el Código Penal consiste. Mundo muy lejano del gárrulo reglamento, del inacabado acto administrativo, de la ambigua discrecionalidad, etc.”.

¹¹ MUÑOZ MACHADO, S.; *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo XII. Actos administrativos y sanciones administrativas*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 236. ¹¹ Desde la doctrina penal también se ha observado en parte esta problemática; así BOIX REIG, “La jurisprudencia constitucional ... ob. cit., pp. 68 y s., en relación con los tipos cuyo injusto constituye la mera infracción de la norma administrativa, aboga por aplicar la institución de la prejudicialidad por parte de los tribunales administrativos, por entender que al ser el “órgano judicial competente por razón de la materia” el que “resuelva estos casos previamente a la jurisdicción penal ... aporta una mayor dosis de seguridad jurídica ... y permite que la especialidad tenga lugar en la sede judicial que le es propia”.

¹² PAREJO ALONSO, L.; “La deriva de las relaciones entre los derechos administrativo y penal. Algunas reflexiones sobre la necesaria recuperación de su lógica sistemática”, en *DA. Revista de Documentación Administrativa*, nº 284-285, mayo-diciembre, pp. 273-304, p. 275: “Pero precisamente porque se concentran en conseguir la seguridad posible, los esfuerzos en el expresado sentido generan el peligro de pérdida de la perspectiva (por sobrevaloración y sobreactuación). Esto vale sobre todo cuando se quiere garantizar la seguridad a costa de los valores que, en realidad, deben ser protegidos: los derechos fundamentales de los ciudadanos”. Y en pp. 277 y s: “...siendo tradicionales e inevitables las zonas de contacto e, incluso, solapamiento entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, que propician la utilización por el legislador de uno y otro como “reserva de (p. 277) implementación respectiva para asegurar el adecuado control social, y habiéndose progresado desde luego en este terreno, lo cierto es que, hasta hace poco, el recurso al Derecho administrativo había venido siendo preferente, dando lugar a un dilatado y notable proceso de administrativización de medidas penales, pero en la actualidad esa preferencia parece estar siendo sustituida por una de signo inverso: la criminalización de supuestos antes tratados con técnicas jurídico-administrativas o, en otros términos, *la utilización de la pena al servicio de la efectividad de normas de comportamiento con sede en el Derecho administrativo o, incluso, sustituyendo a éste en su función propia*. El desbordado Estado regulador actual está, pues y ante su impotencia para asegurar el control social que promete, reconsiderando la anterior construcción y, en todo caso, la jurisdicción penal está asumiendo, en la aplicación del Derecho penal, una posición de decidido y más que cuestionable activismo.”

También desde la doctrina penal se conecta este fenómeno de confusión entre ambos ordenamientos con la sociedad de riesgo y se relaciona claramente con la progresiva “administrativización” del Derecho penal. De este último efecto nos ocuparemos en el epígrafe siguiente.

Si relacionamos este efecto de permeabilidad entre el Derecho penal y el administrativo con la “relajación” excesiva del principio de subsidiariedad y la consiguiente pérdida de función del principio mencionado, podría considerarse que las opciones a valorar serían principalmente tres: a) reforzar el principio de subsidiariedad buscando nuevos criterios para la delimitación de ilícito penal e ilícito administrativo que vayan más allá (o incluso prescindan) de una mera diferenciación cuantitativa-cualitativa; b) sustituir el principio de subsidiariedad por otro/s principio/s; c) Aceptar sin ambages (pese a la resignación) que el Derecho penal y el administrativo se han vuelto intercambiables.

Antes de decidirnos por una de estas opciones veamos en qué se traduce en la práctica el efecto que comentamos.

2. LA “ADMINISTRATIVIZACIÓN” DEL DERECHO PENAL

El empleo del Derecho penal en ámbitos tradicionalmente reservados al Derecho administrativo, especialmente en lo relativo a la gestión de riesgos derivados de la complejidad técnica de las sociedades actuales, relegando el principio de intervención mínima, es una manifestación del fenómeno denominado “expansión” del Derecho penal. Este se ve impelido a modificar sus presupuestos clásicos de aplicación, con la finalidad de poder adaptarse a la punición del riesgo exigida por los tipos penales surgidos de la tendencia expansiva. Como afirma SILVA SÁNCHEZ, “el Derecho penal se ha convertido en un derecho de gestión (punitiva) de riesgos, y en ese sentido se ha administrativizado”¹³.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *La Expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, p. 123 y 127. Ver también FEIJÓO SÁNCHEZ, B.; “Sobre la *administrativización* del derecho penal en la *sociedad del riesgo*. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, nº 19, 2007, pp. 101 a 152, p. 105, donde señala que este proceso de administrativización afecta no solo al derecho penal sustantivo, sino también al procesal penal. Por su parte ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; “Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador... ob. cit., p. 1423, destaca las fisuras que este proceso ha generado en principios básicos: “Además de la garantía de taxatividad, quedan en entredicho los principios de ofensividad y culpabilidad, principales piedras de toque de la teoría del delito, así como las garantías de subsidiariedad y proporcionalidad en la intervención.”

Esta “administrativización” se refleja en primer lugar en el adelantamiento de la intervención penal en un esfuerzo preventivo para impedir que determinados riesgos se traduzcan en lesión, dando lugar a una proliferación de delitos de peligro¹⁴, caracterizados porque no precisan de la producción de un daño para su consumación.

Los delitos de peligro muy a menudo requieren de la normativa extrapenal (sobre todo administrativa) para determinar el riesgo permitido, configurándose de esta manera como normas penales en blanco. Este modo de proceder no tendría por qué ser contrario al principio de intervención mínima si la remisión de una parte del tipo a la norma extrapenal se hace adecuadamente, pero en algún caso se llega a tipificar penalmente bastando la mera ausencia de un acto administrativo de autorización, por lo que ocasionalmente se configura el tipo aceptando la mera accesoriedad de acto.

En las relaciones con el Derecho administrativo, la doctrina española acepta la accesoriedad de Ley (o de norma) pero en general intenta atemperarse la accesoriedad de acto por el temor a que el delito se configure como un mero delito de desobediencia, con la consiguiente confusión de planos y funciones entre el Derecho penal y el administrativo¹⁵. Para evitar esta consecuencia, se suele anudar el injusto penal con el peligro para el bien jurídico, buscando en el respeto al principio de ofensividad el plus diferenciador entre el ilícito penal y la mera desobediencia. Buen ejemplo de este proceder en el ámbito de los delitos medioambientales podría ser el delito art. 335.2 CP: “El que cace o pesque o realice actividades de marisqueo relevantes sobre especies distintas de las indicadas en el artículo anterior en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular o sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola sin el debido título administrativo habilitante, será castigado con la pena de multa de cuatro

¹⁴ Si bien hay que advertir que en principio es una técnica perfectamente admisible. Ver DOVAL PAIS, A.; “Vagas ofensas. Algunas cuestiones metodológicas que plante la moderna intervención penal”, en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 67 a 80, p. 69: “... no se cuestiona que el peligro constituye un contenido de injusto legítimo para un tipo penal. Es innecesario insistir en que en el marco de un Estado social y democrático de Derecho la función de tutela de los bienes jurídicos más importantes de los ciudadanos permite al Derecho penal intervenir legítimamente sin tener que esperar a que se produzca su lesión. Esto es algo que no se opone al principio de ofensividad, pues, como resulta claro, la exposición a riesgo de un bien jurídico relevante constituye un verdadero ataque objetivamente trascendente para su titular, en cuanto supone la probabilidad de sufrir la lesión del mismo.”

¹⁵ FEIJÓO, “Sobre la *administrativización* del derecho penal en la *sociedad del riesgo*... ob.cit., p. 116, “se crean delitos de desobediencia y desaparecen las fronteras entre la naturaleza represiva y reactiva del derecho penal y la función preventiva y proactiva de la policía, es decir, se confunden las funciones características del derecho penal y del derecho administrativo”.

a ocho meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar, pescar o realizar actividades de marisqueo por tiempo de uno a tres años, además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo¹⁶”.

En relación con este delito y con la finalidad de dotarlo de un contenido de antijuricidad material señalan MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ¹⁷, que debe exigirse “al menos un mínimo de peligrosidad para la biodiversidad, lo que habrá de ser analizado por el juez en el caso concreto”. En igual sentido estima MATA LLÍN EVANGELIO que el precepto solo debe aplicarse una vez comprobada “la potencialidad lesiva de la conducta no contrarrestada en el caso concreto”¹⁸. Para la sanción penal no es suficiente, por tanto, la mera antijuricidad formal de la conducta debida a la ausencia de autorización administrativa.

A diferencia de la doctrina española, en Alemania se acepta sin dificultad la accesoriedad de acto¹⁹ en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente. El

¹⁶ Art. 335.1 CP: “El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años”. Las especies recogidas en el art. 334 CP son las protegidas y las que se encuentran en peligro de extinción.

¹⁷ MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ¹⁷, en *Manual de Derecho penal medioambiental*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 316, pues “Sólo así se podrá respetar el principio de intervención mínima y el principio de lesividad. Lo contrario supondría introducir un mero delito de desobediencia”.

¹⁸ MATA LLÍN EVANGELIO, A.; “Protección penal de la biodiversidad (Arts. 332, 334 y 33 CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1047 a 1071, p. 1067: “Carencia de lesividad que antes y ahora deberá suplirse mediante una configuración típica como delito de peligro abstracto, únicamente aplicable cuando, tras la pertinente integración con la normativa específica en la materia (leyes y reglamentos –agotada con las órdenes de veda, sin descender a otro nivel inferior de integración–), se compruebe efectivamente la potencialidad lesiva de la conducta no contrarrestada en el caso concreto; línea de interpretación, aceptada por el Tribunal Supremo y por la doctrina mayoritaria, que exige la comprobación de la ofensa material de la biodiversidad, pero que no gozaba, ni probablemente gozará, sin embargo, de refrendo global en la práctica de las instancias judiciales inferiores”.

¹⁹ Vid. WASSMER, “Delitos contra el medio ambiente (Environmental Crimes)”, en *Revista Penal* núm. 35, pp. 261 a 265, p. 261: “Por encima de todo, el Derecho penal del medio ambiente depende de los actos administrativos de las autoridades medioambientales”. *Lo decisivo es que en el momento de los hechos exista un acto administrativo* que no sea nulo, formalmente efectivo y ejecutable que autorice la intervención en el medio ambiente, *mientras que la legalidad material no tiene ninguna importancia* (subrayado añadido) (...) Solo cuando el autor de un acto administrativo beneficioso ha actuado fraudulentamente se podrá romper esa estricta accesoriedad” PAREJO ALONSO “La deriva de las relaciones ... ob. cit., p. 297, señala que así ha sido admitido por el Tribunal Constitucional Federal alemán ya desde la Sentencia de su 2ª Senado de 6 de mayo de 1987 “por considerar que no

argumento principal de esta opinión tan mayoritaria se apoya en la unidad del ordenamiento jurídico, pues lo que está permitido por el Derecho administrativo no puede estar prohibido por el Derecho penal²⁰. No obstante, también se han dejado oír algunas voces críticas, sobre todo MÜLLER-TUCKFELD: “la accesoriedad del Derecho administrativo, ya de por sí conflictiva, se acentúa con la problemática de la accesoriedad del acto administrativo. Con esta última se pone en manos de los legisladores de los *Länder*, de los municipios, de los técnicos de la Administración y de la jurisdicción administrativa la posibilidad de disponer sobre el ámbito de aplicación del núcleo del Derecho penal. (...) la praxis más o menos estricta de las autoridades administrativas cambia en función de cada lugar concreto, de la naturaleza de los embrollos que se traigan entre manos las autoridades inspectoras, los representantes políticos y la propia industria, o de las medidas informales adoptadas para que no peligren los centros de producción, los puestos de trabajo o los ingresos fiscales. Por este motivo se acaban adoptando decisiones específicas para cada caso concreto, en las que una buena parte del ámbito del tipo penal correspondiente queda en manos de la

infringe las garantías constitucionales de orden penal. En este sentido sostiene, en particular, que en modo alguno puede verse como vinculación del Juez penal a las decisiones administrativas ... Y ello, porque la finalidad perseguida por el legislador penal al establecer la represión penal del funcionamiento de instalaciones (precisadas de previa autorización conforme a la Ley administrativa) sin la debida autorización, determina necesariamente una estrecha imbricación del Derecho penal y el Derecho administrativo, derivando de la propia determinación que del supuesto de hecho hace la norma penal el deber del Juez penal de aceptar, al menos en principio y como algo dado, las autorizaciones otorgadas”

²⁰ HEFENDEHL, R.; “Derecho penal medioambiental: ¿por qué o cómo?”, en *Estudios Públicos*, 110 (otoño 2008), Santiago de Chile., p. 17: “Esto significa: un acto administrativo vinculante, posiblemente también antijurídico, es capaz de impedir la aplicación del derecho penal del medio ambiente. Si bien con esto se alcanza una armónica conciliación entre el derecho penal y el derecho administrativo en el sentido de *la unidad del ordenamiento jurídico*, el costo de la misma lo paga el medio ambiente. (...) quisiera solamente, al igual que Schünemann, abogar por el carácter determinante del derecho administrativo, es decir, privar a las autorizaciones contrarias a derecho de la capacidad de eliminar la antijuridicidad”. La accesoriedad de acto plantea también el problema inverso, es decir, cuando no existe autorización de una conducta que pudo haber sido autorizada o que incluso debió haber sido autorizada. Al respecto señala KUHLEN, L.; “Umweltstrafrecht, auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, *ZStW*, 105 (1993), pp. 697 a 726, p.708, que en estos casos “la accesoriedad de acto debe buscar también un contenido material”, de manera que frente a quienes opinan que la conducta debe ser penada, KUHLEN considera que por el bien de los ciudadanos en estos casos debe negarse la antijuridicidad de la conducta. Por su parte HEINE, G.; “Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente”, en *ADPCP* 1993, tomo 1, pp. 289-315, p. 297, considera que la accesoriedad de norma “representa una legitimación de alto nivel, podría asegurar que no cese necesariamente la protección penal cuando falte la actuación de la autoridad administrativa correspondiente”.

discrecionalidad administrativa.”²¹ De esta forma, denuncia el autor, se puede castigar penalmente a quien no elimina los excrementos de perro, pero no puede perseguirse la contaminación de las grandes empresas porque en esos casos la autorización suele plasmarse en acuerdos corporativos²². MÜLLER-TUCKFELD culmina su crítica señalando que “simplemente estamos ante la penalización de la desobediencia administrativa”²³.

En segundo lugar, el Derecho penal no solo recurre cada vez más a estos tipos penales de peligro, sino que al mismo tiempo va exigiendo menos efectividad real al peligro que prohíbe, conformándose a menudo con la mera existencia de un peligro estadístico o presunto. Y desde esta posición, la línea que nos separa de la aceptación plena de los delitos de acumulación y del principio de precaución en materia penal se antoja muy fácil de cruzar.

3. LA PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS DE ACUMULACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL ART. 325 CP TRAS LA REFORMA POR LA LO 1/2015

Este proceso de aceptación de la mera antijuricidad formal para la punición de la conducta es muy acusado en la categoría de los “delitos de acumulación”, siendo además particularmente criticado que en ellos el respeto al principio de culpabilidad se ve muy comprometido. Es característico de estos delitos que el injusto no se delimite individualmente, sino de forma colectiva. KHULEN²⁴, defensor de este proceder en el ámbito del medio ambiente, se basa en el “¿Y si todos lo hacen?” Es decir, se trata de conductas cotidianas cuya nocividad reside precisamente en su repetición por múltiples actores anónimos. En la concepción de este autor la acumulación de conductas que conjuntamente resultan lesivas no es mera hipótesis, sino “que es un elemento real (esto es, se cuenta de antemano con la realización actual o inminente de hechos similares por una múltiple pluralidad de sujetos)”²⁵. Debe aclararse que “conjuntamente” no hace referencia a supuestos de coautoría o de autoría accesoria, sino sencillamente al hecho de que se trata de acciones realizadas por diferentes personas y que producen efecto lesivo por la suma de todas ellas. SILVA SÁNCHEZ critica esta tesis por entender que esta categoría de delitos supone el traslado al Derecho penal de la forma de razonar típica del

²¹ MÜLLER-TUCKFELD, J.C.; “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, (trads. Iñigo/Pastor/Ragués), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Tomares, Granada, 2000, pp. 507 a 530, p. 515 y s.

²² El mismo, p. 517.

²³ El mismo, p. 523.

²⁴ KHULEN, “Umweltstrafrecht... ob.cit.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *La Expansión...* p. 132.

Derecho administrativo sancionador, con lo que aquél acaba convirtiéndose en “un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales”²⁶.

En relación con lo anterior, considera FEIJÓO²⁷ que el “injusto penal tiene que ir más allá de la mera desobediencia administrativa e implicar un *plus* que justifique la pena”, por lo que no estaría justificada la intervención penal cuando la protección que se pretende procede de riesgos estadísticos: “Las normas penales que por su redacción impiden que materialmente se pueda encontrar la retribución de un injusto concreto merecedor de pena como organización defectuosa carecen de legitimidad”.

La doctrina mayoritaria²⁸ rechaza esta forma de intervención penal con el argumento de que no puede castigarse a una persona por lo que hayan hecho (o vayan a hacer) otras, sino que la responsabilidad debe ser individual. El Derecho administrativo sancionador no requiere de una valoración específica del riesgo en el hecho concreto, sino que le basta con una valoración acerca de la trascendencia global del conjunto de conductas²⁹. Pero el Derecho penal debe respetar la proporcionalidad entre el contenido de riesgo propio de la conducta individual y la gravedad de la pena, dado que la pena no se “distribuye” entre todas las aportaciones individuales, sino que recae en cada sujeto³⁰. Como señala la doctrina, la tipificación de daños acumulativos

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *La Expansión...* p. 130, destacando que de hecho esta es la forma de proceder del Derecho administrativo, ver en este sentido CANO CAMPOS, T.; “El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador”, en BAUZÁ MARTORELL, F. J. (Dtor); *Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Barcelona, ed. Wolkers Kluwer SA, 2016, pp. 207-236, p. 230: “El Derecho administrativo sancionador castiga por ello ilícitos que, en sí mismos y por sí sólo considerados, tienen baja intensidad, pero cuya multiplicación, desde una perspectiva sistemática, resultaría perturbadora para el éxito de determinados modelos o políticas sectoriales de los poderes públicos”.

²⁷ FEIJÓO cit., p. 126

²⁸ ROBLES PLANAS, R.; “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, (Ed. Española a cargo de Robles Planas), Barcelona, ed. Atelier, 2012, pp. 19-47, p. 47, afirma que se trata de un supuesto de abuso del derecho.

²⁹ En este sentido expresamente, FEIJÓO... ob. cit., p. 125: “En esta línea, la sanción de una conducta por realizar algo que, simplemente es estadísticamente peligroso, pero que en el caso concreto no supone una organización defectuosa para otro ámbito de organización solo se puede canalizar a través del derecho administrativo. Es decir, cuando se trata solo de mantener la vigencia formal de normas que estadísticamente se ha comprobado que son útiles para la prevención de lesiones de bienes jurídicos no cabe intervenir con penas”.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* p. 134. Se adhiere a esta opinión expresamente Feijóo, cit., pp. 126 y s., añadiendo en p. 127: “Los fines del derecho administrativo son estrictamente preventivo-instrumentales desde una perspectiva social o global sin necesidad de justificar individualmente la lesividad social de la conducta –el injusto material-. Por ello, las infracciones de peligro abstracto son perfectamente compatibles con los fines de esta rama del derecho sancionador. En cambio la pena solo puede cumplir sus fines preventivos

(delitos de acumulación) es ilegítima en el Derecho penal porque no se le pueden imputar a un sujeto hechos ajenos³¹.

Los principales reproches que se dirigen a estos delitos son, por tanto, que no respetan el principio de ofensividad, ni el de culpabilidad ni el de proporcionalidad. Y en conjunto, suponen un ejemplo muy claro de la denunciada administrativización del Derecho penal³².

En relación con el principio de ofensividad³³, se afirma que cada conducta individual carece del potencial de lesividad suficiente para afectar al bien jurídico, residiendo esa capacidad en su repetición continuada; se trata de pequeñas contribuciones que sumadas adquieren fuerza lesiva. Ya se ha comentado más atrás que para KHULEN la intervención conjunta, en el sentido apuntado más arriba, de múltiples actores no es mera hipótesis, sino una realidad. Incluso en el caso de aceptar esta interpretación del autor, lo cierto es que cada conducta aislada sigue careciendo de capacidad para afectar al bien jurídico, por lo que su incriminación supone una quiebra del principio de ofensividad. La renuncia a la persecución penal en estos supuestos no tiene por qué significar una renuncia a la protección del bien jurídico, ni siquiera una relajación de la misma. Sencillamente se considera que en estos casos es mucho más adecuada la protección que ofrece el Derecho administrativo sancionador, debido a que la gestión de riesgos, de las "grandes

a través de la retribución de un hecho concreto que consiste en una conducta que por sí misma encierra una lesividad potencial"

³¹ Por ejemplo, FEIJÓO, ob. cit., p. 128.

³² Si bien es cierto que no se rechazan con carácter general, admitiéndose en relación con bienes jurídicos institucionalizados, entre otros, ALCÁCER GUIRAO, R.; "La protección del futuro y los daños cumulativos", en *ADPCP* 2001, pp. 143 a 174, p. 165 y ALONSO ÁLAMO, M.; "Trama de la vida y protección penal del ambiente", en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, 2011, pp. 47 a 92, pp. 70 y s.

³³ Entre otros, BUSTOS RUBIO, M.; *Delitos acumulativos*, 2017, TOL6.459.251, p. 8: "En definitiva: el ilícito administrativo no respeta el principio de ofensividad o lesividad, pues la contribución individual de un sujeto es incapaz de afectar al bien jurídico protegido, per se y de un modo directo. Sólo la suma de otras contribuciones podría producir tal efecto. La punición de la acción acumulativa (individual) es disfuncional como perturbación del entorno, lo que apunta, una vez más, a una similitud estructural entre el delito acumulativo y la infracción administrativa"; SILVA DIAS, A.; "¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la '(in)capacidad de resonancia' del Derecho penal con la figura de la acumulación, en *ADPC* vol. LVI, 2003, pp. 433 a 469, p.464: "Desde luego no respeta el principio de ofensividad, pues ... la contribución individual es incapaz de afectar al bien jurídico."; RÍOS, L.: "Aproximación a los delitos acumulativos", en (Coord. Carlos Santiago Caramuti) *X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2013, pp. 45 a 63.

cifras”³⁴ pertenece a esta rama del Derecho, dado que esta función se ajusta mucho mejor a sus principios y competencias. Como ha señalado BERDUGO³⁵, “en el Derecho administrativo se trata de organizar y regular determinados sectores de actividad, reforzando esta regulación por sanciones en las que es prioritario el criterio de oportunidad. Por eso, para la intervención del Derecho administrativo no se requiere la presencia de un bien jurídico, lesionado o puesto en peligro; basta con que se quebrante la ordenación de un determinado sector de actividad.”

Entiendo que la exigencia de respeto al principio de ofensividad debe ser un criterio de primer orden para diferenciar entre ilícito penal e ilícito administrativo. La confusión de planos (y valores) que supone el empleo del Derecho penal para castigar conductas que no alcanzan un mínimo de desvalor debido a su falta de capacidad para afectar de modo relevante al bien jurídico, no solo afecta a las relaciones entre ambas disciplinas y hace recaer sobre el autor los efectos negativos de la intervención penal, sino que también puede tener el efecto paradójico de debilitar la protección del bien jurídico. Se ha denunciado que en el Derecho penal del medio ambiente es enorme el riesgo de acabar enviando mensajes erróneos a la sociedad. En este sentido entre otros, MÜLLER-TUCKFELD³⁶, DOVAL PAIS³⁷, y HORTAL IBARRA³⁸, este último destacando la banalización que supone el empleo del Derecho penal para el castigo de conductas de contaminación acústica (p.ej. caso de la pianista), mientras que otros de auténtica gravedad medioambiental (Prestige, Aznalcóllar) quedan en nada.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* p. 133, considera inadecuado el Derecho penal para la protección de las grandes cifras, mientras que señala que KHULEN no solo lo considera adecuado sino también necesario.

³⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; en Demetrio Crespo/Rodríguez Yagüe (Coors) *Curso de Derecho Penal. Parte General.*, 3ª ed., ediciones Experiencia, Barcelona 2016, p.18.

³⁶ MÜLLER-TUCKFELD, J.C.; “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, ob.cit. p. 517. Se hace eco de esta denuncia también, ALONSO ÁLAMO, M.; “Trama de la vida y protección penal del ambiente”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, 2011, pp. 47 a 92, p. 67.

³⁷ DOVAL PAIS, A.; “Vagas ofensas. Algunas cuestiones metodológicas que plante la moderna intervención penal”, ob.cit., p. 73: “Que la ley transmita un mensaje claro a los ciudadanos con respecto a que las conductas amenazadas con penas son realmente perjudiciales es verdaderamente fundamental para que no se deteriore el efecto disuasorio de la pena.”

³⁸ HORTAL IBARRA, J.C.; “La expansión del Derecho penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El delito ecológico como ejemplo”, en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 1083 a 1093, p. 1087. En relación con todo este resulta significativa la pregunta que se formula SILVA DIAS, ob.cit., p. 443: “¿puede someterse a la amenaza de pena una conducta cuyo desvalor es invisible para la generalidad de los destinatarios sólo porque, según un pronóstico realista, la acción vendrá a ser realizada por una multitud de agentes?”.

En segundo lugar, es generalizada la crítica a los delitos de acumulación por no respetar el principio de culpabilidad. Así, ALCÁCER GUIRAO³⁹ y BUSTOS RUBIO⁴⁰ ponen de manifiesto que aparece como novedad un *actor colectivo*; MÜLLER-TUCKFELD, que se incorporan supuestos que no admite la dogmática de la participación⁴¹; y en definitiva, la crítica principal es que se fundamenta la sanción *ex iniuria tertii*, como en su día destacara SILVA SÁNCHEZ⁴².

Por último, los delitos de acumulación también son criticados por infringir el principio de proporcionalidad, sobre todo en la medida en que se contemple para estos delitos una pena privativa de libertad. Así por ejemplo entre otros muchos, BUSTOS RUBIO⁴³ y SILVA DIAS⁴⁴.

³⁹ ALCÁCER GUIRAO, R.; “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en *ADPCP* 2001, pp. 143 a 174, p. 151: “... configurándose como tal incluso la sociedad en su conjunto. Ello conlleva la asunción de una responsabilidad colectiva o vicaria, desde la cual la imputación de responsabilidad por esos grandes riesgos globales habrá de reconducirse a acciones mínimas, dado que esos riesgos se originan a partir de una acumulación de actos individuales que, siendo en sí inocuos, podrían llevar, si todos los hiciéramos, a la destrucción futura del planeta...”

⁴⁰ BUSTOS RUBIO, M.; *Delitos acumulativos*, 2017, TOL6.459.250, p. 1, y en BUSTOS RUBIO, M.; *Delitos acumulativos*, 2017, TOL6.459.251, pp. 2 y s.: “en el injusto acumulativo al sujeto individual se le atribuye parte de responsabilidad penal por hechos ajenos que resultan futuribles e hipotéticos”.

⁴¹ MÜLLER-TUCKFELD, J.C.; “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, ob.cit., p. 513: “...se imputan al autor de un delito cumulativo contribuciones ajenas al hecho, algo que, evidentemente, según la dogmática de la participación no se acepta en casos normales. La proclamada búsqueda de una nueva dogmática acaba convirtiéndose en un arte creativo para suministrar al *statu quo* conceptos que le legitimen de la forma más incontestable posible”.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* p. 132. La crítica es generalizada, y no solo en España, en el mismo sentido también SCHROEDER, F.-C.; “Principio de precaución, Derecho Penal y riesgo”, en Romeo Casabona (Ed), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU y ed. Comares, 2004, pp. 423-433, p. 433. KUHLEN, «Umweltstrafrecht, ... ob. cit., p. 719, nota 110, se defiende de esta crítica afirmando que cada acto aislado constituye una contribución (no espectacular) a la lesión del bien jurídico. Hay que tener en cuenta que KUHLEN no defiende castigar conductas sin injusto relevante, puesto que él considera que cada conducta en sí tiene un contenido de injusto propio, aunque al final lo relevante sea el efecto sinérgico que sumadas se provoca en el medio ambiente. WOHLERS por su parte, no acepta esta crítica porque en su opinión el sujeto sí es responsable, debido a su falta de solidaridad individual, introduciendo así un nuevo concepto en esta polémica. Sobre la tesis de WOHLERS, ver la exposición y crítica que hace FUENTES OSORIO, J.L.; “Formas de anticipación de la tutela penal”, en *RECPC* 08-08 (2006), pp. 25 y ss.

⁴³ BUSTOS RUBIO, M.; *Delitos acumulativos*, 2017, TOL6.459.251, p. 10.

⁴⁴ SILVA DIAS, “¿Y si todos lo hiciéramos... ob. cit., p. 464: “en tanto la conminación de la privación de libertad como sanción por la realización de una conducta inocua para un bien jurídico constituye, sin duda, una opción incompatible con la prohibición de exceso”

En definitiva, en el ámbito del medio ambiente la protección frente a múltiples acciones cuya repetición puede dar lugar a la lesión del bien jurídico, pero que de forma individualizada no reúnen una mínima capacidad lesiva, debe residir en el Derecho administrativo y no en el Derecho penal⁴⁵.

La nueva redacción de la conducta típica en el art. 325 que recoge el delito de contaminación ha provocado cierta alarma porque a primera vista podría considerarse que incorpora un delito de esta naturaleza⁴⁶. Concretamente, el art. 325 castiga la realización o provocación de emisiones, vertidos, ruidos, vibraciones o depósitos, radiaciones, aterramientos, excavaciones y captaciones de agua, *conductas todas que por sí mismas, o conjuntamente con otras*, den lugar a determinados resultados de lesión o de peligro. Pero lo cierto es que no resulta obligado entenderlo como un delito de acumulación, como veremos en relación con las interpretaciones que se han propuesto por la doctrina.

La doctrina se mueve entre quienes consideran que se trata de la misma (o diferentes) actividades realizadas por un solo sujeto activo⁴⁷; y quienes entienden que la realización de la conducta por otras personas o el estado de contaminación previo no impedirían la aplicación del delito, siempre que cada conducta aisladamente considerada supere el riesgo permitido, respetando los principios de culpabilidad y proporcionalidad⁴⁸.

⁴⁵ Como hemos ido viendo, la doctrina mayoritaria es de esta opinión. Así por ejemplo, MENDOZA BUERGO, S.; “Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro”, en Romeo Casabona (Ed), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU y ed. Comares, 2004, pp. 435-473, p. 469. De la misma opinión recientemente, PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C.; “Reflexiones y críticas sobre el pensamiento de la acumulación”, en *La Ley Penal*, N° 128, Septiembre-Octubre 2017, p.12.

⁴⁶ OLMEDO CARDENETE, M.; “Principales novedades introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo en los delitos contra el medio ambiente, flora, fauna y animales domésticos”, en MORILLAS CUEVAS (dir) *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 27/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 767 a 781, p. 770; también entre otros, GÓRRIZ ROYO, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325, 326, 326 bis, 327 y 328 CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1001-1045, p. 1014, muy crítica con la reforma.

⁴⁷ GÓMEZ RIVERO, M.C.; “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Nociones fundamentales de Derecho Penal*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 425-463, p. 428, por respeto al principio de culpabilidad, considerando que sería una especificación de la unidad natural de acción en este supuesto, excluyendo la posibilidad de delito continuado, como ya venía haciendo la jurisprudencia.

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial.*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 501, rechazando de forma expresa la posibilidad de su interpretación como delito cumulativo, “castigando conductas que en sí mismas no son dañinas o peligrosas pero sí lo son en conjunción con otras, [pues] ello chocaría frontalmente con los principios de

Ambas interpretaciones son factibles y no se excluyen mutuamente. De hecho, ya se mantenían con anterioridad a la Reforma operada en el art. 325 por la LO 1/2015. Así por ejemplo, en relación a la segunda de las interpretaciones mencionadas en el párrafo anterior, ALONSO ÁLAMO afirmaba que “pueden considerarse comprendidos dentro del marco del tipo aquellos comportamientos en sí mismos idóneos para menoscabar el bien jurídico pero que en la situación concreta recaen sobre ámbitos ya deteriorados: siempre se puede contaminar más”⁴⁹. Por lo que respecta a la realización de varios actos por el mismo sujeto pasivo, igualmente antes de la reforma comentada se consideraba sin problemas como un supuesto de pluralidad de actos y unidad de acción⁵⁰.

4. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN MATERIA PENAL

La progresiva administrativización del Derecho penal ha llevado también a estudiar la posible incidencia en nuestra materia del *principio de precaución*, que supondría un adelantamiento aún mayor, en la medida en que ya no se hablaría de riesgo sino de mera incertidumbre sobre el riesgo, al faltar la seguridad científica en torno al mismo, o en supuestos en los que, al menos, existe una fuerte controversia científica⁵¹. Este principio tiene cabida en el Derecho internacional⁵² y en el Derecho administrativo⁵³, pero la gran mayoría

culpabilidad y proporcionalidad”. Con más detenimiento en MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, en *Manual de Derecho penal medioambiental*, ob.cit., p. 251; en el mismo sentido ANARTE BORRALLA/JUANATEY DORADO; en BOIX REIG (Dir) *Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II*, en prensa, cortesía del autor, resalta la necesidad de respetar los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

⁴⁹ ALONSO ÁLAMO, “Trama de la vida...” ob.cit., p. 83. Si bien, como señala GÓRRIZ ROYO, “Delitos contra los recursos... ob. cit., p. 1014, si cada conducta aisladamente considerada mostrara una ofensividad insignificante o inocuidad, tendrá que considerarse atípica.

⁵⁰ La misma, p. 84: “Tal supuesto se distingue con claridad del delito por acumulación por el que cada acción aislada insignificante constituiría delito. Diferentes acciones contaminantes en sí mismas peligrosas dan lugar a un delito único y no a un fenómeno de pluralidad delictiva”

⁵¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M./MONTANER FERNÁNDEZ, R.; *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 16.

⁵² Sobre la importancia que está adquiriendo este principio en materia medioambiental, vid. SANDEN, J.; “Das Vorsorgeprinzip im europäischen und deutschen Umweltrecht – Weiterentwicklung und Impulse für das international Rech”, en *Osaka University Law Review*, 2006-02, pp. 243 a 270, pp. 244 y s., quien considera que en la protección medioambiental no puede esperarse a conocer el nexo causal entre el suceso dañoso y el concreto daño causado. El elevado grado de incertidumbre que reina en ámbitos de las nuevas tecnologías como biotecnología y nanotecnología hace que, en su opinión, la incertidumbre no pueda ser vista como un obstáculo para tomar decisiones.

de la doctrina no lo considera admisible en el ámbito de la tipificación penal porque, como acertadamente se ha puesto de manifiesto, ya ni siquiera hablaríamos de delito de peligro, sino de delito de incertidumbre⁵⁴. Si un tipo penal se basara en este principio para prohibir una conducta, como afirma BAÑO, en realidad no estaríamos protegiendo frente a un peligro, sino que se trataría de “la prohibición de algo por la sospecha de que pudiera comportar un riesgo”⁵⁵. FEIJÓO destaca que los espacios de riesgo permitido se verían restringidos con la finalidad de proteger mejor a los bienes jurídicos, pero frente a conductas sobre las que tan solo se sospecha que puedan ser peligrosas⁵⁶.

Las incursiones del principio de precaución en materia penal se producen principalmente por tres vías: configurando delitos de acumulación⁵⁷, a través de la normativa extrapenal que integra la norma penal en blanco y mediante su adopción como criterio interpretativo por los tribunales en la aplicación de la norma. En relación a esta última posibilidad, critica DOVAL la praxis jurisprudencial en la interpretación del art. 364.2.1º CP que se apoya en la posibilidad introducida por el TJCEE⁵⁸ de aplicación de este principio en materia alimentaria: «Puesto que el principio de precaución aconseja anticipar medidas de protección sin esperar a la prueba de la *realidad* de los riesgos ... el

⁵³ BAÑO LEÓN, J.M.; “El principio de precaución en el Derecho público”, en BOIX REIG, J./BERNARDI, A, (dirs.) *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 29-41, p. 33, destaca su interés para el Derecho administrativo, en la medida en que «puede operar para justificar la prohibición temporal de lo que no se tiene certeza de que sea peligroso, nunca para excluir una evaluación de los riesgos», pero considera que difícilmente se puede emplear en Derecho penal para intervenir en atención a la peligrosidad de la conducta, dado que «existen dudas de si concurre o no un peligro real» (p. 39).

⁵⁴ En este sentido, CASTELLÓ NICÁS, N.; “Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del código penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma 5/2010 de 22 de junio)”, en CASTELLÓ NICÁS (dir), en *El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 231-377, p. 259, destaca que el interés en la protección medioambiental puede llegar al extremo de castigar “por si acaso”.

⁵⁵ BAÑO LEÓN, “El principio de precaución... p. 39.

⁵⁶ Cfr. FEIJÓO, ob.cit., pp. 136 y s.

⁵⁷ Ver SCHROEDER, F-C.; “Principio de precaución, Derecho Penal ... ob. cit., p. 424.

⁵⁸ La primera Sentencia que aplica el principio de precaución en materia alimentaria (STJCE de 5 de mayo de 1998) resuelve la presentada por Reino Unido contra la Decisión 96/239/CE, de 27 de marzo de 1996, de la Comisión prohibiendo la exportación de ganado vacuno procedente de este país debido a las sospechas de que su ingesta era la causa probable de un brote de la Enfermedad de Creutzfeld-Jakob. Amplia información sobre el origen y desarrollo de este principio, en GARCÍA RIVAS, N.; “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, en BOIX REIG, J./BERNARDI, A, (dirs.) *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 417-464, pp. 417-430.

Tribunal Supremo parece que eleva por medio de este recurso argumental a la condición de *objeto protegido la propia precaución* ... Y olvida, además, que la aplicación de dicho principio obliga a realizar un control de proporcionalidad entre el dispositivo adoptado y el riesgo que razonablemente cabe temer»⁵⁹. Ciertamente, como afirma el autor citado, esta interpretación compromete los principios de legalidad⁶⁰, proporcionalidad⁶¹ y culpabilidad⁶². Pero es que además, como señala ANARTE, en realidad carece de eficacia hermenéutica, puesto que «el delito de peligro potencial presupone una conducta que, conforme a la experiencia general, se juzga como peligrosa, no cuando se duda sobre su peligrosidad, que es el círculo conceptual propio del principio de precaución»⁶³.

En cuanto a la influencia que pueda ejercer el principio de precaución a través de las normas penales en blanco, debido a su presencia en la normativa extrapenal, se plantean problemas debido a que al basarse en la mera incertidumbre sobre el peligro, la norma extrapenal tampoco ayuda a fundamentar la lesividad de la conducta, por lo que estaríamos ante delitos de mera desobediencia⁶⁴; si bien una parte de la doctrina acepta su posible

⁵⁹ DOVAL PAIS, A.; “Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto”, en BOIX REIG, J/BERNARDI, A, (dirs.) *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 341-379, pp. 368 y s.

⁶⁰ El mismo, p. 370, el principio de precaución «no constituye una cláusula que, supliendo el principio de legalidad, habilite en Derecho penal para considerar típicos comportamientos que no reúnen las propiedades características que la ley determina”, y en p. 378, señala que la criticada praxis jurisprudencial «prescinde de referencias esenciales de la tipicidad».

⁶¹ El mismo, p. 378, dado que al anteponer «los argumentos preventivos a toda costa» no respeta la prohibición de exceso.

⁶² El mismo, p. 378: «llega a forzar el principio de culpabilidad».

⁶³ ANARTE BORRALLA, E.; “Criterios objetivo-normativos de imputación... p. 396, (subrayado añadido). Ver también p. 399: «sobrevalorando el alcance preventivo, se distancia del presupuesto clave de la directriz precautoria, esto es, el no saber acerca de un determinado riesgo, sino la incertidumbre sobre el mismo».

⁶⁴ En este sentido GÓMEZ RIVERO, M^a.C.; “Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo”, en *Revista General de Derecho Penal* núm. 9, 2008, pp. 1 a 45, p. 9, señalando además que este riesgo se potenciaría con el empleo en estos ámbitos de delitos de acumulación, “en los que ni siquiera el posible resultado final puede atribuirse con certeza a la acumulación de dichos comportamientos”; también ESCOBAR VÉLEZ, S.; “El traslado del principio de precaución al Derecho penal en España”, en *Revista Nuevo Foro Penal* Vol. 6, No. 75, julio-diciembre 2010, pp. 15-40, Universidad EAFIT, Medellín, p. 26. GARCÍA RIVAS “Influencia del principio de precaución... ob. cit., p. 429 considera que este principio puede jugar un papel muy relevante en la determinación del riesgo permitido: “El legislador penal está obligado a reconocer su papel subsidiario y a definir las conductas punibles con la flexibilidad suficiente para dar entrada en el tipo a esa decisión política principal que define el campo del riesgo permitido”. De opinión contraria SÁNCHEZ

influencia en la fundamentación del desvalor de acción en los delitos imprudentes, entre los que cabe destacar a GÓMEZ RIVERO⁶⁵, ROMEO CASABONA⁶⁶ y MENDOZA BUERGO. Esta última autora, pese a considerar que el principio de precaución tiene su ámbito de aplicación en el orden administrativo y en el ámbito internacional⁶⁷, plantea su integración en el Derecho penal, para delimitar la infracción del deber objetivo de cuidado en los casos en los que “se asume la puesta en práctica de una conducta desconociendo si de ella se pueden derivar consecuencias graves, aunque tal cosa resulte de temer”⁶⁸. No obstante, MENDOZA BUERGO considera que la implementación de este principio tendría que venir acompañada de varias exigencias previas: debe tratarse de hipótesis de peligrosidad suficientemente fundadas y afectar a los bienes jurídicos de la máxima entidad e importancia⁶⁹.

LÁZARO, F.G.; “Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial, en *Revista Penal* n° 24, 2010, pp. 136-150, pp. 143 y s.: “Según los parámetros al uso del juicio de peligro, los presupuestos fácticos y epistémicos del principio de precaución debieran concluir en la no peligrosidad de estas conductas –y su consideración, por tanto, como riesgo permitido, pues los conocimientos al respecto resultan insuficientes para establecer algún grado de certeza en la exposición del bien o bienes jurídicos.”

⁶⁵ Así GÓMEZ RIVERO, “Causalidad, incertidumbre científica... ob. cit., p. 13: “... cuando el principio de precaución se incorpora a normas administrativas que por la vía de la integración de las leyes penales en blanco pasan después a conformar el tipo penal de un delito de peligro, la infracción dolosa de aquellas puede considerarse como un indicio para atribuir después a título al menos de imprudencia las consecuencias lesivas – a bienes jurídicos individuales- que resulten de su infracción. Porque aun cuando en el momento de su realización resultara incierta la producción de esos concretos resultados lesivos, la contravención intencional de las normas pueden reflejar, cuanto menos, una actitud negligente respecto a las consecuencias asociadas a la misma.

⁶⁶ ROMEO CASABONA, CM.; *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 111: “...las pautas del cuidado objetivamente debido en el caso concreto se establecerían de acuerdo con esa norma extrapenal, basada a su vez en el principio de precaución, bien por su aplicación directa, bien mediante su ejecución o puesta en aplicación por la autoridad o funcionario correspondiente, incluso cuando aquel cuidado exigible no se correspondiera con los estándares aceptados en la actualidad.”, y en p. 120: “Por consiguiente, su utilidad se sitúa más bien en torno a la delimitación de la conducta jurídico-penalmente adecuada que como procedimiento, al menos inmediato o directo, de imputación de resultados, aunque en ocasiones pueda producir este efecto”.

⁶⁷ MENDOZA BUERGO, S.; “Principio de precaución, derecho penal del riesgo... ob.cit., pp. 435-473, p. 447.

⁶⁸ La misma, p. 453. No obstante, la implementación de este principio tendría que venir acompañada de varias exigencias previas: debe tratarse de hipótesis de peligrosidad suficientemente fundadas y afectar a los bienes jurídicos de la máxima entidad e importancia.

⁶⁹ La misma, p. 467.

5. EL EMPLEO DEL DERECHO PENAL FRENTE A LOS RIESGOS GLOBALES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO

El cambio climático no es solo un grave problema de contaminación, sino que se manifiesta globalmente en varias áreas dada su posible influencia en la generación de conflictos sociales y grandes migraciones, de manera que no puede abordarse como un mero problema ambiental, ya que también es un problema de seguridad⁷⁰. En el ámbito del Derecho internacional se destaca este enfoque securitario especialmente en los Estados occidentales, que incorporan en sus agendas de seguridad términos como riesgo, amenaza, factor multiplicador de otras amenazas a la seguridad, etc⁷¹.

Destaca FRISCH⁷² que, a diferencia del interés doctrinal que el tema ha despertado desde el Derecho internacional, europeo, constitucional y administrativo, la doctrina penal apenas se ha ocupado de la protección del clima. Posiblemente porque el respeto al principio de intervención mínima obliga a entender que el Derecho penal no es el instrumento más adecuado para la lucha contra riesgos globales⁷³, como por ejemplo el cambio climático, debido a que en la emisión de los gases de efecto invernadero son mucho más relevantes las conductas cotidianas que se mueven individualmente en el ámbito de lo permitido (actividad industrial que respeta los límites, emisiones

⁷⁰ En este sentido, GNÜCHTEL, R.; “Klimawandel: Konflikte und Kriminalität. Eine neue sicherheitspolitische Herausforderung im 21. Jahrhundert”, en *MtschrKrim*, Heft 1, 2013, pp. 14 a 29. Concretamente sobre el problema de los desplazados, ver ARENAS HIDALGO, N.; “El cambio climático y los desplazamientos de población. La migración como estrategia de adaptación”, en GILES CARNERO (Coord.) *Cambio climático, energía y derecho internacional: perspectivas de futuro*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 221 a 235.

⁷¹ Cfr., GILES CARNERO, R.; “El cambio climático como riesgo y amenaza para la seguridad: derivaciones en el desarrollo del régimen jurídico internacional en materia de clima”, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 18, n° 36. Segundo semestre de 2016. Pp. 315-338, p. 321; en p. 335 señala que este enfoque tendría el siguiente efecto positivo: “Cuando se declara que el cambio climático es una amenaza para la seguridad, pasa de enmarcarse en el Derecho Internacional del Medio Ambiente, un ámbito muchas veces criticado por tener una escasa capacidad de abordar de forma contundente los desafíos planteados, al Derecho Internacional de la paz y la seguridad, en el que la capacidad para imponer acciones y sanciones resulta factible. En materia climática, este proceso puede conllevar el efecto de hacer tangible y sólido un peligro frente al que los Estados estén dispuestos a actuar, y esto puede revertir en efectos positivos y de avance del régimen. Al fin y al cabo, el miedo siempre se ha mostrado como el gran aliado de la acción ambiental.”

⁷² FRISCH, W.; “Derecho penal y protección del clima”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, octubre 2015 4/2015

⁷³ En este sentido, CASTELLÓ NICÁS, N.; “Concepto, contenido... p. 294; GÓMEZ LANZ, J.; “¿En qué medida el Derecho penal es un instrumento jurídico de respuesta ante los desafíos del cambio climático?”, en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 86, mayo-agosto 2012, pp. 125-133.

del tráfico viario, por ejemplo), que posibles conductas aisladas de contaminación⁷⁴, por lo que queda poco margen para la punición⁷⁵.

Efectivamente, el cambio climático es el efecto de un proceso muy dilatado en el tiempo, que se produce por la multiplicación de conductas humanas y de factores naturales; como afirma GÓMEZ LANZ⁷⁶, el “nivel de afectación para el sistema climático imputable a una conducta individual, por masiva que sea en el espacio y prolongada que sea en el tiempo, no puede ser calificado como grave”. Por este motivo, la lucha contra el cambio climático a través del Derecho penal requeriría del empleo de delito de acumulación, rechazados por la doctrina penal mayoritaria debido a los problemas de compatibilidad que plantean con los principios de ofensividad, culpabilidad y proporcionalidad; considerándose más adecuada en este ámbito la intervención administrativa. Por lo tanto, en la medida en que esos comportamientos cotidianos se muevan en el ámbito de lo permitido, al Derecho penal le está vedado intervenir dada su naturaleza subsidiaria⁷⁷.

Las críticas a los delitos acumulativos y la incertidumbre sobre el riesgo del principio de precaución, hacen del derecho penal un instrumento inadecuado para la protección directa del clima. El Derecho penal puede intervenir cuando las conductas individuales reúnen un mínimo de peligrosidad que supere el riesgo permitido, y siempre de manera subsidiaria al Derecho administrativo, mucho mejor pertrechado para la gestión de riesgos globales y para enfrentarse a las grandes cifras.

El rendimiento del Derecho penal en esta materia es escaso, y como señala WASSMER⁷⁸, parece que va a menos: en 1997 se registraron en las estadísticas policiales de Alemania 40.000 casos contra el medio ambiente, mientras que en 2013 la cifra registrada es de 12.333 casos; en las estadísticas procesales de

⁷⁴ FRISCH, W.; “Derecho penal y protección del clima”, ob.cit., p. 8 y s., donde advierte que comparada con esas otras fuentes permitidas de emisiones, “la contaminación del aire a través de comportamientos no permitidos probablemente sea un fenómeno marginal”.

⁷⁵ El mismo, p. 12.

⁷⁶ GÓMEZ LANZ, J.; “Liberalismo jurídico-penal y punición de los ataques al sistema climático: la razonable impunidad de los ataques al sistema climático en el contexto de un derecho penal liberal” (1), en *Diario La Ley*, N° 8498, Sección Tribuna, 11 de Marzo de 2015

⁷⁷ Cfr. FRISCH, p. 9, debido a que el Derecho penal “es un Derecho (accesorio) secundario”. Si bien muestra cierta desconfianza a la europeización en este ámbito, pues considera que podría ser conveniente la intervención del Derecho penal “para hacer valer principios elementales jurídico-penales y propios de un Estado de Derecho”, frente a la mentalidad económico-burocrática de los órganos de la UE, que en su opinión prescriben sanciones sin tener en cuenta principios tan básicos como el de culpabilidad, e incluso sin atender a garantías procesales (ver p. 17).

⁷⁸ “Delitos contra el medio ambiente... ob. cit., p. 262.

2012 se recoge que fueron condenadas 1.078 personas, de ellas tan solo 43 lo fueron a pena privativa de libertad, siendo suspendidos la ejecución de la pena en todos los casos salvo en tres.

6. ¿ES POSIBLE LOGRAR UNA DELIMITACIÓN RAZONABLE ENTRE DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO?

En la doctrina se viene afirmando que, aunque respondan a una potestad común del Estado, y por ello ambas ramas del Derecho deban respetar determinados principios constitucionales⁷⁹, no hallar un criterio de delimitación cualitativo adecuado contribuye a debilitar la separación de poderes⁸⁰. Por eso, alejándose de este criterio tradicional en cuanto a si la distinción es cuantitativa o cualitativa, que parece ya agotado⁸¹, en los últimos años se ha prestado especial atención a la distinta función que tienen asignada, al compromiso de cada una con el principio de ofensividad y las consiguientes técnicas de tutela, y a la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad en la aplicación de las sanciones según la gravedad del ilícito.

En cuanto a los criterios primero y segundo, mientras que el Derecho penal tiene como función principal la protección de bienes jurídicos, al Derecho administrativo le corresponde la organización y regulación de sectores de actividad, por lo que, como señala BERDUGO⁸², la vinculación del Derecho penal con el principio de ofensividad es absoluta, mientras que para el Derecho administrativo resulta primordial el principio de oportunidad, de donde se deduce que “para la intervención del Derecho administrativo no se requiere la presencia de un bien jurídico, lesionado o puesto en peligro; basta con que se quebrante la ordenación de un determinado sector de actividad.” Por eso concluye el autor, que una de las causas de la administrativización del Derecho penal es el recurso del legislador a “las penas en ámbitos donde hubiera bastado con la sanción administrativa, por tratarse de conductas que infringen una concreta regulación, pero que no afectan a un bien jurídico”.

⁷⁹ CANO CAMPOS, T.; “El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador”, en BAUZÁ MARTORELL, F. J.(Dtor); *Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Barcelona, ed. Wolkers Kluwer SA, 2016, pp. 207-236, p. 218.

⁸⁰ DíEZ RIPOLLÉS, J.L.; .L.; *Derecho penal...* ob.cit., p. 45. Destaca el concepto unitario de derecho punitivo estatal, con la exigencia de respeto a unos principios comunes, y destaca que este concepto ha sido desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al fijar unos criterios para afirmar que una infracción es penal en sentido material.

⁸¹ Sobre estos criterios ver epígrafe 1.

⁸² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; en DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE (Coords) *Curso de Derecho Penal. Parte General.*, 3ª ed., ediciones Experiencia, Barcelona 2016, p.18

En cuanto a las técnicas de tutela⁸³, dado que al Derecho administrativo le corresponde la gestión de los riesgos a nivel macro, la técnica de la acumulación y la implementación del principio de precaución son legítimos y están perfectamente indicados, mientras que para esa función, como hemos visto, el Derecho penal no resulta adecuado. El Derecho penal debe centrarse en la punición de conductas cuyo desvalor pueda fundamentarse, como mínimo, en un peligro cierto, real y de cierta entidad de lesión del bien jurídico. La valoración de la antijuricidad material es una condición básica de la punición de la conducta. Cuando una norma penal se conforma con una mera antijuricidad formal, estamos de nuevo ante una característica de la administrativización tantas veces denunciada a lo largo de estas páginas.

Por último, dado que el injusto penal ha de ser más grave que el ilícito administrativo, las sanciones impuestas por el orden penal y el administrativo no deben ser equivalentes en gravedad. El Derecho penal cuenta con una amplia batería de sanciones, desde las penas privativas de libertad a la pena de multa, pasando por inhabilitaciones, prohibiciones, etc. Las penas privativas de libertad son las más características del Derecho penal, en la medida en que solo a través del orden penal puede ser aplicada, al igual que la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo y las de alejamiento del art. 48 CP. Pero el Derecho penal también hace uso frecuente de la pena de multa, que puede fácilmente resultar de menor cuantía que las multas impuestas por los órganos administrativos. Ello no debe interpretarse como una infracción del principio de proporcionalidad, puesto que a la multa penal debe añadirse el potente efecto estigmatizador del proceso penal, lo que establece importantes diferencias entre ambas, dado que la pena presupone la presencia judicial, mientras que la sanción administrativa no la requiere salvo que se acuda al contencioso. Otras diferencias también importantes entre la sanción penal y la administrativa, residen en las mayores garantías para el acusado que deben exigirse para la aplicación de la pena, en que los antecedentes penales tienen una incidencia en la vida del sujeto que va más allá de la pena, etc.⁸⁴ Por otro lado, el sistema de días multa y la posibilidad de conversión del impago en días de privación de libertad⁸⁵ debe matizar necesariamente la mera comparación cuantitativa entre multa penal y multa administrativa.

⁸³ Como afirma FEIJÓO, “Sobre la *administrativización* del derecho penal... ob.cit., p. 125, si se parte de la idea de que existen diferencias estructurales entre los ordenamientos administrativo y penal, dado que desde el punto de vista de los bienes jurídicos la distinción es meramente cuantitativa, deberemos incidir en la *forma diferenciada en que ambos ordenamientos protegen* los bienes jurídicos, es decir, en los distintos presupuestos que permiten su utilización y en los (diferentes) instrumentos empleados.

⁸⁴ Cfr. CANO CAMPOS, T.; “El concepto de sanción y... ob.cit., p. 219 y s.

⁸⁵ Como es sabido, el Código Penal de 1995 modificó el sistema de multa penal, con respeto del principio de igualdad, dando entrada a consideraciones personales con la pretensión de que la carga aflictiva de la multa no sea ridícula para quien goza de una

En relación a esto último se destaca, particularmente, la función social-comunicativa de la pena⁸⁶. La mayor gravedad en su conjunto que implica la reacción penal, debe fundamentarse, sobre la base del principio de proporcionalidad y lesividad, en una mayor relevancia social de las conductas prohibidas penalmente⁸⁷. ¿Qué queda entonces para el principio de subsidiariedad?⁸⁸

Combinando los diferentes fines y el diferente régimen jurídico del Derecho penal y del Derecho administrativo, debería darse toda la prioridad al Derecho administrativo en la gestión de los macroriesgos, manteniéndose el carácter subsidiario del Derecho penal apoyado en el principio de lesividad exigible por cada hecho individual. Por este motivo no deben admitirse en Derecho penal delitos que responden a formas de razonar motivadas por la función de gestión de riesgos globales del Derecho administrativo, como son los delitos de acumulación y el principio de precaución, dado que no permiten una atribución de responsabilidad individual por la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, de suficiente entidad como para fundamentar la intervención penal.

7. CONCLUSIONES

El principio de subsidiariedad cobra especial importancia en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, dado que este último

situación económica desahogada, y excesiva para quien se encuentra en una situación económica débil o delicada.

⁸⁶ Cfr. CANO CAMPOS, ob.cit., p. 219.

⁸⁷ En este sentido ZÚÑIGA, "Relaciones entre Derecho penal... ob. cit., 1431, apuesta claramente por el principio de subsidiariedad: "Lo que está claro es que las conductas de mayor dañosidad social permanecerían en el Derecho Penal y las más leves en el Derecho Administrativo sancionador; el problema siempre está presente en las zonas intermedias. Para estas zonas intermedias, habrá que precisar criterios claros valorativos o normativos que sirvan al legislador para decidir sobre la idoneidad de uno u otro sistema de imputación, el del injusto penal o el del injusto sancionador. Para ello, entonces, hay que aplicar indefectiblemente los principios de subsidiariedad y fragmentariedad en su genuina expresión, esto es aplicar el principio de *ultima ratio* o *extrema ratio* para la intervención penal y utilizar el Derecho Administrativo sancionador u otros recursos jurídicos y/o no jurídicos, cuando sean por lo menos igual de eficaces para conseguir el comportamiento deseado"

⁸⁸ Una parte de la doctrina diluye este principio en el de proporcionalidad, así WOHLERS, W.; "Derecho penal como *ultima ratio*... ob. cit., p. 128, aplica directamente aquí el principio de proporcionalidad; también SEHER, ¿Puede ser subsidiario...ob. cit., p. 138, considera que la proporcionalidad de la amenaza tiene que ver con la relevancia de la norma lesionada, de manera que las consideraciones de proporcionalidad adquieren carácter normativo, y no meramente empíricos en cuanto a la eficiencia de la norma.

también supone una manifestación del *ius puniendi* estatal, que ha ido adquiriendo un desarrollo extremo en la sociedad postindustrial y del riesgo. Parece claro por tanto, que el principio de subsidiariedad debería dar lugar a una política punitiva claramente diferenciada en la utilización de una y otra rama del Derecho. Sin embargo en las últimas décadas asistimos al fenómeno contrario. El debilitamiento del principio de subsidiariedad influye en que las fronteras entre Derecho penal y Derecho administrativo estén desdibujadas, y sean, por así decirlo, permeables. Esta permeabilidad ha propiciado un proceso de “administrativización” del Derecho penal, pero también, según se señala desde la doctrina administrativa, a una “penalización” del Derecho administrativo.

El empleo del Derecho penal en ámbitos tradicionalmente reservados al Derecho administrativo, especialmente en lo relativo a la gestión de riesgos derivados de la complejidad técnica de las sociedades actuales, relegando el principio de intervención mínima, se viene denominando “expansión” del Derecho penal. Este se ve impelido a modificar sus presupuestos clásicos de aplicación, con la finalidad de poder adaptarse a la punición del riesgo exigida por los tipos penales surgidos de la tendencia expansiva.

La exigencia de respeto al principio de ofensividad debe ser un criterio de primer orden para diferenciar entre ilícito penal e ilícito administrativo. La confusión de planos (y valores) que supone el empleo del Derecho penal para castigar conductas que no alcanzan un mínimo de desvalor debido a su falta de capacidad para afectar de modo relevante al bien jurídico, no solo afecta a las relaciones entre ambas disciplinas y hace recaer sobre el autor los efectos negativos de la intervención penal, sino que también puede tener el efecto paradójico de debilitar la protección del bien jurídico

En el ámbito del medio ambiente la protección frente a múltiples acciones cuya repetición puede dar lugar a la lesión del bien jurídico, pero que de forma individualizada no reúnen una mínima capacidad lesiva, debe residir en el Derecho administrativo y no en el Derecho penal, motivo por el cual el art. 325 CP no debe interpretarse como un delito acumulativo.

El principio de precaución es relevante en el Derecho internacional y en el Derecho administrativo, pero no parece admisible en el ámbito de la tipificación penal porque ya ni siquiera hablaríamos de delito de peligro, sino de delito de incertidumbre.

Las críticas a los delitos acumulativos y la incertidumbre sobre el riesgo del principio de precaución, hacen del derecho penal un instrumento inadecuado para la protección directa del clima. El Derecho penal puede intervenir cuando las conductas individuales reúnen un mínimo de peligrosidad que

supere el riesgo permitido, y siempre de manera subsidiaria al Derecho administrativo, mucho mejor pertrechado para la gestión de riesgos globales y para enfrentarse a las grandes cifras.

La clásica discusión en torno a si la distinción entre ilícito penal y administrativo es cuantitativa o cualitativa parece ya agotada, por lo que en los últimos años se ha prestado especial atención a la distinta función que tienen asignada, al compromiso de cada una con el principio de ofensividad y las consiguientes técnicas de tutela, y a la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad en la aplicación de las sanciones según la gravedad del ilícito.

Mientras que el Derecho penal tiene como función principal la protección de bienes jurídicos, al Derecho administrativo le corresponde la organización y regulación de sectores de actividad. La valoración de la antijuricidad material es una condición básica de la punición de la conducta. Cuando una norma penal se conforma con una mera antijuricidad formal, estamos de nuevo ante una característica de la denostada administrativización del Derecho penal. La mayor gravedad en su conjunto que implica la reacción penal, debe fundamentarse, sobre la base del principio de proporcionalidad y lesividad, en una mayor relevancia social de las conductas prohibidas penalmente.

Combinando los diferentes fines y el diferente régimen jurídico del Derecho penal y del Derecho administrativo, debería darse toda la prioridad al Derecho administrativo en la gestión de los macroriesgos, manteniéndose el carácter subsidiario del Derecho penal apoyado en el principio de lesividad exigible por cada hecho individual. Por este motivo no deben admitirse en Derecho penal delitos que responden a formas de razonar motivadas por la función de gestión de riesgos globales del Derecho administrativo, como son los delitos de acumulación y el principio de precaución, dado que no permiten una atribución de responsabilidad individual por la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, de suficiente entidad como para fundamentar la intervención penal.

8. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R.; “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en *ADPCP* 2001, pp. 143 a 174

ALONSO ÁLAMO, M.; “Trama de la vida y protección penal del ambiente”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, 2011, pp. 47 a 92

ANARTE BORRALLO, E.; “Criterios objetivo-normativos de imputación en la jurisprudencia penal alimentaria”, en BOIX REIG, J/BERNARDI, A, (dirs.) *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 381-415.

ARENAS HIDALGO, N.; “El cambio climático y los desplazamientos de población. La migración como estrategia de adaptación”, en GILES CARNERO (Coord.) *Cambio climático, energía y derecho internacional: perspectivas de futuro*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 221 a 235.

BAÑO LEÓN, J.M.; “El principio de precaución en el Derecho público”, en BOIX REIG, J/BERNARDI, A, (dirs.) *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 29-41.

BAUZÁ MARTORELL, F. J, “Presentación”, en BAUZÁ MARTORELL, F. J.(Dtor); *Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Barcelona, ed. Wolkers Kluwer SA, 2016, pp 11-12

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; en DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE (Coords) *Curso de Derecho Penal. Parte General.*, 3ª ed., ediciones Experiencia, Barcelona, 2016.

BUSTOS RUBIO, M.; *Delitos acumulativos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BOIX REIG, J; “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in ídem*”, pp. 65-100, en BOIX REIG, J/BERNARDI, A, (dirs.) *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 65-100.

CANO CAMPOS, T.; “El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador”, en BAUZÁ MARTORELL, F. J.(Dtor); *Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Barcelona, ed. Wolkers Kluwer SA, 2016, pp. 207-236.

CASTELLÓ NICÁS, N.; “Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del código penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma 5/2010 de 22 de junio)”, en CASTELLÓ NICÁS (dir), *El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; .L.; *Derecho penal español. Parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DOVAL PAIS, A.; “Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto”, en BOIX REIG, J/BERNARDI, A, (dirs.) *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 341-379.

DOVAL PAIS, A.; “Vagas ofensas. Algunas cuestiones metodológicas que plante la moderna intervención penal”, en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 67 a 80.

ESCOBAR VÉLEZ, S.; “El traslado del principio de precaución al Derecho penal en España”, en *Revista Nuevo Foro Penal* Vol. 6, No. 75, julio-diciembre 2010, pp. 15-40, Universidad EAFIT, Medellín.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.; “Sobre la *administrativización* del derecho penal en la *sociedad del riesgo*. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, n° 19, 2007, pp. 101 a 152

FRISCH, W.; “Derecho penal y protección del clima”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, octubre 2015 4/2015

FUENTES OSORIO, J.L.; “Formas de anticipación de la tutela penal”, en *RECPC* 08-08 (2006)

GARCÍA RIVAS, N.; “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, en Boix Reig, J/Bernardi, A, (dirs.) *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 417-464, y en *Revista de Derecho Penal y Criminología* n° 15 (2005), págs. 55-94

GILES CARNERO, R.; “El cambio climático como riesgo y amenaza para la seguridad: derivaciones en el desarrollo del régimen jurídico internacional en materia de clima”, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 18, n° 36. Segundo semestre de 2016. Pp. 315-338

GNÜCHTEL, R.; “Klimawandel: Konflikte und Kriminalität. Eine neue sicherheitspolitische Herausforderung im 21. Jahrhundert”, en *MschKrim*, Heft 1, 2013, pp. 14 a 29.

GÓMEZ LANZ, J.; “Liberalismo jurídico-penal y punición de los ataques al sistema climático: la razonable impunidad de los ataques al sistema climático

en el contexto de un derecho penal liberal” (1), en *Diario La Ley*, N° 8498, Sección Tribuna, 11 de Marzo de 2015

GÓMEZ RIVERO, M.C.; “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Nociones fundamentales de Derecho Penal*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 425-463.

GÓMEZ RIVERO, Mª.C.; “Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo”, en *Revista General de Derecho Penal* núm. 9, 2008, pp. 1 a 45.

GÓRRIZ ROYO, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325, 326, 326 bis, 327 y 328 CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1001-1045.

HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995

HEFENDEHL, R.; Derecho penal medioambiental: ¿por qué o cómo?, en Estudios Públicos, 110 (otoño 2008), Santiago de Chile

HEINE, G.; “Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente”, *ADPCP* 1993, tomo 1, pp. 289-315.

HORTAL IBARRA, J.C.; “La expansión del Derecho penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El delito ecológico como ejemplo”, en Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 1083 a 1093

KUHLEN, L.; «Umweltstrafrecht, auf der Suche nach einer neuen Dogmatik», *ZStW*, 105 (1993), pp. 697 a 726

MATALLÍN EVANGELIO, A.; “Protección penal de la biodiversidad (Arts. 332, 334 y 33 CP)”, en González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1047 a 1071

MENDOZA BUERGO, B.; “Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro”, en Romeo Casabona (Ed), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU y ed. Comares, 2004, pp. 435-473.

MENDOZA BUERGO, B.; *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada 2001

MÜLLER-TUCKFELD, J.C.; "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", (trads. Iñigo/Pastor/Ragués) en *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Tomares, Granada, 2000, pp. 507 a 530

MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial.*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2015

MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, en *Manual de Derecho penal medioambiental*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

MUÑOZ MACHADO, S.; *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo XII. Actos administrativos y sanciones administrativas*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015

OLMEDO CARDENETE, M.; "Principales novedades introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo en los delitos contra el medio ambiente, flora, fauna y animales domésticos", en MORILLAS CUEVAS (dir) *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 272015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 767 a 78

PAREJO ALONSO, L.; "La deriva de las relaciones entre los derechos administrativo y penal. Algunas reflexiones sobre la necesaria recuperación de su lógica sistemática", en *DA. Revista de Documentación Administrativa*, nº 284-285, mayo-diciembre, pp. 273-304

PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C.; "Reflexiones y críticas sobre el pensamiento de la acumulación", en *La Ley Penal*, Nº 128, 2017

PRITTWITZ, C.; "El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsubsidiario? ¿ultima ratio?", (trad. Castiñeira Palou, M.T), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Tomares, Granada, 2000, pp. 427 a 446

RÍOS, L.: "Aproximación a los delitos acumulativos", en (Coord. Carlos Santiago Caramuti) *X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2013, pp.

ROBLES PLANAS, R.; "Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal", en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, (Ed. Española a cargo de Robles Planas), Barcelona, ed. Atelier, 2012, pp. 19-47

ROMEO CASABONA, CM.; *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Ed. Comares, Granada, 2005

SÁNCHEZ LÁZARO, F.G.; “Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial, en *Revista Penal* nº 24, 2010, pp. 136-150.

SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; “Sobre la aspiración a un Derecho penal subsidiario: ¿en qué medida es posible la subsidiariedad de los instrumentos penales?”, en *CPC*, núm. 111, diciembre 2013, pp. 37-67.

SCHROEDER, F-C.; “Principio de precaución, Derecho Penal y riesgo”, en Romeo Casabona (Ed), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU y ed. Comares, 2004, pp. 423-433

SANDEN, J.; “Das Vorsorgeprinzip im europäischen und deutschen Umweltrecht –Weiterentwicklung und Impulse für das international Rech”, en *Osaka University Law Review*, 2006-02, pp. 243 a 270

SEHER, G.; “¿Puede ser «subsidiario» el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico «indiscutido», en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, (Ed. Española a cargo de Robles Planas), Barcelona, ed. Atelier, 2012, pp. 129-144

SILVA DIAS, A.; “¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la ‘(in)capacidad de resonancia’ del Derecho penal con la figura de la acumulación, en *ADPC* vol. LVI, 2003, pp. 433 a 469.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *La Expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001.

SILVA SÁNCHEZ, J.M./MONTANER FERNÁNDEZ, R.; *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, Atelier, Barcelona, 2012.

SORIANO GARCÍA, J.E; “Prólogo”, en BAUZÁ MARTORELL, F. J.(Dtor); *Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Barcelona, ed. Wolkers Kluwer SA, 2016

WASSMER, “Delitos contra el medio ambiente (Environmental Crimes)”, en *Revista Penal* núm. 35, 2015, pp. 261 a 265.

WOHLERS, W.; “Derecho penal como *ultima ratio*. ¿Principio fundamental del Derecho penal de un Estado de Derecho o principio sin un contenido expresivo propio?”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la*

fundamentación del castigo, (Ed. Española a cargo de Robles Planas), Barcelona, ed. Atelier, 2012, pp. pp. 109-128.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L; “Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador?”, en Libro *Homenaje a Marino Barbero Santos*, 2001, pp. 1417 a 1444.