

LUIS GONZALEZ GUITIAN

Universidad de Santiago de Compostela.

**Sobre la accesoriadad del Derecho Penal en la protecci3n
del ambiente.**

SIGLAS Y ABREVIATURAS

- ADPCP = *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.*
Am. Crim. L. Rev. = *American Criminal Law Review.*
CPC = *Cuadernos de Política Criminal.*
DB = *Der Betrieb.*
DJ = *Documentación Jurídica.*
DÖV = *Die Öffentliche Verwaltung.*
DVBl = *Deutsche Verwaltungsblatt.*
EPC = *Estudios Penales y Criminológicos.*
JZ = *Juristenzeitung.*
NJW = *Neue Juristische Wochenschrift.*
NSZ = *Neue Zeitschrift für Strafrecht.*
RDP = *Revista de Derecho Público.*
StGB. LK = *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1986.*
ZRP = *Zeitschrift für Rechtspolitik.*
ZStW = *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.*
- Las revistas se citan por año y página.

Cuando en 1983 el legislador español se decidió a introducir en el Código Penal un precepto dedicado a la tipificación del comúnmente denominado delito ecológico, optó por utilizar la técnica de la ley penal en blanco para la construcción del tipo correspondiente. De esta manera, las emisiones o vertidos que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente los recursos naturales que en el art. 347 bis se mencionan, si se realizan sin infracción de las normas protectoras del ambiente serán, sin más, atípicas. La técnica empleada por el legislador español plantea una vez más y con especial interés -por las características propias de la protección jurídica del ambiente- la cuestión de la accesoriedad del Derecho penal con relación al Derecho administrativo.

En la doctrina española ha sido Mestre Delgado quien ha planteado más recientemente el problema con relación a este delito concreto. Sus argumentos en favor de la autonomía del Derecho penal con respecto al Derecho administrativo en la protección del ambiente parten de su descripción del art. 347 bis como muestra de una perturbación de las funciones que el Estado de Derecho asigna al Derecho penal, en cuanto que en estos preceptos -se dice- la sanción penal no se dirige a reprimir la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino a respaldar el cumplimiento del ordenamiento administrativo, en cuyo ámbito se encuentran otros bienes jurídicos cuya protección el legislador ha considerado de menor trascendencia. "Si cada tipo penal -dice Mestre- delimita con claridad el bien jurídico que protege y

la agresión al mismo que reprime, el hecho de que esa lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido se haya realizado con respeto o infracción de normas administrativas tiene una relevancia secundaria, de la que no puede depender el ejercicio de la acción protectora propia del ordenamiento penal" (1). La conclusión, aplicada al art. 347 bis, en el que el autor citado ve un claro ejemplo de este problema, sería que el hecho de que la conducta se haya realizado contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del ambiente "no sólo carece de trascendencia para definir la agresión que el legislador considera intolerable a los bienes jurídicos que quiere proteger con esta norma, ...sino que, además, su inclusión en el tipo distorsiona gravemente la eficacia de la protección penal: resultaría intolerable que la realización de vertidos que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones medioambientales fuese atípica tan sólo porque su autor no hubiera contravenido ningún texto, legal o reglamentario, protector del medio ambiente" (2).

La cuestión, que es de enorme interés, no es nueva: en los últimos tiempos se viene planteando regularmente sobre el caso concreto del delito ecológico. No se puede negar, en efecto, la existencia de constantes críticas sobre esta relación de accesoriadad administrativa que viene caracterizando a la protección penal del ambiente (3). Para empezar, la propia idea de accesoriadad supone introducir en el Código penal una técnica más propia del Derecho penal especial o, para decirlo más crudamente, característica de un Derecho penal "de segunda categoría", con todo lo que ello implica de introducir en el corazón del sistema penal una idea que le es extraña. Mientras el Derecho penal está dedi-

(1) Mestre Delgado, *ADPCP* 1988, 523 s.

(2) Mestre Delgado, *ADPCP* 1988, 524.

(3) Una síntesis de estas críticas está recogida en Winkelbauer, *DÖV* 1988, 723 s. Cfr. Horn, *NJW* 1981, 1; Albrecht Heine Meinberg, *ZStW* 1984, 950 ss.

cado a la protección de bienes jurídicos y, por lo tanto, tiene que ocuparse de los ataques a esos bienes -en este caso, el bien jurídico ambiente-, el Derecho administrativo regula la utilización del ambiente. Si el Derecho penal se ata al Derecho administrativo -se dice- se degradaría a pura norma de castigo de ataques dirigidos contra intereses administrativos, con la consecuencia de que el ámbito de protección penal ya no estaría trazado por el legislador penal, sino por el legislador administrativo. Trasladado esto a la práctica concreta, las condiciones de aplicación del precepto penal estarían en manos de los órganos administrativos correspondientes. De ahí la observación ya clásica de que estas leyes en blanco ponen al Derecho penal "en manos de legisladores autonómicos, Ayuntamientos, organismos de la Administración y Tribunales administrativos", con la previsible consecuencia, por las deficiencias de la actuación administrativa en este campo, de que se abran "espacios libres de punición" en los delitos ecológicos (4).

Dejando aparte por un momento el problema de la ineficacia administrativa, lo que está en el fondo de estas críticas es el temor a que la protección penal del ambiente se diluya en la medida en que la dependencia administrativa del Derecho penal pueda relativizar la protección de ese importante bien jurídico. Ahora bien, no se puede ocultar que esta crítica parte de la radical separación entre un legislador penal, que se ocuparía de bienes jurídicos importantes, y un legislador "técnico", para los asuntos administrativos. Legislador no hay más que uno, que a partir de su legitimación democrática y en el ámbito de las competencias que le otorga la Constitución y cumpliendo los postulados del Estado social de Derecho, aprueba leyes administrativas y penales (5). Con ello se quiere poner de manifiesto que el

(4) Lackner, *StGB*, vor § 324.2a; Sander, *DB* 1980, 1.252.

(5) Breuer, *NJW* 1988, 2.077. De opinión similar, Winkelbauer, *DÖV* 1998, 724. Sobre esa visión idealizada de un autónomo legislador penal, Kühn, *Festschrift Lackner*, 1987, 825.

hecho de que cada una de ellas tenga un ámbito distinto de aplicación no impide la consideración de que ambas participen en una tarea común y que están unidas por un vínculo al que no se puede renunciar.

Este vínculo nace del hecho indudable (6) de que el hombre "vive en el ambiente", está unido inseparablemente a él, bebe y utiliza el agua, respira, se mueve sobre el suelo, produce ruidos, actividades que, como tal, evidentemente no pueden ser prohibidas. Industria y agricultura se desarrollan "en y con el ambiente"; no podrían existir sin su utilización. El ambiente, como bien jurídico protegido, se caracteriza, pues, por su relatividad y por su disponibilidad, ya que existe la necesidad de utilizarlo por lo menos hasta un cierto punto. Ello implica que el ambiente está sometido -más exactamente: los recursos naturales están sometidos- a una serie de toma de decisiones de planificación y de gobierno, de medidas de explotación y de distribución, típicas de un Estado social (7), que se plasman en una serie de normas administrativas que están dirigidas de modo primario a los órganos de la Administración y sólo de modo secundario a los ciudadanos y que no pueden corresponder directamente a los Tribunales penales (8). Todas esas actividades pueden ser punibles sólo en determinadas circunstancias y con determinados criterios. La tarea del legislador es precisamente fijar esas circunstancias y esos criterios que coordinen las necesidades de utilización y las exigencias de protección del ambiente. Y el instrumento básico para ello son las normas administrativas. Una compleja red de disposiciones administrativas forma así la base sobre la que se articulan las reglas de juego de la utilización del ambiente.

(6) Para lo que sigue, cfr. Dahs Redecker, *DVBl* 1988, 804.

(7) Breuer, *NJW* 1988, 2.076; Möhrenschrager, en Meinberg Möhrenschrager Link (Hrsg.), *Umweltstrafrecht*, 1989, 292.

(8) Papier, en Papier Kessal, *Umweltschutz durch Strafrecht?*, 1987, 5.

El legislador, al elaborar las normas penales protectoras del ambiente no está, por tanto, en un espacio jurídico libre, sino que se encuentra en un terreno ocupado por las normas administrativas (9). En esta tarea de protección ambiental, pues, han de actuar conjunta y coordinadamente el Derecho penal y el Derecho administrativo ya que difícilmente podrá actuar el Derecho penal "en el vacío", sin la referencia a las normas administrativas que son las que regulan el citado conflicto de intereses entre la utilización y la protección del ambiente. En esta labor coordinada, el Derecho penal tendrá que ser accesorio, lo que quiere decir que su nivel de protección estará en función de los criterios administrativos: el Derecho penal "flanquea y complementa" la normativa administrativa protectora del ambiente (10).

La doctrina dominante entiende que hoy por hoy un Derecho penal realmente separado del Derecho administrativo sería anacrónico y no aceptable para un Estado de Derecho (11). Las razones pueden buscarse, por ejemplo (12), en el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que obliga a una relación estrecha con el aparato normativo de protección, principio reflejado, además, en los de claridad de las normas y ausencia de contradicciones en el ordenamiento jurídico. Ello impide, por tanto, que el Derecho penal pueda considerar punible una conducta que adminis-

(9) Breuer, *DÖV* 1987, 178; Rogall, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, 521.

(10) Möhrenschrager, *op. cit.*

(11) Breuer, *DÖV* 1987, 178.

(12) Cfr., entre otros, Breuer, *DÖV* 1987, 176 y *NJW* 1988, 2.076; Laufhütte Möhrenschrager, *ZStW* 1980, 919; Cramer, en Schönke Schröder, *StGB*, vor § 324.4; Heine Meinberg, *Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichem Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?*, 1988, D121; Dahs Redecker, *DVB1* 1988, 804; Rogall, *Festschrift*, cit., 521 ss.

tratativamente es lícita (13). Por eso, ante la necesidad de mantener esta estrecha relación, un tipo penal que prescindiese de esta remisión a las normas administrativas básicas, o sería una cláusula general absolutamente imprecisa (14), cláusula que, además, no es viable en el actual "estado de la técnica" de nuestra sociedad (15), o, en todo caso, tendría que establecer también inseguros límites para descartar conductas que no pueden ser punibles (16).

Frente a lo que se ha llamado "tendencia emancipatoria" (17), pienso que la accesoriidad del Derecho penal en la protección del ambiente debe mantenerse (18). El núcleo central de los delitos ecológicos, compuestos por esas conductas -en principio- necesarias, no puede construirse sin ella. Sólo cabrán excepcionalmente tipos no accesorios para atentados ecológicos concretos derivados de actividades no socialmente admitidas y, por lo tanto, mucho más fácilmente delimitables, como podría ser, para poner un ejemplo, el caso del delito de incendio forestal. Tampoco, claro está, tendrá carácter accesorio la protección de la salud de las personas contra conductas que la pongan en peligro concreto y grave. En este caso la gravedad y la proximidad del

(13) Naturalmente, parece obvio recordar que estos principios no se pueden leer a la inversa; es decir, que no todo lo que administrativamente es ilícito ha de ser ilícito penalmente. Cfr. Samson, *JZ* 1988, 802.

(14) Dahs Redecker, *DVBt* 1988, 805; Tiedemann Kindhäuser, *NStZ* 1988, 344.

(15) Meurer, *NJW* 1988, 2.069.

(16) Heine Meinberg, *Empfehlen sich*, cit., D121.

(17) Papier, en Papier Kessal, *Umweltschutz*, cit., 5.

(18) Así es la opinión absolutamente dominante. Cfr. Meurer, *NJW* 1988, 2.071; Tiedemann Kindhäuser, *NStZ* 1988, 344; Geulen, *ZRP* 1988, 323. Cfr. también la conclusión 4, aprobada en el Congreso de Mainz (1988), en *Deutscher Juristentag, Sitzungsbericht*, 1988, L279. Cfr. también el ejemplo del Código penal austríaco, que realizó una "reforma de la reforma" (en vigor desde el 1.1.1989), para pasar a un sistema de accesoriidad, ejemplo que, dicho sea de paso y dejando aparte las insuficiencias de la regulación anterior, sirve para mostrar que no es mayor la eficacia de la protección penal autónoma. Cfr. Heine Meinberg, *Empfehlen sich*, cit., D108.

peligro para la salud humana deberán prevalecer sobre el interés ambiental. Es decir, no se trataría ya de un delito ecológico, sino de un autónomo delito de peligro común (19). No me parece, en cambio, oportuno conceder este predominio a los casos en que la conducta integra un supuesto de peligro hipotético para la salud. En estos casos se tratará de un delito ecológico (accesorio, por tanto) y sobre esta base el peligro hipotético para las personas podrá formar parte, en su caso, de un tipo agravado de delito ecológico.

Por tanto, me parece que en realidad el problema que debe plantearse no es el de si el Derecho penal de protección ambiental debe ser accesorio o no, sino el de cómo debe articularse la accesoria (20). Dicho de otra forma, el problema consiste en determinar hasta qué punto la accesoria debe ser limitada por razones jurídico penales (21).

Para empezar por el principio, hay que recordar que el término *accesoria* tiene varios significados y es, en buena medida, equívoco (22). Hay, en efecto, varios grados o varias formas de accesoria.

(19) El art. 330a del Código Penal alemán, redactado bajo la impresión producida por la tragedia de Seveso, es un precepto dedicado a sancionar este tipo de conductas, aunque se inserta dentro de los delitos contra el ambiente. La doctrina alemana está, efectivamente, de acuerdo en que esos *superqualifizierte Unrechtspitzen* deben recogerse en un tipo autónomo, ya que, por principio, no pueden dejarlos impunes ni una autorización ni una normativa administrativa, Cfr. Cramer, en Schönke Schröder, *StGB*, § 330a.1; Steindorf, *StGB.LK*, § 330a.2; Tiedemann Kindhäuser, *NStZ* 1988, 342; Meurer, *NJW* 1988, 2.070. Ahora bien, en un sentido similar al expuesto en este trabajo, vid. Maurach Schröder, *Strafrecht.BT*, 1981, 44, indicando que este ejemplo de protección absoluta, desgajada de toda vinculación al Derecho administrativo se refiere precisamente a supuestos cuya inclusión dentro de los preceptos destinados a la protección del ambiente es, por lo menos, discutible.

(20) Breuer, *NJW* 1988, 2.078.

(21) Rogall, *Festschrift*, cit., 523 s.

(22) Kühl, *Festschrift Lackner*, cit., 826.

a) Un primer grado de accesoriedad es el que implica la *absoluta dependencia* del Derecho penal del Derecho administrativo: son aquellos casos en los que la norma penal prescribe solamente la observancia de determinadas normas o, en su caso, decisiones administrativas; en ellos el ilícito administrativo formal es parte del tipo (23). En estos casos (24), que normalmente implican la incorporación de normas penales a las normas administrativas ambientales, la amenaza penal va dirigida hacia el mantenimiento de los *standards* administrativos y al refuerzo del control de los organismos administrativos; para decirlo en pocas palabras, al aseguramiento de la ejecución de las normas administrativas protectoras. Por esta razón, es una técnica especialmente utilizada en los países anglosajones, en los que faltan medios de coacción administrativa y, por tanto, las sanciones penales son prácticamente el único medio represivo disponible.

Dentro de esta idea básica hay distintas posibilidades a la hora de su realización. Por ejemplo, es posible una dependencia "de segundo grado" de la ejecución administrativa, que supone correlativamente una función de segundo rango del Derecho penal, como sucede cuando, además de realizar una conducta contra lo dispuesto en las normas administrativas protectoras, se infringe la disposición de los órganos administrativos que en uso de sus atribuciones habían concedido un período de tiempo para el cese de la conducta ilícita; sólo la segunda infracción es punible (25).

Otra posibilidad es la vinculación estricta del Derecho penal a los denominados *valores-límite* (26), valores que son establecidos por organismos altamente legitimados,

(23) Tiedemann Kindhäuser, *NStZ* 1988, 342.

(24) Resumen la extensa exposición de Heine, *ZStW* 1989, 728 ss.

(25) Así sucede en la legislación de Turquía y así sucedía, por ejemplo, en la llamada "ley anti-smog" italiana. Cfr. Heine Catenacci, *ZStW* 1989, 165.

(26) Sistema utilizado en Estados Unidos, Japón, Dinamarca, Suiza y también en Italia.

como es en Estados Unidos la *Environmental Protection Agency* (EPA). Sobre esta técnica de los *valores-límite* habrá que volver más adelante.

b) El segundo tipo de accesoriadad es el que implica una *dependencia relativa*. Esta variante responde a la idea de que se deben considerar como merecedoras de pena, no infracciones genéricas de las normas administrativas, con independencia de sus concretas repercusiones ecológicas, sino solamente las conductas ilícitas con consecuencias -al menos potencialmente- dañosas para el ambiente (27). La accesoriadad así entendida significa, por tanto, que la sanción penal no se vincula al puro ilícito administrativo formal; la ilicitud administrativa es condición necesaria pero no suficiente de la punibilidad. La intervención penal estará, pues, indicada cuando entre en juego un desvalor de acción o de resultado, adicionales y cualificados, es decir, que van más allá del puro ilícito administrativo (28). La sanción penal no es aquí "un mero refuerzo" de la norma administrativa.

Dentro de este modelo de accesoriadad hay que distinguir según la dependencia se establezca con respecto al *Derecho* administrativo o al *acto* administrativo. Hay, además, una tercera posibilidad, menos relevante, que es la accesoriadad *conceptual*, que supone la introducción de términos administrativos en el Derecho penal. El problema que presenta esta última modalidad es, no tanto el de las posibles dificultades de interpretación de estos conceptos -nada familiares por su carácter técnico para el juez penal-, como el de la movilidad terminológica, que en materia de protección ambiental es grande, al compás de la rápida evolución de los conocimientos en este campo, y que puede provocar modificaciones y reformas en las normas administrativas,

(27) Heine, *ZStW* 1989, 731.

(28) Breuer, *NJW* 1988, 2.077.

más flexibles y preparadas para ello, con los consiguientes desajustes en el campo penal (29).

Dejando aparte esta concreta forma de accesoriedad, cabe distinguir varios grados en el modelo de dependencia relativa: el grado más fuerte de vinculación es aquel en el que la lesión de deberes jurídico-administrativos es elemento adicional de la tipicidad: el ilícito administrativo formal y/o material pertenece así al propio tipo de injusto -si se prefiere, a la propia materia de prohibición penal-; el grado más débil de vinculación se dará cuando todo el contenido del tipo de injusto -o toda la materia de prohibición- está establecido por el Derecho penal: la intervención administrativa será sólo una causa de justificación y, como tal, una posibilidad excepcional a aplicar sólo en casos concretos (30). El primer caso da lugar a lo que, como más arriba se indicaba, se puede considerar accesoriedad de *Derecho* administrativo; el segundo será una accesoriedad de *acto* administrativo (31). El primer caso es un ejemplo de ley penal en blanco; el segundo no tendrá esta consideración (32).

En el primer caso, el tipo penal establece como delito la infracción de deberes que están descritos en las normas administrativas; en el segundo la ley penal remite a un acto concreto de la Administración: un permiso o una autorización concretamente dirigidos al sujeto activo. En este segundo caso, la evidente ventaja de la claridad y de la concreción de los deberes que incumben al sujeto activo tiene como contrapartida el no menos evidente hecho de que el

(29) Winkelbauer, *Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, 1985, 11 s.; Rogall, *Festschrift*, cit., 522.

(30) Tiedemann Kindhäuser, *NStZ* 1988, 342.

(31) Rogall, *Festschrift*, cit., 522; Heine, *ZStW* 1989, 731.

(32) Breuer, *DÖV* 1987, 169. Cfr. Winkelbauer, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, cit., 13, con algunas matizaciones. De este hecho un sector de la doctrina alemana obtiene la conclusión de que en el segundo caso estrictamente no se puede hablar ya siquiera de accesoriedad administrativa. Cfr. Krey, *Strafrecht.BT*, 1, 1989, 321, citando como ejemplo el art. 324 StGB.

Derecho penal se ha de adaptar a una difusa y poco clara práctica de los organismos administrativos competentes, práctica que ha dado sobradas pruebas de que abre más interrogantes de los que cierra (33), por lo que es hacia esta variante de la accesoriedad contra la que se dirigen fundamentalmente las críticas de la doctrina penal, que le achaca el que trasplanta al Derecho penal el "déficit de ejecución" del Derecho administrativo en materia de protección ambiental (34), siendo así la causante de que se abran "espacios libres de punición" en la intervención del Derecho penal frente al delito ecológico (35).

A través de esta dependencia del acto administrativo se pone de manifiesto, en efecto, ese hecho ya mencionado más arriba de la escasa actividad de los órganos administrativos en la persecución de las conductas potencialmente dañosas para el ambiente. Este es un hecho constantemente denunciado por la doctrina alemana, que ve como el Derecho administrativo ambiental se ha convertido en un Derecho administrativo económico y que hoy en el control de industrias contaminantes o de almacenamiento de residuos o, en general, de muchas actividades peligrosas para el ambiente domina el punto de vista de la política económica o del mercado de trabajo. La actividad de los organismos de control es esencialmente de cooperación, más que de vigilancia "distanciada": modificaciones y ampliaciones de las instalaciones industriales o actividades industriales imprevistas se realizan en la práctica con una estrecha colaboración entre los propietarios de la empresa y los organismos administrativos. El inspector de un organismo administrativo, que durante muchos años ha estado comprobando, sobre la base de un formulario, si los filtros de una industria se ajustan a las normas, tiene una concepción del problema

(33) Heine, *ZStW* 1989, 731.

(34) Papier, en Papier Kessal, *Umweltschutz*, cit., 5.

(35) Lackner, *StGB*, vor § 324.2a.

que se puede presentar cuando surge una emisión ilegal esencialmente distinta a un funcionario de policía que se acerca a ese problema con una orden judicial para comprobar si hay una conducta constitutiva de delito (36). Esta es una realidad que no alcanzan a desvirtuar las ironías de algún autor sobre las quejas del "peligro para el bienestar colectivo por una *non sancta* alianza entre intereses privados y funcionarios inactivos" (37), ya que los datos muestran una y otra vez que, ciertamente por un problema no personal sino realmente estructural, hay muy escaso interés administrativo en la represión de estas conductas. Dicho de otra forma, que la Administración con los órganos judiciales coopera poco, mientras que con los destinatarios de la norma -generalmente los empresarios- coopera demasiado (38).

En cuanto a la accesoriadad de *Derecho*, es la que la mayoría de la doctrina considera irrenunciable en los términos que antes se ha expuesto (39), a los que siempre se puede añadir que por este camino resulta más viable cerrar los espacios libres de punición que se abren en el campo de la actividad industrial por la actuación *informal* de la Administración (40). Claro está que para ello es preciso -y este es el más grave problema que presenta esta técnica, problema nada fácil de solucionar- que los deberes correspondientes que debe observar el ciudadano estén determinados con precisión en las normas administrativas (41). Como es bien sabido, no es este el caso del Derecho español.

Con ello se vuelve al principio: el art. 347 bis es un tipo penal en blanco; plantea esencialmente una relación de accesoriadad de *Derecho* administrativo. Con ello también

(36) Geulen, *ZRP* 1988, 323.

(37) Breuer, *DÖV* 1987, 169.

(38) Kaiser, *Kriminologie*, 1988, 792; Albrecht, en Kaiser et al., *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 1985, 500.

(39) Cfr. también, Geulen, *ZRP* 1988, 324 s.

(40) Heine, *ZStW* 1989, 732.

(41) Heine, *op. cit.*

se vuelve a las críticas apuntadas. Pero ahora hay que añadir las opiniones de quienes, partiendo del hecho de que, en muchos casos, la remisión que hace el precepto a las normas administrativas implica, en realidad, una referencia a una autorización (42), proponen abiertamente la sustitución de la remisión genérica -de la técnica del tipo penal en blanco- por la simple mención de la falta de autorización o de la licencia (43). Naturalmente esta alternativa habrá de plantearse para un futuro no muy cercano, porque hoy por hoy en la normativa vigente falta en no pocos casos toda referencia a autorizaciones y licencias, por lo que el peligro de vaciar un tipo construido sobre ellas sería evidente (44). Por lo demás, tampoco cabe olvidar -y de ahí el "esencialmente" antes utilizado- que el art. 347 bis utiliza como base del tipo agravado la realización de la actividad básica sin haber obtenido la licencia empresarial o falseando u ocultando datos a la actividad inspectora de la Administración. Es decir, el legislador español ha confiado al tipo agravado la función de refuerzo -ahora sí- de la actividad de control que debe realizar la Administración. No es objeto de este trabajo analizar los problemas que plantea el tipo agravado. Ahora corresponde tan sólo, revisar aunque sea muy someramente la viabilidad de algunas propuestas que se formulan para superar esa actual relación de accesoriadad de Derecho administrativo que define al tipo básico del art. 347 bis.

Sobre los problemas de sustituir esta accesoriadad de Derecho por una accesoriadad del acto administrativo, basada en la actividad realizada sin autorización, ya se ha indicado algo. Baste, por tanto, añadir que la experiencia de diez años de vigencia de los tipos del StGB alemán dedicados a la punición del delito ecológico no ha sido satisfactoria en este punto y la opinión abrumadoramente mayoritaria de

(42) Bacigalupo, *EPCV* (1980), 205.

(43) Cuesta Arzamendi, *DJII*, 1983, 219.

(44) Como reconoce el propio Cuesta, *op. cit.*

la doctrina, reflejada no hace mucho en los debates de la reunión de Mainz de los juristas alemanes, va encaminada en el sentido contrario: sustituir el sistema vigente, básicamente construido sobre la accesoriedad del acto administrativo, por un sistema elaborado sobre deberes descritos en las normas administrativas (45). Las debilidades de la protección penal que la doctrina alemana atribuye al tipo de accesoriedad hasta ahora vigente, parecen aconsejar la utilización de otro camino.

Un medio propuesto hace ya algunos años para afianzar la eficacia de la actividad administrativa, que se discutió durante algún tiempo para caer en el olvido (46) fue el sistema de *Prüfstellen*, o centros de inspección, sistema planteado por el *Alternativ-Entwurf* (47). Consistía en un centro de inspección federal, con numerosas secciones de carácter regional, con la función de examinar determinados procesos de producción peligrosos para la salud humana (48) y de suministrar al ciudadano la información necesaria para que su conducta se mantuviese dentro de los límites de lo permitido.

El sistema fracasó, entre otras cosas, porque exigía una reorganización demasiado importante del aparato administrativo (49), de forma que pronto se vió con claridad que las condiciones imperantes dejaban "relativamente escasas posibilidades" de que el sistema se hiciera realidad. En cualquier caso, la doctrina, pese a los esfuerzos de sus pro-

(45) Cfr. Heine Meinberg, *Empfehlen sich*, cit., D163.

(46) Inmerecidamente, según Eser, *RDP* 1985, 636. También opinión favorable en Krusche, *ZRP* 1985, 307. En la doctrina italiana, Fiandaca Tessitore, en Neppi Modona et al., *Materiali per una riforma del sistema penale*, 1984, 53.

(47) Artz et al., *Alternativ-Entwurf.BT*, 1971, 51 s. Ampliamente, Backes, *JZ* 1973, 340 s.; Horn, *Festschrift Welzel*, 1974, 719 ss.

(48) Debe tenerse en cuenta que el *Alternativ-Entwurf* hacía especial hincapié en la protección de la salud, más que en la defensa del ambiente.

(49) Por todos, Leibinger, *ZStW* 1978 (Beiheft), 81.

motores, había manifestado sus dudas sobre el sistema, en cuanto existía el peligro de que estos órganos administrativos se convirtieran en un "juez previo al juez penal", sin ser independientes y sin ofrecer esenciales garantías procesales (50).

Mucho más interés demuestra hoy la doctrina alemana -apoyada, claro está, en el hecho de que (a diferencia de lo que sucedía con los centros citados) su legislación da pie para ello- por el sistema de los llamados *valores-límite*, como medio para fijar un instrumento objetivo de delimitación del marco mínimo de lo punible (51). La idea también ha prendido en la doctrina española, que ve en ese sistema un medio más seguro que el excesivamente impreciso del vigente art. 347 bis (52). Según esta técnica, dichos valores-límite establecerían el marco de la prohibición absoluta de contaminación, por lo que toda conducta que rebasara ese marco, siempre, claro está, que se den los otros elementos del delito, sería penalmente sancionable.

La idea es, en principio, sugestiva por la relativa precisión del ámbito de prohibición, por la facilidad de prueba y por la posibilidad que parece ofrecer de mantener unos *standards* unitarios, pero no deja de presentar problemas (53). En efecto, vincular la intervención penal a unos valores-límite implica hacer frente a varias cuestiones distintas.

La primera es la determinación de quién fija esos valores. La respuesta más inmediata sería que sólo los puede fijar la Administración, porque precisamente la normativa administrativa es la que tiene -o debe tener- al día el "estado

(50) Kühn, *Festschrift Lackner*, cit., 841.

(51) Sack, *NJW* 1980, 1.425; Tiedemann, *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts*, 1980, 23; Tiedemann Kindhäuser, *NStZ* 1988, 344 s.; Krusche, *ZRP* 1985, 307; Meurer, *NJW* 1988, 2.071.

(52) Cuesta Arzamendi, *CPC* 1982, 660; Mestre Delgado, *ADPCP* 1988, 526.

(53) Heine *ZStW* 1989, 730.

de la técnica" y sus repercusiones sobre el ambiente. El problema es que con ello la accesoriedad se mantendría, atado ahora el Decreto penal a unas normas que delimitarían rígidamente el ámbito de prohibición. Seguramente por eso, la doctrina -y especialmente la española- exige que esos valores-límite sean "independientes de las disposiciones administrativas" (54). En verdad, ese sería un buen medio -probablemente el único medio- de delimitar tipos penales autónomos en este campo. Sin embargo, la doctrina mayoritaria manifiesta sus dudas sobre la creación de valores-límite independientes en el campo penal, que tendrían que estar lógicamente por encima de los administrativos, por la inaceptable complicación jurídica a que conducirían y porque no podrían comprender las exigencias de una protección diferenciada del ambiente (55). Pero, además, se señalan desde otro punto de vista los problemas prácticos que plantea esta técnica de los valores límite: primero, el poco conocimiento científico-natural de los efectos de los vertidos, segundo, la toma en consideración de aspectos técnicos y económicos; tercero, el respeto a las peculiaridades locales. De todo ello nace el peligro de que se tienda a poner estos valores-límite demasiado alto, con lo que sólo quedaría penalmente prohibido un campo reducido de conductas (56).

Por otra parte, lo que se presenta como clara determinación de un marco infranqueable dista mucho de estarlo

(54) Cuesta Arzamendi, *op. cit.*, Tiedemann, en Beristain Cuesta (eds.), *La droga*, cit., 298; Cfr., sin embargo, Tiedemann Kindhäuser, *NStZ* 1988, 345.

(55) Dölling, *ZRP* 1988, 336; Meurer, *NJW* 1988, 2.071; Dreher Tröndle, *StGB* § 324.5 (que pone el ejemplo de que se crearían problemas de impunidad: por ejemplo, no se podría castigar el vertido en agua ya contaminada por encima del límite) y 325.11; Dudoso, Hermann, *ZStW* 1979, 304 s.

(56) Heine, *ZStW*, 1989, 730 s.; Heine Meinberg, *Empfehlen sich*, cit., D122. De otro lado, como se ha señalado, una real protección del ambiente exigiría unos límites demasiado bajos. Cfr. Dölling, *op. cit.*

en la práctica. En la práctica alemana, por ejemplo, se cruzan bajo el término valores-límite (*Grenzwerte*) cosas distintas como son los valores máximos (*Höchwerte*) o los valores medios (*Durchschnittswerte*) o sencillamente valores indicativos (*Richtwerte* o *Zielvorstellungen*). Además, en vez de los valores máximos o junto a ellos (57), pueden utilizarse también los valores de control (*Überwachungswerte*) (58), que son un instrumento más flexible que el de los rígidos valores máximos, pero que en su flexibilidad llevan también su principal problema, porque ni es fácil determinar cómo se mide (¿valores de concentración? ¿valores de inmisión?) (59), ni siquiera cuándo, dónde y cuántas veces se mide (60). La doctrina alemana discute sobre cuál de los medios a emplear es más conveniente, sin que se haya llegado a una conclusión definitiva (61). Creo que lo expuesto basta para destacar las dificultades de este sistema.

Por lo demás, el desarrollo coherente de esta idea implicaría, en último término optar por la vía de la legislación especial para regular el delito ecológico. A esta conclusión llega, por ejemplo, Mestre Delgado afirmando que es "posiblemente la más indicada, toda vez que permite satisfactoriamente responder a las necesidades de constante actualización propias de aquellas conductas... y su contenido puede ser tan complejo como exija la protección del bien ju-

(57) Como sucede en algunos *Länder* alemanes. Cfr. Schuster, en Schwind Steinhilper (Hrsg.), *Umweltschutz und Umweltkriminalität*, 1986, 54.

(58) Möhrenschrager, en Meinberg Möhrenschrager Link (Hrsg.), *Umweltstrafrecht*, cit., 41 s. y en términos similares en Schwind Steinhilper (Hrsg.), *Umweltschutz*, cit., 17 s.

(59) Schuster, *op. cit.*

(60) Franzheim, *NStZ* 1987, 437.

(61) Sobre esta cuestión, que no se puede exponer aquí con detalle, ampliamente Franzheim, *NStZ* 1987, 437 ss., a completar, en el mismo número de la revista, con la opinión discrepante de Dahs, 440 s. En general, una breve exposición sobre las dificultades técnicas de estos controles, Imhoff, en Schwind Steinhilper (Hrsg.), *Umweltschutz*, cit., 63 ss.

rídico" (62). Claro está que con ello, no sólo se viene a caer en el sistema de absoluta dependencia de la sanción penal con respecto a una normativa que, según lo dicho, tiene que caer siempre bajo el control administrativo, sino que también se opta abiertamente por la vía de la legislación especial para regular el delito ecológico. Si bien esta opción es teóricamente tan defendible como cualquier otra y no hay inconveniente en reconocer sus aspectos favorables, lo cierto es que -sin entrar en un debate que desborda el alcance de estas páginas- la tradicional desatención que la legislación especial viene recibiendo en la práctica hace que la opción resulte, por lo menos, dudosa.

A todo ello hay que añadir, naturalmente, que el sistema de valores-límite sería, en todo caso, válido exclusivamente para una sola de las modalidades de delito ecológico: la que tipifica las conductas "contaminadoras", es decir, las emisiones o vertidos que los recursos naturales no pueden tolerar. Es cierto que esa es la única modalidad de delito ecológico que tipifica el Código Penal español y no es menos cierto que es en la que tradicionalmente se viene pensando cuando de delito ecológico se habla. Pero ello no debe hacer olvidar que las conductas gravemente perjudiciales para el ambiente son muchas más y que algún día la legislación penal tendrá que decidirse a hacerles frente. Para ellas, el sistema de valores-límite no servirá.

Establecida la accesoriadad del núcleo central del delito ecológico, queda por exponer la cuestión de cómo repercutirá esta accesoriadad desde el punto de vista dogmático. La respuesta dependerá de cómo se enfoque el sistema de protección penal del ambiente (63). Una posibilidad es entender que el Derecho administrativo propone por principio la prohibición absoluta de una determinada conducta

(62) Mestre Delgado, *ADPCP*, 1988, 526.

(63) Cfr. Heine Meinberg, *Empfehlen sich*, cit., D124; Tiedemann Kindhäuser, *NStZ* 1988, 343; Rengier, *ZStW* 1989, 874 s.

por considerarla esencialmente dañosa, dejando, sin embargo, abierta la posibilidad de autorizaciones excepcionales en determinadas condiciones ("*repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt*"). En ese caso, de forma correlativa, el Derecho penal reflejará esencialmente en sus preceptos la prohibición, mientras que con la cláusula "sin autorización" ("*unbefugt*") introduce la posibilidad excepcional de justificación de la conducta. El acto administrativo de autorización actúa en esos casos, por tanto, como causa de justificación.

Esto sucede, por ejemplo, con la protección del agua en el Derecho alemán (art. 324 StGB): por la excepcional importancia que se concede a este medio, desde el punto de vista administrativo todas las contaminaciones relevantes del agua están prohibidas, pero queda abierta la posibilidad de admisión en algunos casos y en determinadas condiciones de determinadas conductas que afectan a este bien ambiental.

Si, por el contrario, se parte de que el legislador, por diversas razones, no quiere llevar la protección hasta ese punto y, por tanto, no considera toda conducta con posible incidencia ambiental como generalmente perjudicial -o como inaceptablemente perjudicial-, entonces el Derecho penal no podrá, en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico, considerarla como esencialmente intolerable y prohibirla. En estos casos, el legislador considera que determinadas conductas son generalmente lícitas, por lo que no tiene la intención de prohibirlas con carácter general, y pretende sólo establecer un control sobre el peligro por medio de la comprobación de las condiciones en que esas conductas se realizan ("*präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*"). Se establece así una concordancia en el plano de la tipicidad entre Derecho administrativo y Derecho penal: los efectos de la accesoria administrativa se advierten en la propia descripción típica de la conducta. Esto sucede, siguiendo con el ejemplo del Derecho alemán,

en la protección de otro medio ambiental: el aire (art. 325 StGB). Este es el sistema seguido por el art. 347 bis del Código Penal español.

La opción hecha por el legislador español salva algunos de los problemas que se presentan en el Derecho alemán, pero abre, a su vez, otros. De ellos subrayaré aquí solamente uno: el que se deriva precisamente de la dificultad de concretar cuáles son las "Leyes o reglamentos protectores del ambiente" a los que se remite el art. 347 bis y que son la clave de esta relación de accesoriedad. Y es, además, un problema de muy difícil solución práctica, porque la normativa de protección ambiental constituye un *mare magnum* de muy difícil navegación: en muy elevado número -que no hace más que crecer- normas de toda clase se acumulan, se trenzan y se superponen en una red que pretende ser protectora y que, pese a todo, sólo es incoherente e incompleta. La accesoriedad del Derecho penal en la protección del ambiente se construye así sobre una base inestable, lo que, como es lógico, repercutirá a la hora de la (in)aplicación del precepto. Entre otras cosas, por el amplio campo que abre para la posibilidad de apreciación del error sobre esta normativa extrapenal.

Sucede, en efecto, que la abundancia y la complejidad de la normativa protectora del ambiente dejan abierta, al menos teóricamente, una amplia posibilidad de aparición del error sobre si una determinada conducta se ajusta a lo dispuesto en dicha normativa. El problema de la ineficacia constantemente denunciada del Derecho penal frente a la delincuencia ecológica se agudiza a través de esta vía. Ante ello, cabe señalar la creciente tendencia a cerrar la posibilidad de apreciación de error sobre la normativa extrapenal, tendencia que se manifiesta en tres planos distintos (64).

(64) Cfr., en general, Heine, *ZStW* 1989, 744; Heine Meinberg, *Empfehlen sich*, cit., D113.

De una parte, los Tribunales Constitucionales de algunos países comienzan a recoger la idea de que las vallas de la Constitución no deben ponerse demasiado altas en estas materias: la importancia de la amenaza ambiental y la complejidad de la regulación de una materia agitada por los cambios sociales y tecnológicos presionan hacia una rebaja en las exigencias tradicionales.

En segundo lugar, la tendencia ha pasado ya a los tribunales ordinarios. En este sentido, cabe destacar cómo la jurisprudencia norteamericana ha establecido en alguna ocasión que "donde intervienen productos peligrosos, la posibilidad de que exista una norma reguladora es tan grande, que debe presumirse que cualquiera que sea consciente de que está en posesión de ellos es consciente de la regulación" (65). Pero no se trata sólo de la jurisprudencia de los países anglosajones: la idea va prendiendo ya en el ámbito jurídico que nos es más cercano (66). Los tribunales franceses han establecido que para la condena por contaminación de agua basta con que se pruebe la procedencia de los productos contaminantes.

Y de los tribunales la tendencia ha pasado ya a los Códigos penales, con lo que -y es el tercer plano al que antes me refería- comienza a tener clara cobertura legal lo que hasta ahora era sólo una interpretación jurisprudencial dis-

(65) *US v. International Minerals and Chemical Corp.* (1971). Cfr. Comment, *Am. Crim L Rev* 1988, 535 ss., con discusión sobre el elemento esencial en este problema: el requisito de que el sujeto actúe con conocimiento ("*knowingly*") de la norma, a partir del caso *US v. Hayes International* (1986), en torno a una violación de la normativa sobre la eliminación de residuos peligrosos (*Resource Conservation and Recovery Act* de 1980), para exponer la tesis de que la decisión legislativa de terminar con la eliminación ilegal de residuos tóxicos elevando el nivel de obligaciones para quienes trabajen en ese sector, la naturaleza de esta norma, protectora de la salud pública y la naturaleza peligrosa de la conducta, indican "que los contaminadores ilegales no deberían encontrar refugio tras el escudo de la ignorancia".

(66) Cfr. Heine Meinberg, *Empfehlen sich*, cit., D113.

cutible: la ardua cuestión de si y en qué medida el destinatario de la normativa que subyace a la norma penal debe tener conocimiento de ella queda así legalmente decidida. El ejemplo más reciente es el del Código Penal austríaco, que en la reforma entrada en vigor el 1 de enero de 1989 introduce en el art. 183a, precisamente para el delito ecológico, una estricta regulación del error: podrá ser castigado por crear un peligro para el ambiente el autor que no conocía la normativa ambiental cuando por "su oficio, su ocupación u otras circunstancias" debería haberla conocido (67).

Así pues, esta tendencia parte del reconocimiento de que la norma penal depende en gran parte de la norma administrativa y se manifiesta en el expeditivo procedimiento de facilitar la aplicación de la norma penal por medio de la presunción del conocimiento de la norma administrativa. La búsqueda de la eficacia frente a la delincuencia ambiental entra así por un camino hasta ahora cerrado en nuestro sistema jurídico. El delito ecológico se convierte así en una dura piedra de toque para poner a prueba muchas características del sistema penal, trabajosamente elaboradas por el esfuerzo de la dogmática.

La primera conclusión que se puede obtener estas páginas es que -aún reconociendo que es muy acertada su descripción como "talón de Aquiles" de la protección ambiental (68)- la accesoriadad del Derecho penal en la protección del ambiente debe mantenerse. La segunda es que debe ser una accesoriadad de *Derecho* administrativo. No se oculta que ese modelo de accesoriadad presenta numerosos problemas. Con todo, un sistema así concebido me parece más practicable que el que pretende la autonomía del Derecho penal o que el que defiende una accesoriadad construida sobre el *acto* administrativo. El llevar a la práctica

(67) Sobre el delito ecológico en la nueva regulación del Código Penal austríaco, vid., por todos, Petznek, *Umweltstrafrecht*, 1989.

(68) Eser, *RDP* 1985, 643.

una eficaz protección penal del ambiente, haciendo frente a esos problemas, es una importante tarea que corresponde a los legisladores y a los tribunales. No es una tarea fácil, ciertamente, pero es que la protección del ambiente no es una tarea fácil en ningún aspecto.