

Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente

GÜNTER HEINE

Abogado y asesor científico en el Max-Planck-Institut
de Friburgo de Brisgovia

ANALISIS FUNCIONAL Y JURIDICO COMPARADO.
TERMINOS JURIDICOS INDEFINIDOS.
ALCANCE DE LAS AUTORIZACIONES*

Existe una tendencia internacional a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal, pese a que los conocimientos empíricos nacionales e internacionales permiten observar su eficiencia todavía con cierto escepticismo. Este artículo trata uno de los problemas básicos del Derecho penal del medio ambiente, campo de tensión entre Derecho penal y administrativo y, partiendo de un proyecto de investigación del Instituto Max-Planck para derecho penal extranjero e internacional, de Freiburg, analiza y compara los modelos jurídicos de accesoriedad administrativa. Sobre esta base, se desarrollan nuevos puntos de vista acerca del efecto legalizador de las autorizaciones concedidas por las autoridades administrativas y se investigan las consecuencias de la tolerancia oficial. En esencia, el autor argumenta en contra de una injerencia drástica en los principios penales garantizados de la libertad y previene contra exageradas expectativas respecto de la inminente reforma del Derecho penal del medio ambiente.

* Traducción del artículo «Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts» publicado en NJW 39 (1990) pp. 2425 a 2434, realizada por Paz M. de la Cuesta Aguado con la colaboración de E. Padrós.

I. Planteamiento de la cuestión

La protección del medio ambiente se ha convertido en una de las principales tareas sociales, estatales e internacionales. En todo el mundo se percibe un fenómeno de expansión del Derecho penal, acompañado por un enorme desarrollo de los instrumentos jurídicos administrativos para la protección de las bases vitales naturales (1), pese a que se puede percibir actualmente en ese mismo ámbito (el Derecho penal) un proceso de retroceso y liberalización. Decisivo para esta *ola de criminalización en el área del medio ambiente* es, de una parte, la experiencia del Derecho penal clásico, que, con la protección de la vida, salud e integridad física y la propiedad, no encuentra respuestas apropiadas a las nuevas formas de amenaza originadas por la civilización técnica. De otra parte, el impacto del efecto propagandístico de espectaculares destrucciones del medio ambiente —para los que la opinión pública requería fuertes sanciones— ha impulsado la actuación del legislador. Sin embargo, se observa cada vez con mayor escepticismo la ampliación del Derecho penal del medio ambiente (2). Este escepticismo se ve, además, fomentado por investigaciones empíricas que constatan, para el caso de la RFA, que el Derecho penal en el ámbito nuclear no cumple la función para la que originariamente fue creado (atentados graves al medio ambiente) mientras que en supuestos de conductas de bagatela da lugar a reacciones exageradas (3). También en el extranjero se ha llegado en muchos casos a estas conclusiones (4). Así mismo, en la práctica parece

(1) Véase HEINE, *ZStW* 101 (1989), pp. 724 y ss.; del mismo *UPR* (1987), pp. 238 y ss.; TIEDEMANN, *Der Kriminalist* 1988, pp. 389 y ss.; del mismo, *Revue de sc. crim. et de droit comparé* (1986), pp. 263 y ss.

(2) Véase BACKES, en *Badwürtt Strafverteidiger e.V.* (ed.), *12 Strafverteidigertag* (1989), pp. 153; HASSEMER, *Neue Kriminalpolitik* (1989), pp. 47 y 49; del mismo, *NSiZ* (1989), pp. 553 y 558; ALBRECHT, *Krit. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1988, pp. 188 y ss.; MATTERN, *Kriminalsoziologische Bibliografie* (1987), p. 41; SCHEERER, *KrimJ.* (1986), ed. especial 1, pp. 133 y ss.; STANGL/STEINERT, *Kriminalsoziologische Bibliografie* 55, IV (1987); WOLF, *Leviathan*: 1987, p. 365. Véase también, HAMM, *Die Zeit* n.º 44 de 27-10-1989, p. 64.

(3) Véase MEINBERG, *ZStW* 100 (1988), pp. 12 y ss.; RÜTHER, *Ursachen für den Anstieg polizeilich festgestellter Umweltschutzdelikte*, 1986; HEINE/MEINBERG, *Empfehlen sich Änderungen im Strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere, in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?. Informe D para el 57 Deutschen Juristentag* (DJT-Gutachten), Mainz, 1988, pp. D 72 y ss. Además del informe del grupo de trabajo interministerial *Umwelhafung und Umweltstrafrecht* de 19-12-1988, pp. 7 y ss.; crítica el alcance de los resultados empíricos ROGALL, en *Festsch. 600 Jahre Universität Köln*, 1988, pp. 506 y 509; Véase también, TIEDEMANN/KINDHAUSER, *NSiZ* (1988), p. 330.

(4) Para Austria, véase WEGSCHEIDER, *OstJZ* (1989); pp. 641 y ss.; del mismo, *Osterreichisches UmweltstrafR*, 1987, pp. 3 y ss.; para Suiza véase STUMM, *Analyse der strafrechtlichen Judikatur im Gewässerschutz*, 1988; de la misma, *Plädoyer* 6 (1986), p. 11 y HEINE, *GA* (1986), pp. 85 y 86; para Francia, véase: AUBUSSON DE CAVARLAY y otros, *Le Pénal en première ligne ou en dernier ressort, Deviance et control social CES*

que el Derecho penal del medio ambiente está visto más como «un regalo funesto» que como una oportunidad para mejorar la protección del medio ambiente (5). Y el ciudadano sospecha que el Derecho penal del medio ambiente solo cumple una función de aparente protección, mientras en los medios de comunicación aparecen títulos como: «se atrapa a los pequeños y se deja escapar a los grandes» (6).

Además, a la «nueva complejidad» (7) del sentimiento vital en la moderna sociedad de riesgo le corresponde, en la práctica, una situación doctrinal y política semejante. A la multiplicidad de nuevas cuestiones planteadas se contraponen una inaudita cantidad de enrevesadas respuestas que, sin embargo, no ofrecen vías de solución. Por eso a continuación se tratará, en primer lugar, de hacer una relación de los problemas básicos del Derecho penal del medio ambiente, sobre todo, del más importante: el campo de tensión entre el Derecho penal y el Derecho administrativo (II). En base a esto, se tratarán también cuestiones de particular importancia (III).

II. Problemas básicos; funciones básicas

1. *Los límites de la idoneidad del Derecho penal para la protección del Medio Ambiente*

El Derecho penal clásico de protección de bienes jurídicos, se concentra tradicionalmente en una relación individualizable entre actor y víctima. Sus criterios de atribución, que aquí y ahora proporcionan seguridad jurídica, se han desarrollado sobre este fundamento y para esta función (8). Pero eso, naturalmente, no excluye que se integren nuevas necesidades sociales de protección. No obstante, el Derecho penal se aventura hacia sus límites de *idoneidad de protección* sólo cuando la víctima se puede identificar por vía de estadísticas ma-

PID (1984), p. 372. Para un análisis de Derecho comparado: HEINE, *ZStW* 101 (1989), pp. 748 y ss.

(5) Véase la contribución al *57 Deutscher Juristentag* por parte de la práctica administrativa en *Deutscher Juristentag* (ed.) Acta de la sesión L 1989. Además en MEINBERG, *ZStW* 100 (1988), pp. 132 y ss.; DIEZ/GNEITING, *M SchrKrim* 72 (1989), pp. 190 y 210 y ss.; WITTKAMPER/WULFNIENHAUSER, *Umweltkriminalität heute und morgen*, 1987.

(6) Véase, por ejemplo, *Badische Zeitung* de 23-9-1988; *Stuttgarter Zeitung* de 1-10-1988, y también SCHUSTER, *DNP* (1989), p. 352.

(7) Véase HABERMAS, *Die neue Unübersichtlichkeit*, 1985.

(8) Véase solamente JESCHECK, *Lehrbuch des Strafr.* 4.^a ed. 1988, pp. 6 y 45 y ss. Algo similar también vale para los principios del proceso penal que han de tenerse en cuenta (véase sobre este tema HEINE, *ZStW* 101 (1989), p. 747; HAMM, *Die Zeit* n.º 44 de 27-10-1989, p. 64).

sivas (por ejemplo Pseudo-Krupp, aumento de las cifras de mortalidad causado por uso pacífico de energía nuclear) cuando se trata de reglamentar un área vital compleja caracterizada por un potencial conflicto importante (ecología-economía) y en el que los correspondientes intereses están altamente organizados o cuando no hay un consenso social sobre el límite de tolerabilidad de un riesgo y cuando las agresiones al medio ambiente ponen en evidencia los riesgos sociales que lleva aparejada la modernización y que, en el fondo, son aceptados como producto del progresivo desarrollo industrial (9).

Una protección penal que se base solamente en la lesión de los bienes jurídicos clásicos, no sirve para captar —o lo hace demasiado tarde— nuevas fuentes de peligro. Y ello es así en parte, porque la relación causa-efecto entre los perjuicios al medio ambiente y lesión de vidas, salud humana o bienes, no ha sido investigada suficientemente, quizá porque todavía no hay resultados seguros. Pero, en todo caso, aún no se conocen bastante las condiciones específicas bajo las cuales el perjuicio medioambiental provoca situaciones lesivas, como para poder extraer conclusiones relevantes para el Derecho penal (10). También por este motivo, el legislador decidió adelantar la protección jurídico penal en relación a los bienes individuales esenciales. De forma que se encontró ante un área primordialmente *ocupada* por el *Derecho administrativo*. Porque en el ámbito de la utilización de los recursos naturales y menoscabo al medio ambiente, durante el breve período de tiempo de las dos últimas décadas, se han dictado una enorme —y muchas veces demasiado compleja— cantidad de leyes para su protección (11). Ello refleja el conflicto, existente en la mente del legislador, entre los intereses particulares y sociales en la conservación de un medio ambiente puro, por un lado, y el derecho a la libertad (de empresa) del contaminador, junto a intereses públicos de desarrollo tecnológico e industrial, por otro (12). En base a estos principios, el Derecho administrativo del medio ambiente muchas veces permite (o por lo menos no prohíbe) comportamientos que pueden ocasionar menoscabo o perjuicio permanentes al medio ambiente; basta, por ejemplo, contemplar la contaminación del Rhin causa-

(9) Véase, por ejemplo, NOLL, *Universitas* 1971, pp. 1021 y ss.; H.J. ALBRECHT, *Kriminalsoziologische Bibliografie* 55 (1987), p. 2; BECK, *Risikogesellschaft. auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986, p. 29; 108, 282, 368; del mismo, *Gegengifte*, 1988, pp. 96 y ss., 192 y ss., 216 y ss.

(10) Véase KLEINE-COSACK, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, 1988, pp. 54 y ss.; MÖHRENSCHLAGER *WuV* (1984), pp. 52 y ss.; MARTIN, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, 1989, pp. 103 y 104.

(11) Para la R.F.A., véase BREUER en V. MÜNCH, *Bes. VerwR.* (1982), pp. 633 y ss.; HOPPE/BECKMANN, *UmweltschutzR.* 1989, pp. 287 y ss.; KLOEPFFER, *UmweltR.* 1989 pp. 22 y ss. Sobre el Derecho administrativo del medio ambiente extranjero, véase KLOEPFFER, en el lugar citado, pp. 339 y ss.

(12) MARTIN, *op. cit.* en nota 10, p. 173. Véase también KLOEPFFER en *op. cit.* nota 11, p. 16 y ss.; WAHL, *DVBl* (1982), pp. 55 y ss.

da por inmisiones diarias legales (13). Del principio de unidad del ordenamiento jurídico y de la prohibición de contradicciones que se deriva de aquél resulta que el Derecho penal, en ningún caso, puede amenazar con una pena comportamientos que están tolerados explícitamente por dicho ordenamiento (14). De ahí que, incluso desde el punto de vista del derecho comparado, se admite que *para el Derecho penal las consideraciones del ordenamiento jurídico-administrativo sobre daños al medio ambiente son, en gran medida, imprescindibles*. Se pueden distinguir a grandes rasgos, tres modelos con finalidades de protección muy diferentes y que plantean cuestiones distintas: *El Derecho penal (especial) clásico absolutamente dependiente de la administración* (punto A), *el Derecho penal (común) relativamente dependiente de la administración* (punto B) y *finalmente la regulación penal independiente de la administración* (punto C).

2. Relación entre Derecho penal y Derecho administrativo

Diagrama 1 A

Sistema: Derecho Penal *absolutamente* dependiente de la administración (básicamente: Anexo a las leyes administrativas del medio ambiente).

Finalidad de protección:

- Asegurar la ejecución *administrativa*.
- Asegurar el *control* y la supervisión por las autoridades.
- Cumplimiento de los *estándares* jurídico administrativos.

Formas de accesoriedad:

- Incumplimiento de los requerimientos a plazo (por ej. Turquía, Italia hasta 1988).

(13) El legislador admite en la Ley Federal de protección de Inmisiones (parágrafos 1; 3 y 5), que hay influencias en el medio ambiente que «pueden ser molestas, incluso subjetivamente insoportables y, sin embargo, hay que tolerarlas si no se quiere cuestionar la convivencia social de los hombres en general». (FELDHAUS, *DOV* (1974), p. 615. Véase también supra III, 1. b). Para la mayoría, «cuanto más formal...» (cuanto mayor y más compleja es la posibilidad de lesión para la vida y salud, tanto más alta debe ser exigida la exclusión de la posibilidad de emisiones lesivas). Véase en este sentido, *OVG Lünenbutg. GewA* (1975), p. 305. BAYER/NICKLISCH/PILZ/SCHOTTIELIUS/WAGNER, *Risiken technischer Anlagen und ihre rechtliche Bedeutung, 1981*; SELLNER, *Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 1988, 2.^a ed.*, pp. 21 y ss.; con más argumentos.

(14) Opinión mayoritaria. Véase, por ejemplo: BGH, *MDR* (1975), p. 723; WINKELBAUER, *Zur Vermaltungsakzessorietät des Umweltstrafrecht* 1985, pp. 40 y ss.; TIEDEMANN, *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts*, 1980, p. 39; KELLER, en *Deutscher Juristentag, op. cit.* nota 5, p. 42 y 43; LECKNER en *Festschr. f. Pfeiffer*, 1988, pp. 27 y ss.; BREUER, *DOV* (1987), pp.177 y ss.; también KLOEPFFER, *NuR* (1987), p. 13 «relative Rechtswidrigkeit».

- Incumplimiento *sólo* del acto administrativo (por ej. Gran Bretaña, Francia).
- Incumplimiento de la obligación de someterse al *control* de la autoridad (por ej. Bélgica, Francia).

Diagrama 2 B

Sistema: Derecho penal *relativamente* dependiente de la administración (básicamente: Código Penal).

Finalidad de protección:

- Protección de bienes específicos del *medio ambiente*.
- Protección de la *vida/salud* humana frente a peligros.

Formas de accesoriedad:

- «No autorizado»/sin autorización (por ejemplo, RFA, Suecia).
- Incumplimiento del acto administrativo (por ejemplo, RFA, Dinamarca).
- Incumplimiento de la obligación *legal* administrativa (por ejemplo, Austria, Yugoslavia, España, Cuba).

Diagrama 3 C

Sistema: Normas penales absolutamente independientes de la administración (Código Penal).

Finalidad de protección:

- Peligro general, puesta en peligro concreta de vida y cuerpo.

Formas de accesoriedad:

- *No hay* dependencia del Derecho administrativo.
- Perjuicio del medio ambiente y peligro general (Polonia).
- Emisión de sustancias peligrosas y peligro concreto para la salud (Dinamarca, Portugal, Holanda, India).
- Liberación de venenos y peligro grave para la salud (RFA).

A.— Con el *Derecho penal absolutamente dependiente de la administración* (modelo A-diagrama 1) se pretende, en primer lugar garantizar jurídico-penalmente el cumplimiento de las decisiones jurídico-administrativas. No se trata tanto de respaldar las disposiciones legales del Derecho administrativo, como de reforzar la ejecución practicada.

En la línea 1; por ejemplo (incumplimiento de requerimientos con término), todavía no es punible la contravención de la licencia administrativa. Se precisa previamente otro requerimiento de la autoridad administrativa correspondiente. Sólo la infracción repetida es punible.

En este supuesto el Derecho penal no solamente se retrae, sino que también se subordina completamente a la función y objetivos del Derecho administrativo. Esto puede parecer congruente en estados, como Gran Bretaña, donde apenas hay medios coercitivos administrativos. Tampoco hay que ignorar que esta subordinación absoluta del Derecho penal a la actuación administrativa sintoniza con el *cambio* parcial del Estado que da normas al Estado negociador: especialmente en el Derecho del medio ambiente hay una (problemática) tendencia internacional a delegar el poder de decisión del parlamento en la administración u organismos no estatales (expertos). Ello trae consigo que, finalmente, se vayan reemplazando las órdenes unilaterales del Estado por un proceso negociador (*bargaining*). Esta característica del principio jurídico-administrativo de cooperación puede tener como consecuencia que la autorización formal sea negociada de antemano por grupos de intereses poderosos (industriales) y se convierta en una especie de «acto de verificación notarial» (15).

Esta flexibilidad estructural del Derecho administrativo requiere, naturalmente, un Derecho penal que se adapte totalmente a estos perfiles informales de ejecución (renglón 1 y 2) o que garantice la libertad de actuación de la administración y sólo sancione la evasión de la actividad de control de las autoridades (renglón 3). Estos principios ya no tienen mucho que ver (16) con la finalidad original del Derecho penal (común) de garantizar por medio de tipos penales límites imperativos que marcan el punto a partir del cual ya no son aceptables lesiones de bienes jurídicos y de confirmación de valores (17).

b) Por eso el *Derecho penal relativamente accesorio* del Derecho administrativo (Sistema B / diagrama 2) se guía por la exigencia de destacar ciertos bienes del medio ambiente, —tales como agua, aire y suelo— como especialmente dignos de tutela; entre otras razones, con la intención de agudizar la consciencia del ciudadano hacia la nocividad

(15) BOHNE, *Der informale Rechtsstaat*, 1981, p. 57. Véase también, KLOEPFER, *op. cit.* nota 11, pp. 199 y 200; WOLF, *Leviathan* 1987, p. 364; LÜBBE/WOLF, *NuR* (1989), p. 295; HERMES/WIELAND, *Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens*, 1988, p. 47, inciden sobre el tema.

(16) Y eso sin tener en cuenta cuestiones jurídico constitucionales como, por ejemplo, separación de poderes o igualdad (Véase sobre esta cuestión, por ejemplo, *BVertGE* 75, pp. 329 y ss.). En base a eso, en Gran Bretaña hay propuestas para reducir el Derecho penal a un área central, teniendo en cuenta la inflación de la «*regulation offences*». Véase *Justice, British Section of the International Commission of Jurist* (ed). *Breaking the rules, the problem of crimes and contraventions*, 1980.

(17) Véase por ejemplo, JESCHECK, *op. cit.* nota 8, pp. 6, 231 y ss.; RUDOLPHI en *SKStGB*, comentario previo al parágrafo 1, números marginales 3 y ss.; ESER, en MARKL (ed.) *Natur und Geschichte*, 1983, p. 386; TRIFFTERER en ULSAMER (ed.), *Lexikon des Rechts. Strafrecht, Strafverfahrensrecht*, 1989 p. 908. Véase también BAUMANN, *ZfW* (1973), p. 66 «zu den historischen Parallelen des *RStGB 1871* («*Pervertierung des Strafrechts zu einem Instrument der allgemeinen Verwaltung*)»).

social de los atentados ecológicos. No basta la mera desobediencia administrativa, o sea, la contravención del ordenamiento jurídico-penal — sin tener en cuenta sus efectos ecológicos— sino que se requieren acciones con consecuencias que (por lo menos potencialmente) puedan perjudicar la medio ambiente. Así, el Derecho penal alemán prohíbe, por ejemplo, la contaminación del agua y sanciona la contaminación atmosférica, si ello es idóneo para lesionar la salud de las personas (18). Y en Suiza, por su parte, la contaminación del agua, aire y suelo se incrementa sólo cuando puede aparecer un peligro abstracto para la salud. Sin embargo, el Derecho penal tampoco puede olvidarse del ordenamiento jurídico-administrativo del medio ambiente. Así, las respectivas autoridades administrativas en la materia pueden permitir acciones perjudiciales para éste, en forma de emisiones o inmisiones, con lo cual este comportamiento estará jurídico-penalmente permitido (línea 1) (19). Pero las normas penales requieren, en parte, una orden anterior especial de la autoridad: sólo si se contravino una prohibición jurídico-administrativa de este tipo (y como consecuencia se causó el menoscabo medio ambiental) reacciona el Derecho penal (línea 2).

De esta forma, se garantiza una coordinación no contradictoria de las decisiones del Derecho administrativo con el Derecho penal. Pero también se adoptan estructuras básicas ajenas a éste, lo que tiene consecuencias de largo alcance: el acentuado consenso de la ejecución administrativa, orientada tendencialmente a la negociación y, su «*Soft-Law*», representado por los principios de proporcionalidad, tolerancia, etc., debilita —por estar inserto en él— a un ordenamiento penal que es de aplicación obligatoria como «pilar del orden de valores de la sociedad». Esto se constata cuando la administración actúa informalmente en vez de emitir los correspondientes actos administrativos necesarios (20) o cuando, emitiéndolos, no presentan puntos de referencia idóneos para el Derecho penal (por ejemplo, valores de control poco claros, valores de promedio anual o similares) (21). Todo esto puede tener como consecuencia que las normas penales del medio ambiente queden sin aplicación. A ello se une un «poder de selección» considerable en manos de la administración a través de la

(18) Véase párrafos 324, 325 del Código Penal alemán; capítulo 13, párrafo 8 a) del Código Penal Suizo.

(19) Para estas cuestiones, véase supra III.

(20) Como aclaración hay que indicar que, en este sentido, no se efectúa una evaluación de la eficiencia general de actuación administrativa formal o informal. Asimismo hay que tener en cuenta que el Derecho medioambiental de una sociedad de riesgo necesariamente tiene que ser en cierta medida dinámico y abierto.

(21) Así, por ejemplo, FRANZHEIM, *NSIZ* (1987), p. 437; SAMSON, *ZfW* (1988), p. 201; PÄPIER, *Gewässerverunreinigung, Grenzwertfestsetzung und Stratbarkeit*, 1984, p. 29, 47. Así mismo, SALWEDEL, en *DJT-Sitzungsbericht*, p. L. 137; HANSMANN en *DJT-Sitzungsbericht* p. L. 165.

selección de denuncias (22). A este respecto parece que, en principio, se traspasan a la fiscalía los casos menos graves, o sea irregularidades de poca duración o ya eliminadas; mientras que, en los casos de perjuicios graves del medio ambiente, la administración intenta llegar por medio de negociaciones a soluciones aceptables a largo plazo (23).

Este posible déficit de eficiencia por la dependencia de la actuación administrativa, se puede reducir, en ciertos supuestos, si complementariamente se remite a *obligaciones legales* (en vez de hacerlo únicamente a actos administrativos), como es el caso, por ejemplo, de Austria, Yugoslavia y España (línea 3). Una conexión de esta índole, que representa una limitación de alto nivel, podría asegurar que no cese necesariamente la protección penal cuando falte la actuación de la autoridad administrativa correspondiente. También quedaría aclarado legalmente que una situación jurídica otorgada por una autorización no es absoluta (24). Pero, para ello, sería imprescindible que se pudiera disponer de un número suficiente de requisitos legalmente determinados en las leyes administrativas, aunque esto, por el momento, sólo será posible dentro de un ámbito restringido, teniendo en cuenta las múltiples variedades de configuración de las circunstancias (25).

c) Hasta ahora hemos tratado una faceta: la responsabilidad jurídico-administrativa de determinación del equilibrio entre intereses contrapuestos, determinación que tiene que ser respetada por el Derecho penal. No obstante, el Derecho penal es *totalmente independiente del Derecho administrativo* cuando se trata de irregularidades especialmente graves que, naturalmente, no pueden consentirse en ningún caso. Pero este límite puede ser muy diferente, de acuerdo con la variedad e importancia de los intereses, el estado de los conocimientos de las ciencias naturales (26) y la evaluación de riesgos. Observemos, por ejemplo, las

(22) En la RFA, aproximadamente la cuarta parte de los juicios penales del medio ambiente se incoan a iniciativa de la administración. Véase MEINBERG, *ZStW* 100 (1989), pp. 128 y ss.

(23) MEINBERG, *ZStW* 100 (1984), p. 132; DIEZ/GNEITING, *MSchKrim.* 72 (1989) p. 199; RÜTHER, *op. cit.* en nota 3, p. 179. Sobre la aparición de estrategias similares en el extranjero, véase HEINE, *ZStW* 101 (1989) p. 750.

(24) Sobre esto, véase también supra III.

(25) En Austria, por ejemplo, existe el parágrafo 33 de la Ley del Derecho de aguas, (WRG): Según esta ley, el poseedor de una autorización tiene que aplicar medidas de protección del medio ambiente cuando nota que las condiciones de emisión fijadas por la autoridad para mantener la pureza del agua, no alcanzan a tal fin. Véase también, parágrafo 31 WRG. Con mayor profundidad, véase SCHRÖFL, *Handkomm. zum Umweltschutzrecht*, 1989, pp. 335 y ss.; que indica que estas obligaciones de largo alcance en muchos círculos todavía son totalmente desconocidas. Véase en el mismo sentido también PEZNEK, *Umweltstrafrecht*, 1989, pp. 41 y ss.

(26) Según HAPKE, *ZfV* (1980), p. 640, estas incertidumbres con las que está confrontada la toxicología del medio ambiente, semejan al intento de «cazar un gato negro en un cuarto oscuro del que no se sabe si realmente está ahí».

discusiones sobre los valores-límite. Estos estándares no evitan riesgos mortales latentes para la población; en definitiva, no son más que decisiones técnicamente disfrazadas sobre riesgos producidos socialmente adecuados y todavía tolerables —y, por eso, posteriormente son modificables en el proceso de armonización— (27).

En el derecho comparado se reconocen algunos supuestos de prohibiciones con consecuencias penales independientes de la determinación efectuada por la administración, cuando el menoscabo del medio ambiente haya causado un peligro general para la población (diagrama 3). Esta situación se repite también, una vez traspasado el peligro general, para el peligro concreto a la vida y salud de las personas. Pero, en parte, incluso estos supuestos peligrosos están en dependencia del Derecho administrativo y así aparecen como permitidos (por ejemplo, en Holanda, RDA y Yugoslavia) (28). En la RFA, los peligros graves derivados de la liberación de venenos fueron criminalizados con independencia de la actuación administrativa, pero se pensó que el límite, al que no puede llegar ninguna autorización, se tiene que situar solamente a partir del momento en que se produzcan «graves lesiones corporales» (parágrafo 330 a Código Penal alemán) (29).

Pero, aunque la criminalización de las «cumbres de lo injusto» excluye la problemática jurídico administrativa, tiene una *grave debilidad*: la dificultad para constatar la relación entre el menoscabo al medio ambiente y el peligro concreto, ya que, muchas veces, se trata de efectos acumulados y concurrentes de emisiones e inmisiones, que, incluso, pueden transgredir las fronteras nacionales; por otra parte en las ciencias de la naturaleza las relaciones causa-efecto, todavía no están en este ámbito suficientemente investigadas (30). Probablemente por este motivo los delitos de peligro, en la práctica —también en el derecho comparado—, quedan sin aplicación: en la RFA hubo 9 condenas en 1987 en aplicación del parágrafo 330 a Código Penal alemán; en Polonia, en supuestos comparables, cinco; en Suecia, durante 6 años, solamente

(27) Véase JARASS, *NJW* (1987), p. 1126; SALZWEDEL, *NVwZ* (1987), p. 277. Así mismo, MARTIN, *op. cit.* nota 10, p. 163 y WOLF, *Leviathan*, 1987, pp. 374 y ss.

(28) Para el caso holandés, véase HEINE/WALING, *JR* (1989), p. 405. Además véase HEINE, *ZStW* 101 (1989), p. 734. En este contexto, véase también SCHMOLLER y BURGSTALLER en LAGODNY, *ZStW* 101 (1989), p. 937 y ss.

(29) BT-Dr 8/2382, p. 25. Crítico, BOTTKE, *JuS* (1980), p. 541, quien considera lesivo el principio del riesgo permitido. Según HORN en *SKStGB* parágrafo 330.a, número marginal 9, una autorización de la autoridad administrativa debe tener principalmente efecto justificatorio. Con la opinión mayoritaria: CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, parágrafo 330.a, número marginal 8; STEINDORF, en *LK*, párrafo 330, número marginal 14. De lege ferenda a favor de una disminución del umbral de peligrosidad del informe *DJT*, *op. cit.* nota 3, p. D 142.

(30) Véase por ejemplo, *Umweltgutachten* 1987, BT-Dr 11/1568, p. 30.

uno y en Japón, durante quince años, se dictaron un total de cuatro condenas (31).

3. Tipos normativos abiertos

El deseo de proteger el medio ambiente a través de una instrumentación jurídico penal condicionada por una orientación ecológica, como, por ejemplo, ocurre en la RFA, Austria, España y Suecia, requiere necesariamente *tipos normativos abiertos, no definidos*. Esto se debe a varias razones: aunque sólo se pueden asegurar los fundamentos vitales naturales por medio de una política ecológica a largo plazo, el Derecho penal del medio ambiente tiene que estar programado para asumir una cierta reversibilidad. Las normas medio ambientales hoy ya no son imaginables como «una obra para siglos»; ni los valores-límite ni las autorizaciones estatales que afectan al medio ambiente pueden tener validez para siempre (32). Si el derecho no quiere derrumbarse bajo el alud de la detección de nuevas sustancias nocivas y riesgos excesivos y los matices de valores sociales, tiene que intentar canalizar estos procesos. Lo que late es un *derecho limitado en el tiempo* (33).

(31) Fuente; *Strafverfolgungsstatistik* 1987, p. 120, así como HEINE, *ZStW* 101 (1989), p. 749, nota 52.

(32) Por eso en las leyes administrativas del medio ambiente se preven (de diferentes formas, por supuesto) límites de plazos, disposiciones posteriores, posibilidades de oposición y obligaciones dinámicas básicas para el explotador (véase sumariamente, KLÖPHER, *op. cit.* nota 11, pp. 431 y ss. y 628 ss.; así como por ejemplo, SELLNER, *op. cit.* nota 13, pp. 251 ss.; KUTSCHEIDT, en LANDMANN/ROHMER, *Gewerbeordnung* tomo III, *Umweltrecht*, 1989, parágrafo 3BImSchG, número marginal 15. Pero, véase también, PAPIER en *Jb. des Umwelt-und Technikrechts*, 1987, pp. 3 y ss. En el sentido del texto se considera también, desde el punto de vista de la validez de las autorizaciones, que la protección de la propiedad expresada en el artículo 14 de la Ley Fundamental (de Bonn) no puede permitir el derecho a contaminar el medio ambiente en un período ilimitado (véase *BVerfGE* 58, pp. 327 y ss.; BENDER/SPARWASSER, *Umweltrecht* 1988, p. 195; KUTSCHEIDT, en LANDMANN/ROHMER, *Gewerbeordnung*, tomo III, 1989, comentario previo a parágrafo 4 *BImSchG*, Número marginal 26; SCHENKE, *NuR* (1989), p. 11 SENDLER, *UPR* (1983), pp. 44 y ss., con más argumentos). Consecuentemente, en el Derecho medioambiental no existe (como en el Derecho de la construcción) un axioma, según el cual una posición jurídica y/o disfrutada sigue siendo válida a pesar de los cambios jurídicos (véase *BVerwGE* 65, p. 317; HOPPE/BECKMANN, *op. cit.* nota 11, p. 145, con más argumentos). Por contra el parágrafo 26 *PreuaGewO* del 17-1-1845 concedía el derecho material a explotar una instalación por un período ilimitado (véase FELDHAUS, *WiVerw* (1986), pp. 68 y ss.).

(33) Véase también WOLF, *Leviathan* 1987, p. 387; LADEUR, *ZfU* (1987), p. 211; BECK, *Risikogesellschaft*, *op. cit.* nota 9, pp. 29 y ss. y 40 y ss.; Véase también, desde el punto de vista de la validez de la posición jurídica, DOLDE, *NVwZ* (1986), p. 847; FELDHAUS, *WiVerw* (1986), pp. 67 y ss.; SCHRÖDER, *UPR*, (1986), p. 133.

También por eso el Derecho penal tiene que acoger tipos que son tendencialmente abiertos y posibilitan así la adaptación de la norma a los cambios sociales y técnicos sin tener que realizar intervenciones legislativas constantes en el Código Penal (34). Esto se logra mediante la conexión de disposiciones penales y administrativas y con la atribución al Derecho administrativo, de forma innovadora (y también independientemente de la ejecución), de reservas sobre conceptos jurídicos indeterminados, modificaciones de prescripciones, pautas y similares, o modificación de márgenes de valoración (35).

Además, se reconocen como bienes jurídicos dignos de protección jurídico-penal elementos medioambientales, como agua, aire, y suelo. Esta entronización de la ecología es necesaria, por una parte, en aras a una protección jurídica más eficiente y para destacar sus valores específicos (36), pero, por otra, no hay que olvidar que estos bienes jurídicos colectivos están abiertos a interpretaciones muy variadas. Por ejemplo, se puede considerar como punible la contaminación de un acuífero cuando hay una inmisión de sustancias nocivas, sin tener en cuenta su cantidad (OLG Stuttgart) (37), es decir, se desiste de la exigencia de un efecto negativo para el agua.

Así se facilita enormemente la atribución de las inmisiones al ordenamiento penal. Pero también nos subordinamos a un principio político jurídicamente dudoso, cual es el de que «las contaminaciones, como manifestaciones masivas, tienen que ser combatidas por medio del Derecho penal en cada caso particular» (38) y se imposibilita la delimitación de la responsabilidad, especialmente en el ámbito de la criminalidad cotidiana. Por eso, se intentó en diversas ocasiones, lograr más claridad jurídica (y un umbral de punibilidad más alto) por medio de conceptos como «una contaminación de larga duración económicamente injustificable», o un «menoscabo grave del medio ambiente» o «un perjuicio que puede ser eliminado sólo con relativas dificultades o a largo plazo» (39). Más, ¿quién puede decir, en estos supuestos, cuando se han cumplido todos los requisitos?

(34) En este sentido H.J. ALBRECHT/HEINE/MEINBERG, *ZStW* 96 (1984), p. 950; H. J. ALBRECHT, *Kriminalsoziologische Bibliografie* 55 (1987), pp. 4 y ss.

(35) Con la opinión mayoritaria, véanse WAHL, *DVBf* (1982), pp. 51 y ss.; KLOEPFER, *op. cit.* nota 11, pp. 55 y ss. y 122. También, MARTIN, *op. cit.* nota 10, pp. 154 y ss.

(36) Para la opinión mayoritaria, véase primero ESER, en MARKL, *op. cit.* nota 16, p. 378, así como las fuentes en el informe *DJT*, *op. cit.* nota 3, pp. D 31 y ss. En contra, por ejemplo minuciosamente, PAPIER, *NuR* (1986), p. 2. En contra de éste, por ejemplo, ROGALL, *op. cit.* nota 3, pp. 509 y ss. («... pertenece a los graves errores de la doctrina del Derecho penal del medio ambiente»).

(37) OLG Stuttgart, *ZfW* (1977), p. 179. Véase también, TIEDEMANN, *op. cit.* nota 14, 1980, p. 20.

(38) *SchewizBG*, BGE 104, IV, p. 45. HEINE, *ZStW* 101 (1989), p. 739, con nota 32.

(39) Véase parágrafo 180 II Código Penal austríaco, parágrafo 74, n.º 9 Proyecto *Wegscheider*, *op. cit.* nota 4, 1980, p. 20.

Esta comprobación provocó, desde el punto de vista (entre otros) de la *exigencia constitucional de determinación*, duras críticas centradas en la conexión del Derecho penal con disposiciones administrativas (40). Pero los Tribunales Supremos (Constitucionales) de los Estados Unidos, Italia y RFA, en principio aceptan esta técnica legal (41). Estos Tribunales están generalmente de acuerdo en que los obstáculos constitucionales no se deben colocar demasiado altos (42), aunque el Derecho Constitucional frecuentemente requiere que el propio legislador (y no la judicatura o el poder ejecutivo) decida de forma abstracta y general sobre la punibilidad, para que el ciudadano, según esta regulación legal, pueda prever si su comportamiento es punible o no. De otra forma, las leyes resultarían demasiado rígidas y casuísticas y sería imposible la necesaria adaptación al desarrollo y rápidos avances de las ciencias naturales y de la técnica. Además, teniendo en cuenta las amenazas que penden sobre valores ecológicos, la creación de leyes relativamente indefinidas en el área de la protección del medio ambiente se basa en la responsabilidad del Estado de garantizar la indemnidad de la población, tal como recoge el parágrafo 2 de la Ley Fundamental de Bonn (43).

No obstante, en el Derecho penal la cuestión sigue siendo problemática. Un interrogante central es si, y hasta qué punto, los que están subordinados a las leyes deben conocer toda la regulación jurídico administrativa que complementa la norma penal. Y esto no tiene por qué ser evidente ya que, a menudo, las leyes penales remiten globalmente a las disposiciones administrativas que fueron creadas «para la protección frente a incidencias negativas para el medio ambiente» (44). La Jurisprudencia, en este caso, es muy generosa cuando afirma que el ordenamiento jurídico presupone, por el círculo de destinatarios, un conocimiento elevado de las obligaciones. Eso se puede esperar, por ejemplo, de ex-

(40) Véanse los argumentos críticos en WINKELBAUER, *op. cit.* nota 14, pp. 29 y ss. Además KÜHL, en *Festschr. für Lackner*, 1987, pp. 828 y ss., y ejemplarizando AG *Nördlingen*, *NSiZ* (1987), p. 317; comentario de MEINBERG, Para el extranjero véase, por ejemplo, HEINE/CATENACCI, *ZStW* 101 (1989), pp. 78 y ss.

(41) Véase para la RFA *BVerfGE* 75, p. 329 y ss.; para Italia, *Corte Cost.* de 12-3-1975, *Giur. Cost* (1975), p. 714; para EE.UU., U.S. de *Kennecott Copper Corp.* 523 F. 2d 821 (1975).

(42) Según KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, 1984, p. 94, el legislador efectivamente se ha dispensado del requerimiento de determinación en el Derecho penal.

(43) Así: KÜHL en *Festschr. f. Lackner* 1987, p. 839. Más detalladamente, HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Satz 1 G.G.*, 1987, *passim*. Véase también *BVerfGE* 49, pp. 89 y ss., 53, 30 y ss.

(44) Véase, por ejemplo, parágrafo 330.I n.º 2 del C.P. alemán. Desde un punto de vista *ius comparatista* PRABHU, *Protection against chemical hazards*, Ottawa, 1988.

plotadores de instalaciones peligrosas —teniendo en cuenta la incidencia de la discusión ecológica en el público y los posibles efectos en los seres humanos y en el medio ambiente de las emisiones resultantes de sus instalaciones—. Así ocurre en la RFA, en Suiza y en los EEUU (45). Y en Austria recientemente se ha establecido legalmente que los peligros para el medio ambiente pueden ser punibles cuando el autor no conocía la disposición jurídico-administrativa correspondiente, pero la debería conocer «según su profesión, su ocupación o sus circunstancias» (46). Ficciones de este tipo —que, en realidad, son ajenas al Derecho penal basado en la culpabilidad— son, evidentemente, el precio que hay que pagar por la protección del medio ambiente. En otros países, como por ejemplo Suecia y Bélgica (47), las exigencias del Derecho penal del medio ambiente referentes al conocimiento de disposiciones administrativas, son comparativamente altas. Pero en la práctica se arbitraron, con gran esfuerzo, vías muy efectivas para la solución de estas cuestiones: por medio de cartas, se informa a todas las empresas de sus obligaciones jurídico-administrativas. Así, no sólo se evita la objeción de que la situación jurídica era incomprensible, sino también se mejora individualmente la seguridad y claridad jurídica.

III. Cuestiones particulares sobre la tensión Derecho penal-administrativo

La accesoriadad administrativa del Derecho penal condujo en la República Federal Alemana, especialmente en la doctrina, a plantearse gran cantidad de cuestiones concretas, que pronto preocuparon también a los tribunales (48). En esencia, se trata del grado de conexión del Derecho penal con el Derecho administrativo (1) y los efectos de la tolerancia de la autoridad (2) (49).

(45) Véase *BVerfGE* 75, pp. 343 y 345, *BGE* 104, IV. p. 46; U.S. v. International Minerals and Chemicals Corp. 402 U.S. 565 (1971).

(46) Parágrafo 183. a) del Código penal austriaco.

(47) AG Oftersund, Dom Brottmal 143/82.

(48) Véase por ejemplo, DREHER/TRÜNDLE, *Código Penal Alemán*, 1985, 42.^a ed., comentario previo, parágrafo 324 número marginal 47; LACKNER, 16.^a ed., (1985), comentario previo al parágrafo 324, número marginal número marginal 1.b.b.b; WINKELBAUER, *op. cit.* nota 14, pp. 12 y ss.; TIEDEMANN, *op. cit.* nota 14, pp. 27 y ss.; TRIFFTERER, *UmweltrafR*, 1980, pp. 96 y ss.; y en *StA Mannheim, NJW* (1976), 586. Recientemente, OLG Frankfurt, *NJW* (1988), p. 571; así mismo KELLER en *Festschr. f. Rebmann*, 1989, pp. 241 y ss. y RENGIER, *ZStW* 101 (1989), 874 y ss.

(49) En los siguientes puntos se abordan a algunas consideraciones que me parecen básicas; hay que aceptar que no se pueden tratar todas las opiniones existentes ni las especialidades particulares de los tipos.

1. Extensión y alcance de la conexión del Derecho penal

a) Los conflictos pueden aparecer, especialmente, en supuestos de actuación administrativa *errónea o por lo menos atípica*, como por ejemplo, en casos como el *del Tribunal Superior de Hanau* (50), donde se concedieron autorizaciones parciales irregulares para la explotación de instalaciones de tecnología nuclear. La cuestión es si estas autorizaciones evitan la imposición de una pena. La situación jurídica es unívoca cuando, como en el caso de *Turquía* (51), sólo es punible el incumplimiento de un permiso conforme a derecho dado por la autoridad. Por contra, en la RFA, hay posiciones muy contradictorias sobre este tema que, en el fondo, son consecuencia de graves diferencias en las concepciones político-criminales fundamentales.

Según el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, desde el punto de vista *jurídico constitucional*, no hay conexión obligatoria (52). Pero la opinión general en el Derecho penal admite la formulación tradicional del Derecho administrativo que dice que incluso los actos administrativos ilegales tienen eficacia hasta su eventual anulación (53). Sólo los actos administrativos ineficaces, o sea, los que tienen graves deficiencias, como por ejemplo las órdenes contrarias a los tipos penales, son considerados nulos (incluso jurídico-penalmente) (54).

Pero sería «altamente insatisfactorio» que un sujeto, que obtuvo autorización para realizar emisiones de sustancias nocivas por medio de *engaño, amenazas o colaboración colusiva* con una autoridad del medio ambiente, pudiera ampararse en la autorización obtenida y, así, seguir contaminado impunemente el ambiente (hasta que el acto administrativo sea invalidado por el Derecho administrativo) (55). Una problemática

(50) L. G. HANAU, *NJW* (1988), p. 571, KELLER, en *Festschr F. Rebmann*, 1989, pp. 244 y ss.; véase también HEINE en MEINBERG/MÖHRENSCHLAGER/LINK (ed.) *UmweltstrafR*, 1989, pp. 116 y ss.; críticos, DOLDE, *NJW* (1988), pp. 2329 y ss.; HORN, *NJW* (1988), pp. 2335 y ss.; WINKELBAUER, *JuS* (1988), pp. 691 y ss.; TRÖNDLE, con LAGODNY, *ZStW* 101 (1989), p. 939.

(51) Artículo 526 Código Penal turco.

(52) *BVerfGE* 75, p. 346. Véase también KÜHL, en *Festschr. f. Lackner*, pp. 817 y ss.; SCHÜNEMANN, *wistra* (1986), p. 239; RUDOLPHI, en LAGODNY, *ZStW* 101 (1989), p. 936.

(53) Véase la recopilación en LENCKNER en *Festschr. f. Pfeiffer*, p. 28, nota pie de página 6 y en *DJT Gutachten*, p. D 49. En contra opina SCHALL, *NJW* (1990), p. 1267 con más argumentos.

(54) Pero, por supuesto, es discutible cuando tenemos un caso de nulidad: a favor de un examen jurídico penal autónomo de nulidad se pronuncia SCHÜNEMANN, *wistra* (1986), p. 239 y recientemente RENGIER, *ZStW* 101 (1989), pp. 897 y ss.

(55) RUDOLPHI, *ZfW* (1982), p. 203 (opinión mayoritaria). Véase, por ejemplo, en un pronunciamiento del *BGH* arriba mencionado, en TIEDEMANN, *op. cit.* nota 14, p. 61; *StA MANNHEIM*, *NJW* (1976), p. 586, OLG Celle, *NdsRpfl.* (1986), p. 218; L. G. HANAU, *NJW* (1988), p. 576, además CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, Código Penal alemán, comentario previo a los parágrafos 324 y ss. número marginal. 17; DÖLLING, *JZ* (1985), p. 469; PAPIER,

ca similar se puede presentar con *autorizaciones manifiestamente anticuadas*. Y se considera especialmente inadmisibles que el Derecho penal no pueda intervenir en casos en los que la emisión causa *lesiones* (a pesar de no exceder de los valores límites dados por la autoridad) (56). La necesidad de punición en estos casos parece que contradice el principio de unidad del ordenamiento jurídico, según el cual nada puede ser anti-jurídico desde el punto de vista penal, si está permitido por otras ramas del ordenamiento jurídico. Se trata de escapar de este conflicto evitando el recurso a este tipo de posiciones jurídicas (consideradas formales) por medio del concepto de abuso de derecho (57) o aceptando una amplia gama de causas de nulidad como ancla de salvación jurídico penal (58).

NuR (1986), p. 4. Véase también por ejemplo *SPD-Fraktion*, «*Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Umweltkriminalität vom 14-2-1990*», *BT-Dr* 11/6449, p. 65.

(56) Véase RUDOLPHI, en *Festschr. f. Lackner* (1987), pp. 881 y ss.; TIEDEMANN, *op. cit.* en nota 14, p. 27; KELLER, *DJT-Sitzungsbericht*, p. L 19. *De lege ferenda*, el proyecto de la SPD del 14-2-1990: párrafo: 330 II Nr. 2 como prescripción especial que reglamenta casos de utilización abusiva de autorizaciones.

(57) Véase nota 55. Últimamente, en base al principio de la legalidad del artículo 103 II *Ley Fundamental* (de Bonn), se defiende masivamente la posibilidad de permitir este «manejo» sólo en el ámbito de la antijuridicidad y no en el de la tipicidad: detalladamente, LENCKNER en *Festschr. f. Pfeiffer*, 1988, pp. 32 y ss.; WINKELBAUER, *NSz* (1988), pp. 201 y ss.; del mismo, *DOV* (1988), p. 726; les sigue BREUER, *NJW* (1988), p. 2080; TIEDEMANN/KINDHÄUSER, *NSz* (1988), p. 344. Más allá va RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 888, que considera iguales la autorización justificante y la que excluye la aplicación de un tipo y declina considerarlas antijurídicas. RENGIER recurre a argumentos sistemáticos para justificar que el legislador ha reconocido la problemática y acepta sus consecuencias (p. 887); véase también SAMSON, en *SKStGB*, comentario previo número 61 al párrafo 32, pero olvida que los ejemplos legales que aporta (correspondientes a estándares internacionales), básicamente, sólo constituyen (retrospectivamente) acciones desaprobadas por la autorización, pero no tratan la cuestión (de fondo) de qué sucedería en caso de abuso de estas autorizaciones. Mientras que RENGIER está a favor de una interpretación amplia de las causas de nulidad, ROGALL, en *Festschrift 600 Jahre Universität Köln*, 1988, p. 527, pide una dependencia absoluta del acto administrativo. El estudio de MARTIN, *op. cit.* nota 10, pp. 184 y ss., demuestra que justamente en este problemático campo, las opiniones difieren muchísimo. Según esta investigación, que ofrece una solución ecológica consecuente, la adecuación al ordenamiento jurídico-administrativo puede ser causa de justificación (de la misma opinión, el proyecto SPD, *op. cit.*, párrafo 330d II). Con ello se demuestra la fragilidad de la coordinación en el ámbito de la tipicidad o de la antijuridicidad. Por eso no es sorprendente que existan dudas sobre la conveniencia de conectar estos límites a consecuencias de largo alcance (véase RENGIER/RUDOLPHI/BURGSTALLER en LAGODNY, *ZStW* 101 (1989), p. 934 y ss.

(58) Muy detallado en RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 897 (error especialmente grave y conocimiento de los participantes respecto de la antijuridicidad, afirmándolo principalmente en caso de amenaza, soborno y coacción colusiva). Por ejemplo STELKENS/BONK/LONHARDT, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1983, 2.^a ed., párrafo 44, número marginal 11; KOPP, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1986, 4.^a ed., párrafo 44, números marginales 7 y 14.

b) En primer lugar, hay que considerar la cuestión de qué circunstancias se «legalizan» por una autorización de la administración. Una autorización jurídico-administrativa concedida a una empresa le otorga a ésta un fundamento autónomo constitutivo y le concede una protección de integridad y confianza (de diferente intensidad según el tipo de autorización (59) en contra de la cual el ejercicio de la función de control sólo es posible de forma limitada (según la cláusula general de policía administrativa) (60). De este *efecto legalizador* resulta, entre otras cuestiones, que no puede ser punible lo que no puede ser prohibido por el Derecho administrativo (61). El problema se plantea, por ejemplo, en el caso de que una liberación de sustancias venenosas cause perjuicios a la salud a pesar de no exceder los valores permitidos de sustancias lesivas (parágrafo 223 del Código Penal alemán) o daños materiales (parágrafo 303).—¿Estarían éstos legalizados (hasta la eventual anulación de la autorización?) (62).

Si desde el punto de vista jurídico penal se considera la ejecutoriedad de una autorización como un umbral insuperable —o, justo al revés, se afirma la falta total de competencia de la autoridad administrativa respecto de intervenciones en los bienes individuales (63)—, también hay que esquematizar las circunstancias jurídico-administrativas, porque deben evitarse, en la medida de lo posible, errores de armonización entre Derecho penal y administrativo.

La propiedad industrial y mercantil, que en los comienzos del Derecho de protección de las aguas e inmisiones estaba firmemente asegurada contra modificaciones posteriores (64), se relajó, en parte, bajo la presión de la protección del medio ambiente y la consciencia de que los elementos ambientales son bienes vitales. Las posiciones absolutas, que

(59) Véase BREUER, *JuS* (1986), pp. 362 y ss.; HOPPE/BECKMANN, *op. cit.* en nota 11, p. 148; KUTSCHEIDT, en LANDMANN/ROHMER, *GewO*, tomo III, *UmweltR* 1989, comentario previo al parágrafo 4 *BImSchG*, número marginal 18 y ss.

(60) Sobre la opinión mayoritaria: *BVerwGE*, pp. 217; 55; 122 y ss.; FLUCK, *VerwArch* 79 (1988), pp. 406 y ss.; JARASS, *DOV* (1988), p. 409; KOPP, *DVBI* (1983), p. 392; WAHL, *Handwörterbuch des Umweltrechts*, tomo I, 1986, Sp. 343 y ss.

(61) RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 895. Véase BREUER, *NJW* (1988), p. 217 con más argumentos. En contra, véase también ODERSKY, *Festschr. f. Tröndle*, 1989, p. 303.

(62) Sobre la relevancia práctica, véase KELLER, *DJT-Sitzungsbericht*, *op. cit.* en nota 5, p. L 19 y *BGH*, en TIEDEMANN, *op. cit.* en nota 14, 1980, pp. 60 y ss.

(63) Véase por un lado BOTTKE, *JuS* (1980), p. 541; HORN, en *SKStGB*, parágrafo 330 a) número marginal 9. Por otro lado RUDOLPHI, en *Festschr. f. Lackner*, 1987, p. 882. Véase también LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentarios previos a los párrafos 32 y ss., número marginal 62.

(64) Véase nota 32, y también *PrOVGE* 82, pp. 351 y ss., y en especial, p. 356: «Es un derecho reconocido que una instalación que obtuvo una autorización de la administración encargada del control de la actividad industrial está protegida contra intervenciones policiales posteriores también por otras razones de control de la actividad industrial».

piden una protección más amplia para el poseedor de una autorización mientras que la licencia sea todavía válida (65), están retrocediendo en el Derecho administrativo. Se puede argumentar en su contra que el efecto bloqueante, tan extenso, de una autorización puede resultar muy atractivo desde el punto de vista del explotador de una instalación, pero puesto que conlleva una cierta traslación de riesgos al Estado (66) necesariamente conduciría a una práctica restrictiva en el otorgamiento de autorizaciones por las autoridades del medio ambiente, por miedo al citado riesgo. Y por eso, no sólo sería una victoria pírrica para el ciudadano y el medio ambiente, sino que a largo plazo también influiría en las posibilidades de actuación de los explotadores de instalaciones (67). En este sentido, el Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo últimamente mantiene la opinión de que «una intervención con motivo de la cláusula general de control de las autoridades público-administrativas contra peligros inminentes tiene que ser admitida, ya que la causación de tales peligros no está cubierta jurídicamente por el efecto legalizador» (68). Teniendo en cuenta ésto, no hay que temer para tales supuestos (con seguridad atípicos) que se sancione penalmente lo que no podría estar prohibido por medio del Derecho administrativo.

Parece que por esta vía se está debilitando un bastión, hasta ahora capital, de la accesoriedad administrativa del Derecho penal, pero se observa que no por eso necesariamente se tiene que producir una sanción penal, puesto que esa debilitación, y correspondiente limitación del efecto legalizador, se efectúa, en primer lugar, considerando la presencia de la cláusula general de control policial-administrativo. Respecto a la responsabilidad así fundamentada, en el Derecho administrativo sigue dominando la teoría de la causación inmediata, según la cual «perturbador» es aquél cuyo comportamiento o cuyos bienes generan inmediatamente el peligro en cuestión (69), por eso la conducta contraria al deber

(65) PAPIER, *Jb. des Umwelt-und Technikrechts*, 1987, pp. 75 y ss.; del mismo, *NVwZ* (1986), pp. 259 y ss.; MARTENS, *DVBI* (1981), pp. 604 y ss. Véase también SCHINK, *DVBI* (1986), p. 166. Además, RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 894. Sobre este fundamento sólo sería posible un desestimiento o algo parecido del acto administrativo.

(66) Sobre la problemática compleja de una corresponsabilidad de los Estados, véase *BVerwGE* 53, p. 58; WAHL, *op. cit.* nota 60, Sp. 439. Además, FLUCK, *VerwArch* 79 (1988), pp. 439 y ss. Véase también *BGH, ZPR* (1989); pp. 179 y ss. y *BGH, NJW* (1988), p. 481.

(67) KLOEPFER, *op. cit.* nota 11, p. 728; del mismo, en *Forschungsstelle für Umwelt und Technikrecht* (ed.), *Atlanten und Umweltrecht*, 1986, pp. 36 y ss.; del mismo, *NuR* (1987), pp. 12 y ss. Véase también BREUER, *JuS* (1986), pp. 362 y ss.; FELDHAUS/SCHMITT, *WiVerw* (1984), pp. 11 y ss.; HOPPE/BECKMANN, *op. cit.* nota 11, p. 148. Así mismo, DÖLLING, en *LAGODNY, ZStW* 101 (1989), 935 y generalizando KRAUS, *Plädoyer* 1/1989, pp. 42 y ss.

(68) *BVerwGE* 55, p. 123; véase también *OVG Münster, NVwZ* (1985), p. 355; *VGH Mannheim*, en *FLUCK, VerwArch* 79 (1988), 408.

(69) Véase por ejemplo *PrOVGE* 78, p. 261; *OVG Hamburg, DOV* (1983), p. 1017; FELDHAUS/SCHMITT, *Wiverw* 1984, pp. 7 y ss.; GÜTZ, *Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht*, 1985, 8.^a ed., pp. 212 y ss.

no es *condictio sine qua non* para la imputación de un peligro grave (70). Partiendo de esta base se puede fundamentar la responsabilidad cuando, no precisamente la acción sino el resultado, está fuera del efecto legalizador de la autorización (71). Interpretada de esta forma, una autorización permite correr un riesgo, pero la realización de éste no necesariamente exime de sanciones policiales o administrativas (72). Mientras que la imputación jurídico administrativa está al respecto fuertemente orientada al resultado, el Derecho penal sigue, por el contrario, criterios de responsabilidad relativos a la acción: lo que *ex ante* estaba permitido sigue estándolo cuando *ex post* se llega a un resultado no deseado (73). Por eso, es necesario para la cuestión de si debe reprocharse penalmente, investigar el *objeto de la decisión* del permiso de la autoridad.

Si las características funcionales de una autorización constituyen facultades de disposición y funciones de control de la autoridad, y la posición de confianza del solicitante se debe garantizar a través de la claridad jurídica de la regulación en cuestión (74), entonces el criterio central para determinar el contenido de una autorización ha de ser el examen de las circunstancias y de la decisión, matizados por el sentido objetivo del acto administrativo (75). Así que, desde un principio sólo

(70) Esto también es válido para las doctrinas más novedosas, que alternativamente se basan en una antiobligatoriedad o una coordinación normativa de riesgos, véase BREUER, *JuS* (1986), p. 362; KLOEPFER, *NuR* (1987), p. 9, ambos con más argumentos. crit. SCHINK, *DVBl* (1986), p. 166.

(71) Así BREUER, *JuS* (1986), p. 363, para casos particulares atípicos e irreconocibles. Véase también BRANDT/LANGE, *UPR* (1987), p. 15; FELDHAUS/SCHMITT, *WiWerw* (1984), p. 11; HERRMANN, *DöV* (1987), p. 673; KOCH/HERRMANN *Boden-sanierung nach dem Verursacherprinzip*, 1985, pp. 13 y ss.; 51 y ss.; Además, *OVG Münster*, *OVGE* 16, 289, *OVG Lüneburg*, *DVBl* (1967), pp. 780 y ss.; PAPIER, *All-lasten und polizeiliche Störerhaftung*, 1985, p. 29; SCHINK, *DVBl* (1986), p. 166. Según KLOEPFER, *NuR* (1987), p. 13, está excluida «en gran medida» la posibilidad de un efecto legalizador cuando la autorización era total o parcialmente antijurídica.

(72) En el mismo sentido, FLUCK, *VerwArch* 79 (1988 p. 429, HERRMANN, *DOV* (1987), p. 673.

(73) El fundamento teórico de la norma es aquí la función de definición y valoración del Derecho penal. Si el momento central de la antijuridicidad consiste en la contradicción a un enunciado jurídico como norma de determinación (entendido como una instrucción que (co-) determina *ex ante* el comportamiento), entonces no está prohibida la causación de lesiones de bienes jurídicos, sino solamente un comportamiento arriesgado intolerablemente grave. Sobre todo el tema, véase LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentario previo a los parágrafos 13 y ss.; número marginal 49, con numerosos argumentos. Además SCHÜNEMANN, *JA* (1975), pp. 438, 441 y ss.; así como (más completo) FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 74 y ss.; 349 y ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 57 y ss., 330 y ss.

(74) Véase RENGIER, *ZStW* 101 (1989), pp. 875 y ss.; WAHL, *op. cit.* nota 60, Sp. 434 y ss.; así como, por ejemplo, MAURER, *Allg VerwR*, 6.^a ed., 1988, pp. 175 y ss.

(75) Véase BREUER, *JuS* (1986), pp. 362 ss.; FLUCK, *VerwArch* 79 (1988)

estarán permitidas aquellas acciones que no difieran de la correspondiente autorización que permite la explotación respetando las reglas técnicas actuales o conectando el acto administrativo favorecedor con obligaciones básicas (concretas) del explotador (76).

Desde un punto de vista material, para los ámbitos de protección de aguas e inmisiones es preciso tener en cuenta que según el parágrafo 6 de la Ley de conservación de Aguas no entra dentro de la competencia de las autoridades administrativas el decidir sobre permisos de utilización de los que cabe esperar un perjuicio para el bien común. En esta obligación de denegación también se incluyen intereses relacionados con la salud humana, como hace poco sentenció el Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo, apartándose de su doctrina anterior (77). Si existe posibilidad inminente de un peligro para la salud con resultado lesivo, entonces constituiría al mismo tiempo, en virtud de la ley, un daño al bienestar común. Tampoco la Ley Federal de protección frente a Inmisiones permite la causación de perjuicios para la salud; el peligro de lesión se entiende —en el sentido del parágrafo 3.I. de la Ley Federal de protección frente a Inmisiones— como una incidencia considerablemente lesiva contra el ambiente, que, a la hora de decidir sobre la concesión de una autorización (parágrafos 6 y ss. Ley de Inmisiones) no permite otras valoraciones (78). A pesar de esta clara, a primera vista, situación legal hay que tener en cuenta que la pregunta clave, radica, a la postre, en el concepto del peligro (y similares): inmisiones y emisiones totalmente inofensivas son algo excepcional en la era industrial y más considerando el desarrollo de los métodos de comprobación científico naturales. En esta medida, también se trata de las exigencias de probabilidad suficiente en la generación de un

pp. 420 y ss.; así como por ejemplo *BVerwGE* 41, p. 305; *DVBl* (1983), p. 810 y, con carácter general, RÜPIG, *Verwaltungswille und Verwaltungsakt*, 1982, pp. 125 y ss.

(76) Véase sobre todo, de *lege ferenda*, *DJT-Gutachten*, *op. cit.* nota 3, pp. D 125 y ss.; y parágrafos 327 III Ziff. 2. 330 d II Ziff. 2 *Gesetzentwurf der SPD-Fraktion* de 14-2-1990, BT-Dr 11/6449. Así mismo TIEDEMANN, *op. cit.* nota 14, p. 27. Pero véase también, sobre la cualidad de las obligaciones básicas del explotador, SENDLER, *UPR* 1990, pp. 42 y ss.

(77) *BVerwG, NuR* (1990), pp. 25 y ss. Para la ampliación de la protección entre otros era decisivo el objeto de la Ley de abastecimiento de aguas (WHG) definido en la 4.^a y 5.^a Ley de reforma del WHG.

(78) FELDHAUS, *DVBl* (1979), p. 305; JARASS, *BlmSchG*, 1983 parágrafo 3, número marginal 26; KUTSCHEIDT, en LANDMANN/ROHMNER, *GewO*, tomo III, *UmweltR*, parágrafo 3 *BlmSchG*, número marginal 11; SELLNER, *op. cit.* nota 13, pp. 27 y ss. Pero, según la opinión mayoritaria, es necesario y posible la ponderación respecto del peligro de daños materiales (véase SELLNER, *op. cit.* nota 13, p. 28; KUTSCHEIDT en SALZWEDEL (ed.) *Grundzüge des Umweltsrechts*, 1982, p. 247).

peligro (79) y, sobre este fundamento, de una determinación (administrativa) del *riesgo que es social y normativamente tolerable*.

Si, dentro del marco de valoración, el riesgo estadístico de la instalación autorizada se manifiesta en perjuicios concretos a la salud de las personas y el explotador de la instalación actúa conforme al permiso, pese a que el resultado, en determinadas circunstancias, no de lugar a la intervención administrativa (obligación de policía administrativa), no por eso su acción sería ilegal —en este caso no ha lugar a la intervención penal (caso del *riesgo permitido*) (80)—. El poseedor de una autorización puede confiar en no exceder el riesgo de acción legalmente permitido. En lo que respecta, sin embargo, al *abuso* de una autorización, cuando la explotación de una instalación causó lesiones, sabiéndolo el poseedor de la autorización (81), hay que entender que si se adopta la opinión, cada vez más extendida en el Derecho administrativo, de que en principio es posible una intervención policial-administrativa contra estas lesiones (82) queda limitado, como hemos visto, el efecto legalizador de la autorización administrativa. Y ello, también en concordancia con los preceptos de la Ley de Conservación de Aguas y de la Ley Federal de protección frente a Inmisiones (83)—. Esto significa que la validez de la autorización, en todo caso en lo relativo a las lesiones, no puede ser considerada como causa de exención de la responsabilidad penal (parágrafos 223 y 230 Código Penal alemán). Y además, el elemento «confianza en la autorización» ha perdido su poder decisorio. La dogmática del riesgo permitido ha demostrado que no se puede justificar la confianza en el funcionamiento de las reglas de cuidado, fijadas para limitar el peligro, cuando es patente en el caso particular que las medidas prescritas no alcanzan para reducir un peligro latente al grado mínimo

(79) Al respecto, *BVerfG, NJW* (1989), p. 363, *BVerwG, NJW* (1970), 1890; HOPPE/BECKMANN, *op. cit.* nota 11, pp. 68 y 401; MURSWIECK, *Handwörterb. des Umweltrechts*, tomo II, Sp. 267 y ss.; ambos con más argumentos. Además *BVerwGE* 72, pp. 250 y 256. Véase también el informe de la autoridad federal de salud (*Bundesgesundheitsamt*) de 1979 sobre la peligrosidad de sustancias protectoras de la madera en *Der Spiegel*, n.º 7 de 12-2-1990.

(80) SCHAFFSTEIN, *ZStW* 72 (1960), p. 373; HIRSCH, en comentario previo párrafo 32 número marginal 32; JESCHECK en *LK*, comentario previo, párrafo 13 número marginal 61. También LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentario previo. Párrafo 32 y ss.; número marginal 62. Véase también WINKELBAUER, *NStZ* (1988), p. 204; RUDOLPHI en *Festschr. f. Lackner* p. 882, aunque no considera suficientemente los fundamentos jurídicos administrativos esenciales.

(81) Al respecto instruye el Tribunal Territorial de Mainz, Sentencia de 16-1-1989-8 Js 37) 8/84-W-5 Kls («*Erdal-Urteil*»), especialmente, pp. 184 y 200.

(82) Véase nota 67 y ss.

(83) No se puede argumentar que de esta forma quede invalidado, por ejemplo, el párrafo 17 de la Ley de protección contra Inmisiones en la atmósfera: para este tipo de prescripciones posteriores quedan los hechos, que tienen que ver con puestas en peligro y peligros de salud no coordinables causalmente.

tolerable (84). Este supuesto se da en los ámbitos de la Ley de conservación de Aguas y de la Ley Federal de protección frente a Inmisiones, cuando de la explotación de una instalación resultaran lesiones (no permitidas materialmente por las leyes correspondientes) y el explotador sea consciente de la peligrosidad de su acción. En este caso, no se debe seguir explotando la instalación sin aplicación de medidas adicionales de eliminación de peligros.

Si además, la autorización *ab initio* (o sea, a partir del momento de su concesión) produjera perturbaciones perceptibles a simple vista y absolutamente contrarias a las normas de control administrativas de seguridad y orden público, esta autorización, *in dubio*, sería nula (85). Jurídicamente no sería sostenible interpretar las autorizaciones estatales como una autoobligación de las autoridades de no intervenir en situaciones meramente contrarias a las normas policiales. En el Derecho penal cabe destacar en este sentido, la existencia de los tipos penales medio ambientales y especialmente los parágrafos 324 y 327 CPa.

c) Hasta ahora hemos analizado una interpretación correcta de la función de la autorización desde el punto de vista de la lesión a bienes jurídico individuales; pero, también, bajo determinadas condiciones, puede una autorización ser insuficiente respecto a comportamientos perjudiciales para el medio ambiente, con la consecuencia de que se comete un delito.

Se parte de que el órgano autorizante tiene que precisar el contenido de la autorización y, así, determinar el alcance de la misma (86). Esta situación se produce cuando ciertas declaraciones del solicitante se convierten en contenido esencial de la reglamentación de la autorización y el alcance del efecto autorizante está conectado con estos hechos. Por ejemplo, declaraciones falsas sobre el tipo, la cantidad o la peligrosidad de una sustancia son, en principio, idóneas para restringir el contenido de la autorización (87). Será preciso dilucidar, claro está, la cuestión no siempre fácil de si las declaraciones correspondientes no representan meros fundamentos de decisión y no forman parte, entonces, del conte-

(84) Véase CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentario previo a los parágrafos 15 número marginal 145 y ss.; LENCKNER incide en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentario previo a los parágrafos 13 y ss., número marginal 93 y comentario previo a los parágrafos 32 y ss. número marginal 100.

(85) KLOEPFER, *NuR* (1987), p. 14. Véase también, WINKELBAUER, *NSzZ* (1988), p. 206 (*Teilnichtigkeit*), así como LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentario previo a los parágrafos 32 y ss. número marginal 62. En sentido crítico FLUCK, *VerwArch* 79 (1988), p. 431.

(86) Véase BREUER *DOV* (1987) pp. 177 y ss.; FLUCK, *VerwArch* 79 (1988), pp. 414, 422; RUMPEL, *NVwZ* (1988), pp. 502 y ss. Véase también parágrafo 36 *VwVfG*.

(87) Pero véase parágrafo 24 *VwVfG* según el cual las circunstancias tienen que ser investigadas de oficio por la autoridad. Por eso, críticamente PAPIER, *NVwZ* (1986), p. 259.

nido de la reglamentación (88). Por eso es deseable, en lo relativo a este tema, que en la práctica se precise este punto y se delimite de forma suficientemente clara el alcance de la autorización (89). Pero finalmente también es posible (dentro de un margen limitado) que se permitan expresamente ciertas emisiones o inmisiones. Así por ejemplo, debe pensarse en el caso de que la autoridad permita la correspondiente injerencia —de todas formas inevitable— en el medio ambiente como consecuencia de la reparación o reforma de una explotación (90). Claro que los límites del problema, en el ámbito de la llamada tolerancia administrativa, no están aún definidos.

2. Tolerancia de la autoridad

La tolerancia de la autoridad y, generalizando más aún, de las formas de actuación informales de las autoridades administrativas tienen gran importancia práctica. Se pone de manifiesto cuando las autoridades administrativas del medio ambiente, durante un cierto período y pese a tener facultades para hacerlo, no intervienen contra situaciones no autorizadas y consecuentemente antijurídicas. Desde un punto de vista jurídico-penal se plantea la cuestión de si el explotador de una instalación merece sanción penal por contaminar un acuífero si introduce, sin autorización pero con conocimiento de la autoridad administrativa del medio ambiente y tolerado por ella, aguas residuales industriales en una corriente.

Algunos consideran esta forma de actuación de las autoridades como una censurable conspiración y colaboración entre Estado y economía (91). Otros enfantizan que la habilidad funcional de las leyes, en

(88) Véase RENGIER, *ZStW* 101 (1989), pp. 900 y ss., continuando el estudio de HOLTHAUSEN, *NStZ* (1988), pp. 256 y ss., que así mismo incluye consideraciones centrales de un informe no publicado de SCHÜNEMANN. Véase también, *Tribunal Territorial de Düsseldorf*, *NStZ* (1988), pp. 231 y ss. También KLOEPFER, *NuR* (1987), p. 14; FLUCK, *VewrArch* 79 (1988), p. 422.

(89) Por eso en parte se argumenta respecto a autorizaciones «obviamente anticuadas» que, con una «apreciación razonable» no alcanzan a abarcar las circunstancias sujetas a autorización (HOLTHAUSEN, *NStZ* (1986), p. 256, nota 17). Véase también KLOEPFER en BREUER y OTROS (ed.), *Altlasten und UmweltR* 1986, pp. 36 y ss., con referencia al incremento de asignación de riesgos para inculpar al destinatario. Sobre el problema de si y hasta qué punto el tenor literal de ciertas disposiciones típicas y el artículo 103 de la Ley Fundamental (de Bonn) están en contra de una limitación de la autorización, véase de una parte, WINKELBAUER, *JuS* (1988), pp. 691 y ss.; y de otra KELLER en *Festschr. f. Rebmann*, 1989, pp. 255 y ss.

(90) En sentido similar, OLG Frankfurt, *NJW* (1987), p. 2755; RUDOLPHI, *NStZ* (1984), p. 198.

(91) Véase BOHNE, en *Gesellschaft für Umweltrecht, Dokumentation zur 7. Fachtagung* 1983, pp. 148 y ss. Así mismo, OLDIGES, *Wirtschaftsrecht*, 1973, p. 19.

cierta medida, se basa justamente en que por un camino informal se realicen las adaptaciones necesarias para el sistema y ven en ello una forma de actuar adecuada para solucionar situaciones complejas (92). Y otros quieren tranquilizar con una frase de *Brecht*: «demasiado orden sólo puede ser más o menos soportable si es suavizado por un poco de negligencia» (93).

En el ámbito nuclear, se deberían traducir en las —al principio discutidas (94)— características estructurales del Derecho en una sociedad de riesgo, en general, y en la específica problemática de la protección del medio ambiente, en particular.

De ahí se derivan consecuencias difíciles de solucionar para el *Derecho penal*. De un lado, se niega cualquier significado jurídico-penal a la tolerancia de la autoridad. Esto se justifica, entre otras razones, indicando que, de otra forma, en el Derecho penal se abrirían paso tendencias que socavarían el principio del Estado de Derecho fijado en el Artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn (95). Sin embargo, otros conceden a estas prácticas de las autoridades efecto legalizador (incluso en la jurisprudencia) (96). Ante tal ambigüedad, no es sorprendente que los tribunales muchas veces se contenten —ante un comportamiento de este tipo por parte de la autoridad— con sobreseer el proceso penal por considerar la conducta insignificante (parágrafos 153, 153 a StPO) (97).

Pero no puede ser misión del Derecho penal invalidar criterios funcionales esenciales de una parte del ordenamiento jurídico (98). Se alude con ello al principio de cooperación y, así mismo, a la situación de interrelación, puesta aquí de manifiesto entre el principio de oportunidad jurídico-administrativo (facultad de decisión de intervención, mani-

(92) Véase RANDELZHOFFER, en KIMMINICH/V. LERSNER/STORM (ed.) *Handwörterb. des Umweltrecht*, tomo I, 1986, Sp. 362 y ss.; RANDELZHOFFER/WILKE, *Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns*, 1981, *passim*; al respecto crítica HERMES/WIELAND, *Die Staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens*, 1988, pp. 46 y ss.

(93) SENDLER en *Gesellschaft für Umweltrecht, Dokumentation zur 6. Fachtagung* 1982, p. 43. Pero véase también, del mismo UPR (1990), p. 45.

(94) Véase, *infra*, nota 15.

(95) Véase CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentario previo a los párrafos 324, número marginal 20; LAUFHÜTTE/MÖHRENSCHLAGER, *ZStW* 92 (1980), pp. 931 y ss.; SACK, *Umweltschutz-Strafrecht*, 3.^a ed., 1988, párrafo 324, número marginal 112. Además HALLWAB, *NuR* (1987), p. 297; BREUER, *DOV* (1987), p. 181; del mismo *NJW* (1988), p. 2082; DÖLLING, *JZ* (1985), p. 469, nota 120. Véase, además, diferenciando HERMES/WIELAND, *op. cit.* nota 93, pp. 103 y ss.; pero también p. 109.

(96) Véase Tribunal Territorial en München II, *BayVBl* 1986, 317; BICKEL, *ZfW* (1979), pp. 143 y ss. WERNICKE, *NJW* (1977), 1664. Véase también *OVG* Berlin, *DOV* (1983), p. 645.

(97) Ver MEINBERG, *ZStW* 100 (1989), p. 144.

(98) Véase HEINE/MEINBERG, *GA* (1990), pp. 8 y ss. y 13.

festada en el principio de proporcionalidad) y el principio jurídico-penal de legalidad (obligación de persecución) (99). Por otra parte, no se debe desconocer que se socabaría la confianza en el Derecho penal si éste (como realmente es posible en ámbitos marginales) tuviera que aceptar sin el menor reparo la ejecución informal como «patología medioambiental», porque tuviera (como los actos administrativos formales) estrictos efectos vinculantes.

Por eso, las reflexiones siguientes deberían ser decisivas: si la tolerancia de la autoridad quiere tener efecto legalizador y liberador de sanción penal, tiene que tener *una función comparable a la de las autorizaciones formales*. Para esto, *se requiere desde un punto de vista formal* que la autoridad medioambiental, con conocimiento de todos los factores relevantes para la decisión, adopte una «decisión de tolerancia» y ésta se exprese en una «resolución de tolerancia». Sólo así se pueden garantizar suficientemente la seguridad y la función de ordenación de una decisión de la autoridad, así como la obligación de respetar las for-

(99) Esto se demuestra muy claramente en el párrafo 20 II de la Ley de Inmisiones: como ley especial para una intervención de la policía medio ambiental, esta disposición permite tolerar una instalación no autorizada. Pero, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, en casos atípicos puede conducir al supuesto de no poderse prohibir la explotación de una instalación. Sin embargo, según el *OVG Koblenz* (NVwZ 1987, 249), esto no significa cambio alguno en el caso de que la explotación de la instalación sea jurídicamente inadmisibles, antijurídica, hasta que se le conceda la autorización correspondiente. Para resolver el dilema de que se entorpezca la intervención de la autoridad a pesar de la conminación penal (véase por ejemplo el párrafo 327 del CPA) se arbitran en esencia dos vías: por una parte se puede argumentar que, por imposiciones (legales) de tolerancia, sólo está limitado o excluido el poder de intervención, con lo cual la antijuridicidad permanente intacta (véase ODEFSKY, en *Festschr. f. Tröndle*, p. 303; también MARTIN *op. cit.* en nota 10, p. 175, nota pie de p. 78; HERMES/WIELAND, *op. cit.* nota 93, p. 105 y HANSMANN, NVwZ (1989), p. 918). Así lo mantiene en el ámbito jurídico penal (considerando las circunstancias que imposibilitaron jurídicamente la paralización de la explotación. Véase sobre el tema, por ejemplo, WÜTERICH, UPR (1988), p. 251, d) la doctrina de la imputación objetiva (LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentario previo a los párrafos 13 y ss. número marginal 91), el párrafo 34 C.P.A. (al respecto, véase por ejemplo TIEDEMANN, *Handwörterb. des Umweltrechts*, 1988, Sp. 854 y ss.), o, como último recurso, la advertencia acerca de la aplicación práctica de los párrafos 153 y ss. de StPo (correctamente criticado por DASH/PAPE, NStZ (1988), p. 393) para poder obtener resultados adecuados al caso particular. Por otra parte se puede argumentar que un comportamiento contra el que no se puede aplicar sanciones jurídicas administrativas no puede ser punible (así lo mantiene RENGIER, ZStW 101 (1989), pp. 906 y ss.; WINKELBAUER, JuS (1988), p. 696; WÜTERICH, UPR (1988), p. 251; véase también SCHÜNEMANN, *wistra* (1986), p. 242). Esta consideración globalizadora garantiza una consistente libertad de contradicción del ordenamiento jurídico en todo caso, allí donde se constata sin lugar a dudas que no se puede perdonar una disposición prohibitiva. Véase también SCHENKE, NuR (1989), pp. 14 y ss.

malidades legales del Derecho administrativo (100). En sentido material, tiene que asegurarse que la tolerancia liberadora de efectos penales no se contraponga a la finalidad pretendida por este comportamiento administrativo informal, que es producir legalidad (primero provisional y después definitivamente). Tampoco, por eso, puede reconocerse jurídico-penalmente la tolerancia administrativa *antijurídica* (101).

IV. Perspectivas

Tras diez años de intensas discusiones, numerosos problemas de la protección jurídico penal del ambiente no están aún solucionados de forma que se pueda hablar de la existencia de líneas básicas uniformes. Esta falta de armonía dogmático-constructiva se corresponde con los conocimientos empíricos que hacen temer que el Derecho penal del medio ambiente vigente en la actualidad, a largo plazo, podría tener efectos contraproducentes (102). Por eso, parece conveniente para su protección recurrir a intervenciones contundentes del Derecho penal, como, por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba, o la exigencia de responsabilidades a las empresas (103), que deberían ir acompañadas con una reducción amplia de obstáculos jurídico-procesales (104). A esta perspectiva se une tendencialmente la idea de un

(100) En sentido similar WINKELBAUER, *DOV* (1988), p. 728. RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 906; véase también ODESKY, en *Festschr. f. Tröndle*, pp. 300 y ss.

(101) En otro caso la autoridad también tendría una disposición informal (!) sobre la punibilidad, que no se fundamenta de ninguna forma en la ley (a un resultado similar llega ROGALL, en *Festschr. 600 Jahre Universität Köln*, p. 525; RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 906; diferenciando WINKELBAUER, *DOV* (1988), p. 728; WÜTERICH, *UPR* (1988), p. 251; Véase también ODESKY en *Festschr. f. Tröndle*, p. 300).

(102) MEINBERG, *ZStW* 101 (1988), pp. 112 y ss.; *DJT-Gutachten op. cit.* nota 3, pp. D. 103 y ss.; HEINE/MEINBERG, *GA* (1990), pp. 1 y ss. HEINE, *ZStW* 101 (1989), pp. 747 y ss.

(103) HÜMBS-KRUSCHE/KRUSCHE, *Die strafrechtliche Erfassung von Umweltbelastungen*, 1983, pp. 290 y ss.; KRUSCHE, *ZRP* (1986), pp. 303 y 306. Véase también TIEDEMANN/KINDHÄUSER, *NSiZ* (1988), p. 340.

(104) Véase por ejemplo, KUBE, *Prävention vor Wirtschaftskriminalität (unter Berücksichtigung der Umweltskriminalität)*, 1985, pp. 36 y ss.; KELLERMANN, *Kriminalsoziologische Bibliografie* (1987), pp. 23 y ss.; Problemático también, KLOEPFER en LADOGNY, *ZStW* 101 (1989), p. 939, que considera la posibilidad de los órganos de persecución penal de informar a la prensa como posible sanción. Esto lo critica también HAMMERSTEIN en *Justizministerium Baden-Württemberg* (ed.). *Ist das Legalitätsprinzip noch zeitgemäß?* (10 Triberger Symposium 1989) 1990, p. 108.

Derecho administrativo medioambiental (105), encaminado a funcionar a través del Derecho penal (106). Pero, con esto, se desconocería que el Derecho penal no es idóneo, ni está en situación de solucionar los conflictos básicos de una moderna sociedad industrial. Al contrario, hay que intentar mantener la más amplia concordancia posible con el Derecho administrativo. Por supuesto, es recomendable para la RFA modificar la dependencia, en parte demasiado intensa, del Derecho penal de la ejecución administrativa en beneficio de una mayor relación con el Derecho administrativo (leyes, disposiciones) siguiendo en este punto los ejemplos extranjeros (107). Pero no caben expectativas exageradas. Una política (jurídica) medioambiental efectiva es un postulado que ya hemos venido reclamando con anterioridad (108).

(105) En esta misma dirección va GEULEN, *ZRP* (1988), pp. 324 y ss. Algo parecido vale para las propuestas que se remiten a los principios (formalmente correctos) de la *lex posterior et lex specialis* y en base a ello solicitan la introducción en el Derecho Administrativo de específicas normas jurídico penales, sin analizar previamente los fundamentos materiales particulares (véase MARTIN, *Neue Kriminalpolitik* 2 (1990), p. 19 y parágrafo 330 d II del proyecto del SPD sobre la reforma del Derecho penal del medio ambiente).

(106) En el texto original, la traducción literal sería: A estas perspectivas se une, tendencialmente, la idea de sanear el Derecho administrativo medioambiental por medio del Derecho penal o (en el sentido del plan Morgenthau) de degradar el Derecho administrativo medioambiental puntualmente, pero a corto plazo, a pastos para las vacas lecheras jurídico penales.

(107) Véase *DJT-Gutachten*, *op. cit.* nota 3, pp. D 102 y ss.: HEINE/MEINBERG, *GA* (1990), pp. 1 y ss., así como, las conclusiones del 57. *Deutschen Juristentages* 1988 (*DJT-Sitzungsbericht*, p. L. 280).

(108) Véase para mayor información, HEINE/MEINBERG, *GA* (1990), pp. 3 y ss. Los proyectos de ley para la reforma del Derecho penal del medio ambiente propuesto por la coalición y el SPD (BT-Dr 11/6453; 11/6449) y el procedimiento elegido para aquel fin (véase StenProt. 11/15267) no autorizan esperar que esta problemática haya sido totalmente comprendida.

