

INFRACCIONES EXTRAPENALES «CUALIFICADAS» EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995: PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN

LEIRE ESCAJEDO SAN EPIFANIO

Becaria de Investigación del Gobierno Vasco,
Universidad del País Vasco/EHU.

Cátedra Interuniversitaria Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia
de Derecho y Genoma Humano (Universidad de Deusto y UPV/EHU).

SUMARIO

I. La presencia de una infracción extrapenal en la estructura típica: planteamiento y presentación de los tipos afectados. II. La especial consideración de las infracciones extrapenales cualificadas ante las exigencias del principio de legalidad. III. La delimitación material del ámbito de lo penalmente relevante en las figuras delictivas que contienen una infracción extrapenal. IV. La graduabilidad del contenido de lo injusto de las infracciones extrapenales cualificadas, en especial las que se tipifican junto a un peligro: el respeto a los principios de lesividad y culpabilidad en su interpretación. V. Conclusiones

I. La presencia de una infracción extrapenal en la estructura típica: planteamiento y presentación de los tipos afectados

Las tendencias político-criminales que inspiraron el Código penal español de 1995 se caracterizan por la asunción de una *línea de intervención colectiva* que ha transformado la protección de valores, típica del

Derecho penal tradicional, en una promoción del modelo de Estado plasmado constitucionalmente¹. Las *nuevas* figuras delictivas en las que se va materializando esta intervención responden más a la idea de un supuesto deber de proteger penalmente los bienes jurídicos más fundamentales para la convivencia social, como única manera de reconocerles su fundamentalidad², que a la posibilidad de que las más graves amenazas para dichos bienes puedan ser efectivamente evitadas a través de una intervención limitada al sistema clásico de imputación. En este sentido, se ha caracterizado esta orientación de la intervención penal por su tendencia a relegar el Derecho penal a una mera función simbólica³.

Encaja en ese contexto un conjunto de delitos del Código penal de 1995 en cuya estructura se contiene, explícita o implícitamente, una infracción extrapenal genéricamente calificable como *administrativa*⁴. Esta infracción, que formalmente se ha *cualificado* con su elevación a la categoría de delito, no sólo sigue subsistiendo en el orden extrapenal, sino que tal subsistencia se entiende como algo característico, propio, en la estructura de estos tipos penales. Precisamente su específico contenido de injusto se determina —aunque no está claro en qué medida— por la infracción de normas no penales, al tiempo que en dichos conjuntos normativos extrapenales subsisten modalidades menores de estas infracciones, respecto de las cuáles guardan una relación similar a

¹ Véase, con más referencias, Antonio DOVAL PAIS: «Estructura de las conductas típicas alimentarias con especial referencia a los fraudes alimentarios», en *Cuadernos de Derecho Judicial* (CDJ), 1994, págs. 25 y ss.; Juan Carlos CARBONELL MATEU, «Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos», en *CDJ*, 1996, pág. 11; José Luis LASO MARTÍNEZ, *Urbanismo y medio ambiente en el Nuevo Código penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 22.

² Sobre la *ambivalencia* del concepto de bien jurídico vid. Winfried HASSEMER, «Grundlinien einer Personalen Rechtsgutslehre», en *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Ed. Lothar Philipps/ Heinrich Solter, Heidelberg 1989, págs. 86-87.

³ Winfried HASSEMER, «Das Schicksal der Bürgerrechte im «effizienten Strafrecht»», *Strafverteidiger* 7/1990, III.2, pág. 331; Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo», en Carlos M. ROMEO CASABONA (ed.), *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Universidad de La Laguna (Tenerife), Ed. Comares, Granada, 1996, pág. 314. Sobre las limitaciones del *sistema clásico de imputación*, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325. [I]», en *La Ley*, Año XVIII, núm. 4285, Madrid, 1997, pág. 1.

⁴ En tanto algunos de sus rasgos más característicos permiten entenderlas comprendidas —aunque hayan surgido en otros sectores jurídicos— en el ámbito objetivo del Derecho administrativo. Sobre ello y, más en general, sobre los problemas de determinación de dicho ámbito vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 95-116.

la que en el sistema penal existe entre tipos básicos y cualificados. En muchos casos, el mayor desvalor que fundamenta *materialmente* las modalidades de una infracción extrapenal *cualificadas* a la categoría de delito⁵ no es fácilmente precisable y ello dificulta notablemente la distinción entre las modalidades penal o administrativamente sancionables de una misma infracción extrapenal. Tal indeterminación permite, en consecuencia, criticar la solidez de las razones que, en último término, haya podido argüir el legislador para conminar con una pena *sólo algunas* de las modalidades de estas infracciones.

Estas *infracciones extrapenales cualificadas*, por referirse a ellas con una fórmula sintética, son ciertamente uno de los detonantes de la *crisis* en la que el Derecho penal moderno se ve inmerso como consecuencia de su intervención en *nuevos ámbitos sociales* y debe repararse en que los debates relativos a la misión que *deba* asignarse al Derecho penal y a la necesidad de elaborar una *nueva dogmática* o adaptar la ya existente⁶ condicionarán sin duda su futuro. Su análisis podría ser, en este sentido, una perspectiva privilegiada para profundizar en ambos debates, aunque, dada su problemática e inevitable vigencia, se ha optado conscientemente por ahondar en su actual interpretación y aplicación. Doctrina y jurisprudencia extienden a estas estructuras típicas los criterios dogmáticos que hasta épocas recientes han servido para mantener el Derecho penal bajo control y dentro de lo razonable, aunque lo hagan de una forma matizada y relajando conscientemente algunas de sus exigencias. Tal esfuerzo, fundamentalmente impulsado desde el análisis de la Parte Especial del Derecho penal, permite, a nuestro juicio, confirmar que aún hoy día tales criterios —pese a su *debilitamiento*— son considerados, si quiera *tácitamente*, la vía más satisfactoria para la conservación

⁵ Lothar KUHLEN, «Zum Strafrecht der Risikogesellschaft», *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1994, pág. 362: «El problema de la responsabilidad por el resultado es una cuestión ya antigua (...); puede agudizarse con el desarrollo de las tecnologías modernas (químicas o atómicas), cuyo «riesgo residual» ocasionalmente se traduce en «accidentes» de efectos catastróficos.»

⁶ Sobre la crisis como *consustancial* al Derecho penal moderno y los rasgos de la crisis contemporánea, con reflejo de la principales posturas doctrinales, véase Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación a la Ciencia del Derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona 1992, págs. 13-41. Claus ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. I*, 3ª ed, Verlag C.H. Beck, München, 1997, págs. 19-22, sintetiza las posturas doctrinales más destacadas en torno a la problemática del bloque de delitos *añadido* al Derecho penal *nuclear* o *mínimo* (Kernstrafrecht); vid. asimismo Thomas VORNBAUM, «»Politisches» Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 107 (1995), págs. 744-745.

⁷ Winfried HASSEMER, «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», (trad. E. Larrauri), *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1992, págs. 246; Santiago MIR PUIG, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, año 1987, pág. 243.

de las garantías penales fruto de la Ilustración⁷. Con ese respaldo, adoptamos dichos criterios como punto de partida para abordar, desde una perspectiva de Parte General, el análisis conjunto de las *infracciones extrapenales cualificadas*. Se pretenden destacar esos *matices* (o concesiones, según se mire) con que los criterios dogmáticos clásicos se aplican aisladamente a algunos de estos tipos penales y comprobar si tales *matices* son extensibles a la interpretación y aplicación del conjunto de las *infracciones extrapenales cualificadas*. Todo ello, con el objetivo final de verificar, precisamente, si el grado en el que efectivamente dichos criterios son preservados puede considerarse *suficiente*, en el sentido de poder aceptar la tendencia mayoritaria a *legitimarlos* en el Estado social y Democrático de Derecho como tipos que satisfacen, aunque sea *matizadamente*, los límites y garantías que tal legitimación requiere.

La presencia de una infracción extrapenal en la estructura típica se ha constatado puede tener lugar de una forma *explícita* en la exigencia típica de una *contravención* o *infracción* de un determinado conjunto de orden no penal. Del Código penal de 1995 entendemos comprendidos en este primer grupo la exigencia de *infracción de las normas de prevención de riesgos laborales* (art. 316 CP), la *contravención de las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente* (art. 325 CP) o *protectoras de las especies de flora y fauna silvestre* (arts. 332-334 CP), la *contravención de normas —o medidas— de seguridad establecidas* en los ámbitos de riesgo (arts. 348-350 CP), el incumplimiento de las *formalidades previstas en las leyes y reglamentos* en el despacho de sustancias nocivas (art. 360 CP), el incumplimiento de *las exigencias técnicas relativas a la composición, estabilidad y eficacia* de los medicamentos (art. 361CP) o la *omisión o alteración de los requisitos establecidos en las Leyes y reglamentos sobre caducidad o composición* (art. 363.1º CP).

Existen, sin embargo, otros supuestos que, a nuestro juicio, contienen *implícitamente* una infracción extrapenal, en tanto que describen una conducta genéricamente conforme a Derecho que *excepcionalmente* podría ser objeto de sanción penal si, entre otras cosas, careciera de la autorización legal o reglamentariamente exigible para ello. Esta segunda categoría de *infracciones extrapenales cualificadas*, que plantea, además, el problema de distinción respecto de otras figuras afines a las que se hará referencia, está formado por conductas como la *construcción no autorizada* o la *edificación no autorizable* sobre determinadas clases de suelo (art. 319 CP), la *agravante de clandestinidad* entendida como no

⁸ En este sentido, Norberto J. DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa, Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Ed. Cedecs, Barcelona 1996, pág. 17.

autorización en los delitos contra el medio ambiente⁸ (art. 326. b) CP), o la caza o pesca de especies *no amenazadas* cuando no esté *expresamente autorizada* (art. 335 CP).

Ambas categorías de *infracciones extrapenales cualificadas* serán analizadas en el contexto de las líneas de interpretación que, como se ha dicho ya, entendemos han asumido *tácitamente* la doctrina y jurisprudencia recientes, destacando especialmente la cuestión de la legalidad propia de las remisiones extrapenales que contienen y analizando las consecuencias que la presencia de una infracción extrapenal en la estructura típica tiene tanto en la determinación del ámbito de lo penalmente relevante y del contenido de lo injusto, como sobre las posibilidades de graduación de éste.

II. La especial consideración de las *infracciones extrapenales cualificadas* ante las exigencias del principio de legalidad

El desengaño ante la imposible realización plena del principio de legalidad penal⁹ fue quizás el detonante de una progresiva relajación de las exigencias de certeza y taxatividad. Ello ha dejado vía libre a la generalización del recurso a *leyes penales en blanco* y a conceptos jurídicos indeterminados no penales, que no sólo se ha aceptado como *un mal necesario*, sino que se ha respaldado, incluso, en determinados sectores de actividad humana¹⁰, cual es el caso de las actividades industriales, el medio ambiente, la ordenación del territorio o la producción de bienes destinados al consumo humano. Esta evolución ha propiciado que enunciados legales que sólo mínimamente satisfacen las exigencias de la seguridad jurídica sean valorados positivamente en nuestro sistema penal. Las *infracciones penales cualificadas* pueden fácilmente ubicarse en este contexto y, a nuestro juicio, destacan preci-

⁹ Por todos, con más referencias, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal. Parte General, Tomo I*, Ed. Tecnos, Madrid 1996, págs. 169-170.

¹⁰ Günther HEINE, «Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente.» (trad. Paz M. CUESTA AGUADO), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, pág. 300; Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES/ José Manuel VALLE MUÑIZ (coord.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 1574; Ignacio BERDUGO GÓMEZ/ Luis ARROYO ZAPATERO/ y otros, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed Praxis, Madrid, 1996, págs. 12 y ss.; José CEREZO MIR, *Curso, T.I*, cit., 1996, págs. 155 y ss. En contra de algunos de los argumentos esgrimidos para tal justificación, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325. [II]», en *La Ley*, Año XVIII, núm. 4286, Madrid, 1997, págs. 2-3.

samente por contarse entre los tipos penales que más *mínimamente*, por decirlo de alguna manera, satisfacen las exigencias del principio de legalidad.

La infracción extrapenal contenida en estas estructuras típicas es el nexo de una remisión normativa de considerable amplitud, aunque tal cualidad no haya propiciado un estudio doctrinal diferenciado de este conjunto de preceptos penales incompletos. Ello quizá pueda deberse a que ya entre las primeras leyes penales en blanco cabe encontrar supuestos de este tipo¹¹, tradicionalmente abordados junto a otros supuestos de leyes penales en blanco. A nuestro juicio, sin embargo, entendemos que conviene analizar más detalladamente la legalidad de unas remisiones que no se limitan a completar *descriptivamente* el tipo con algunos elementos extrapenales fácilmente localizables, sino que, por contra, obligan al intérprete a verificar que la conducta del sujeto se opone a un conjunto más o menos determinado de normas extrapenales.

Desde la perspectiva del principio de legalidad, en esa tendencia a no diferenciar cualitativa ni cuantitativamente la entidad de las remisiones, se ha aceptado de forma prácticamente unánime la legalidad de las *infracciones extrapenales cualificadas*, con base en la llamada *teoría del complemento indispensable*. Sirva, sin embargo, como prueba de que tal legalidad es —cuando menos— dudosa, la insistencia doctrinal y jurisprudencial en la necesidad de proceder a una *reinterpretación garantista* de las mismas¹², no sólo desde la perspectiva del principio de legalidad, sino también de los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos. Promover tal *reinterpretación*, consistente en *releer* los preceptos penales incompletos e interpretarlos de forma que satisfagan *suficientemente* las exigencias mínimas que la doctrina y el Tribunal Constitucional español en varios de sus pronunciamientos¹³ han establecido para la constitucionalidad de dicha técnica, supone, a nuestro juicio, aceptar *tácitamente* que, sin forzar el texto penal, es posible llegar a una interpretación que no satisfa-

¹¹ Así, el castigo por el §366.3º RStGB alemán de las contravención de las ordenanzas de policía —estatales, de distrito o urbanas— referentes a la seguridad, comodidad, limpieza y tranquilidad de las calles, plazas u otros lugares de pública circulación al que se refería Karl BINDING en *Normen*, I, 1ª ed., 1872, pág. 161, con más referencias; STAMPA BRAUN, *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*, Valladolid 1953, pág. 30.

¹² Fermín MORALES PRATS, «La estructura del delito de contaminación ambiental», en José Manuel VALLE MUÑIZ (coord.), *La Protección Jurídica del Medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 234.

¹³ En especial las Sentencias del Tribunal Constitucional 12/ 1990 —con más referencias en su fundamento 3º— y 62/1994.

ga *suficientemente* dichas exigencias y que, en suma, es la propia tipificación penal la que no las satisface. Es importante por ello, someter a una crítica más rigurosa la legalidad de estos tipos penales sobre las propias líneas básicas de esa *reinterpretación*¹⁴, que aunque ha nacido en lo fundamental al amparo de la interpretación del art. 325 CP —antiguo 347 bis—, puede extenderse, por su paralelismo estructural con otras remisiones normativas, en especial con las *infracciones extrapenales cualificadas*, a todas ellas.

La primera de las exigencias derivadas del principio de legalidad que, según la *teoría del complemento indispensable*, debe satisfacer una remisión normativa, es la de su *carácter expreso*. A tal respecto, aun cuando no hay un acuerdo sobre los márgenes dentro de los cuales una remisión tiene tal carácter, se coincide doctrinalmente en que las remisiones excesivamente indeterminadas son criticables a la luz del principio de legalidad y se aboga por desterrar las llamadas remisiones *in totum*¹⁵. Desde ese acuerdo fundamental, parece —al menos teóricamente— que los tipos penales que aquí tratamos, dada la especialidad de la remisión que contienen, deberían haberse topado con no pocas dificultades en la superación de ese *filtro* de legalidad. Por una parte, porque frente a expresiones como la de *medicamento* (art. 361 CP) o *armas reglamentadas* (art. 564 CP y ss.) que remiten directamente —al menos en apariencia— a un único conjunto normativo en el que son definidos¹⁶, algunos de los conceptos empleados en la definición de estas infracciones presentan una notable indeterminación. Es el caso de expresiones como *urbanizable* (art. 319 CP), *dominio público* (art. 246 CP), *espacios naturales protegidos* (art. 330 CP) o *especies amenazadas* (arts. 332-334), referidas a de objetos que reúnen ciertos requisitos conforme a la normativa relativa al planeamiento urbanístico, a los bienes de dominio público, a la protección de espacios naturales o de especies amenazadas de fauna o flora silvestre.

La particularidad de estas expresiones reside en el hecho de que un

¹⁴ Como se podrá comprobar, el esquema seguido en la exposición crítica no es otro que el usualmente empleado para presentar las *exigencias mínimas* que, conforme a la llamada *teoría del complemento indispensable*, se afirma deben cumplir las remisiones a la normativa extrapenal.

¹⁵ Por todos, véase especialmente Fermín MORALES PRATS, «La necesidad técnica de las leyes penales en blanco y sus condicionamientos constitucionales. Precisiones en torno a las técnicas de tipificación», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES/ Fermín MORALES PRATS/ José Miguel PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal. Parte General (Acorde con el Nuevo Código penal de 1995)*, Ed. Cedecs, Barcelona 1996, pág. 27.

¹⁶ Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento y RD 29 de enero de 1993, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, modificado por RD de 25 de marzo de 1994.

objeto que *materialmente* encaje en lo que la ley describe como tal necesita, además, para su calificación definitiva que *formalmente*, a través de un acto administrativo o un proceso de catalogación o registro, se le reconozca tal cualidad. La primera dificultad que se plantea en la valoración de estos elementos —necesitados de una *doble calificación*— es su caracterización como elementos normativos del tipo o como leyes penales incompletas, si bien, a los efectos de esta exposición, no interesa proceder a destacar las dificultades de distinción, porque de ello no se han derivado hasta el momento consideraciones que afecten especialmente al principio de legalidad¹⁷. Sí resulta, en cambio, más problemático que su dificultad de determinación en el caso concreto afecte indirectamente a las *infracciones extrapenales cualificadas* de las que estas expresiones forman parte en el Código penal español vigente y, en este sentido, sirven como argumento para cuestionar el *carácter expreso* de las remisiones extrapenales en las que aparecen comprendidas.

Por otra parte, la exigencia de la *contravención* o *infracción* de un conjunto normativo es también, en sí misma, una remisión excesivamente amplia e indeterminada a la normativa extrapenal, considerable, incluso, como remisión *in totum*, por cuanto que pudiera dar a entender que la más mínima contrariedad respecto de cualquier previsión normativa bastaría para satisfacer las exigencias del tipo penal. Tal constatación debería también permitir cuestionarse si estos tipos satisfacen o no la exigencia del *carácter expreso de la remisión*, pero, debido fundamentalmente al tratamiento indiferenciado del conjunto de *remisiones extrapenales*, se ha admitido genéricamente su constitucionalidad siempre y cuando, aunque no sea expresa o determinada, sea al menos, *determinable*.

Por nuestra parte, entendemos, sin embargo, que estos tipos no sólo no satisfacen ese mínimo de determinabilidad, sino que, incluso los propios intérpretes del Derecho son, en cierto modo, conscientes de que la

¹⁷ La distinción entre *leyes penales en blanco* en sentido estricto y elementos normativos del tipo, de los que Santiago MIR PUIG califica como *jurídicos* —en *Derecho penal. Parte general*, Ed. PPU, Barcelona, 1996, pág. 241s—, no es, por lo demás, sencillo en los enunciados legales actuales. Véase Jesús-María SILVA SÁNCHEZ ya en «¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?», *La Ley*, 1993, págs. 977-978. Klaus TIEDEMANN propone caracterizarlos genéricamente de *tipos abiertos*, constatado que es innecesario proceder a su calificación a este respecto, ya que su tratamiento en lo respectivo al error y al dolo ya no es sustancialmente diferente, en «Ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas», *Rev. Ciencias penales*, 1998, vol. 1^o-2^o, págs. 515 y ss. Tal expresión no se ha visto, en cambio, aceptada en otros contextos —al respecto José CEREZO MIR, *Curso, T. II*, cit., 1997, págs. 95-96, nt.60—, por lo que entendemos poco probable que prospere en éste. A los efectos de este artículo se ha optado por emplear la expresión *remisión extrapenal* —la más usada— como comprensiva de ambos.

mayor parte de estas *infracciones extrapenales cualificadas* no lo cumplen. Prueba de ello es que, en tanto los principales, y a veces únicos, criterios en los que apoyar la delimitación son extraíbles de la descripción que el enunciado legal hace de la propia infracción o de las características de la conducta a la que se refiere, *de lege ferenda* se propone con frecuencia al legislador el empleo elementos jurídicos *determinados* o al menos *determinables* en las remisiones normativas, en pro de la seguridad jurídica. Puede de ello concluirse, por contra, que dicha propuesta ha asumido previamente que las remisiones extrapenales actualmente contenidas en el Código penal español no emplean, en todo caso, elementos de tal carácter.

El primer supuesto que, en este contexto, interesa analizar es el artículo 316 del Código penal español vigente. En tanto existe una *Ley de Prevención de Riesgos Laborales* (LPRL)¹⁸, que fue aprobada pocos días antes que el Código penal, podría pensarse que el art. 316 CP, referido a las *normas de prevención de riesgos laborales*, está destinado a ser un modelo de seguridad jurídica a seguir en la interpretación de otras infracciones extrapenales cualificadas. Nada más lejos, sin embargo, de la realidad, como evidencia ya el art. 45 de dicha Ley. Este artículo define las infracciones a la normativa en cuestión como preceptos *sancionadores* incompletos que serán completados en base al incumplimiento de las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y de salud laboral. No sólo no contribuye, por tanto, a restringir la remisión contenida en el enunciado penal, sino que establece un peligroso círculo vicioso entre las figuras descritas como infracciones en la LPRL y el art. 316 CP, que dichas infracciones deben completar. Más amplia —si cabe— es la remisión extrapenal, vía exigencia de la contravención de las *normas de seguridad establecidas* en los llamados *delitos de riesgo* (arts. 348 a 350 CP). El enunciado legal no se remite a ninguna ley o reglamento en concreto y, dada la existencia de supuestos en que la regulación detallada de los mecanismos de seguridad se verifica mediante normas «menores», la doctrina afirma¹⁹ que son incluibles todas las disposiciones administrativas vigentes que tengan *alguna relación* con los ámbitos a los

¹⁸ Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, que traspone al Derecho español la Directiva 89/391/ CEE.

¹⁹ En este sentido Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, *cit.*, pág. 1574; Javier BOIX REIG/ José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, «Riesgos catastróficos», en T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, Tomo XIV, vol. 1º, pág. 167 y ss., que señalan que Juan BUSTOS RAMÍREZ exigía, por contra, que se tratase, como mínimo, de normas con rango de Reglamento.

²⁰ El art. 348 CP se remite a las normas reguladoras de las llamadas *actividades clasificadas*, compuesto por multitud de normas estatales y autonómicas, en desarrollo

que los preceptos se refieren, con independencia de su rango jurídico²⁰.

La amplitud con la que se *interpreta* esta remisión, se justifica doctrinalmente, además, como garantía de una *seguridad* que, entendemos, no cabe prever sea la jurídica. Puede destacarse, así, el caso del art. 349 CP, surgido de un conjunto normativo relativamente reducido²¹, pero cuya remisión normativa se extiende más allá de aquél. El legislador penal, en vez del término *organismo genéticamente manipulado*, empleado en dicha normativa, se refiere genéricamente a *organismos* —sin diferenciarlos, por otra parte, conforme a su grado de riesgo, como hace la Ley 15/1994— y, por cuanto respecta a las conductas potencialmente *punibles*, interviene ante supuestos diferentes a los que la normativa administrativa en cuestión regula²².

La reflexión relativa a estos supuestos, que normalmente se inicia con la duda de la legalidad de la remisión, deriva por lo común en la afirmación de que, en tanto la Administración forma parte de la estructura del Estado en sus diversas manifestaciones, es decir, en las que se derivan de su organización territorial inclusive, la intervención penal no debería dejar en entredicho las prerrogativas inherentes a sus competencias²³. Tales argumentos se contradicen con los de quienes —desacertadamente, a nuestro juicio— justifican la intervención penal, caso de la Exposición de Motivos del Proyecto de Código penal de 1994,

algunas de ellas de las Recomendaciones Internacionales y Directivas Comunitarias. Como marco del conjunto normativo al que se refiere el art. 350 CP, por su parte, suele hacerse referencia al RD 863/1985, por el que se aprueba Reglamento de Normas Básicas de Seguridad en las Minas y a la Orden de 12 de marzo de 1996, por la que se aprueba el Reglamento técnico sobre seguridad de presas y embalses.

²¹ Las Directivas 90/219/CEE y 90/220/CEE y la Ley 15/1944, de 3 de julio, por la que se establece el régimen jurídicos de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente —vid. Carlos M. ROMEO CASABONA (ed.), *Código de Leyes sobre Genética*, Universidad de Deusto-Fundación BBV-Dip. Foral de Bizkaia, Bilbao, 1997— estrechamente vinculada al RD 401/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen las condiciones para la introducción en el territorio nacional de determinados organismos nocivos, vegetales, productos vegetales y otros objetos, con fines de ensayo, científicos y para la actividad de selección de variedades.

²² Se omite la comercialización y se incluye el transporte. Detalladamente sobre este artículo, José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Protección del medio ambiente y manipulación de microorganismos», *Biotecnología y Derecho: Perspectivas de Derecho Comparado*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada 1998, págs. 302-303.

²³ José Luis LASO MARTÍNEZ, *Urbanismo y medio ambiente en el Nuevo Código penal*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 24. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?», *La Ley*, 1993, págs. 964-982; Norberto J. DE LA MATA BARRANCO, *ob. cit.* pág. 241.

²⁴ Se critica por ello que la intervención penal se haya justificado en ocasiones por la inoperancia de otros sectores jurídicos ante algunas realidades, como el caso de

por la inoperancia o imposibilidad de actuación de la Administración ante determinadas conductas²⁴. Las dificultades de interpretación de la remisión son también achacadas a la falta de solidez de las normas extrapenales a las que el tipo se remite²⁵, o a la *ineludible* necesidad de aceptar las remisiones a actos administrativos, porque la contingencia, provisionalidad y singularidad de las situaciones a que la Administración ha de enfrentarse no pueden ser abarcadas sólo con actos que apliquen un orden general, sino que requieren igualmente órdenes normativos singulares, provisionales y contingentes²⁶, y, como tales, estos actos pertenecen al ámbito competencial que a la Administración se le reconoce.

Con alguna salvedad ya señalada, entendemos que muchas de estas consideraciones reflexionan sobre aspectos trascendentales del actual sistema penal y, en concreto, de estas *infracciones extrapenales cualificadas*, pero ha de criticarse que las mismas, al dominar el tratamiento e interpretación de estos tipos penales, han servido en muchos casos como excusa para eludir la cuestión, también trascendental, de la propia constitucionalidad de estas remisiones desde el punto de vista del principio de legalidad. No se ha analizado detenidamente si, caso por caso, estos tipos cumplen o no el grado de expresividad que les era exigible, ni, consecuentemente, se han llegado a proponer algunos márgenes —incluso normativos— dentro de los cuáles se garantizaría siquiera mínimamente la seguridad jurídica en su aplicación.

El único caso en el que la reflexión ha llegado mayoritariamente a cuestionar la constitucionalidad de una infracción extrapenal cualificada es el del art. 335 CP, que sitúa la calificación delictiva de la conducta en su «no autorización expresa» y se entiende, por ello, que una remisión ambigua, aparentemente dirigida a todo el ordenamiento jurídico. En favor del principio de conservación de las normas jurídi-

la Exposición de Motivos del PCP 1994, y la explicación que al respecto daba a la punición de los llamados *delitos urbanísticos*. Al respecto Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio», en *CDJ* 1997, págs. 362 y ss. Véase también la STC 199/1996 de 3 de Diciembre, en relación con las SSTS 735/92 de 11 de marzo, 2142/1993, de 5 de octubre y 301/95 de 3 de abril, citadas en la STS 1 febrero de 1997, recogida en Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal, doctrina y jurisprudencia. Actualización de 1997*, Ed. Trivium, Madrid, 1998.

²⁵ Ya Luis RODRÍGUEZ RAMOS, en «La protección del medio ambiente en el Proyecto de Código penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1980, págs. 32-33; en la misma línea, José CEREZO MIR, *Curso*, T. I, 1996, pág. 45.

²⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 73.

²⁷ Así Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 19 de mayo de 1998 (ARP 1998, 2486). Véase también Concepción CARMONA SALGADO, «Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes», en

cas, sin embargo, doctrina y jurisprudencia optan finalmente por interpretar conforme al *criterio sistemático* tal remisión²⁷, limitándola a las especies cuya caza o pesca esté administrativamente reglamentada, y aceptando, en suma, su constitucionalidad. Entendemos, por nuestra parte, que esta solución *transitoria* no soluciona el problema de que este tipo penal no satisfaga, ni siquiera mínimamente, el grado de seguridad jurídica exigible a los tipos penales. El apoyo a una interpretación restrictiva —de momento mayoritario en la doctrina, pero sin suficiente respaldo jurisprudencial— no aporta una solución satisfactoria al problema de amplitud de este tipo penal, ni impide que el tipo, en suma, llegue en un futuro a ser aplicado de una forma más extensa.

Reflejadas ya las reservas sobre el *carácter expreso* de la remisión normativa contenida en las *infracciones extrapenales cualificadas*, procede revisarlas ahora desde la perspectiva de otras exigencias que la teoría del *complemento indispensable* ha desgranado del principio de legalidad. El recurso a las técnicas de remisión normativa debe, según esa teoría, estar justificado por las necesidades de tutela del bien jurídico y constituir un elemento indispensable del tipo penal, exigiéndose además que el núcleo esencial de la prohibición esté siempre descrito en la ley penal. Una de las mayores dificultades que plantea el enjuiciamiento de la constitucionalidad de un tipo con base en tales exigencias es que el propio Tribunal Constitucional fue quizá excesivamente generoso al delimitar lo que por *comprensión núcleo esencial de la conducta en el enunciado legal* ha de entenderse. Más exigente se muestra, al parecer, algún sector doctrinal, afirmando que resulta excesivo que en algunos casos los valores a proteger no sean fijados penalmente —fenómeno al que TERRADILLOS BASOCO se ha referido como *autodelimitación de la intervención penal*²⁸—. Mayoritariamente se tiende, sin embargo, a aceptar el relajamiento de tal requisito con la excusa de que en algunos ámbitos de la intervención penal, caso de los que nos ocupan, junto a la *accesoriedad formal* (o me-

COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial II*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997, pág. 85; JAVIER BOIX REIG/ A. JAREÑO LEAL, en T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995, T.II*, Tirant lo Blach, Valencia, 1996, pág. 1612. Menos crítico ANTONIO MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Ed. Colex, Madrid 1998, págs. 136-140.

²⁸ «Protección penal del medio ambiente en el Nuevo Código penal español. Luces y Sombras», *Estudios de Política Criminal (EPC)*, n^o XIX, Santiago de Compostela, 1996, pág. 307; Klaus TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho penal económico*, págs. U, Barcelona 1993, pág. 142; Norberto J. DE LA MATA BARRANCO, *ob. cit.*, pág. 234-235, 245; José Manuel PAREDES CASTAÑÓN, «Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente», *Actualidad Penal*, n^o 10, 3-9 de Marzo de 1997, págs. 217-227, con remisiones al tratamiento jurisprudencial, que relaciona la problemática de las discrepancias entre la norma penal y el acto administrativo con el mandato constitucional de protección de bienes jurídicos.

ra remisión normativa), se ha visto necesario articular una *accesoriedad material* (en el sentido de asunción de la escala de graduación de lo injusto, de la perspectiva de protección del bien jurídico) del Derecho penal respecto del Derecho administrativo²⁹.

Las *infracciones extrapenales cualificadas* son un ejemplo, quizás extremo, de esa relación- dependencia entre el Derecho penal y el Derecho *administrativo* en un sentido formal y material. Las funciones de la Administración Pública y las decisiones que la misma adopta en el ejercicio de sus potestades afectan de tal forma al contenido de injusto de las conductas así tipificadas que han sido denunciadas como una instrumentalización del Derecho penal al servicio de los intereses públicos, como supuestos en los que más que proteger un bien jurídico concreto se está respondiendo penalmente frente a la desobediencia de los administrados³⁰ o protegiendo, en suma, su propio funcionamiento, haciendo resurgir el fantasma de la llamada *naturaleza meramente sancionadora del Derecho penal*³¹.

En un intento de justificación político-criminal de la técnica, la doctrina presenta los peligros que conlleva genéricamente la *accesoriedad* junto a un análisis del Derecho comparado relativo a los llamados *modelos de complementación* de la norma penal con el orden administrativo³². Se destaca cómo el modelo español, que responde por tanto a necesidades también constatadas en otros ordenamientos jurídicos, es uno de los modelos *moderados* o de *dependencia relativa*, en tanto que

²⁹ Detalladamente sobre las diferentes clases de *accesoriedad* Klaus ROGALL, «Die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts. Alte Streitfragen, neues Recht», GA 1995, págs. 299-319.

³⁰ Klaus BERGMANN, *Zur Strafbewehrung verwaltungsrechtlicher Pflichten im Umweltstrafrecht, dargestellt an §325 StGB. Unter vergleichender Berücksichtigung der Reformentwürfe eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Umweltkriminalität* (2. UKG). Peter Lang, 1993, pág. 3.; Norberto J. DE LA MATA BARRANCO, *ob. cit.*, pág. 73; JAE-MOO SHIM, *Verwaltungshandeln und Rechtsfertigungsprobleme im Umweltstrafrecht. Untersuchungen mit besonderer Betonung der Gewässerverunreinigung nach § 324 StGB, untervergleichender Betrachtung der Rechtslage in Korea*, Köhler-Druck, Tübingen 1994, págs. 8-9, 17-19.

³¹ Teoría que no ha hallado eco en la dogmática moderna, como detalladamente expone José CEREZO MIR, *Curso, T. I*, cit. 1996, págs. 59-60, pero cuyos postulados podrían, en el marco de las tendencias intervencionistas actuales, hallar sin duda más argumentos en los que apoyarse. En esta línea Concepción CARMONA SALGADO, *ob. cit.*, pág. 12, señala algunas de estas *infracciones extrapenales cualificadas*, en concreto las recogidas en el Título XVI, como «paradigma por excelencia de la actualización de esta polémica.»

³² La estructura que siguen estas exposiciones, normalmente en materia de medio ambiente, es la propuesta por Günther HEINE, *ob. cit.*, págs. 289-315. Por todos, Juan TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal del medio ambiente en el Nuevo Código Penal español. Luces y sombras», *EPC*, 1996, págs. 12 y ss.

admite la constitucionalidad de las remisiones *materiales* al orden extrapenal, pero *garantiza*, exigiendo que la selección de las conductas penalmente relevantes responda los principios de lesividad y al carácter de *ultima ratio* de la intervención penal, que la intervención penal se mantenga todavía dentro los límites propios del ius puniendi en el Estado social y democrático de Derecho. Pese al interés que tales reflexiones puedan tener a otro respecto, lo cierto es que en el tratamiento de la legalidad de las *infracciones extrapenales cualificadas* pretenden excusar genéricamente la inseguridad jurídica inherente a esta técnica de tipificación (con razones como la *inevitabilidad*), desviando la atención hacia otras cuestiones menos polémicas.

De este modo, como sucedía ya en el tratamiento de su *carácter expreso*, es poco probable que llegue a criticarse debidamente si estos tipos cumplen o no de forma suficiente estas otras exigencias derivadas del principio de legalidad. Entendemos, por contra, que, aunque la materialidad de las remisiones se estime justificable desde una perspectiva del bien jurídico o desde la conveniencia o no de aplicar una sanción penal a tales comportamientos, ello no debería —automáticamente, al menos— admitir que el contenido del mandato penal, en tanto repartido su núcleo esencial en varias normas procedentes de diferentes fuentes normativas, amenazase seriamente la seguridad jurídica.

En las estructuras típicas que contienen una infracción extrapenal se ha verificado dicho riesgo. En ellas, el mandato o prohibición que en último término hace que estas conductas merezcan una sanción penal tiene su origen predominantemente en el orden extrapenal, en tanto la exigencia típica de *realizar una conducta incumpliendo la normativa extrapenal*, consiste, en primer orden, en no obedecer el mandato o prohibición extrapenal relativo bien a la conducta en sí misma, bien al modo de realizarla. La justificabilidad político-criminalmente la necesidad de que la intervención penal respete las competencias de organización, gestión y control de la Administración establecidas ya sobre un ámbito social, es un argumento que no aporta, a nuestro juicio, nada a la cuestión de lo indeterminado de la remisión penal y, en suma, a lo indeterminado de cuál sea el mandato o prohibición cuyo incumplimiento el legislador ha tenido a bien conminar con una pena.

Esta crítica no pretende, ciertamente, que los supuestos de error sobre la infracción extrapenal contenida en el tipo deban ser consecuentemente entendidos genéricamente como errores de prohibición, en contra de lo que constituye actualmente la postura mayoritaria. Independientemente del tratamiento de tales errores, el objeto de esta argumentación no es otro que el de insistir en que en estos tipos penales no puede entenderse satisfecha la exigencia de que el núcleo

esencial del mandato o prohibición penal esté contenido en la ley penal. A nuestro juicio esa indeterminación afecta seriamente a la seguridad jurídica y en un Estado social y democrático de Derecho no debería permitirse la aplicación de penas de prisión frente a la infracción de mandatos o prohibiciones tan indeterminados. La inclusión de estos tipos penales en una ley que los tipificase junto a las infracciones administrativas, por ejemplo, podría paliar notablemente los problemas de tal indeterminación.

Otro argumento sobre el que apoyar la esencialidad del mandato o prohibición extrapenal respecto del contenido de injusto de estos tipos —y su consecuentemente exigible descripción en el enunciado legal— surge de la consideración de la categoría aquí defendida como *infracciones implícitamente comprendidas en la estructura de un tipo penal*. Expresiones del orden de *sin título o causa legítima* (art. 320 ACP) o *sin hallarse autorizado* (art. 341 ACP), empleadas en el Código penal anterior, han sido nuevamente empleadas por el legislador español: *fuera de los casos permitidos por la ley* (arts. 145, 198, 204, 259 CP), *sin estar autorizado* (art. 197 CP), *sin la autorización debida* (art. 245.2 CP), *sin hallarse autorizado* (art. 247 CP), *sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los órganos concursales* (art. 259CP), *sin el consentimiento de su titular* (art. 273 CP), *sin estar legalmente autorizado* (arts. 336, 359 CP). La doctrina penal entendió que este tipo de supuestos permitía demostrar que las fronteras entre tipicidad y antijuridicidad, perfectamente nítidas en el plano conceptual, no lo son tanto en el plano técnico-legislativo, «ya que el legislador, al describir los comportamientos prohibidos en los tipos penales utiliza conceptos cuya constatación implica, al mismo tiempo que la tipicidad, la antijuridicidad del comportamiento»³³. Pero finalmente, en tanto la posibilidad de que en el caso concreto concurra efectivamente una causa legítima que justifique la conducta se considere bastante remota, se optó finalmente por entederlas como «meras referencias a la posibilidad de que concurra una causa de justificación»³⁴,

³³ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *El error en el Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 59 con más referencias.

³⁴ JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, T. II, Ed. Tecnos, 1998, págs. 95-96, nt 60. Este autor recoge, además, algunas de las posturas doctrinales que se han manifestado en otro sentido.

³⁵ Así, por ejemplo, aunque el legislador en el art. 321 CP no se ha referido al requisito de la *no autorización*, resulta evidente que en los casos en los que se procede debidamente al *derribo o alteración de edificios singularmente protegidos*, por hallarse en ruina o en alguno de los supuestos en los que la legislación relativa al Patrimonio Histórico lo permita —Ley 16/85 de 25 de junio de Regulación del Patrimonio Histórico Español y RD 11/86 de 10 de enero, de desarrollo parcial de dicha ley—, la conducta deberá considerarse justificada por la vía de la eximente comprendida en el artículo 20.7º —justificación que resulta tan obvia, dice JOSÉ CEREZO MIR, que en otros

entendiendo que su referencia expresa no debe ser entendida como requisito inexcusable para poder apreciar dicha causa³⁵.

Existe, sin embargo, una serie de supuestos —también en ese límite entre tipicidad y antijuridicidad— en los que la referencia a la ausencia de autorización debida no puede entenderse como *mera referencia a la posibilidad de que concurra una causa de justificación*. En apoyo de esta afirmación, baste constatar que, en la actualidad, doctrina y jurisprudencia interpretan mayoritariamente la *no autorización* de la construcción o el carácter *no autorizable* de la edificación (art. 319 CP), la *clandestinidad de la industria* (art. 326), la *no autorización de la caza o pesca* (art. 335), *productos cuyo uso no se halle autorizado* (art. 363), como elementos del tipo de lo injusto tanto en su aspecto objetivo como subjetivo. Partiendo de dicha tendencia, deseamos añadir otras dos constataciones que, a nuestro juicio, respaldan la consideración de estos supuestos como infracciones extrapenales *implícitamente* incluidas en el tipo penal. En primer lugar, cabe destacar que algunas de las infracciones extrapenales *explícitamente* incluidas en el tipo pueden quedar comprendidos algunos supuestos de *no autorización*, caso de que el mandato extrapenal infringido sea, por ejemplo, la no tramitación de la oportuna licencia de inicio de una actividad. De otra parte, se ha constatado que, en general, no sólo no cabe entender que la posibilidad de la autorización sea remota, sino que el fundamento del castigo de estos tipos se asienta en gran medida —aunque sería inaceptable que se asentara únicamente³⁶— en que la actuación ha eludido el control administrativo establecido para conductas de ese tipo.

Frente a la excepcionalidad de los supuestos en que se permite la interrupción voluntaria del embarazo, la irrupción en la esfera privada (intimidad, domicilio, bienes inmuebles que no constituyan domicilio), o las afecciones a la integridad personal, los bienes jurídicos protegidos

Códigos penales europeos ni siquiera se incluye expresamente (vid. *Curso*, III, 2ª ed., 1998, pág. 55)—, o, incluso, atípica si entendemos que al permitirse debidamente su derribo el edificio en cuestión ha perdido su *singular protección*. Otras apreciaciones en José Luis LASO MARTÍNEZ, *Urbanismo y medio ambiente...*, ob. cit., págs. 128 y ss.

³⁶ Aceptar que al Estado le corresponde una función de control y ordenación sobre las actividades industriales, el aprovechamiento del medio ambiente, la ordenación del territorio no implica *necesariamente* convertir el poder de planificación y gestión de la Administración Pública en bien jurídico, funcionalizando este concepto. En principio, no se hace otra cosa que reconocer, en suma, la función que a la Administración en la protección de una serie de bienes jurídicos, considerados valiosos en sí mismos, que no pueden ser, sin embargo, protegidos de una forma absoluta. Su protección requiere, en este sentido, el establecimiento de un nivel de equilibrio entre valores contradictorios —pero constitucionalmente respaldados— y el Derecho penal no puede obviar que, en nuestro sistema estatal, corresponde a la Administración, en sus diferentes manifestaciones territoriales, establecer dicho equilibrio.

en los delitos en los que se contiene una infracción extrapenal, como la seguridad en el trabajo, salud pública, seguridad colectiva, medio ambiente, ordenación del territorio son reflejo de los llamados *intereses difusos*³⁷. Aunque tengan en último término un referente individual, estos bienes jurídicos no pueden protegerse jurídicamente de una forma absoluta, por su propia intangibilidad y por que la protección de otros intereses igualmente relevantes implica tolerar *de una forma no excepcional* su puesta en peligro e incluso su lesión. La asunción de riesgos que ponen en peligro vidas humanas (arts. 348-350 CP), la necesidad de admitir vertidos contaminantes hasta cierto nivel en tanto que la industria en funcionamiento no ha encontrado una solución definitiva al problema de los residuos que genera (art. 325 CP), la venta masiva —autorizada— de tabaco o alcohol obligando a las firmas que los comercializan a reconocer su perjudicialidad en los envases (art. 363 CP), el castigo de lo malos tratos a los animales sólo cuando el *espectáculo no esté autorizado* (art. 632 CP), no son más que ejemplos que demuestran que no es *materialmente* el tipo de actividad —o los daños o riesgos que genera— lo que determinan en último término su sanción penal, sino la conveniencia de reservar a una decisión legal o administrativa su *autorizabilidad*, sin entrar ahora a analizar el fundamento de dicha conveniencia.

Cabe, por ello, afirmar que la concurrencia o no de la autorización está estrechamente unida al propio mandato o prohibición penal. De entender que estas *no autorizaciones* son *meras referencias a la posibilidad de su justificación*³⁸, el mandato penal infringido sería únicamente el de *no verter residuos, no maltratar animales, o no producir o comercializar productos perjudiciales para la salud*, siendo así típicas todas las conductas que lo infrinjan, aunque luego pudieran de algún modo justificarse. Paradójicamente, sin embargo, estas conductas no sólo no son consideradas infractoras conforme al sector jurídico que las regula, sino que se fomentan con todo tipo de subvenciones públicas y privadas, se difunden a través de los medios de comunicación social y la sociedad

³⁷ ANTONIO MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, «El medio ambiente como ejemplo de interés difuso protegido por el Derecho penal», *CDJ*, número XXXVI, monográfico «*Intereses difusos y Derecho penal*», 1994, pág. 289, con más referencias.

³⁸ El interés de la doctrina a este respecto se ha centrado, hasta el momento, dice Claus ROXIN, *ob. cit.*, pág. 669, «a la diferenciación entre tipicidad y antijuridicidad». La autorización se entiende, generalmente, como causa de atipicidad cuando el comportamiento puede verse como provechoso para el interés general y, con ello, adecuado socialmente, a pesar de los peligros que de él pueden derivarse —previstos en la norma penal—; se acoge como causa de justificación en los supuestos en los que el tipo penal se concibe como prohibición represiva de comportamientos lesivos o de peligro concreto, según Norberto J. DE LA MATA BARRANCO, *ob. cit.*, págs. 104-105, con más referencias.

las considera como parte importante de su vivencia cotidiana. No parece muy adecuado, por ello, que, caso de estar *autorizadas*, sean también entendidas como penalmente típicas³⁹. Al margen de otras interesantes consideraciones, a los efectos de esta exposición, entendemos suficiente respaldada la afirmación de que la *autorización* forma una parte importante en el conjunto del mandato penal y que, por ello, no puede entenderse que su ausencia no sea una parte esencial del contenido de lo injusto de los tipos que implícitamente contienen una *infracción extrapenal*. Consecuentemente, la indeterminación de este elemento en la descripción típica es uno de los argumentos que permite poner en duda la legalidad de los tipos penales que la contienen en su estructura.

En conclusión, entendemos que, por una parte, tanto en el caso de las infracciones extrapenales explícitamente contenidas en el tipo penal como de las implícitamente contenidas, el núcleo esencial de lo injusto de estas figuras no está suficientemente determinado por el enunciado legal. Ello nos permite afirmar que su aceptación actual como constitucionales ha venido a relajar las exigencias del principio de legalidad hasta un punto que ya no es justificable como *necesario*. En los términos expuestos, los argumentos que justifican la accesoriedad formal y material del Derecho penal en algunos ámbitos de intervención son, a nuestro juicio, de un estimable valor a los efectos de otras líneas argumentales —brevemente esbozadas—, pero no sirven para *legitimar* el relajamiento de la legalidad de estos tipos. Tampoco aceptamos como excusa para relajar las exigencias de la seguridad jurídica el hecho de que el futuro de estos tipos penales está pendiente de los debates a los que se ha hecho referencia a la introducción, y sólo deba procederse a buscar una solución *transitoria*. Entendemos, en suma, que tales exigencias derivadas del principio de legalidad hubieran podido satisfacerse en mayor medida recurriendo, por ejemplo, a remisiones más detalladas, reflejando en cada tipo los requisitos de *autorizabilidad* o, simplemente, coordinando de un modo más satisfactorio la intervención penal con la planificación y gestión administrativas.

Como última reserva sobre el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad por estas *infracciones extrapenales* cua-

³⁹ «La falta de tipicidad penal puede desprenderse de la mera redacción literal de los tipos —cuando la conducta no encaja en la letra de ningún tipo penal—, pero también de una interpretación restrictiva que excluya la conducta del tipo pese a caber literalmente en ella: [...] hechos que no implican una afectación suficiente del bien jurídico, por no ser imputable su lesión a una conducta suficientemente peligrosa (falta de imputación objetiva), por consistir el bien jurídico típico en la facultad de disponer de algo por parte de su titular y existir conformidad con éste, o por ser los hechos adecuados socialmente o insignificantes», Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª Ed. PPU, Barcelona 1996, págs. 131-143.

lificadas, quisieramos avanzar nuestra previsión de que la indeterminación del propio proceso de selección y tipificación de estas conductas repercutirá, sin duda negativamente, en la delimitación material del contenido de lo injusto. Pese a todo, asumimos, que la postura actualmente dominante en nuestra doctrina acepta la constitucionalidad de la técnica de tipificación empleada para describir legalmente estos tipos y trata consecuentemente de mitigar esa indeterminación recurriendo a argumentos político-criminales, ya señalados, o a principios materiales que permitan orientar su interpretación. Por tal motivo, hemos tratado que nuestras reservas sobre la certeza y taxatividad de estos tipos no nos impidan avanzar en el análisis de esa postura mayoritaria, con la intención de destacar aquellos criterios que, aceptada la constitucionalidad de estos tipos, se proponen para facilitar su controvertida interpretación. En concreto, nos interesan especialmente los criterios en los que se apoyan los intérpretes para delimitar su contenido de injusto o, en su caso, valorar *ad casum* las conductas que potencialmente pudieran quedar comprendidas en ellos.

III. La delimitación material del ámbito de lo *penalmente relevante* en las figuras delictivas que contienen una infracción extrapenal

La aptitud del concepto de bien jurídico para la determinación del concepto material de delito no es igualmente aceptada por la doctrina penal, conceptos ambos que, además, se cuentan entre los problemas básicos menos clarificados del Derecho penal. No obstante, se afirma mayoritariamente que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, aceptándose como inversión de dicha afirmación el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos⁴⁰. Se entiende, además, que el Derecho penal, por la especial contundencia de los medios que emplea y por su coexistencia con otros medios —no necesariamente jurídicos— menos lesivos, debe ocuparse en principio de la protección de aquellos bienes jurídicos considerados más importantes para la convivencia social, protegiéndolos únicamente frente aquellas agresiones consideradas, también, especialmente graves (principios de intervención mínima, subsidiariedad y ultima ratio del Derecho penal).

Estos principios, como es sabido, no sirven para delimitar con precisión los ámbitos de lo ilícito penal y lo ilícito no penal desde un punto de vista material, porque en nuestro ordenamiento la protección de bienes

⁴⁰ Por todos Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. PG*, cit., págs. 91-93; Claus ROXIN, *ob. cit.*, pág. 19.

jurídicos no se atribuye en exclusiva al Derecho penal. En consecuencia, tampoco es posible emplearlos para determinar, en el caso concreto de una *infracción extrapenal* de las que nos ocupan, si una modalidad de conducta infractora de una norma extrapenal debe sancionarse conforme al orden no penal o, por contra, ha de entenderse comprendida en la infracción extrapenal *cualificada* al orden penal. No obstante, no debería desdeñarse el valor de la afirmación relativa a que en esa *línea continua de lo injusto material*, ha de reservarse en todo caso al Derecho penal el extremo más grave⁴¹. Esta consideración, aparentemente tan lógica, no siempre consigue orientar la solución de los problemas interpretativos de las infracciones extrapenales cualificadas, tal y como puede observarse del análisis de una serie supuestos obtenidos de la normativa vigente.

En primer lugar, se constata como, en ocasiones, la búsqueda de soluciones que satisfagan otros principios inspiradores del Derecho penal, como la necesidad de restringir la amplitud de una remisión, se traduce finalmente en una interpretación incoherente respecto de los principios materiales a los que se ha hecho mención. Sucede así, por ejemplo, en las conclusiones a las que la Audiencia Provincial de Navarra⁴² llega en la aplicación del controvertido art. 335 CP, con intención, sin duda, de restringir de alguna forma la inconveniente indeterminación de la remisión extrapenal contenida en ese tipo. Partiendo de que el tipo penal sanciona al que cace «*no estando expresamente autorizada su caza por las normas específicas en la materia*», se trata de restringir la excesiva extensión de la remisión afirmando peligrosamente que, conforme a la legislación complementaria correspondiente, «*el tipo penal del artículo 335 no puede complementarse o extenderse a actos que están previstos como infracciones de caza, pero de carácter meramente administrativo*». Una argumentación de este tipo, aun bienintencionada, contradice la prioridad que en nuestro ordenamiento jurídico se reconoce al orden penal⁴³ y, en concreto, lo dis-

⁴¹ JOSÉ CEREZO MIR: «Desde el núcleo central del Derecho penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continúa de un ilícito material que se va atenuando», *Curso, T.I.*, cit., págs. 45-46.

⁴² En Sentencia de 7 de Octubre de 1997, véase la jurisprudencia relativa al art. 335 CP en *Código penal*, Aranzadi, Pamplona 1998.

⁴³ A este respecto las Sentencias del Tribunal Constitucional de 30 de Enero de 1981 y 3 de Octubre de 1983, que afirman que el órgano administrativo debe abstenerse de imponer sanción alguna frente a hechos que puedan ser jurídico-penalmente relevantes hasta que el juez se haya pronunciado; Ley 30/92 de Régimen Jurídico de la Administración y de Procedimiento Administrativo Común y algunas leyes especiales, caso del art. 42 LPRL. Para un tratamiento más detallado véase José Manuel TRAYTER JIMÉNEZ/ VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ, *Derecho Administrativo Sancionador: materiales*, Ed. Cedecs, Barcelona 1995, págs. 23-36, 71-88.

⁴⁴ Tal afirmación contradice también los términos en los que se expresa el apartado 1ºe) de la Disp. Derog. única del CP de 1995, que dice que «*los delitos y faltas previstos en la Ley de Caza, no contenidos en este Código, tendrán la consideración de*

puesto en la Disposición Derogatoria contenida en el Código penal vigente⁴⁴. Ha de añadirse, además, que entorpece notablemente el respeto a los principios enunciados en la introducción de este epígrafe, mayoritariamente aceptados como inspiración y límite del *ius puniendi* estatal.

El modo en el que, en algunos casos, se articula la relación entre las modalidades de una infracción extrapenal administrativamente sancionable (llamémosle *tipo básico*) y las modalidades elevadas a la categoría de delito (consecuentemente, *tipo cualificado*) tampoco respeta los señalados principios. La extensión de la remisión normativa y lo dificultoso de seleccionar en ese conjunto extrapenal el elemento que habrá de completar el tipo penal no debieran, en principio, tener como consecuencia un relajamiento de tales principios, pero hay una serie de aspectos preocupantes a los que, a este respecto, debe hacerse referencia. De *lege ferenda*, dado que el origen de este problema está en el excesivo número de infracciones administrativas estructuradas como forma menor de los delitos, QUINTERO OLIVARES aconseja al legislador evitar la identidad del hecho seleccionando cuidadosamente las conductas punibles, procurando que lo descrito como delito no se repita como infracción administrativa⁴⁵. Sin entrar ahora a debatir si esta propuesta es o no compatible con la —mayoritariamente justificada— *necesidad* de una accesoriadad *también material* del Derecho penal respecto del administrativo en algunos ámbitos de intervención, de *lege lata* sigue siendo necesario abordar su interpretación, enfrentarse a sus aspectos problemáticos y, en esa tarea, fijar —en la medida de lo posible— las bases de una interpretación de estos tipos acorde con los principios materiales a que en este epígrafe se hace referencia, por lo que es ineludible analizar al detalle estos preceptos.

Así, por ejemplo, es evidente que el artículo 316 CP presenta problemas de delimitación respecto del art 48 LPRL, publicado, como ya se dijo, apenas dos semanas antes que el Código penal de 1995. Esa cercanía en el tiempo no se ha plasmado, sin embargo, en una coordinación adecuada entre ambos cuerpos normativos, a pesar de que dicha descoordinación, por lo demás, había ya sido destacada por la doctrina penal respecto de su antecedente legal, el 348bis a) ACP⁴⁶. El artículo

infracciones administrativas muy graves», y la estructura que, en la misma sentencia, se reconoce al tipo del art. 335 CP, como tipo penal en blanco que se remite a una infracción administrativa (a través del elemento *contrariedad a la no autorización*).

⁴⁵ Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio», CDJ 1997, pág. 362. En el mismo artículo analiza supuestos conflictivos desde el punto de vista del principio *non bis in idem*, a los que se hará referencia en el último epígrafe de este escrito.

⁴⁶ Artículos 348. bis a) y 499 bis ACP respecto de la Ley 8/88 de 7 de abril sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS).

316 castiga a los que «con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física», al tiempo que el art. 48 LPRL se refiere a una serie de incumplimientos⁴⁷ «de los que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores» o, más genéricamente en su último párrafo, a la no adopción de «cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales». La expresión «riesgo grave e inminente», parece dar a entender que el tipo administrativo se refiere a conductas más graves que las recogidas en el 316 CP, pero los criterios materiales ya avanzados impiden, en el sistema penal vigente, llegar a semejante conclusión. Otra posible interpretación es entender que, como la LPRL se refiere al riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores y el 316 CP al peligro grave para la vida, salud o integridad física, se reserva al tipo penal los riesgos para la vida o la integridad física, dejando las que únicamente afecten a la salud y seguridad de los trabajadores en el ámbito de las infracciones administrativas. Tal interpretación debe descartarse, porque no salva el mencionado escollo del término *grave e inminente* y deja, además, al arbitrio del juez la valoración, en suma, de si el peligro (que no lesión) lo era para la vida o integridad, o sólo para la salud, con las dificultades añadidas de distinción entre salud e integridad física respecto

⁴⁷ Entre otros, la no paralización de una actividad a requerimiento de la Inspección laboral por entender que existe un riesgo grave e inminente, la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que no respondan a las exigencias psico-físicas requeridas para el puesto, así como la superación de los límites de exposición a los agentes nocivos que originen riesgos de daños para la salud de los trabajadores, sin adoptar las medidas preventivas adecuadas.

⁴⁸ Por cuanto respecta a la distinción entre salud e integridad física, el tema ha sido objeto de debate específico en el tratamiento de los delitos de lesiones corporales. La doctrina identifica en estos casos un sólo bien jurídico, reconociendo su *integración* (en contra Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 96, que los distingue como dos bienes jurídicos), aunque no hay aún acuerdo respecto a la denominación que a tal integración haya de darse. Proponen como denominación la de *integridad personal*, entendida en sus proyecciones de integridad física o corporal y de salud física y mental, entre otros: Alfonso GUALLART DE VIALA, *La nueva protección de la integridad corporal y de la salud*, Ed. CERA, Madrid 1992, pág. 38 y Carlos M. ROMEO CASABONA, ya en *El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Ed. Bosch, Barcelona 1981, págs. 134-135, 277, y recientemente en «Los delitos contra la integridad corporal y la salud», en «*El Código penal de 1995: presupuestos y fundamentos*». Libro homenaje al Profesor Ángel Torío López, Ed. Comares, Granada, en prensa.

de otros delitos y la tendencia doctrinal a considerarlos un sólo bien jurídico, integrado⁴⁸.

La interpretación correcta debe, por tanto, partir de la afirmación⁴⁹ de la prevalencia del orden penal cuando una conducta encaje en el art. 48 LRPL y el artículo 316 CP, y ello no sólo en un sentido procesal, sino de reserva de las conductas materialmente más graves al orden penal. ARROYO ZAPATERO propuso como solución la aplicación de las reglas concursales recogidas en el art. 68 ACP, de lo que deducía la necesaria aplicación del 348bis a), como supuesto más gravemente sancionado. Entendemos, por nuestra parte, que es posible ofrecer una segunda posibilidad interpretativa, porque tanto si entendemos que ambas definiciones de *riesgo* son sinónimas, como si entendemos que *riesgo grave e inminente* y *riesgo grave*⁵⁰ son categorías diferentes y que sólo el primero de ellos equivale al *peligro grave* del art 316 CP, lo cierto es que a partir del 24 de mayo de 1996 el tipo que encaje en el art. 316 CP es un ilícito penal y conforme a la Disp. Derog. ap. 2⁵¹ CP, y el principio *non bis in idem*, se excluye su posible sanción administrativa.

Se producen igualmente una serie dificultades de delimitación de algunas infracciones de la normativa administrativa en el art. 348 CP respecto del art. 34.b) del Reglamento de Transporte de Mercancías Peligrosas⁵² o del art. 325 CP con las infracciones recogidas en art. 108 de la Ley 29/1985 de 2 de Agosto de Aguas y, en especial, respecto de algunas normas autonómicas, caso de la Ley 1/95 de 2 de enero, de Protección Ambiental de la Comunidad Autónoma de Galicia (LPAGal)⁵³. Conforme a

⁴⁹ Como hace AGUADO LÓPEZ, «El delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316 CP): Problemas concursales con las infracciones administrativas de seguridad e higiene», *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Casabó Ruiz*, Valencia, 1997, pág. 14.

⁵⁰ Categorías que la LRPL emplea para delimitar las infracciones graves, en su artículo 47, y las muy graves, en el artículo 48.

⁵¹ Hubiera sido especialmente clarificador que el legislador penal de 1995 hubiere previsto, como respecto a la Ley de caza, la forma en la que habrán de compatibilizarse el artículo 48 LRPL y el 316 del Código penal, ya que la interpretación de la declaración genérica que hace el apartado 2º de la Disposición Derogatoria del Código penal de 1995 no es, ciertamente, una cuestión sencilla.

⁵² El art. 34.b) RTPM, RD 74/1992 de 31 de enero describe como infracción administrativa muy grave la «realización de transportes que puedan afectar a la seguridad de las personas, cuando entrañen un peligro grave y directo para las mismas». Véase Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, *ob. cit.*, pág. 1577.

⁵³ El art 33.b) de dicha ley castiga la «descarga en el medio ambiente, bien sea en las aguas marítimas o continentales, suelo o subsuelo y atmósfera de productos o sustancias, en estado líquido, sólido o gaseoso, de formas de energía, incluso sonoras, que constituyan un riesgo objetivamente verificable para la salud humana y los recursos naturales, supongan un deterioro o degradación de las condiciones ambientales o afecten negativamente al equilibrio ecológico en general».

esta Ley, la creación de un *riesgo objetivamente verificable* que afecte a la *salud humana y los recursos naturales* (a ambos, según la letra de la ley) o *degrade o deteriore*, por ejemplo, *las condiciones ambientales* cumplirá en la Comunidad Gallega dos de los requisitos exigidos por el art. 325 CP, cuales son la *infracción extrapenal* —infringe el art. 33.b) LPAGal—, y el requisito del peligro, inherente al tipo administrativo. Entendemos que ello es, sin embargo, una verdad a medias, porque conforme, sin embargo, al *principio non bis in idem*, debe cuestionarse, si el art. 33.b) LPAGal puede o no completar la infracción administrativa en todos sus requisitos y, en consecuencia, también el tipo penal, o si —con la entrada en vigor del Código penal— no se habrá establecido entre ambos tipos una relación semejante a la expuesta entre art. 316 CP y el art. 48 LPRL. Existen, además, argumentos que permiten dudar de la constitucionalidad de este artículo de la LPAGal, en tanto los principios constitucionales que prevén una «utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva»⁵⁴, asumen, e incluso promueven, como *necesaria* la creación de algunos riesgos o incluso lesiones y el deterioro o la degradación de las condiciones ambientales que produce su utilización por el ser humano, y el art. 33.b) LPAGal parece haberlos obviado⁵⁵.

Debe señalarse también el caso del art. 65 de la Ley 7/1994 de 18 de mayo de Protección Ambiental de la Comunidad de Andalucía (LPA-And), que contiene unas agravantes de las infracciones administrativas⁵⁶ referidos a supuestos que constituyen ya delito conforme a los artículos 325, 330 y 331 CP. Un minucioso análisis de la normativa autonómica en desarrollo de las competencias relativas a ordenación

⁵⁴ Véase, en especial el art. 45 de la Constitución española de 1978, junto con los arts. 1 y 2 CE (en lo relativo a la solidaridad interregional), art. 41 CE (promoción de condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa) o la exigencia de que las diferencias estatutarias no impliquen privilegios económicos o sociales para ninguna de las Autonomías (art. 138.2 CE).

⁵⁵ Todos estos problemas pudieran haberse evitado, si se hubiera incluido una cláusula como la que recoge el artículo 72 de la Ley 1/95 de 8 de Marzo de Protección del Medio ambiente en la Región de Murcia, en el segundo inciso de su apartado 1b): «No tendrán la consideración de infracciones los vertidos o emisiones realizados en las cantidades o condiciones expresamente autorizadas, conforme a la normativa aplicable en la materia».

⁵⁶ En su ap. 2º dice que «se considerarán circunstancias agravantes de la responsabilidad administrativa definida en la presente Ley: a) el riesgo de daños a la salud de las personas y al medio natural; c) la comisión de infracciones en Espacios Naturales protegidos y dominio público marítimo-terrestre».

del territorio, gestión en materia de medio ambiente, montes y aprovechamientos forestales, obras públicas o transportes intraautonómicos, proporcionaría de seguro más supuestos de difícil deslinde, pero la problemática y las vías posibles de solución han quedado, a nuestro juicio, suficientemente reflejadas en los mencionados ejemplos y ello nos permite avanzar hacia otras consideraciones.

La perspectiva del contenido material de lo injusto sí que ha sido, en cambio, respetada en el tratamiento de las *infracciones extrapenales cualificadas* en sentido implícito, consistentes en la ausencia de la preceptiva autorización *stricto sensu*, es decir, en la ausencia de un permiso, licencia, verificación o similar que debió otorgarse a través de un acto administrativo. Tal reflexión, surgida fundamentalmente en el tratamiento de la *agravante de clandestinidad* en el delito ecológico, merece destacarse especialmente dado lo oportuno de su extensión a otros tipos de estructura similar. La doctrina entiende que la ausencia de autorización administrativa, conforme a los principios informadores del *ius puniendi* estatal (penal o administrativo), sólo pueden entenderse penalmente relevantes en los supuestos en los que la actuación *sin la autorización correspondiente* constituya materialmente un injusto⁵⁷. Se afirma, en este sentido, que no pueden desvalorarse los supuestos en los que el sujeto ha actuado conforme a la norma de comportamiento que vincula el Derecho penal al Derecho administrativo.

Dicho de otro modo, ello significa que, aunque una autorización fuera objetivamente ilícita podría penalmente entenderse como *autorizante*, si, en el supuesto concreto, se entiende que el sujeto activo no pudo (o debió) conocer dicha ilicitud. La actuación de aquél quedaría, por ello, amparada por la autorización, aún y cuando administrativamente pudiera procederse a su revocación. Ciertamente, parece que no puede ser de otro modo en un sistema penal que responda al *sistema de imputación individual* característico del Derecho penal moderno y en el que se entienda que lo penalmente protegido no es el poder de gestión y planificación de la Administración pública frente a las even-

⁵⁷ Klaus TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho penal económico*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, pág. 186; Juan TERRADILLOS BASOCO, entiende que quien actúa en esas circunstancias debe incurrir, a su juicio, en una simple infracción administrativa, ya que su conducta no afectó al bien jurídico protegido o lo hizo dentro de los límites tolerados. En la misma línea podría traerse a colación la afirmación de Jens Christian MÜLLER-TUCKFELD, «Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts», Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt, 1995, pág. 461 y ss.: «en la dogmática del Derecho penal del medio ambiente existe un amplio acuerdo en que a la acción permitida por el Derecho administrativo no se le puede vincular consecuencia penal alguna».

tuales desobediencias de los Administrados, sino los bienes jurídicos que a través de esa actividad pretenden, en suma, garantizarse. En ello basamos nuestro apoyo a la extensión de esta línea de interpretación a supuestos en que sólo *objetivamente* pueda entenderse que falta una autorización.

Este deseable acuerdo doctrinal no ha sido aún alcanzado en el tratamiento de otros supuestos en los que, por otros motivos, resulta difícil precisar la valoración que penalmente ha de darse a la *ausencia de la correspondiente autorización*. Por una parte, está el problema de la punibilidad de las conductas *no autorizadas* pero dependientes del *ius variandi* de la Administración. Estos supuestos, por definición, pueden —conforme a la legalidad vigente— ser legalizados mediante una decisión administrativa autorizante pronunciada con posterioridad a la realización de la conducta infractora. El ejemplo quizá más idóneo para referirse a ello es el del art. 319 CP, en el que el legislador penal ha distinguido dos categorías dentro del concepto de *no autorización*, al referirse a las *construcciones no autorizadas* (art. 319.1º) y a las *edificaciones no autorizables* (art. 319.2º). En una interpretación de conjunto de las infracciones extrapenales *implícitamente* contenidas en el tipo, bajo la exigencia genérica de una *no autorización* —sin distinguir, por tanto—, se plantea la duda de si el legislador penal, al no distinguir como hace en el art. 319 CP, ha querido entender comprendidas en ellas tanto los supuestos autorizables como no autorizables. En principio, de una interpretación sistemática del Código penal podría llegarse a tal conclusión, aunque deben, no obstante, destacarse los inconvenientes de la extensión de la intervención penal a los supuestos de *autorizabilidad* (en el sentido de falta de autorización sometida al *ius variandi* de la Administración).

Siguiendo el ejemplo, nótese que en el tipo recogido en el párrafo 1º del art. 319 CP lo injusto penal de la conducta se refiere genéricamente a una falta de una autorización, que permitiría entender tanto supuestos autorizables como no autorizables posteriormente por la Administración, mientras que el párrafo 2º recoge únicamente supuestos en los que la conducta no sea *autorizable*. Entendemos que este segundo supuesto únicamente acoge los supuestos no autorizables en los que *falte una autorización*, no siendo político-criminalmente deseable que los supuestos *autorizados no autorizables* queden admitidos en el tipo, con la salvedad de lo ya expresado sobre el tratamiento de las *autorizaciones ilícitas*. Asimismo, si la conducta estuviere autorizada y se revocase la licencia en virtud del *ius variandi* reconocido a la Administración, penalmente es claro que tal supuesto no podría llegar a sancionarse, porque en el momento de realización de la conducta el sujeto estaba amparado en tal autorización. Distinto es el caso en el que

la construcción en las zonas descritas en el tipo penal estuviese autorizada y la licencia fuera revocada por incumplimiento de la misma; se entiende que la intervención penal habría de reducirse únicamente a lo no amparado por la licencia —determinante de su revocación—, en tanto que parcialmente sí se actuaba al amparo de una autorización válida⁵⁸, y ello sólo si el sujeto fue, en coherencia con lo visto en el párrafo anterior, consciente o negligente en su actuación infractora.

Por cuanto respecta a los supuestos *no autorizados pero autorizables*, la doctrina se refiere especialmente al problema de la apreciación de la *autorizabilidad*, que obliga al intérprete a localizar el *imprescindible complemento normativo*, pero una vez localizado éste, habrá de establecerse lo que no es más que la *opinio iuris* o interpretación del Derecho⁵⁹. Al respecto, si son bastante frecuentes las discrepancias entre la Administración y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o entre las diferentes salas delo Contencioso-Administrativo⁶⁰, cabe prever que la apreciación del Juez penal tampoco podrá ofrecer la precisión deseable en la selección de las conductas jurídico-penalmente relevantes. Político-criminalmente no parece muy adecuada la sanción de este supuesto, en tanto que su lesividad (al menos respecto de un bien jurídico que no sea el *buen funcionamiento de la Administración*) queda en entredicho⁶¹. No obstante, en el sistema penal español vigente, difícilmente puede evitarse que estos supuestos queden comprendidos en el tipo y, en este sentido, la crítica expuesta se extiende por analogía a otros tipos penales —en concreto los listados aquí como *infracciones extrapenales implícitamente contenidas en el tipo*— en los que se requiera una *no autorización* que comprenda supuestos *autorizables y no autorizables*.

Con todo, ha de reconocerse que el tipo empleado como ejemplo, el

⁵⁸ Lógicamente, si la licencia fuere revocada por motivos de otro tipo, como su errónea concesión o la adopción de nuevos criterios de apreciación, en tanto el art. 16.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales prevé el resarcimiento de los daños y perjuicios causados al titular de tal licencia, parece de sentido común que no cabrá aplicar una pena al que actuó amparado en la misma.

⁵⁹ Gabriel GARCÍAS PLANAS, *El delito urbanístico*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 72.

⁶⁰ Algunos de los problemas que se prevé habrán de producirse en la práctica judicial son explicados con detenimiento por Concepción CARMONA SALGADO, en *ob. cit.*, págs. 13-14, con referencia también a Luis RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Hacia un nuevo Derecho Penal Privado y Secundario?», en *AJA* 1996, núm. 251, p5. Vid. asimismo José GARBÉRÍ LLOBREGAT, «Principio «non bis in idem» y cuestiones de prejudicialidad», en *CDJ XI*, Madrid 1997, pág. 112-121.

⁶¹ Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio», *CDJ* 1997, pág. 356, opina que han de preferirse para la intervención penal espacios o actuaciones que *en cualquier hipótesis* sean intangibles para toda autoridad.

recogido en el art. 319.1º CP, se salva parcialmente de esta crítica —no se sabe si por casualidad o por acierto de legislador—, en tanto que el suelo especialmente protegido tiene en nuestro ordenamiento jurídico, en concreto en la normativa urbanística, un contenido reglado. Como consecuencia de ello, la discrecionalidad del planificador a la hora de la concesión de las licencias o de la caracterización del propio suelo queda notablemente restringida y se mitigan gran parte de los problemas a los que acaba de hacerse referencia. Entendemos, por ello, que ese mínimo sería deseable para otros supuestos de autorizabilidad recogidos en el Código penal vigente.

Dentro de los supuestos de *ausencia de autorización* de difícil valoración en el ámbito jurídico penal, ha de hacerse, finalmente, referencia a los supuestos en los que la infracción extrapenal a la que se refiere el tipo ha sido ya sancionada por la Administración o, en cambio, no puede ya sancionarse por ésta, en tanto, conforme a la normativa administrativa ha caducado o prescrito. Reconocer que la sanción administrativa previa impide la aplicación de una sanción penal conforme la principio *non bis in idem*, implicaría amparar los supuestos en los que el procedimiento administrativo sancionador no ha preservado la prioridad del orden penal, por lo que no parece aceptable⁶². No obstante, es previsible la concurrencia de casos en los que la conducta hubiera pasado *posteriormente* a ser delictiva, por la manifestación de un peligro o de unos daños mayores a los inicialmente previstos, posibilidad que parecen permitir los arts. 316, 325, 348-350 o 363 CP. En una correcta aplicación de dichos tipos, parece que, si se entendiera que el resultado está comprendido en el dolo del sujeto, los supuestos en los que el resultado no alcance el tipo penal habrían de ser entendidos, coherentemente, como tentativas y sancionarse penalmente, y, por ello, ha de achacarse a la indeterminación de la estructura de injusto de estos tipos —a analizar más adelante— el que pudiera llegarse a otra conclusión.

La prescripción o caducidad de la infracción extrapenal plantea, en cambio, un problema de autonomía valorativa similar al planteado por

⁶² Reiterada jurisprudencia constitucional —vid. p. ej. SSTC 30.I.81, 14.VI.83— afirma la compatibilidad entre sanciones jurídico-penales y administrativas cuando se impongan por diferentes hechos o bien se trate de la tutela de intereses públicos diferentes, lo que, asumida a otros efectos la *necesaria* accesoriadad material del Derecho penal respecto del administrativo, no es muy probable en los supuestos que nos ocupan. En los demás casos (SSTC 30.I.81 y 3.X.83) el órgano administrativo debe abstenerse de imponer sanción alguna frente a hechos que puedan ser jurídico-penalmente relevantes hasta que el juez se haya pronunciado. Más extensamente, José Manuel TRAYTER JIMÉNEZ/VICENÇ AGUADO I CUDOLÁ, *Derecho Administrativo Sancionador: materiales*, Ed. Cedecs, Barcelona 1995, págs. 23-36, 71-88.

la ilicitud de la autorización *ilícita*. Obsérvese, sin embargo, que en el supuesto de la autorización (*objetivamente*) *ilícita* la autorización era extrapenalmente revocable, aunque no sancionable dado el desconocimiento que amparaba al sujeto. Dicha interpretación era la más conforme con el principio de culpabilidad, al tiempo que, como dicho principio inspira asimismo la potestad sancionadora de la Administración, parece también poco probable que en el orden administrativo se hubiera podido llegar a sancionar. En el supuesto de caducidad o prescripción en el que el sujeto actúe *conscientemente* sin autorización, en cambio, el sujeto realizó —dolosamente, incluso— el tipo penal, y el problema reside en decidir si es posible que una conducta no autorizada, pero administrativamente ya no sancionable, puede tener en el orden penal un plazo de prescripción diferente, o si debe permitirse que quién —en su día— cometió un delito eluda su sanción por esa descoordinación.

Esto último parece, por múltiples razones, poco deseable en sistema penal respetuoso con las bases del Estado social y democrático de Derecho —en especial, con la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley— y exigiría ahondar en la naturaleza y función de los plazos de prescripción para decidir, en coherencia, si ésta queda o no comprendida en la remisión formal y material, aceptada mayoritariamente como *necesaria* en los ámbitos de intervención penal que tratamos. En espera del resultado de tal reflexión, manifestamos nuestras dudas respecto a la probabilidad de que se lleguen a encontrar argumentos lo suficientemente sólidos como para permitir, téngase en cuenta que en este caso *contra reo*, llegar a seleccionar de algún modo los supuestos en que el Derecho penal debe conservar una autonomía valorativa propia, de aquellos otros en los que —por *necesidad*— se acoge a la de otro sector jurídico.

Finalmente, si el delito debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico como legitimación *ad casum* de la sanción penal de una determinada conducta, la conducta llevada a cabo por el sujeto debe ser idónea para ello. El principio de ofensividad debiera, en este sentido, permitir la no aplicación de una sanción penal a supuestos bagatelares o que se muestren inidóneos para afectar al bien jurídico⁶³. Observa-

⁶³ Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CDJ 1997, pág. 475, pág. 482, afirma que partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo relativo a la distinción entre *realización aparente* y *realización efectiva* del tipo —STS de 15 de marzo de 1983— y de los principios de lesividad, intervención mínima y proporcionalidad, puede promoverse —STS 3 de marzo de 1994— una aplicación de los tipos penales sujeta al fundamento material de su incriminación, restringiendo el ámbito de aquellas a las que resulte aplicable el principio de insignificancia.

do, por ejemplo, que ante un mismo resultado desaprobado por el ordenamiento jurídico, cual es el fallecimiento de una persona, la valoración de las acciones del sujeto que han causado o favorecido dicho resultado no es idéntica para todos los casos⁶⁴, no debiera aceptarse, consecuentemente, que en las *infracciones extrapenales cualificadas* cualquier infracción extrapenal pueda completar este requisito del tipo, sin atender al grado con el que el comportamiento en concreto incumple el mandato o prohibición extrapenal. Se extendería, así, la aplicación de una sanción penal a infracciones administrativas *insignificantes* en lo que a la ofensividad del bien jurídico respecta⁶⁵. Esa remisión normativa, interpretable como realizada a *toda* infracción extrapenal que encaje en la descripción del enunciado penal, es, también en este sentido, una remisión que excede notablemente lo *necesario* para la protección del bien jurídico —tercera exigencia de la teoría del *complemento indispensable*, a la que se ha hecho ya referencia en el epígrafe anterior—.

Las dificultades de delimitación del ámbito de lo penal y administrativamente relevante, apreciadas aquí en la interpretación aislada de algunas *infracciones extrapenales cualificadas*, entendemos que son básicamente generalizables a los demás supuestos de este tipo, como lo son las soluciones y matices que en su interpretación doctrina y jurisprudencia han ido depurando. Como conclusión, por tanto, sólo resta insistir una vez más en que la búsqueda de criterios que permitan restringir la remisión y la justificación de la necesaria accesoriadad formal y material del Derecho penal respecto del administrativo en estos ámbitos de intervención no deberían justificar las incoherencias señaladas respecto de los principios materiales que informan la intervención penal, en línea con lo afirmado respecto del relajamiento de las exigencias del principio de legalidad. Las dificultades insalvables en dicha tarea debieran conducir *de lege ferenda* a desterrar total o parcialmente esta técnica de tipificación penal y a depurarla en los aspectos que se consi-

⁶⁴ Así por ejemplo, el asesinato o la imprudencia leve, que provocan finalmente el fallecimiento de una persona, y la participación directa, indirecta o la mera contemplación de una conducta de este tipo que otro lleva a cabo, no merecen en nuestro ordenamiento la misma consideración, aunque el mandato de fondo sea siempre el de «no realizarás conductas que puedan provocar la muerte a otra persona».

⁶⁵ Cabe citar el caso de los artículos 332 y 334 CP, que permiten aplicar una sanción penal a conductas que afecten a especies *materialmente* no amenazadas, incluidas en el Catálogo de Especies Protegidas por razones de *interés especial* (art 29.d Ley 4/89 de Protección de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres). La doctrina trata de eludir interpretando en un sentido estricto la condición de *amenazadas*, pero parece más que probable el desarrollo de interpretaciones menos depuradas, especialmente por lo sencillo de acudir directamente a la lista que proporciona el Catálogo, sin necesidad de atender a las razones que llevaron a tal inclusión.

deren aún *salvables*, caso de que político-criminalmente siga defendiéndose de forma mayoritaria la necesidad de tal accesoriadad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo.

El fundamento último de estas afirmaciones, no es otro, que la consciencia de que la intervención penal, en tanto lesiva para otros valores ético-sociales igualmente deseables en el Estado social y democrático de Derecho, sólo puede admitirse dentro de unos límites, cuya preservación se garantiza precisamente a través de los filtros formales y materiales a cuyo *relajamiento* se ha querido hacer referencia. A nuestro juicio, el reconocimiento de los principios tradicionalmente presentados como límite del *ius puniendi* en el Estado liberal, reordenados sobre las bases del sistema estatal actual, sigue siendo aceptado —a veces sólo de forma tácita— como fundamento legitimador de la intervención penal materializada en cada uno de los tipos penales. Prueba de ello, es que estas *infracciones extrapenales cualificadas* se ha querido «revestir de legitimidad», justificando el relajamiento que dichos principios han de permitir para la adaptación a los ámbitos *no tradicionalmente* objeto de intervención penal, pero, en suma, al amparo de los mismos.

En el esfuerzo por *legitimar* estas figuras, se ha acusado, sin embargo, una confusión entre la justificación político-criminal de la intervención en estos ámbitos, con la pérdida de garantías que se han originado en la concreta tarea de *selección y descripción legal* de las conductas objeto de la conminación penal. La crítica de ello se ha visto reforzada al apreciar que la indeterminación formal de las conductas punibles dificulta también su determinación material y el respeto de los principios más básicos relativos al contenido material de lo injusto. Resta únicamente, a continuación, comprobar cómo dicha indeterminación formal y material del ámbito de lo punible, característica de la formulación típica de las *infracciones extrapenales cualificadas*, se traduce inevitablemente en una imposibilidad de graduar adecuadamente el grado de injusto al aplicar la sanción penal a las conductas que encajan en el tipo, afectando gravemente a los principios de lesividad y culpabilidad penal.

IV. La graduabilidad del contenido de lo injusto de las infracciones extrapenales *cualificadas*, en especial las que se tipifican junto a un peligro: el respeto a los principios de lesividad y culpabilidad en su interpretación

Las *infracciones extrapenales cualificadas* deben finalmente anali-

zarse desde la perspectiva de su específico contenido de lo injusto. El Derecho penal se configura a través de un conjunto de normas de comportamiento dirigidas al ser humano y dichas normas, orientadas a la protección de bienes jurídico-penales, se fijan en la conducta, adoptando así la forma de prohibición o de mandato⁶⁶. Como consecuencia de ello, el desvalor de lo injusto puede ser contemplado desde su materialización, en primera instancia, como una agresión al ordenamiento jurídico por el *empresamiento de un comportamiento infractor*⁶⁷. Partiendo de una serie de criterios de valoración que analizan detalladamente la entidad objetiva y subjetiva de dicha agresión, y la entidad del resultado atribuible al emprendimiento infractor, el sistema penal moderno ha propiciado la aplicación de penas proporcionales a dicho desvalor y dicha graduabilidad no debiera, en principio, verse entorpecida por una técnica de tipificación como la de las remisiones normativas.

La justificación de estas remisiones por *necesidades formales y materiales* ha sido presentada como una excusa genérica del relajamiento de otros principios penales en la tarea de selección de las conductas (y bienes necesitados de protección) objeto de intervención y en la descripción de las mismas en los correspondientes enunciados legales. En coherencia, parece que —una vez seleccionadas las conductas y descritas en el tipo— su *idoneidad para formar parte del sistema penal vigente* debiera permitir que sus mandatos y prohibiciones fueran interpretados siguiendo las líneas generales de interpretación del resto de los tipos penales. Sucede, en cambio, que las dificultades de delimitación del ámbito de lo penalmente relevante en las *infracciones extrapenales cualificadas* se ha traducido, en último término, en una indefinición de la norma penal en ellos contenida —y por tanto del contenido específico de injusto del tipo penal de que, en concreto, se trate—. Por tal motivo, se plantea prácticamente imposible la valoración del grado en el que ha *infringido* el mandato penal una concreta conducta que encaje en la descripción típica. Pese a ello, y siempre y cuando se entienda —después de lo ya visto— que estos tipos penales están dentro del marco constitucional, convendría destacar las posibilidades que los principios de ofensividad, culpabilidad y propor-

⁶⁶ Esteban SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, Ed. Comares, Granada 1996, pág. 51. Sobre la función de la norma penal, Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General, vol. I*, Ed. Universitas, 1996, págs. 68 y ss.; Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed, Ed. PPU, Barcelona, págs. 36-39.

⁶⁷ Al desvalor de acción, independientemente de la valoración que merezca finalmente respecto del total de lo injusto, se le reconoce por los diferentes sectores doctrinales un papel esencial en el mismo. Por todos, Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *ob. cit.*, págs. 36 y ss.; Santiago MIR PUIG, *ob. cit.*, págs. 122-123.

⁶⁸ Pueden plantearse dudas en casos como el del despacho o expedición de *medicamentos que incumplan* las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad

cionalidad tienen aún de regir en estos casos.

Entendemos, en sintonía con la opinión mayoritaria, que la infracción extrapenal contenida en el tipo es un atributo de la conducta⁶⁸. Se insiste, por tanto, en que tal *infracción* pertenece al tipo de lo injusto⁶⁹ —en concreto al desvalor de la acción— y, apoyándonos en los argumentos empleados para explicar que —tanto en las infracciones extrapenales explícita como implícitamente contenidas en el tipo— el núcleo esencial de lo injusto no se contenía plenamente en el enunciado penal, reiteramos que la infracción extrapenal forma parte esencial de lo injusto de las *infracciones extrapenales cualificadas*. En este contexto, se ha podido constatar, por una parte, la existencia de una aceptación mayoritaria —independientemente de la concepción de lo injusto que se defiende— de la graduabilidad de lo injusto penal, y, por otra, la graduabilidad de lo injusto de las propias infracciones extrapenales conforme a criterios similares a los que inspiran el sistema penal⁷⁰. Ambas constataciones nos permiten sostener como *teóricamente* posible la atención a la propia entidad del emprendimiento que infringe la norma extrapenal, como uno de los elementos de graduación de lo injusto de las conductas que encajen en el tipo de una *infracción extrapenal cualificada*. Por esta vía debería ser, además, posible llegar a entender que, en algún caso, el emprendimiento infractor del sujeto es insignificante respecto del mandato penal.

En segundo lugar, en los casos en los que subsistan una serie de in-

y eficacia (art. 361 CP) o el ofrecimiento de *productos alimentarios con omisión o alteración* de los requisitos establecidos (art. 363 CP), que parecen referirse a la *ilicitud* del objeto del delito y no propiamente a la conducta, atendiendo básicamente a la nocividad que la falta de dichos requisitos *potencialmente* implica en el objeto destinado al consumo humano. Conforme al art. 10 CP, sin embargo, es no sólo posible sino necesario exigir, como mínimo, imprudencia respecto de la concurrencia de dicha ilicitud y esa descripción del objeto ha de relacionarse de algún modo con la actitud interna del sujeto activo.

⁶⁹ Con anterioridad se ha expuesto ya porqué no entendemos que se trate de supuestos de una *causa de justificación* externa al tipo de lo injusto. Algún autor entiende que la infracción de la normativa extrapenal exigida en estos tipos ha de entenderse como una *condición objetiva de perseguibilidad* —vid. José María RODRÍGUEZ DEVEVA, *Derecho Penal. Parte Especial*, 1994, pág. 1105—, pero la doctrina se ha manifestado mayoritariamente en contra de tal interpretación, afirmando que la infracción es un elemento del tipo que complementa a la conducta. En este último sentido, por todos, Ramón MARTÍN MATEO, «El delito ambiental. Reflexiones desde el Derecho administrativo», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona humana*, Homenaje al Prof. Beristain, San Sebastián 1989, pág. 818; Javier BOIX REIG, «Protección penal del medio ambiente», en *CDJ*, 1994, pág. 121; Carlos BLANCO LOZANO, *El delito ecológico. Manual operativo*, Ed. Montecorvo, Madrid 1997, págs. 40, 111.

⁷⁰ STS de 15 de octubre de 1988: «el paralelismo esencial entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador permite la extrapolación a éste de los principios que inspiran aquél».

fracciones de menor gravedad en el sector extrapenal y su menor gravedad se base en su menor desvalor de injusto material, no parece posible sostener una graduación de lo injusto que no contemple dicho desvalor, ni mucho menos, un contenido de injusto que no pueda graduarse. La indeterminación de cuál sea —si es que el legislador lo supo en su día— el mayor desvalor de lo injusto que ha llevado a cualificar algunas modalidades de una infracción extrapenal, no facilita una graduación entre las mismas, lo cual sería de todo punto deseable. También es criticable que, ya en lo que respecta a la modalidad de una infracción extrapenal que encaje en el tipo penal, no pueda procederse a una valoración del contenido de lo injusto penal conforme a la gravedad del emprendimiento infractor del sujeto respecto del mandato o prohibición contenido en la norma extrapenal —en coherencia con lo argumentado— para justificar que entendemos la infracción de dicho mandato como parte del núcleo esencial de lo injusto del tipo penal resultante. Hubiera sido, a nuestro juicio, deseable que el legislador determinara expresamente la gravedad requerida a la infracción extrapenal⁷¹ para ser un elemento del tipo e incluso los criterios en base a los cuales puede graduarse ya dentro de ese marco. Se aprecia, especialmente, tal necesidad en los tipos penales que sólo contienen en su descripción, además de la infracción extrapenal, un resultado, que sería el único elemento cualificante y único elemento, también, en base al cual se puede graduar la infracción. Esta técnica de tipificación —además de peligrosa— puede verse como un paso atrás en la evolución de un sistema penal que, de forma destacable en las últimas reformas, aboga claramente por una paulatina eliminación de todo vestigio de responsabilidad objetiva.

Parece de sentido común que no pueda valorarse de igual forma, por ejemplo, la conducta de quien no ofrece ningún medio con el que protegerse a los trabajadores que tiene contratados, que la de aquel que, sin asegurarse de si los medios serán suficientes —pero confiando en ello— los ofrece a sus trabajadores (arts 316-317 CP). Este segundo sujeto infringe la norma que exige el ofrecimiento de los medios adecuados, como consecuencia de una infracción previa consistente en la *no valoración de los riesgos de la actividad que empresarialmente desarrolla*. La relación, por tanto, de este sujeto con el mandato (o prohibición) penal correspondiente no puede ser considerada de forma semejante.

⁷¹ En contra José María TAMARIT SUMALLA, que en el comentario del art. 316 CP entiende como algo positivo que la expresión *grave* haya pasado de calificar, en el 348.bis a) ACP, a la *infracción*, a calificar ahora el *peligro* exigido en el tipo. En Gonzalo QUINTERO OLIVARES/ José Manuel VALLE MUÑIZ (coord.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona 1996, págs. 1480-1483.

Tampoco puede valorarse de igual manera todo suministro —nótese que *autorizado*— de las *sustancias nocivas a que se refiere el art. 359 CP* (vid. art 360 CP), *sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y reglamentos respectivos*, cuando tal incumplimiento puede ocasionarse tanto por una inexcusable ligereza al rellenar algún extremo del formulario correspondiente, como por una etiquetación incorrecta, una falsa descripción de los agentes ante los que tales sustancias reaccionan o la venta a personas no autorizadas para su compra, casos todos ellos, además, en los que el sujeto activo ha podido *infringir las formalidades exigibles* de una forma dolosa o imprudente.

Todas esas apreciaciones confluyen en el punto, quizá más complejo, de la interpretación conjunta de todos elementos que conforman estos tipos penales. La dogmática ha ido creando una serie de conceptos y categorías aplicables a grupos de tipos que guardan ciertas similitudes, a los efectos de que el sistema penal mantenga, en todos sus extremos, una coherencia fundamental con los principios que lo inspiran y los límites dentro de los cuales se estima *legitimado* en un Estado social y democrático de Derecho⁷². Partiendo de una serie de estructuras típicas diferenciables en acciones u omisiones, dolosas o imprudentes, de resultado o de mera actividad, el análisis doctrinal y la aplicación jurisprudencial han ido depurando unos criterios de valoración y graduación de lo injusto, de relevancia penal y sancionabilidad, en suma, de la conducta, a complementar atendiendo al grado de desarrollo de la conducta, la participación de los sujetos y el reproche que en el caso concreto merece el infractor.

En base a tales categorías, la interpretación de un tipo penal puede *disccionarse* en diferentes elementos, cada uno de ellos subdividido a su vez, en los que se localiza el desvalor de una conducta, y, cuando un hecho real pudiera encajar en dicho tipo, es posible valorarlo detalladamente respecto de cada uno de esos elementos. Nótese, sin embargo, que en los supuestos en que concurre la exigencia de una infracción extrapenal, atribuida a una conducta generalmente *neutral* (que puede ser, además, una acción o una actividad genérica), de aplicar el requisito de la infracción de una manera automática y no graduable en su injusto, la graduabilidad se centraría en el resto de los elementos descritos en el tipo. Ello puede dar lugar, como ya se ha avanzado, a supuestos de responsabilidad *cuasiobjetiva* cuando a la exigencia de la infracción se añade únicamente la concurrencia de un resultado de lesión o de peligro, cuya relación con la conducta, estructuralmente difusa, no puede establecerse fácilmente.

⁷² Por todos Santiago MIR PUIG, *ob. cit.*, págs. 63-65, 73 y ss.; Francisco MUÑOZ CONDE/ Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1998, págs. 77-106.

En este sentido, ha de destacarse que, aun cuando la infracción extrapenal pueda consistir únicamente en una *no autorización* o ilicitud de la conducta *neutral* que describe el tipo o en un exceso respecto a lo autorizado, es posible que se deba también a la inobservancia de ciertas medidas de seguridad o al empleo de medios inadecuados para llevar a cabo la conducta. En estos casos, la interpretación debería llegar a determinar si la conducta es activa u omisiva y si su carácter es doloso o imprudente, así como si es de resultado o de mera actividad, para poder graduar la pena en base a la imputabilidad objetiva de la conducta y del resultado al sujeto⁷³, el grado de dolo o imprudencia con que ha actuado —y en su caso si tal conexión subjetiva es punible conforme al tipo penal—, si es autor o partícipe y en qué términos se castiga tal participación. La interpretación que actualmente se está dando a este conjunto de delitos, sin embargo, no parece augurar una solución satisfactoria de todas las cuestiones planteadas, por cuanto que al desacuerdo en su calificación, se suma, en ocasiones el no desarrollo hasta sus últimas consecuencias de lo que implican las calificaciones empleadas.

Una de las mayores dificultades de calificación surge en el tratamiento de las *infracciones extrapenales cualificadas* en las que se describe un peligro⁷⁴. La difícil apreciación de los que haya de entenderse por poner *en peligro grave la vida o integridad física de los trabajadores* (art. 316CP), poder *perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales* (art. 325CP), poner *en concreto peligro* (arts. 348-350 CP) o poner *en peligro la salud de los consumidores* (art. 363CP), su categorización como resultado o mero atributo de una conducta, así como la estructura de la imputación objetiva de los mismos, se ven agravados por lo difuso de otro requisito del tipo, cual es propiamente el de la infracción, que, además de calificar a la conducta, no se sabe si ha de determinar o no su consideración como delito de acción u omisión, doloso o imprudente.

La presencia de una infracción extrapenal en estos tipos ha sido, precisamente, empleada por un sector importante de la doctrina como argu-

⁷³ Exposición sistemática de los diferentes criterios de imputación por Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ, en Claus ROXIN, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, (trad. Abanto Vásquez), Ed. Idemsa, Lima-Perú 1997, págs. 20-29.

⁷⁴ La relevancia central del concepto de peligro en muchas partes de la teoría general del delito, contrasta con su *incerteza dogmática*. Vid. Francesco ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, 2ª ed., Ed. Giuffré, Milán, 1994, págs. 1-8.

⁷⁵ Véase, con más referencias Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, págs. 134 y ss.; Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *ob. cit.*, págs. 358 y ss.

mento que avala la tesis de que los delitos de peligro son supuestos de *tentativa de delitos imprudentes*⁷⁵. Entienden que el respeto al principio de legalidad, que impide el castigo genérico de tales tentativas, puede, de algún modo, entenderse compensado en tanto la norma objetiva de cuidado —contenida, a su juicio en la norma extrapenal a la que se remite el tipo— es objeto, en estos casos, de una tipificación *más* expresa. Por nuestra parte, en cambio, en coherencia con lo argumentado en el tratamiento de la legalidad de las infracciones extrapenales, entendemos que, dada la tipificación actual de las *infracciones extrapenales cualificadas en las que se describe un peligro*, difícilmente puede compensarse la merma de seguridad jurídica que implica la tipificación de una tentativa de delito imprudente.

Por otra parte, nótese que dicha explicación de la estructura de los tipos de peligro no salva, tampoco, el problema de calificación del peligro como concreto, abstracto o idóneo a los efectos de la imputación objetiva, ni la problemática estructura que de esta forma adquiere el dolo de peligro. Ese primer obstáculo deja en el aire, además, la duda de si puede concurrir un dolo de primer grado *de peligro* en relación a los bienes colectivos difíciles de deslindar de la protección de la vida o salud humanas (pareciendo que el resultado depende en último término más de la casualidad que de otra cosa) o si es posible una comisión imprudente de una *tentativa de delito imprudente*, a los efectos de aplicación de los artículos 317, 331 y 367 CP. De mantenerse —que no está del todo claro— en el sistema penal tipos como las *infracciones extrapenales cualificadas*, en especial las referidas a un peligro, se augura un largo debate hasta alcanzar un principio de acuerdo sobre su tratamiento.

La presencia de una infracción extrapenal en el tipo dificulta, asimismo, la comprensión del tipo como activo u omisivo, de mera actividad o de resultado, con el consiguiente problema de aplicación de los criterios de imputación y graduación de lo injusto correspondientes a cada una de estas categorías. Los tipos recogidos en los arts. 319, 325, 333 y 335 CP, por ejemplo, son supuestos claramente activos, pero la doctrina no es unánime en la consideración de los mismos como delitos de mera actividad o de resultado, algo que resultaría determinante para su posible comisión por omisión, vía art. 11 CP, en casos en los que la infracción extrapenal pudiera consistir, por ejemplo, en el incumplimiento del sujeto activo de su obligación de evitar la producción de un resultado de ese tipo y se demostrare su capacidad de acción en el supuesto concreto.

Un segundo grupo de lo componen aquellos en que la conducta —acción o actividad genérica— *neutral* se acompaña de una infracción que, a su vez, puede ser activa u omisiva y resulta difícil determinar si

la conducta ha de entenderse activa u omisiva, dolosa o imprudente. Ello dificulta, también en este caso, seleccionar una de tales categorías en la interpretación de estos tipos y, consecuentemente, se alcanza una muy diferente apreciación de la imputación objetiva de la conducta y del resultado de la misma, de las posibles desviaciones del curso causal y de la participación en el delito. En este sentido cabe referirse al art. 360 CP, relativo al *despacho o suministro de las sustancias descritas en el art. 359* por una persona *autorizada* para el tráfico de las mismas. Genéricamente el despacho o suministro puede considerarse una conducta activa, en tanto que el *incumplimiento de las formalidades* es una omisión que acompaña —no necesariamente en el mismo instante— a la acción de entregar a otra persona la sustancia nociva. En tanto no se exige un *resultado material*, más allá del incumplimiento *normativo* que debe atribuirse a la conducta, podría entenderse como un supuesto de mera actividad, postura mayoritaria, o como un supuesto de omisión pura, con las consiguientes diferencias de imputación objetiva que habrían de resultar en cada caso.

Respecto de las actividades que, sin embargo, se realizan *en cadena*, cual es el caso de la *fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos* (art. 348 CP) o la *manipulación, transporte o tenencia de organismos* (art. 349 CP) y la *apertura de pozos o excavaciones, en la construcción o demolición de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas o, en su conservación, acondicionamiento o mantenimiento* (art. 350 CP), debe procederse a un tratamiento más detallado. Nótese, ya de entrada, que el legislador se refiere a los que *en esas actividades contravinieren las normas o medidas de seguridad establecidas*, pudiendo por tanto interpretarse que ese *en* significa, el marco global de la intervención penal o la concreta conducta *neutral* del sujeto en el desarrollo de la cuál *éste* infringe las normas extrapenales. La doctrina, en sintonía con su interpretación en los antecedentes de estos delitos en el Código penal anterior, los entiende como supuestos activos, atendiendo a esas actividades —a nuestro juicio básicamente *neutras* respecto del mandato o prohibición penal— durante las cuáles el sujeto infringe unas medidas de seguridad, pero entendemos que cabe expresar algunas reservas respecto de algún supuesto.

La *tenencia* de sustancias peligrosas o de organismos genéticamente manipulados, en concreto, no es propiamente una acción y puede, incluso, asociarse al supuesto de control de una fuente de peligro en la comisión por omisión, especialmente en los casos en los que se trata de un organismo vivo o de una sustancia que puede fácilmente extenderse en el ambiente. En esa tenencia hay un sujeto obligado normativamen-

te a mantener unas condiciones de seguridad, por la peligrosidad intrínseca de aquello que tiene en su poder, y, en tanto tenga capacidad de acción en el supuesto concreto en el que dicho peligro esté en situación de pasar a ser *concreto* respecto a la vida o salud de las personas, podría imputársele su no evitación. Esta estructura permitiría, además, no imputar objetivamente el resultado —al menos en toda su extensión— a quien no tenga capacidad de acción en el caso concreto o permitir que se defienda, en su caso, demostrando que las medidas de seguridad legalmente exigibles hubieran sido insuficientes. Sostener que la tenencia es un supuesto de acción dificulta, por otra parte, el establecimiento de una relación de causalidad entre el resultado y la tenencia. Finalmente, ha de reseñarse que este tratamiento impide apreciar la relevancia de la infracción de las normas de seguridad infringidas respecto del riesgo finalmente creado, pese a que genéricamente cabe, sin duda, entender que las medidas de seguridad impuestas tienen por objeto evitar el resultado que la norma penal describe y que, a pesar de cumplirlas, la propia actividad tiene un riesgo inherente que podía haberse concretado en algún resultado de peligro o lesión *penalmente irrelevantes*.

En otras hipótesis, como la del transporte, cuando es otro empleado el que no observa las cierra debidamente las válvulas de un camión que porta una sustancia altamente peligrosa, y el transportista confiado no comprueba al detalle el cumplimiento de las medidas de seguridad exigibles, no cabe entender que el transportista realice dolosamente el tipo —y la imprudencia no es punible—. Tampoco puede afirmarse que el segundo realice el transporte, ni que manipule o tenga la sustancia *contraviniendo las medidas de seguridad correspondientes*, ya que se es posible que en la manipulación o tenencia observe dichas medidas (en su propia seguridad, seguramente), pero no prepare adecuadamente la mercancía para su transporte. Este segundo se limitaría, así, a *omitir* las medidas de seguridad requeridas para el transporte que va a realizar otra persona, y, por ello, entendemos más sencillo articular este supuesto como un tipo de *omisión* que entender que realiza un *transporte penalmente relevante* como autor mediato.

Aceptar esta segunda interpretación implica, en primer lugar, que la acción de transportar una mercancía peligrosa es valorada como neutral y atípica, y que la infracción extrapenal es lo decisivo en el contenido injusto. Tal conclusión es, a nuestro juicio, acertada, pero incoherente con la calificación de la conducta *transportar* como núcleo de lo injusto penal, tanto en la alegación por la doctrina mayoritaria del cumplimiento del requisito relativo a que el enunciado legal contenga dicho núcleo, como en la consideración del tipo como de *acción*. Por otra parte, esta interpretación del art. 348 CP exige valorar la magnitud

de la inobservancia de las medidas correspondientes y confirmar la existencia de un dolo —al menos eventual— en la previsión del peligro concreto para la vida o salud de la persona del transportista o personas con las que eventualmente pudiera toparse durante su trayecto. Por último, resultará problemático apreciar —si es que ello es realmente posible en las estructuras de peligro— la causalidad entre su infracción y el peligro ocasionado, así como su dominio respecto del curso causal, con el paréntesis de quien conscientemente —pero sin conocimiento del riesgo— realiza el transporte que, en último término, es el que describe el tipo. Tratar, por todo ello, el tipo del art. 348 CP como de *acción* y este tipo como de *autoría mediata* no nos parece muy recomendable.

Más insalvable como tipo de acción parece la conducta descrita en el art. 316 CP, que castiga a los que *con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física*. Resulta difícil pensar en algún supuesto activo de la modalidad *no facilitar los medios*⁷⁶, pero, en tanto delito de resultado, su comprensión como delito de comisión por omisión plantea, además, un dilema conceptual. Podría considerarse como un tipo intermedio entre la omisión pura y la cláusula genérica del art.11 CP, en sintonía con lo que algún autor ha señalado respecto de tipo delictivo recogido en el artículo 196 CP⁷⁷.

En principio no parece que haya mayor problema en entender que una obligación legal del empresario (e, incluso, de los trabajadores que estén al cargo de la seguridad de sus compañeros, como indica la propia LPRL), sancionada además en el orden laboral caso de incumplimientos más leves, pueda constituir una posición de garante. Sí es más problemático, en cambio, apreciar si, en este supuesto concreto, la situación de peligro basta sea el riesgo que la propia actividad entraña caso de realizarse sin las medidas oportunas, o se refiere a supuestos límite en el que el peligro pasa de una situación *genérica* a *concretarse* respecto de algunas personas. En uno u otro caso debería determinarse, además, cuál sea la capacidad de acción a verificar en el sujeto pa-

⁷⁶ Como tipo de omisión en José María TAMARIT SUMALLA, *loc. cit.* y José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Ed. Bosch, Barcelona 1998, pág. 201.

⁷⁷ Con más referencias, José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, 3ª ed., Colex, Madrid, 1997, pág. 393. En otro sentido M. A. COBOS GÓMEZ DE LINARES, en L. RODRÍGUEZ RAMOS/ M. A. COBOS GÓMEZ DE LINARES/ J. M. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho Penal. Parte Especial II*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1997, págs. 23-25.

ra poderle imputar el resultado y, contrariamente, permitir que él demuestre en su defensa su incapacidad. No resulta tampoco sencillo, en tanto la conducta que no contravenga dichas medidas de seguridad será, por la exigencias del tipo, impune, llegar a determinar si, caso de que el sujeto demostrare la inidoneidad de las mismas para haber impedido el resultado pueda considerársele exento de responsabilidad criminal (no de la administrativa o civil, naturalmente).

Multitud de hipótesis complejas en apreciación dogmática, pero de previsible frecuencia en la realidad, surgen de la reflexión de este tipo, entre las que finalmente quisiéramos destacar la complejidad del supuesto en el que la norma infringida por el empresario o el encargado de la seguridad de la empresa hubiere incumplido la norma administrativa que le exige proceder a valorar previamente los riesgos de su empresa, a realizar anotaciones periódicas sobre ello y revisiones médicas a los trabajadores, no siendo por ello, por un actuar precedente también omisivo —doloso o negligente— plenamente consciente del peligro que la actividad entraña y no pudiendo prever los medios que legalmente está obligado a ofrecer a los trabajadores, pudiendo incluso estar amparado por la pasividad de la inspección laboral ante sus inobservancias⁷⁸. En este caso, su omisión *punible* se deriva, ciertamente, de un actuar precedente reprochable y administrativamente sancionable, pero quizá de difícil encaje en la punición del tipo del art 316 CP. Un análisis exhaustivo de cada uno de los tipos daría lugar sin duda a muchos más casos, que seguramente quedan en la realidad archivados por la dificultad de proceder a una imputación penal y que no son de tan fácil acceso como las decisiones jurisprudenciales. En ellos está la búsqueda tanto de soluciones de interpretación y reforma como de argumentos que definitivamente puedan, en su caso, apoyar la supresión definitiva de algunos de estos tipos penales.

Resta únicamente hacer referencia al tratamiento del tipo subjetivo⁷⁹ de las infracciones extrapenales cualificadas. Los supuestos de realización dolosa de una *infracción extrapenal cualificada* en los que la conciencia y voluntad de realización del sujeto comprendan, asimismo, la conciencia y voluntad de que su conducta infrinja la norma extrapenal de que se trate, no plantean mayor problema —al menos a este respecto—. Únicamente merece insistir, aunque se ha destacado ya, en la

⁷⁸ Téngase en cuenta, por otra parte, que el art. 318 CP castiga a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, *conociendo y pudiendo evitarlo*, no hubieren adoptado medidas para ello.

⁷⁹ Véase José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *ob. cit.*, págs. 36 y ss., en lo relativo a la indiferenciación de los elementos objetivos del dolo y la imprudencia en la moderna teoría penal, especialmente por los funcionalistas.

cuestionable admisibilidad de una comisión *dolosa* de los tipos de peligro, en especial en los supuestos en los que se protegen bienes jurídicos de los llamados de *referente individual*. Los supuestos en los que la conciencia y voluntad de realización de sujeto no recae, en cambio, sobre todos los elementos de la conducta típica sí que deben, sin embargo, ser analizados específicamente en el tratamiento de las infracciones extrapenales cualificadas. Claramente, los supuestos que más interés plantean son aquellos en los que la conciencia y voluntad del sujeto recaen únicamente sobre la conducta *neutral* y aquellos en los que dicha conducta se realiza imprudentemente.

Antes de adentrarnos en ellas, quisieramos hacer notar que a lo largo de la exposición se han presentado varios argumentos que respaldan la consideración del elemento *infracción extrapenal*, en forma de contravención normativa o como mera *no autorización*, como parte del núcleo esencial de lo injusto y, en concreto, como elemento fundamental del empujamiento infractor penalmente relevante. Se ha destacado asimismo la dificultad de precisar el propio mandato o prohibición específico del tipo penal —lo que lo diferencia del mandato administrativo al que se remite su estructura típica— y se han reflejado varias razones que nos invitan a entender la conducta *neutral* como penalmente irrelevante, atípica. Conscientes, por todo ello, de lo aleatorio de pretender solucionar *el tratamiento del tipo subjetivo* de las infracciones penales cualificadas, no se ha querido, sin embargo, renunciar a una serie de consideraciones que una solución —de seguro transitoria— debería tener en cuenta.

Si la conducta considerada *neutral* es la que se realiza de forma imprudente (imaginemos que junto a mercancías corrientes se transporta por error —vencible— un bidón que contiene mercancías peligrosas, o se provoca un vertido altamente tóxico al llenar excesivamente uno de los depósitos de un complejo industrial creyendo que había más espacio, p.ej.) su relevancia penal quedaría en entredicho, por cuanto que sobre la infracción extrapenal no habría en este caso *ni siquiera* imprudencia leve, aunque formalmente encajase en el tipo⁸⁰. Conforme al principio de culpabilidad y admitido que el mandato penal se centra esencialmente en el cumplimiento de las normas de seguridad correspondientes, entendemos que la conducta ha de ser penalmente irrelevante. Debe notarse, sin embargo, que la reflexión relativa a esta hipótesis, en concreto, no es necesaria en el tratamiento del Código penal vigente, por cuanto que no se prevé el castigo penal de la comisión im-

⁸⁰ Sobre a diferente consideración de los supuestos dolosos o no dolosos en punto a la necesidad de un conocimiento efectivo del sujeto del modo de evitar el resultado en los delitos de omisión vid. José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal. Parte general (Lecciones 26-40)*, UNED, Madrid, 1997, págs. 177-178.

prudente de la conducta recogida en el art. 348 CP, lo cual no impide extender sus conclusiones a hipótesis análogos.

Los supuestos en los que la conciencia y voluntad del sujeto recaen sólo sobre la conducta —pero se desconoce, por tanto, la ilicitud de su comportamiento— admiten diferentes posibilidades de tratamiento, aunque entendemos que, en ningún caso, deberían llegar a admitirse como realizaciones dolosas de un tipo penal. Tanto en los supuestos en los que concurra un error vencible como una imprudencia respecto del mandato o prohibición contenidos en la norma extrapenal —con el problema de aquellos supuestos en los que el sujeto pueda verse afectado por un error de prohibición—, habrá de delimitarse si el sistema penal vigente admite su castigo y en qué medida. Téngase en cuenta que de entender que algunos de ellos son supuestos imprudentes, debería coherentemente graduarse el grado de imprudencia de la infracción y excluir los supuestos de conductas imprudentes que no se hubieren tipificado, conforme al art. 12 CP, expresamente⁸¹. La imputación del resultado correspondiente debería, asimismo, ajustarse a la estructuras de los tipos imprudentes, recordando la *no punición de la tentativa de delitos imprudentes* en nuestro sistema penal. Ello alcanzaría también a los supuestos de error vencible, ya que esta interpretación ha partido de la consideración de lo requisito de la infracción extrapenal como parte del tipo. De otro modo, se estaría, privando injustificadamente de virtualidad al principio de culpabilidad y se producirían grandes distorsiones en la relación con las infracciones menores que subsisten en el orden extrapenal correspondiente.

El tratamiento de los supuestos en que la infracción extrapenal ha sido realizada imprudentemente por el sujeto, plantea asimismo una dificultad de delimitación entre las modalidades de una infracción extrapenal que permanecen en el orden extrapenal (en forma de tipo básico) y aquellas otras modalidades que han sido elevadas a la categoría de delito. A las dificultades de delimitación ya señaladas se añade ahora la cuestión de qué sentido pueda tener que en tal orden subsistan al-

⁸¹ Manteniendo la misma división que en el tratamiento de la conducta como activa u omisiva, los tipos recogidos en los arts 319, 333 y 335 CP no son sancionables penalmente en caso de comisión imprudente, lo que no impide sean sancionadas administrativamente. Sí se ha previsto, en cambio, la posibilidad de una comisión imprudente del tipo descrito en el art. 325 CP (por la cláusula del art. 331CP), siempre y cuando, en tanto delito de peligro que se duda de si es de peligro concreto, abstracto o abstracto-concreto, se entienda admisible dogmáticamente, preservando los principios de ofensividad y culpabilidad, su punición imprudente. Se prevé, asimismo, el castigo imprudente de los tipos recogidos en los arts 360, 361 y 363 CP (vía 367CP), teniendo en cuenta que estos dos últimos son tipos de peligro, pero no de las conductas recogidas en los arts 348 a 350 CP, como ya se ha referido anteriormente.

gunas modalidades de una infracción si es posible que incluso la infracción por imprudencia leve de tal normativa pueda llegar a completar las exigencias del tipo penal. Un sistema óptimo debiera permitir al Juez contemplar todas las modalidades punibles de una infracción —tanto en el orden administrativo como en el penal— y graduar lo injusto de la conducta (que —al menos— en el sistema empleado por el Código penal vigente) infringe un mismo mandato protector de bienes jurídicos), en vez de obligarle a decidir si interviene o si deja que el asunto avance como un expediente administrativo sancionador.

V. Conclusiones

Visto lo visto, dudamos sinceramente de que el problema de *adaptación* de las categorías dogmáticas tradicionales a las *infracciones extra-penales cualificadas* tenga su origen en ellas. No parece, a nuestro juicio, admisible que los criterios dogmáticos tradicionales, aún hoy día asumidos —siquiera *tácitamente*— como la mejor vía para garantizar que la intervención punitiva del Estado se limita a los márgenes dentro de los cuáles *su ineludible necesidad* permite legitimarla, puedan rechazarse desde su *impotencia* ante tipos que adolecen, tan claramente, de los elementos más básicos del sistema penal moderno. En concreto, se ha constatado la indeterminación de la técnica de tipificación se traduce en una indeterminación del mandato o prohibición penal que se conminan, en suma, con una pena, y acarrea una indefinición de los valores objeto de protección, con la consecuente imposibilidad de graduación del contenido de injusto específico de una conducta humana que infrinja tal mandato. Sin entrar a opinar si el Derecho penal debe o no hacerse cargo de la intervención estatal en algunos de los ámbitos sociales afectados por este tipos de preceptos, lo que si hemos llegado a concluir es que los señalados problemas no deberían ser, en ningún caso, el motor de creación de una *nueva dogmática*. Estas estructuras no han *puesto*, a nuestro juicio, suficientemente *a prueba* la dogmática tradicional, ya que al adolecer *ab origine* de un serio defecto de legitimación en el Estado social y democrático de Derecho, tratar de *reinterpretarlos* para que encajen en dicho marco resulta, cuando menos, artificioso y poco fructífero.

En este sentido, el intento doctrinal y jurisprudencial de mantener la interpretación de estos tipos dentro del marco de garantías del sistema penal moderno ha sido en muchos casos la *cortina de humo* que ha impedido criticarlos en profundidad desde tales límites. El caso más claro lo constituyen los «matices» o el relajamiento de las exigencias del principio de legalidad que, justificando la remisión forma y material a

normas extrapenales por necesidades político-criminales o de unidad del ordenamiento jurídico, han excusado, erróneamente a nuestro juicio, la contemplación de si estas *infracciones extrapenales cualificadas* alcanzan, siquiera, un mínimo de seguridad jurídica. Pretender una *reinterpretación garantista* de tales remisiones, denuncia ya, en cierto modo, que estos tipos penales no satisfacen siquiera los mínimos señalados por la teoría del *complemento indispensable*. Las *infracciones extrapenales cualificadas* descuidan la exigencia del *carácter expreso* de la remisión y respecto de ellas se han relajado, además, las exigencias, también derivadas del principio de legalidad, relativas a la *justificación de la remisión penal por las necesidades de tutela del bien jurídico* y a la *comprensión del núcleo esencial de la prohibición* en la descripción penal.

Atendiendo al hecho de que mayoritariamente se acepta la legalidad de estos tipos, se ha procedido, con todo, a analizar el tratamiento que doctrina y jurisprudencia ofrecen a estas figuras delictivas, pese a nuestro convencimiento personal de que la indeterminación en la propia selección de las conductas penalmente relevantes y en su descripción legal afectará consecuentemente a la determinación del ámbito de lo penalmente relevante en estos tipos, a su delimitación respecto de las modalidades menores de una infracción mantenidas en el orden administrativo y a la aplicación a estos tipos de las categorías dogmáticas tradicionales en la interpretación de los tipos y de los criterios específicos de graduación de lo injusto. En ello se ha apreciado, en primer lugar, que el concepto material de delito y el de bien jurídico, comprendidos entre los problemas básicos menos clarificados del Derecho penal moderno, aportan al tratamiento de estos tipos penales una interesante perspectiva. En concreto, debe destacarse el requisito mínimo de que, *en la línea continua de lo injusto material*, el Derecho penal sólo pueda intervenir en el extremo más grave, así como el respaldo mayoritario a la consideración de que una intervención penal dirigida a sancionar conductas que afecten al bien jurídico de una forma penalmente *irrelevante* o que no lo afecten en absoluto, no está legitimada en nuestro sistema penal. Ambas consideraciones ponen también a prueba estas *infracciones extrapenales cualificadas*, en tanto que la interpretación de su confusa estructura, en muchos de los casos, conduce —pese a las buenas intenciones— a graves incoherencias respecto de esos mínimos.

Finalmente, se han detectado multitud de irregularidades en la aplicación a las *infracciones extrapenales cualificadas* de las categorías que hasta el momento habían servido para *diseccionar* tanto la figura típica como el hecho que supuestamente en ella encaja, a los efectos de proceder a una intervención penal en el caso concreto. No se pretende ciertamente obviar que ya desde los propios conceptos de acción y omisión,

de tipos de resultado o de mera actividad o los criterios de imputación objetiva, incluyendo las teorías del contenido material de lo injusto o del bien jurídico, siguen siendo cuestiones debatidas en la Ciencia penal actual. Pero, a nuestro juicio, el margen de imperfección de la Dogmática no es el culpable de la inaplicabilidad de sus criterios principales a las *infracciones extrapenales cualificadas*. Entendemos que a estos tipos no se les pueden extender esas categorías, fundamentalmente por el hecho de que la infracción extrapenal contenida en el tipo —*esencial*, a nuestro juicio, en el mandato o prohibición penal— no sólo no se determina en el tipo penal, sino que ni siquiera es, en muchos casos, *determinable*. Como consecuencia de ello, además de esos problemas de legalidad y materialidad de lo injusto ya referidos, en estos tipos penales no se puede *llegar a saber* si la conducta en ellos comprendida es activa u omisiva. Y ello no es, a nuestro juicio, porque la conducta descrita sea (ontológicamente poco probable) un *nuevo modo de conducta*, ante la que hayan de articularse otro tipo de mandatos o prohibiciones, o, incluso, otro modelo de norma penal, sino porque, sencillamente, es *indeterminable* si el legislador —más allá de un claro *querer evitar*— quiso *ordenar o prohibir*, si castiga un *hacer* o un *no hacer* y con que características concretas.

Como conclusión final, intuimos lo problemático de un legislador que *ambiciona* —pese a ser algo imposible por la propia esencia del *Derecho*— adelantarse a todo conflicto social, a todo resultado indeseable, *previniéndolo* con conminaciones penales que ni ordenan ni prohíben conductas concretas, simplemente porque no puede concebirse lo que hayan de ordenar o prohibir, ni a quién. La necesidad de una accesoriidad material o formal en determinados ámbitos no puede respaldar una técnica que no selecciona con precisión las conductas humanas ante las que se ha de materializar la intervención penal, no sólo por la inseguridad jurídica, sino por la propia ineficacia que a tal intervención se le agura como instrumento de solución de conflictos sociales. La legalidad de estos tipos debiera, a nuestro juicio, revisarse con mayor dureza o restringir al menos, en la línea de esa *reinterpretación garantista* ya esbozada, la aplicabilidad de estas infracciones extrapenales cualificadas, en espera de su reforma o de su desaparición definitiva.

Quisieramos sólo añadir que, aun cuando pudiera parecer que los esgrimidos criterios de legalidad, ofensividad y culpabilidad no hacen sino restringir la aplicabilidad de estos tipos —favoreciendo a los potenciales *infractores* que perturban nuestro «bienestar»—, reiteramos nuestro convencimiento de que la intervención penal no debiera perder de vista su *limitada legitimabilidad* en un Estado social y democrático de Derecho, precisamente porque en sí misma supone ya la afectación de valores ético-sociales entendidos como *fundamentales* en nuestra co-

lectividad, ni su coexistencia con otros medios jurídicos y de otro tipo, capaces de intervenir con mayor eficacia ante algunos de los problemas que se pretenden solucionar. Por ello, si de la *inaplicabilidad* de estos tipos penales se deriva una desprotección de bienes jurídicos considerados fundamentales, no deberá, a nuestro juicio, achacarse al *sistema penal* o a la *dogmática tradicional* que trata de aplicarlos un fracaso que corresponde, exclusivamente, al legislador que erró en la selección de los medio jurídicos idóneos y minimizó, en consecuencia, la protección de unos bienes jurídicos a los que sólo *simbólicamente* supo reconocer su fundamentalidad.