

INFORME N° 4

# LA TEORÍA CLÁSICA DEL DELITO Y EL DERECHO PENAL DE LA PRECAUCIÓN

Gonzalo Quintero Olivares, Catedrático de Derecho penal  
Universitat Rovira i Virgili  
Período 2017-2019

CONCLIMA

Proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad  
(DER2016-80011-P)

**SUMARIO:** I. Consideraciones preliminares. II. El resultado y la previsibilidad. III. Principio de precaución y significado de la antijuridicidad. IV. Origen y extensión del principio de precaución. V. La expansión del principio de precaución. VI. El principio de precaución en Derecho penal. VII. La pretensión de entrada en el Derecho penal. VIII. Riesgo y peligro en los delitos imprudentes. IX. Protección de bienes jurídicos y principio de precaución. X. Conclusiones. XI. Bibliografía.

## **I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

El título que encabeza estas páginas sugiere una especie de oposición entre lo que pueda considerarse como teoría clásica del delito y el Derecho penal de la precaución. Pero tomar esa idea, como punto de partida, sería incorrecto, pues en apariencia conduce a admitir dos “versiones o clases” de Derecho penal, y, además, con cierta sugerencia de que el Derecho penal de la precaución marca una nueva etapa en la evolución del Derecho penal, una superación de paradigmas anticuados.

Pues bien, ese resumen de imagen es totalmente desdeñable. Algunos problemas jurídicos que plantea el principio de precaución no se hubiesen ni siquiera contemplado hace medio siglo, pues el estado de la dogmática de la teoría del delito en aquellos tiempos no hubiera tenido excesivos problemas para digerir las ideas que encierra ese principio sin objeción alguna.

Concretamente, el principio de precaución implica el forzamiento y abandono de la exigencia de previsibilidad del resultado como elemento común a los delitos dolosos y culposos, y, siendo así, abre la puerta a la responsabilidad objetiva, y, por eso mismo, puede no suponer un paso a otro Derecho penal, sino un *retorno al pasado*.

Una conclusión semejante, puede generar desazón en todos los que consideran, con respetables argumentos, que el principio de precaución es una salvaguarda que la sociedad debe exigir en previsión de catástrofes, pero, sin perjuicio de que esa demanda social requiera su propio análisis y respuesta, no es posible trasladar el problema al Derecho penal sin un coste que resulta excesivo.

En lo que sigue voy a intentar resumir el devenir histórico de la ciencia penal en lo que concierne a la valoración del elemento central de todo el debate que rodea al principio de precaución, que no es otro que la *previsibilidad del resultado* como criterio irrenunciable para la limitación de la responsabilidad penal.

## II. EL RESULTADO Y LA PREVISIBILIDAD

Los penalistas decimonónicos, coherentes con las ideas de la época, estimaban que los delitos debían ser acciones y omisiones *voluntarias*, entendiendo por tales las espontáneas, decididas libremente por el autor, en suma, las no forzadas. Y ciertamente la referencia legal (art. 1 CP, desde 1848 a 1983) a la voluntariedad de la acción o de la omisión punible, otorgaba un evidente fundamento a esta construcción interpretativa. Por otra parte, el proceso de separación entre el fundamento de la responsabilidad en el Derecho penal y en el derecho civil apenas había iniciado su andadura, y era en cierto modo comprensible que se utilizaran criterios comunes para los dos campos legales.

No obstante, esta interpretación tradicional, consentida o exigida en buena medida por el derecho positivo de la época, abría el portón para fundamentar la responsabilidad criminal tanto de las conductas voluntarias llevadas a cabo con conocimiento y voluntad (dolo) o sin el cuidado debido (imprudencia), *como de aquellos actos voluntarios no gobernados por el conocimiento ni por la posibilidad del mismo más allá del primer acto impulsor de los acontecimientos.*

Respecto a estos últimos se posibilitaba la responsabilidad objetiva. El art. 1 del Código penal que estuvo vigente hasta 1995, del cual se modificaron los 8.8 y 50 mediante la Reforma penal de 1983, venían acogiendo la responsabilidad objetiva, en cuya virtud, quien voluntariamente realizaba un hecho delictivo, respondía penalmente de todas las consecuencias causalmente ligadas al mismo, aun cuando tales consecuencias no fuesen queridas ni hubiesen podido ser previstas, todo según la antigua regla del *versari in re illicita*, que era el resumen de “*versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex acto*”, esto es, “a quien comete un *hecho ilícito* se le imputan todas las consecuencias que se sigan”; y de ese modo quien realizaba un acto inicialmente ilícito respondía penalmente *como responsable de una imprudencia* por las consecuencias fortuitas o azarosas como si las hubiera querido o las hubiera debido de prever.

Cuando, merced a la Reforma de 1983, se produjo la prohibición legal de la responsabilidad objetiva la doctrina penal española vio refrendada legalmente una demanda anhelada y en el pensamiento penal español se asumió *que la responsabilidad objetiva (por la producción de resultados debidos imprevisibles)* era incompatible con los postulados de un Derecho penal propio de un Estado

social y democrático de Derecho porque la responsabilidad objetiva desprecia la dignidad de la persona al identificar sus actos inteligentes con los que sólo evidencian intervención física, no querida, no prevista ni previsible.

Al castigar lo que no es doloso ni culposo es imposible encontrar un fundamento razonable para la pena, que ni puede retribuir, ni puede justificarse en la prevención general, por eso mismo, *amenazar o motivar para que no se causen resultados fortuitos e imprevisibles es un absurdo*. La regla observada en el Derecho penal moderno es que en principio se castigan todos los ataques intencionales (dolosos) contra los bienes jurídicos más importantes, por imperativo del principio de intervención mínima y del carácter fragmentario de la intervención jurídico-penal. Esto es, la intencionalidad marca buena parte de la gravedad de esos ataques. Sólo *con carácter excepcional se reprimen también las producciones imprudentes de graves males o daños (resultados) contra bienes jurídicos que exigen especial respeto y prudencia*.

Más allá de la imprudencia con graves resultados lesivos no cabe la fundamentación de reacciones punitivas en el Derecho penal. Otra cuestión es que el Derecho civil pueda fundamentar la responsabilidad por el daño causado conforme a criterios más objetivos, o que se quiera fundamentar una reparación a través de la *responsabilidad por el producto*.

El problema, por supuesto, no se zanja declarando excluida la responsabilidad objetiva, porque existe una peligrosa inercia de «interpretaciones objetivistas» de los procesos causales, contra la que es preciso estar prevenido, puesto que de nada sirve excluir los procesos ejecutivos sin previsibilidad si posteriormente, y en contra de la realidad, se afirma la existencia “objetiva” de esa previsibilidad.

Partiendo de estas consideraciones vamos a analizar lo que, para el Derecho penal, supone el principio de precaución.

### **III. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y SIGNIFICADO DE LA ANTIJURIDICIDAD**

La primera advertencia obligada es que el principio de precaución nació en el ámbito del derecho administrativo como criterio orientador de la actividad reglamentaria. Desde allí saltó, hace relativamente poco tiempo, al Derecho

penal, en el que la única vía de penetración que encontró fue en la configuración de los delitos de peligro, o, alternativamente, en la imprudencia.

No obstante, la doctrina penal española, mayoritariamente, hasta ahora, se ha expresado en contra de la posibilidad de conceder al principio de precaución funciones en la interpretación y aplicación del Derecho penal, ni en la figura del delito de peligro ni en la de la imprudencia, aunque los Tribunales lo hayan hecho alguna vez.

Como intentaré explicar en lo que sigue, la entrada del principio de precaución en el Derecho penal, sin cuestionar su función en el derecho administrativo, podría suponer la criminalización de actividades prohibidas por ser desconocidos sus efectos, *pero sin verificarse la creación de peligro*. Un Derecho penal de la precaución supondría el vaciamiento dogmático de los delitos de peligro abstracto, y la renuncia al principio de ofensividad, imprescindible aspecto del principio de intervención mínima.

#### **IV. ORIGEN Y EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN**

El principio de precaución o de cautela, se desarrolló en la legislación medioambiental alemana del último tercio del siglo XX, bajo la denominación de *Vorsorgeprinzip*, y se orientaba a la protección de la salud humana del efecto de ciertos productos químicos. Con facilidad se extendió su alcance a la protección del ecosistema y de los recursos naturales, y por ese camino, a los problemas ambientales globales (a su función se dedica, concretamente, el párrafo 18 de la GPSGV).

Esa internacionalización del principio se hace visible en la Primera Conferencia Internacional de Protección del Mar del Norte (1984), y de ahí pasaría a diferentes documentos internacionales. En 1991, la OCDE lo integra en la Recomendación C (90)164 de su Consejo sobre prevención y control integrado de la contaminación. La definitiva carta de reconocimiento se produce en la llamada “Cumbre de la Tierra” (Declaración de Río de 1992 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, como principio núm. 15, que dispone que: “En caso de riesgo de daños graves e irreversibles al medio ambiente o la salud humana, la *ausencia de certeza científica absoluta no podrá servir de pretexto* para

postergar la adopción de medidas efectivas de prevención del deterioro ambiental.”

Al principio de precaución —y también al de prevención, pero como conceptos diferenciados— se refiere expresamente el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación. En esencia, el principio de precaución consagra la idea de que *en caso de riesgo desconocido se han de adoptar medidas de protección sin necesidad de tener evidencia científica de que se puedan producir consecuencias dañosas*. La ausencia de evidencia científica puede afirmarse en cuanto no haya una evidencia *incontrovertible*. No se trata, pues, de prohibiciones caprichosas, sino que se basan en alguna hipótesis científica que es *insuficiente*.

Ese principio no ha de confundirse, pese a que en el lenguaje usual esa confusión es frecuente, con el de *prevención*. La precaución entra en juego cuando se *desconoce* lo que puede pasar en el ambiente y en la salud de los seres vivos permitiendo una actividad. Desconocer no es sinónimo de “dudar”, situación que se da cuando se reúnen argumentos que permiten pronosticar riesgos y también lo contrario. Actuar de acuerdo con el principio de prevención, en cambio, supone un mínimo conocimiento del riesgo de que algo pueda suceder, y, en función de ello se adoptan medidas orientadas a neutralizarlo (prevenirlo). En el Derecho penal, precisamente por ese motivo, se hace referencia al “riesgo prevenido” (p.e., art. 382 CP) para indicar aquello que el legislador sabía que podía llegar a suceder.

Una primera advertencia es obligada: el principio de precaución nace para la tutela del medio ambiente, y se configura como un *criterio que han de seguir los poderes públicos en su actividad de gobierno y de reglamentación*, bajo el postulado de que en materia prevención del daño ambiental *toda cautela es poca*. Posteriormente, el principio se va asentando como necesario en el contexto de la sociedad de riesgo. Por lo tanto, la extensión de ese criterio a otros ámbitos diferentes, para justificar mandatos o prohibiciones, puede resultar incomprensible o injusta. Pero esa extensión se ha producido, comenzando por su aplicación a la salud humana, animal o vegetal (expresamente declarado por el Reglamento CE Nº 178/2002). La primera reacción ante ese aumento del

“círculo de la precaución” es fácilmente comprensible: si con ese principio se quiere proteger el medio ambiente o el ecosistema también habrá de protegerse al ser humano, la flora y la fauna, pues forman parte del equilibrio de los sistemas.

En el estado actual de la cuestión, el principio de precaución entra en juego cuando un producto o un proceso puedan tener efectos potencialmente peligrosos científicamente imaginables, *aunque esa valoración científica no pueda determinar el riesgo con suficiente certeza*. Se trata pues de un instrumento en el análisis y gestión del riesgo, entendiendo por gestión la toma de decisiones o la generación de normas reglamentarias. Por supuesto que no puede invocarse ante la *ausencia total de datos científicos siquiera especulativos*, pues entonces sería una decisión arbitraria y, por lo mismo, inconstitucional en cualquier Estado.

De acuerdo con ello, solo es posible dar paso a una prohibición ante un *riesgo potencial, aunque no haya evidencias incontrovertibles de que se pueda concretar*, y siempre que esa hipótesis pueda apoyarse mínimamente en datos científicos sólidos, aunque esos datos, lógicamente, reconozcan la incertidumbre respecto de las consecuencias. No puede negarse que el principio de precaución tiene un sentido ante la velocidad con la que se deteriora el medio ambiente, la cual obliga a tomar decisiones en condiciones de incertidumbre y, más allá de los problemas ambientales, la necesidad de responder jurídicamente a una evolución tecnológica muy rápida que no permite evaluar con certeza los riesgos que comportan nuevos productos y procesos.

En la medida en que la aplicación del principio supone prohibir actividades, ha recibido la acusación de ser un obstáculo al progreso. Esa acusación es exagerada e injusta, pues en el fondo parte de un principio contrario: nada es nocivo o dañoso hasta que se demuestre lo contrario. Frente a esas dos posturas tan alejadas la una de la otra el punto medio es que solo debieran realizarse actividades (ya sean industriales o comerciales) cuando razonablemente se sepa que no entrañan un peligro socialmente inasumible; en situaciones de duda, cabría dejar la decisión (si se trata de un producto de consumo) a la ciudadanía; Solo cuando la ciencia hubiera formulado un pronóstico de peligro cabría la prohibición.

Antes de proseguir, y a fin de no caer en una “imagen de ingenuidad”, quiero fijar mi posición sobre la ideología de fondo del principio de precaución *cuando desborda sus límites originarios*. Esa ideología no puedo analizarla en profundidad, pues no es ese el objeto de estas páginas. Por otra parte, desde que la propia política comunitaria europea ha asumido formalmente (en materia ambiental) el principio de precaución es difícil cuestionar su corrección, especialmente porque la sociedad considera adecuado todo lo que se presente como “prudencia”. Pero el principio de precaución también puede ser criticado, no en vano ha habido quien, acertadamente, lo ha calificado como fuente de las “leyes del miedo”.

El riesgo está presente en nuestra vida, basta pensar en el calentamiento global o los alimentos transgénicos, pero también hay que pensar en el atentado terrorista en una discoteca o en la financiación del terrorismo. A eso se debe añadir que cada cultura siente miedo o preocupación por cosas diferentes, dependiendo de sus necesidades y su desarrollo. Las medidas que se proponen en nombre del principio de precaución pueden a su vez generar otros problemas.

La pretensión de los “precaucionistas” se extiende a cualquier clase de riesgo, sin diferenciar entre una catástrofe nuclear o la pérdida de flora en un lago, siempre, por supuesto, que se estime que se trata de *riesgos socialmente inasumibles*, pero entonces la discusión se traslada a la decisión de la sociedad *sobre lo que está dispuesta a asumir*.

En segundo lugar, parece prohibido mencionar la relación entre costos y beneficios que puede comportar cada medida prohibitiva. Por último, pero no en importancia, se excluye el debate sobre la libertad del individuo y su derecho a decidir lo que quiere hacer. No pensemos solamente en el medio ambiente, espacio en el que se ha desarrollado con lógica fuerza el precaucionismo, sino que la extensión de esa ideología, en la lucha contra el terrorismo o la inseguridad, puede llegar a afectar a la libertad y a la intimidad, y a otros derechos.

Dicho esto, pasaremos a analizar la entrada del principio de precaución en el Derecho penal.



## V. LA EXPANSIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Cuando nos preguntamos por lo que realmente es el principio de precaución, lo primero que se ve es que el número de definiciones ofrecidas es enorme y contradictorio, pero *para el Derecho* puede aceptarse como “idea básica” la de que cuando científicamente se pueden señalar o intuir o temer riesgos inherentes a una actividad, aunque esos riesgos no puedan ser demostrados de manera incontrovertible, es suficiente para adoptar una medida de limitación o prohibición de esa actividad, especialmente cuando eso incide en bienes de la importancia de la salud humana o el medio ambiente.

La argumentación teórica del “precaucionismo” se construye sobre unas ideas esenciales:

- a) El medio ambiente está seriamente amenazado, al punto de que se puede hablar de crisis ambiental, y los Estados han de extremar las medidas para cuidarlo y recuperarlo, eliminando todo riesgo, incluso los hipotéticos no demostrados.
- b) Hay que hacer eso, al precio de limitaciones radicales, como vía obligada para poder legar a las generaciones futuras un medio ambiente mejor, y solo así se satisfarán las exigencias de justicia en el Estado social.
- c) El desarrollo económico puede ser incompatible con la preservación del medio ambiente, pero éste último es un patrimonio que se debe salvaguardar para las generaciones futuras.
- d) El desarrollo tecnológico genera nuevos riesgos procedentes de la actividad humana (pero la sociedad, a su vez, desea el progreso tecnológico)
- e) No es aceptable que, invocando la precaución, se puedan decidir prohibiciones arbitrarias, pues la sociedad puede preferir aceptar un riesgo (la arbitrariedad, en su caso, deberá dar lugar a indemnización)
- f) El grado de riesgo que una sociedad está dispuesta a asumir ha de ser una decisión democrática. Esa es la decisión que determinará el alcance del principio de precaución, y deberá partir de la simple idea de que los riesgos que implica una actividad son superiores a los beneficios que de ella puedan derivarse.

Así pues, el principio de precaución es, también, un arma en el enfrentamiento entre el liberalismo, antropocéntrico y centrado en el presente, y el deber de solidaridad orientado al futuro y al legado a las generaciones futuras. A partir de ese noble objetivo, las opiniones científicas se imponen por encima de cualquier consideración sobre los intereses inmediatos de los actuales habitantes del planeta.

Nuestra actual sociedad ha sido justamente calificada de “sociedad del riesgo”, pues en él vivimos como si fuera nuestro “medio natural”, y además ese riesgo se va aumentando constantemente, por lo que se precisa una intervención cada vez más preventiva, y eso se debe plasmar en todo el sistema jurídico.

El “precaucionismo” cuenta con un amplio número de defensores, pero además, no se presenta como una reflexión sociológica o filosófica sobre nuestro presente y el futuro, sino como una *categoría jurídica general e imprescindible*. De esa manera el *Vorsorgeprinzip* no ha de limitar su alcance al derecho administrativo ambiental, pues, *para el precaucionismo*, eso sería tan incomprensible como decir que el principio de legalidad solo afecta a una parte del Derecho. No ha de quedar ningún ámbito excluido, ni siquiera —como veremos luego, y que será el objeto central de estas páginas, el Derecho penal.

Aun sin aceptar ese razonamiento, es obligado reconocer que el impacto de la evolución tecnológica ha sido muy grande, y va mucho más allá de la salud y el medio ambiente, llegando al tráfico automovilístico, la privacidad, la seguridad ciudadana, etc. Olvidarlo sería un error. Cuestión diferente es que la vía para conjurar el incremento del riesgo sea la implantación ilimitada del principio de precaución.

Tenemos que un criterio que marcaba la política ambiental alemana pasa a ser elemento central del Derecho administrativo alemán, y, posteriormente se incorpora al derecho ambiental de la Unión Europea, y aparece, finalmente, en el art.191 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

Está expresamente contemplado en la Constitución francesa, desde que en 2005 se incorporó a ella la Carta del Medio Ambiente, cuyo art.5 recoge expresamente el principio, y se puede considerar también presente en la Constitución española, indirectamente, en tanto que su art.96 incorpora al derecho interno los Tratados

suscritos por España, como es el caso del TFUE. En su momento el principio estaba teóricamente vinculado solo al medio ambiente, pero en la práctica ha ampliado su radio a la protección de los consumidores, control de alimentos, y salud humana. En el derecho español, como ya se dijo antes, aparece en la Ley de prevención y control integrados de la contaminación de 2016.

En la política ambiental comunitaria se reconocen, en lo jurídico, criterios rectores:

- El principio de precaución.
- El principio de prevención.
- El principio “quien contamina paga”, de acuerdo con el cual los costos económicos generados por la contaminación, directa o indirecta, así como el precio de reparar los daños causados (cuando ello es posible) han de correr a cargo del contaminador, pues, ante todo, no es justo que recaiga ese coste en toda la sociedad, pero, y eso es lo más importante, es imprescindible que las actividades económicas generadoras de contaminación deban contemplar fuera de beneficio el coste de la contaminación.
- En cierta medida, puede considerarse también principio o criterio rector el reconocimiento de la responsabilidad objetiva.

El último paso de esa evolución sería la *entrada del precaucionismo en el Derecho penal*, lo cual, para algunos, satisfaría completamente la pretensión de *proteger el futuro a través del Derecho penal*, idea preocupante desde su mismo enunciado.

El deber de todo gobernante de actuar con prudencia se puede traducir en muchas decisiones, como, por ejemplo, exigir requisitos de capacidad y experiencia para ocupar ciertos puestos o desarrollar algunas actividades. Pero eso no tiene nada que ver con lo que supone el principio de precaución en la acción de gobierno.

En la actividad administrativa, que se traduce en la actividad reglamentaria y en la cotidiana acción de gobierno, el principio de precaución se concreta en la posibilidad de *prohibir una actividad*, limitando derechos de los ciudadanos,

*aunque no se disponga de datos científicos o empíricos suficientes sobre la existencia de peligro* que, originariamente, era para el medio ambiente o la salud.

Es pues un principio que rige la toma de decisiones en situaciones de incertidumbre, que, además, está avalado por la jurisprudencia comunitaria. El principio, llevado a sus últimas consecuencias, puede dar lugar a decisiones prohibitivas que se oponen a una actividad *de la que no se ha demostrado sin lugar a dudas que sea peligrosa*. La incertidumbre científica es suficiente para prohibir la actividad, por más que no haya suficiente razón jurídica inicial para denegar su realización, pero esta se produciría en nombre de esa incertidumbre acerca de los posibles efectos de avances tecnológicos.

El alcance del principio es aún mayor, puesto que puede determinar la prohibición de la continuación de actividades que vinieran siendo normales y autorizadas, pero sobre las cuales, gracias al avance de la ciencia, ha surgido una *duda sobre los riesgos que comporta, a pesar de que todavía no se haya detectado consecuencia nociva de ninguna clase*, pues si fuera así estaríamos ante un panorama *ex post damnum* totalmente distinto. En nombre del principio de precaución, y sin haberse registrado efectos concretos, se podría ordenar la paralización de una actividad, la retirada de un producto alimenticio, farmacéutico, cosmético, industrial, etc.

Su fuerza se produciría fácilmente, puesto que supone la inversión de la máxima *pro libertate* en casos en los que el estado de la ciencia no permite demostrar que una actividad genera un riesgo no tolerable, aunque tampoco se pueda excluir. Y el principio aparece efectivamente: por ejemplo, en el art.3 de la Ley General de Salud Pública de 2011, expresamente se señala como uno de los criterios rectores de la acción administrativa el principio de precaución, diciendo que “la existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren”, por lo tanto, en nombre de la definición más habitual sobre el significado del principio de precaución. se comprende que las consecuencias de la aplicación del principio de precaución pueden ser muy gravosas, *pues pueden suponer la limitación o prohibición de actividades que suponen el ejercicio de derechos económicos individuales* lo cual exige equilibrio

entre la decisión democrática sobre el riesgo y esos derechos. Es así evidente la dimensión constitucional del problema.

Es cierto que la Administración pública, según el art.103 de la Constitución española *sirve con objetividad los intereses generales*, y por esa puerta podría incluirse el principio de precaución entre esos intereses generales, del mismo modo que se podría incluir la importancia de la actividad empresarial e industrial. Establecer una “jerarquía entre intereses” y calificar a uno de “general” y otro como “general de menor importancia” es muy difícil. Por ese motivo, lo realmente importante tendrá que ser el análisis de la *proporcionalidad* entre lo que se quiere prever, su grado de incertidumbre, y lo que se prohíbe.

La *proporcionalidad* debe regir cuando se trata de decidir *sacrificar un derecho*, lo cual solo puede ser admitido cuando los intereses que se quieren priorizar sean de suma importancia, y la Administración pública no puede, en ningún caso, partir de una *presunción iure et de iure* construida sobre el incierto terreno de la incertidumbre científica.

Por lo tanto, por su propia naturaleza, en la actividad administrativa el principio de precaución solamente puede generar *decisiones excepcionales*, en nombre de la incertidumbre, pero incidiendo sobre actividades ajustadas a derecho. Siendo así es lógico que se exija, *proporcionalidad*, lo cual lleva a la necesidad de *motivación y limitación en su alcance y en el tiempo*.

El alcance de la decisión que se tome en nombre de la incertidumbre puede ser variable, Por ejemplo, ante la posible, pero no demostrada, consecuencia nociva de un medicamento se puede prohibir su venta o simplemente ordenar que su fabricante incluya una advertencia en la información sobre el producto.

También es preciso respetar la base del principio de precaución, que es la incertidumbre. Esa es una situación que la ciencia tiene que despejar en algún momento, sin que pueda cristalizar como una situación indefinida que, entre tanto, va generando prohibiciones de ejercicio lícito de derechos, lo cual se presenta como más grave si se tiene en cuenta que el principio de precaución supone, como efecto, la inversión de la carga de la prueba, pues es el que soporta la prohibición de una actividad el que tiene que demostrar

científicamente que la creación de riesgo que se le imputa no tiene base científica suficiente.

## VI. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN DERECHO PENAL

Como desde el inicio vengo indicando, el principio de precaución, generado para el derecho administrativo y, posteriormente, extendido al derecho internacional administrativo, es promovido por algunos —que no han logrado imponer totalmente sus ideas— a la categoría de *principio general del derecho*, y desde ahí quieren extenderlo al Derecho penal.

Hay que reconocer, además, que la imagen de “responsabilización” que genera el principio de precaución es “bien recibida”, y eso explica la facilidad con la que se acepta que entre a formar parte de la praxis aplicativa de otras ramas del derecho (sin pensar en las consecuencias), pues siempre es positivo “prevenir el daño”. Viviendo en la *sociedad del riesgo*, es comprensible esa tendencia a extender la función del principio, que a veces se hace con la mejor intención, pero sin saber lo que supondría su aplicación en el Derecho penal.

Hasta ahora, el principio de precaución, en el derecho español, solo se ha manifestado en el campo de los delitos contra la salud pública, concretamente en los llamados delitos de fraude alimentario. La entrada no ha sido causada por la ley, sino por una jurisprudencia que, tal vez sin una clara consciencia de lo que son los delitos de peligro abstracto, ha declarado que en esa clase de delitos (alimentarios) no es necesario probar la lesividad de la conducta porque en esa clase de delitos *opera el principio de precaución*.

Ciertamente, en la doctrina española se admite que el delito de fraude alimentario es un delito de peligro abstracto. Pero esa no es la cuestión, sino la *inadmisibile idea* de que en esa clase de delitos el principio de precaución dispensa de toda indagación sobre el riesgo real de que se produzca un resultado dañoso. Si eso se admite, la explicación dogmática de los delitos de peligro puede darse por liquidada.

Llegados a este punto, el problema de la función del principio de precaución en el Derecho penal se plantea con caracteres mucho más preocupantes: la posibilidad de que en su nombre *se suprima la exigencia de ofensividad*. Si eso sucediese, la jurisprudencia relativa a los fraudes alimentarios sería solo un

avance de lo que podría pasar, *que sería la destrucción del concepto de delito de peligro* regresando a la *confusión entre infracción administrativa y delito*.

El principio de precaución, como antes dije, obliga a la creación de normas administrativas prohibitivas, y permite negar autorizaciones y cancelar actividades, con los condicionamientos que antes expuse: pero no puede *legitimar una norma incriminadora penal*, salvo que se *ignore* lo que es un delito de peligro.

Todos aceptamos que vivimos en la *sociedad del riesgo*. Nuestro mundo ha aceptado, deseado, necesitado y asumido el peligro como medio natural en el que se desarrolla nuestra vida cotidiana, tanto si se trata de las circunstancias comunes —alimentación, circulación de vehículos— cuanto si se entra en sectores concretos como la construcción, la medicina, la producción industrial y su impacto en el medio ambiente, etc. Se ha dicho también que durante buena parte del siglo XX, la sociedad aceptaba un concepto nuclear, el de “riesgo permitido”, lo que significa admitir el riesgo, convivir con él, pues eso es una consecuencia necesaria de la industrialización y de otras ventajas, en suma: el “precio del progreso”.

Por el contrario, se dice que la sociedad *de nuestro tiempo*, ya no comparte esa visión de las cosas, sino que prefiere la seguridad frente a la libertad de acción, y no por una transformación ideológica, sino porque existe *una mayor conciencia de la gravedad de los riesgos*, lo cual explica la importancia que hoy tiene el principio de precaución, que hubiera sido incomprensible hace 50 años.

En el marco de una sociedad configurada y, sobre todo, habituada o educada “en el riesgo”, y aun admitiendo la creciente fuerza del principio de precaución, se debe plantear cuál es la función protectora que se espera cumpla el Derecho penal.

La primera respuesta es simple: si el riesgo aumenta, la prevención habrá de hacerse a través de nuevos *delitos de peligro*. Los delitos de peligro, se dice, son fruto de una necesidad de nuestro tiempo. Con ellos se quiere adelantar la protección e intervención del Derecho penal al estadio de creación de una posibilidad de daño de bienes jurídicos de especial importancia, peligro que a su vez se asienta en una prognosis basada en la experiencia y que dependiendo de

la gravedad del riesgo que esa experiencia enseñe, se estructuran con una cercanía más o menos próxima a la gravedad del efecto, y así se diferencia, por parte de la ciencia penal, entre el peligro abstracto o conceptual y el peligro inminente, efectivo o concreto. La máxima anticipación de la intervención del Derecho penal corresponde a los delitos de peligro abstracto.

Todo ello es de una gran perfección formal ordenadora y clasificatoria. Es conveniente, no obstante, evitar la identificación sencilla entre la técnica legislativa (peligro abstracto o concreto) y la gravedad de los bienes en juego, cual si la opción por la estructura de delito de peligro abstracto se correspondiera con una gravedad mayor. No es así, aunque así se diga, sino que eso depende de decisiones del legislador que no son solo fruto de valoraciones del bien (la mayor importancia de éste, menos margen de prueba en contra, y por lo tanto, *declaración del peligro iuris et de iure*, sino también a criterios de oportunidad política o conveniencia para la actividad de control.

Es claro pues que resulta más fácil la aplicación de los tipos de delito de peligro “abstracto”, mucho menos exigentes en cuestiones probatorias. Por ejemplo: arrojar sustancias tóxicas a un río puede ser castigado sin necesidad de esperar a que aparezcan peces muertos. Ahora bien, por más que argumentemos sobre el peligro implícito en el acto de lanzar tóxicos al agua o al aire, lo cual es cierto y nadie lo discute, no será fácil diferenciar entre la razón de la intervención del Derecho penal en lugar del derecho administrativo sancionador. La incriminación de delitos de peligro, en el modo en que se hace, *cada vez contribuye más a difuminar la diferencia entre los delitos y las infracciones administrativas*, y es más que probable que con esa clase de tipicidades se pone en cuestión la vigencia de la antijuridicidad material (principio de ofensividad).

En las infracciones administrativas no hay que demostrar que se ha generado realmente un peligro. Pero en los delitos de peligro lo que explica la intervención del derecho es *la probabilidad del daño*, lo cual los diferencia de delitos que *materialmente* lesionan a un bien jurídico. Los bienes jurídicos (vida, salud, ambiente) se ofenden tanto con la lesión como con la puesta en peligro.

Las legislaciones penales, por el contrario, no pueden crear delitos en los que no haya *ninguna agresión a un bien jurídico*. Algunas veces se ha dicho que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que se produzca peligro efectivo, a



diferencia de lo que sucede con los delitos de peligro concreto. Pero eso no es verdad. La diferencia entre los delitos de peligro abstracto y concreto es de *carácter probatorio*: en los delitos de peligro concreto se ha de demostrar que el acusado ha creado realmente una situación de peligro. En los delitos de peligro abstracto, es el acusado el que tiene que demostrar que no ha creado peligro, a pesar de que su acción objetivamente podía ser peligrosa. Pero tanto en uno u otro tipo de delito de peligro, la posibilidad del resultado de daño *está fundada en la experiencia*.

Desde el punto de vista técnico, los delitos de peligro presentan *características estructurales que los acercan a los delitos imprudentes* al menos hasta un cierto grado de desarrollo, esto es: *son conductas cuando menos imprudentes que quieren ser castigadas sin necesidad de que se produzca la catástrofe o el daño*. Hablar entonces de “dolo de peligro” es un tanto ficticio, porque si fuesen conductas intencionales estaríamos ante *tentativas de delitos más graves*.

Pero sigamos. Al igual que en los delitos imprudentes en los delitos de peligro se realizan acciones que transgreden una norma que tiene como finalidad proteger un bien jurídico, y de ese modo se crea un riesgo antinormativo para ese bien. Son acciones cuya realización el legislador quiere castigar por sí mismas, prescindiendo de que ulteriormente se produzca un resultado material.

Si se acepta reconocer la realidad material de lo que son esas conductas vemos que se trata de actividades (peligrosas) cuyos autores sea con culpa consciente o inconsciente, sea con dolo eventual —todo eso puede ser etiquetado como dolo de peligro— ejecutan acciones (conducir ebrios, verter sustancias tóxicas, transportar sin garantías líquidos inflamables, etc.) que el legislador ha decidido castigar, *declarando que lo hace así por precaución y sin esperar a que suceda lo peor*. Lo único cierto es que se trata de una decisión político-criminal inspirada en razones de prevención general, y, por supuesto, en la *experiencia* que demuestra que esas acciones terminan frecuentemente produciendo un daño.

Ciertamente, si no existieran los delitos de peligro las conductas que en ellos se describen resultarían impunes. Pero la razón de que así sea es substancialmente técnico-jurídica, puesto que no se admite, por “razones dogmáticas” que no vamos a analizar ahora la apreciación de fases imperfectas de ejecución (tentativa) en el delito culposo. Es evidente que si se llegara a demostrar que el

autor perseguía intencionadamente —o incluso eventualmente, aunque esa frontera de duda es precisamente una de las diferentes razones que han empujado a la creación de delitos de peligro— el resultado se trataría de un delito doloso contra la vida, integridad física o bienes de cualquier otra clase, que se habría cometido en grado de tentativa. Por eso puede aceptarse que la incorporación de los delitos de peligro a las leyes penales partió, históricamente, de la imposibilidad de imputar como tentativa de graves delitos de resultado conductas en las que lo único apreciable sin temor a equivocaciones era su carga de peligro objetivo para un bien jurídico, pues el deseo (dolo directo) o aceptación (dolo eventual) del resultado lesivo no estaba comprendido subjetivamente en la conducta del autor.

En conclusión: en los delitos de peligro se castiga una acción que, *de acuerdo con la experiencia humana y científica*, es capaz de producir un resultado dañoso. Lo mismo sucede con los delitos imprudentes, con una diferencia, que en éstos ese resultado, que se quería evitar creando normas de cuidado, se ha producido porque el autor ha transgredido las normas de cuidado general y su propia capacidad personal de evitar un resultado que era *previsible*, aunque el autor creyera que no se produciría.

Tanto en delito de peligro como en delito imprudente, hay una *consecuencia posible*, apreciada por el legislador, que decide castigar sin necesidad de que se produzca un daño, en el primer caso, o solamente cuando el daño, que se hubiera podido evitar, se produce (en el caso del delito imprudente).

Lo que explica la existencia de delitos de peligro *no es el principio de precaución*, sino la *posibilidad demostrada* de que se produzca un daño, que es precisamente lo que no se puede afirmar con el razonamiento “precaucionista”, pues éste parte de que *no hay demostración científica efectiva del daño que se puede producir*. Bajo esas condiciones *no se podría crear un delito de peligro*, pues la reserva del Derecho penal para la protección de bienes jurídicos, exclusivamente, *exige que todo delito sea lesión o puesta en peligro de un bien jurídico*, y ese peligro se ha de fundamentar en la experiencia. En Derecho administrativo se puede (y tal vez, se debe) crear infracciones en nombre del principio de precaución, pero eso no puede hacerse en Derecho penal, sometido a los principios de *ultima ratio* y protección de bienes jurídicos.

## VII. LA PRETENSIÓN DE ENTRADA EN EL DERECHO PENAL

Las ideas que defienden los partidarios de la posible entrada del principio de precaución en Derecho penal presentan, ante todo, una tendencia a tomar como manifestaciones del mismo cuestiones jurídico-penales que entre ellas son muy diferentes. Por esa vía lo que se consigue es que la función del principio se quede reducida a una etiqueta carente de contenido o sentido. Si se quiere llegar a la imputación de responsabilidad penal por “infracción del principio de precaución” se tienen que tener en cuenta algunos problemas:

- a) El principio de precaución no sirve para interpretar los delitos de peligro.
- b) El principio de precaución no sirve para explicar los delitos imprudentes.
- c) El principio de precaución no puede ser una “explicación alternativa” para los delitos de peligro o imprudentes.
- d) En nombre del principio de precaución se configuraría otra “clase de delito”.

En suma, en mi opinión, en el estado actual del Derecho penal, no es posible introducir el principio de precaución; ahora bien, se puede pasar a una cuestión muy diferente, que se puede analizar en el plano teórico: cual es determinar si sería *posible y deseable* que el principio de precaución *serviera para interpretar la ley penal en las situaciones de incertidumbre científica*, e, incluso, si sería bueno para el Derecho penal *configurar delitos partiendo de la “lógica” del principio de precaución*.

Sin duda algunos defenderán la incorporación al Derecho penal positivo de delitos inspirados en el principio de precaución, por entender que la “lógica de la precaución” es una “exigencia de nuestro tiempo”, impuesta, en especial, por el progresivo deterioro del medio ambiente (basta pensar en los contaminantes hormonales). Pero para aceptar esa posibilidad habría que admitir que el principio de precaución es un elemento *nuevo* que caracteriza cuestiones *nuevas* a valorar, y que no pueden ser resueltas con los criterios penales vigentes, porque no tiene cabida en el estado actual de los conceptos penales, especialmente, de lo que es un *delito en el Derecho penal*.

Es preciso recordar el reconocimiento que tiene el principio de precaución en el derecho ambiental europeo. En el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (art.1 91) se hace una declaración muy importante a favor de los principios de precaución y de acción preventiva<sup>1</sup>.

Esa declaración ha dado gran fuerza al “precaucionismo”, lo que explica su “vis expansiva” *como si fuera un principio jurídico general* e indiscutible. Ante ese fenómeno hay que reconocer que, ciertamente, el principio de precaución tiene una función de extraordinaria importancia para comprender *los límites del*

---

<sup>1</sup> En concreto, la disposición referida dispone lo siguiente:

1. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:

- la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente,
- la protección de la salud de las personas,
- la utilización prudente y racional de los recursos naturales,
- el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático.

2. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.

En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión.

3. En la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Unión tendrá en cuenta:

- los datos científicos y técnicos disponibles,
- las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Unión,
- las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción,
- el desarrollo económico y social de la Unión en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones.

4. En el marco de sus respectivas competencias, la Unión y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes. Las modalidades de la cooperación de la Unión podrán ser objeto de acuerdos entre ésta y las terceras partes interesadas.

El párrafo precedente se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar en las instituciones internacionales y para concluir acuerdos internacionales.

*progreso* en nuestro tiempo, y no es correcto verlo como una fuente de prohibiciones, sino que también hay que reconocerlo como una idea profunda sobre la relación entre el ser humano y el ambiente.

Si lo situamos en la *relación entre los ciudadanos de las sociedades avanzadas y sus gobernantes*, el principio expresará la confianza en que los responsables públicos no tomen algunas decisiones en situación de incertidumbre. Pero desgraciadamente, en muchos Estados, por razones económicas y políticas, en que es imposible el control sobre los recursos y la democracia misma, es imposible esperar de los gobernantes una actitud de respeto al principio.

Examinada así la cuestión, el principio de precaución parece una “regla ética para gobernantes”, más que un principio jurídico, regla orientada sin duda a la conservación del ambiente, aunque se haya extendido a otros bienes. Su consecuencia es perfectamente razonable: aconseja no tomar decisiones en situaciones de incertidumbre, obliga a extremar la precaución, y no dar pasos sin agotar la información científica sobre lo que puede pasar.

## **VIII. RIESGO Y PELIGRO EN LOS DELITOS IMPRUDENTES**

En los delitos imprudentes se produce *en todo caso* la infracción de una “norma de cuidado”, que tiene como finalidad, precisamente, evitar la producción de resultados *como el que se ha producido*. Por lo tanto, las normas de cuidado, base esencial de la imprudencia, *no se inspiran en la precaución sino en la experiencia*.

En la estructura del delito imprudente se incluye como elemento el llamado “riesgo permitido”. Con esa expresión *se califica la aceptación social de riesgos para bienes jurídicos como un hecho consubstancial a la vida social*. Una sociedad sin riesgos no es posible. Hay actividades dañosas que se consideran *irrenunciables*. Por ejemplo: la contaminación del aire por los automóviles, sin que nunca se haya planteado la posibilidad de prohibir la venta de automóviles. Otro ejemplo: las intervenciones quirúrgicas, que comportan siempre riesgos.

A su vez, cada sociedad decidirá qué riesgos acepta, y el volumen de éstos dependerá del nivel de su desarrollo técnico y económico. Las sociedades avanzadas exigirán que los productos que entran en el mercado y las actividades

y servicios sean seguros y no creen riesgos excesivos, superiores a los “inherentes”, puesto que se admite como imposible la ausencia total de riesgos. Más aún: las sociedades menos desarrolladas tendrán que utilizar una tecnología peor, y eso comportará incrementos del riesgo.

La evolución técnica, por su parte, generará riesgos que antes eran desconocidos (por ejemplo, las redes inalámbricas que cubren nuestros países). Algunos sufrirán en su intimidad las consecuencias de esos riesgos “aceptados”, pero nadie responderá por ello.

Lo intolerable por injusto comienza cuando se rebasa el nivel del riesgo aceptado, y, por eso mismo se dice que la antijuricidad esencial de la imprudencia punible no reside en la creación de un peligro para un bien, *sino que lo injusto en los delitos imprudentes comienza cuando se supera el nivel del riesgo permitido*. El desarrollo de esta idea ha de hacerse en cada clase de delito imprudente, pero no podemos entrar en el análisis de cada una de ellas.

La cuestión que aquí interesa es otra: determinar la relación que existe entre el riesgo permitido y el principio de precaución. La primera y más evidente es clara: cuando se habla de riesgo permitido *se conocen las consecuencias posibles*, aunque no se pueda ni quiera renunciar las fuentes que las pueden causar. Cuando se invoca el principio de precaución, por el contrario, *no se conocen las consecuencias posibles, pues se está en la “incertidumbre”*. La Administración puede, por supuesto, prohibir actividades en nombre del principio de precaución, pero sin que eso suponga la prueba de que esa conducta es peligrosa, pues no es esa la razón de su prohibición.

Por lo tanto, será incorrecto afirmar que el riesgo permitido lo determina el principio de precaución, porque eso supondría una *reducción del nivel de riesgo permitido*, y obligaría a criminalizar toda acción causante de un resultado dañoso *a priori imprevisible*, cuando la “previsibilidad de un resultado” es un *elemento esencial* en la conducta imprudente.

Podemos preguntarnos si el principio de precaución supone una variación en la comprensión de lo que son los delitos de peligro. La respuesta ha de ser negativa. No es posible exponer todos los problemas que en el Derecho penal ha generado la categoría de “riesgo” en la teoría del delito. Pero basta con

subrayar que el riesgo es un concepto contrapuesto al de “peligro”, en los contextos caracterizados por la incertidumbre científica.

El peligro es abstracto cuando se explica a partir de una base científica segura y su legitimación procede de la razonabilidad de la situación que contempla. Es muy diferente lo que sucede cuando se habla de riesgo (sin confundir este riesgo con el que se califica como “aceptado”) Por ejemplo, sobre el consumo de alimentos transgénicos no hay una prueba de su peligrosidad, aunque se especule sobre ese riesgo. En esas condiciones, la intervención (en nombre del principio de precaución) supondría una anticipación muy superior a la de los delitos de peligro abstracto.

El riesgo al que se refiere el principio de precaución es algo diferente del peligro. Cuando se afirma que un sujeto ha obrado de una manera determinada a pesar de que *esa conducta entrañaba teóricamente un peligro*, se dirá que ha llevado a cabo una acción peligrosa —con independencia de la carga de la prueba sobre la efectividad de ese peligro pues eso dependerá de que se trate de un delito de peligro abstracto o de peligro concreto— pero si ese sujeto *ha obrado en un contexto de incertidumbre* se infringe el principio de precaución y el sujeto ha decidido correr el riesgo, aunque no sea científicamente posible representarse un resultado. Pero con esos únicos datos *no es suficiente* para calificar la acción como *acción peligrosa*, y, por lo mismo, no es posible construir ni un delito de peligro ni un delito imprudente.

En el análisis del delito de peligro se diferencia entre dos clases de infracciones penales, a las que acabo de hacer mención: las de *peligro “concreto”*, en las que es preciso demostrar que efectivamente se ha producido un daño, y las de *peligro abstracto*, que son delitos en los que la posibilidad del daño ha sido valorada por el legislador de acuerdo con reglas de experiencia, y en consecuencia el delito se configura describiendo una acción que considera *per se* peligrosa.

En este segundo grupo de delitos se debe poder evitar el castigo demostrando que en el caso concreto no se ha producido situación real de peligro. La diferencia, por lo tanto, entre unos y otros es evidente: en los delitos de peligro concreto quien acuse tendrá que demostrar que efectivamente se ha producido una situación de peligro. En los de peligro abstracto, se producirá una *inversión*

*de la carga de la prueba*, y el acusado deberá demostrar que en el caso concreto no se ha generado peligro. Si se impidiera esa vía de defensa, la consecuencia sería la “formalización absoluta de la infracción”, inadmisibles para el Derecho penal.

## **IX. PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN**

Lo que sucede con los delitos de peligro abstracto o concreto *no puede compararse con las actuaciones que infringen el principio de precaución:*

— Si se castiga una acción como “peligrosa” es porque *se sabe a priori que pueden derivarse daños.*

— Si se prohíbe una acción *en nombre del principio de precaución* es por una especial prudencia, pero no porque sea peligrosa, *pues eso es lo que no se sabe.*

Así pues, la incertidumbre no puede equipararse a la experiencia científica o social. Si se aplicara el principio de precaución como base normativa del delito imprudente *habría que imponer una pena sin que se diera la posibilidad de que el acusado probara que no se había producido peligro alguno, pues por definición, esa no es la razón de la imposición de la pena.*

Se puede contemplar la cuestión de otro modo: durante mucho tiempo se ha exigido la demostración de que un producto, por ejemplo, podía ser peligroso para ordenar su retirada o sancionar a los que lo distribuyeran. En cambio, con el precaucionismo se invierte ese orden y se exige *la demostración de que no es nocivo* antes de que entre en el mercado. Discutir la bondad de ese criterio es posible, claro está, pero, sin duda, una política alimentaria o ambiental correcta puede asumirlo.

Si la demostración de inocuidad no es posible por el estado de la ciencia se prohibirá igualmente su distribución y, en consecuencia, quien lo distribuya *tendrá que ser acusado de haber creado un riesgo, aunque nada suceda.* Pero ¿qué clase de riesgo? La respuesta es simple: un riesgo que se afirma *iuris et de iure sin admitir prueba en contrario.* Evidentemente esa “configuración jurídica del delito” no puede admitirla el Derecho penal, *sin perjuicio de que se considere*



*suficiente para construir una infracción administrativa*, pues, el principio de precaución puede justificar leyes inspiradas en una legítima prudencia, pero *no podría justificar una condena penal*, puesto que si eso se hiciera se castigaría por haber hecho algo “peligroso” aunque no lo fuera.

Quiero, en este punto, adelantar una conclusión: la creación de los delitos de peligro supuso, en su momento, una *anticipación de la intervención del Derecho penal en la protección de importantes bienes jurídicos*. La interpretación de la creación de peligro con los argumentos propios del principio de precaución *supondría una adicional anticipación de la intervención del Derecho penal*, y la consecuencia sería, tal como se ha puesto de manifiesto en la doctrina española, que el “objeto de protección” ya no serían los “bienes jurídicos” *sino el propio principio de precaución*.

En la doctrina penal no son pocos los autores que han relativizado la fuerza limitativa del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos aceptando, de una parte, la relatividad e imprecisión del propio concepto, cuyas teóricas funciones se han devaluado, y elevando la importancia *autónoma* de normas que se producen en la convicción de que producirán una convivencia mejor, y que, por lo tanto, generan interés en su permanencia y aplicación, lo cual las equipara, valga la expresión, a bienes jurídicos.

¿Sería ese el caso de la defensa del principio de precaución *por sí mismo y prescindiendo de que con su aplicación se tutele o no el ambiente, la salud de las personas...* ? Creo que no. Es cierto que en el Derecho penal español o europeo se prevén sanciones penales para acciones que no ofenden bien jurídico alguno, salvo que todo sentimiento respetable sea elevado a la condición de bien jurídico, y en esa línea se pueden incluir las ofensas a sentimientos religiosos, a la memoria de los difuntos, la negación del genocidio nazi, y tantos otros, pese a la cual, en sus respectivas sociedades se considera que esos actos merecen castigo.

La valoración del principio de precaución es totalmente otra. En primer lugar, no es un sentimiento, sino un criterio referido a lo que se puede permitir y lo que no hay que permitir, precisamente para *proteger bienes jurídicos que acaso pudieran resultar dañados*. En segundo lugar, la precaución como “regla de vida pública e inspiradora del derecho” puede tener ya una fuerza determinante en el

derecho administrativo<sup>2</sup>, y no es necesario perseguir penalmente cualquier infracción del principio porque entonces - ahora sí tendrían razón los críticos – la libertad de actuación y, especialmente, el progreso científico podría resultar severamente afectados.

En resumen, pues, la defensa a ultranza del principio de precaución, encajándolo como *norma de cuidado* en la configuración del delito imprudente o del delito de peligro supondría, ante todo, recuperar la responsabilidad objetiva, y, en segundo lugar, desfigurar el sentido penal de la imprudencia.

## X. CONCLUSIONES

1. En las páginas precedentes he hecho un análisis crítico de la posibilidad de acoger al principio de precaución en el Derecho penal. Pero de ninguna manera eso supone un rechazo de la importancia del principio, que en sí mismo es un poderoso factor de impulso de la investigación, única vía para superar la incertidumbre, entrando abiertamente en la discusión sobre el riesgo y su medida. Además de su importancia para la filosofía de la ciencia, el principio, reconocido y proclamado en el derecho europeo, tiene una importancia fundamental para el derecho administrativo ambiental y de la salud y para el derecho civil (responsabilidad por el producto). Sin duda, la precaución es un criterio rector de las políticas públicas, pero es, sobre todo, un *principio general*, pero no una verdadera norma jurídica.

2. No puede recurrirse al Derecho penal sin respetar los principios de lesividad, con todas las revisiones que del mismo se quieran hacer, y de intervención mínima. Se trata de alguna de sus garantías esenciales. Los partidarios de la extensión ilimitada del principio de precaución califican esas restricciones como “resistencia garantista”, propia de una dogmática envejecida e incapaz de

---

<sup>2</sup> En algunos casos la ley penal, para describir un delito, remite a una prohibición prevista en una ley administrativa. Eso es frecuente en materia de delitos contra el medio ambiente. Por ejemplo, cuando se castiga la emisión a la atmósfera de gases que sobrepasan el máximo de componente tóxico marcado por una ley administrativa. En esos casos es indiscutible que la norma administrativa *puede haberse dictado de conformidad con el principio de precaución*, que por esa vía indirecta tendría presencia en el derecho penal. Pero el derecho penal no castigaría el hecho directamente, sino solamente cuando se hubiera producido la efectiva puesta en peligro para los bienes jurídicos protegidos, pues eso es lo que determinan los principios de lesividad y de intervención mínima.

adaptarse a las exigencias de la sociedad del riesgo. Eso resulta difícilmente admisible porque esa dogmática “vieja” es la construida sobre el Derecho penal vigente y bajo el techo de la Constitución.

3. El Derecho penal no es un instrumento mágico para la resolución de conflictos. La importancia indudable del principio de precaución no significa que éste necesite de tutela penal, y si se crean delitos a partir de ese principio no se estará defendiendo o protegiendo un bien jurídico de un peligro concreto o abstracto, sino que se estará tutelando al propio principio.

4. La prohibición de actividades es una decisión especialmente política, que no tiene que fundarse jurídicamente salvo que infrinja la Constitución. Pero si es así, la prohibición de actividades de “riesgo”, no peligrosas, debería hacerse *sin recurrir al Derecho penal*.

5. En el *Derecho penal español*, los delitos ambientales exigen como mínimo el peligro abstracto. No existe ningún delito integrado exclusivamente por una actividad *no autorizada*, pero la falta de autorización, además de poder constituir per se una infracción administrativa, puede determinar una *agravación* de la pena. *Los delitos de peligro contra el ambiente, y eso es lo más importante*, no podrían ser interpretados con arreglo a los criterios del principio de precaución

6. No se puede negar que la sociedad del riesgo no es la sociedad liberal. Los sistemas jurídicos de todos los países desarrollados han sufrido el “golpe de la modernidad” cuyas consecuencias son visibles en el Derecho penal. Así puede verse en el aumento de delitos consistentes en *conductas sin resultado* y la aceptación por la dogmática de procesos causales complejos para explicar consecuencias lesivas, superando en mucho la antigua ideología del Derecho penal del resultado.

7. No es la primera vez que se quieren sustituir los principios del Derecho penal por otros. A principios del siglo XX se pretendía imponer los criterios biológicos, antropológicos, sociológicos o psicológicos, por parte de unos, o, los iusnaturalistas, por parte de otros. Luego se regresaría al Derecho penal.

8. Hoy no se construye el Derecho penal como en el pasado, pues es determinante la sumisión a los principios constitucionales en la configuración de

las categorías penales. Desde un Derecho penal así conformado no es posible introducir modificaciones que supongan una “mutación esencial” del propio Derecho penal, para adaptarlo a la ideología de la precaución.

9. No se trata de querer tratar a la ciencia con criterios “moralizantes”, sino de proteger todo lo que en el Derecho penal se considera justamente como conquistas para los derechos humanos, y sería un retroceso abrir la puerta a toda clase de responsabilidad penal que substancialmente fuera *objetiva*.

## X. BIBLIOGRAFÍA

Alcoberro, Ramon, “*Vorsorgeprinzip*. El significado del principio de precaución”, *Filosofía i pensament*, disponible en <<http://www.alcoberro.info/tecnoetica.3>>.

Baño León, José M<sup>a</sup>., “El principio de precaución en el Derecho público”, Javier Boix Reig, Alessandro Bernardi (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel. Madrid, 2005.

Bergel, Salvador, “El principio precautorio y los riesgos en el cultivo de variedades transgénicas”, Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares. Granada, 2004.

Carretero García, Ana, “Algunas consideraciones sobre el principio de precaución como instrumento de protección de la salud de los consumidores en el ámbito alimentario”, *Cuadernos de Derecho Ambiental* 5, 2014.

Cerezo Mir, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 10, 2002.

Cierco Seira, César, “El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español”, *Revista de Administración Pública* 163, 2004.

Cortina, Adela, “Fundamentos filosóficos del principio de precaución”, Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares. Granada, 2004.

Cruz Bottini, Pierpaolo, “Principio de precaución, Derecho penal y sociedad de riesgos”, *Revista General de Derecho Penal* 7, 2007.

Doval Pais, Antonio, “Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto”, Javier Boix Reig, Alessandro Bernardi (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel. Madrid, 2005.

Escobar Vélez, Susana, “El traslado del principio de precaución al Derecho penal en España”, *Revista Nuevo Foro Penal* 75(6), 2010, p. 15-40.

Esteve Pardo, José, “La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. El principio de precaución en materia ambiental”, José Esteve Pardo (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local. Madrid, 2006.

García Rivas, Nicolás, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, *Revista General de Derecho Penal* 1, 2004-1, p. 1-36.

Giunta, Fausto, “Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione”, *Criminalia*, 2006.

Gómez Tomillo, Manuel (coord.), *Principio de Precaución y Derecho Punitivo del Estado*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

Guanarteme Sánchez Lázaro, Fernando, “Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial”, *Revista Penal* 25, 2010.

Hassemer, Winfried, con Francisco Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Horel, Stéphane, *Intoxication. Perturbateurs endocriniens, lobbyistes et eurocrates : une bataille d'influence contre la santé*, La Découverte. París, 2015.

Ituren Oliver, Albert, “Riesgo, precaución y Constitución”, Javier Boix Reig, Alessandro Bernardi (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel. Madrid, 2005.

Jaria i Manzano, Jordi, “El principio de precaución como garantía de la justicia ambiental”, Esteban J. Pérez Alonso, Estanislao Arana García, Pedro Mercado

Pacheco, José Luis Serrano Moreno (eds.), *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, p. 375-392.

Jaria i Manzano, Jordi, “El constitucionalismo de la escasez (derechos, justicia y sostenibilidad)”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* 30, 2015, p. 295-349.

Lloria García, Paz, “Algunas consideraciones sobre el momento consumativo en los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al artículo 364.2.1º del CP”, Javier Boix Reig, Alessandro Bernardi (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel. Madrid, 2005.

Manteca Valdelande, Vícto, “El principio de precaución en el derecho español y sus aplicaciones en el ámbito alimentario”, *Distribución y Consumo* 94, 2008.

Martín Mateo, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental (I)*, Trivium. Madrid, 19.

Massaro, Antonella, “*Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2008.

Monteiro, Evelyne, “Atteintes à l'environnement et infractions de mise en danger: vers une incrimination commune en Europe?”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2005.

Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior. Madrid, 1995.

Quintero Olivares, Gonzalo, *Derecho penal Ambiental*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

Roets, Damien, “*Réflexion sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence*”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2007.

Romeo Casabona, Carlos, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal”, VVAA, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED. Madrid, 2001, p. 77-105.

Rousseau, François, “Principe de précaution et devoir de punir”, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2015.

Sadeleer, Nicolas, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Collection Universités francophones, Bruylant, A.U.F. Bruselas, París, 1999.

Sadeleer, Nicolas, “Le statut du principe de précaution en droit français”, *Risques* 72, 2007.

Saint-Pau, Jean-Christophe, “Les infractions de précaution”, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2015.

Sanz Larruga, Francisco Javier, “El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* 1, 2002.

Sunstein, Cass R., *Leyes de miedo: Más allá del principio de precaución*, Katz Editores. Buenos Aires, Madrid, 2009.

Torío López, Ángel, “«Versari in re illicita» y delito culposo: el denominado caso fortuito impropio”, *Anuario de Derecho penal* 29, 1976.