



Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial*

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

Universidad de La Laguna, Tenerife, España

Revista Penal México, núm. 2, julio-diciembre de 2011

RESUMEN: Una deconstrucción del riesgo permitido muestra, primeramente, las razones que subyacen a éste y lo diferencian como instituto jurídico-penal frente a los restantes contenidos de antijuridicidad, en particular frente al Derecho administrativo. En un segundo momento, evidencia incongruencias en su desarrollo en relación con las diferentes figuras de la parte especial, pero también buenas razones para un desarrollo coherente del mismo.

PALABRAS CLAVE: Riesgo permitido, imprudencia, principio de precaución, principio de proporcionalidad, principio de culpabilidad.

ABSTRACT: The deconstruction of permissible risk-taking in Criminal Law shows, on the one hand, the reasons which underlie and make it different from the permissible risk-taking in Administrative Law. On the other hand, it shows the incoherence in its development regarding the different specific criminal offences, as well as good reasons for its coherent development.

KEYWORDS: Permissible risk, negligence, precautionary principle, proportionality principle, culpability principle.

SUMARIO: I. A modo de introducción, una breve reducción argumental. II. Algunos desarrollos específicos. A. Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas y riesgo permitido. B. Sobre el principio de precaución. C. Delitos contra la seguridad vial.

* Este artículo se publicó en la *Revista Penal Colombia*, núm. 1, septiembre 2010, y también lo será en el libro *Homenaje a Juan Bustos*.

I. A modo de introducción, una breve reducción argumental

Según la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, un ciudadano —por ejemplo, “Blas, mayor de edad y sin antecedentes penales, que... a causa de sufrir una depresión, estaba tomando ansiolíticos”, supera los márgenes de riesgo permitido cuando circula con su vehículo tras haber consumido varios whiskies, “6 o 7, mezcla de alcohol y ansiolíticos que le produjo una situación de absoluta o importante incapacidad para poder conducir vehículos de motor, con mínima seguridad, por el sueño que ello le ocasionó y las dificultades de concentrarse”. Luego, si debido a esta “situación de incapacidad para conducir en la que el acusado se encontraba, y al conducir con mayor velocidad de la reglamentariamente permitida en el lugar” arrolla a un “peatón, de 74 años de edad, Paulino, produciéndole lesiones de tal importancia que determinaron su fallecimiento”—¹ se expone a diversas consecuencias jurídico-penales. Al respecto se apuntan dos parámetros para el enjuiciamiento de los márgenes de riesgo, en relación con la aplicación del artículo 142 del Código

—homicidio imprudente: “b) una infracción del deber de cuidado..., y d) la creación de un riesgo previsible y evitable”.² En relación con este último, se habla del “elemento psicológico”, el cual se concreta “en el poder y facultad humana de previsión y que se traduce en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso”.³ Mientras que en relación con el primero, el “elemento normativo” nos dice “que está en la base de toda imprudencia, y puede provenir tanto de un precepto jurídico, como de una norma de la común experiencia general, admitida en el desenvolvimiento ordinario de la vida”.⁴ En el caso expuesto, se señalan los deberes de “abstención de pilotar un automóvil en esas condiciones, y [...] (de aminorar) la velocidad para adecuarla al tipo de tramo urbano por donde transitaba en ese momento”.⁵ También, desde el plano subjetivo, los notorios márgenes de “previsibilidad del hecho”.⁶

Ciertamente, este pronunciamiento permite diversas matizaciones. Así, el desvalor de acción no se reduce a la mera “infracción de la norma de cuidado”,⁷ pues aquél encierra en particular —y más allá de ésta— la idoneidad lesiva de la conducta frente a los bienes jurídicos expuestos.⁸ En este sentido, se apunta

¹ Hechos probados, STS 270/2005, de 22 febrero.

² En concreto, STS 270/2005, de 22 febrero, fundamento de derecho segundo: “la ‘imprudencia’ exige: a) una acción u omisión voluntaria no maliciosa; b) una infracción del deber de cuidado; c) un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta, y d) la creación de un riesgo previsible y evitable (v. SS. 19 abril 1926, 7 enero 1935, 28 junio 1957, 19 junio 1972 y 15 marzo 1976, entre otras muchas)”; igualmente ilustrativa, STS 665/2004, de 30 junio, fundamento de derecho segundo: “Las infracciones culposas o por imprudencia, sean delito o falta, están constituidas por los siguientes elementos: a) la producción de un resultado, previsto como tal en el ordenamiento punitivo; b) la infracción de una norma de cuidado, cuyo aspecto interno es del deber de advertir la presencia del peligro, y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido; y c) que se haya querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro o sin él, pero no el hecho resultante de tal conducta”; STS 2445/2001, de 22 diciembre, fundamento de derecho segundo: “a) una acción u omisión voluntaria, no intencional o maliciosa, o sea, que se halle ausente en ella todo dolo directo o eventual; b) factor psicológico o subjetivo, eje o nervio de la conducta imprudente en cuanto propiciador del riesgo, al marginarse la racional presencia de las consecuencias nocivas de la acción u omisión empeñadas, siempre previsibles, prevenibles y evitables; elementos de raigambre anímica no homogeneizable y, por lo mismo, susceptible de apreciarse en una gradación diferenciadora; c) factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, definido el mismo no sólo atendiendo a la respuesta exigible a un hombre consciente, de prudencia e inteligencia media, sino, también, a un conjunto de reglas extraídas de la estimable cantera de la común y diaria experiencia, muchas de ellas cristalizadas y consolidadas a través de normas reglamentarias o de otra índole, aceptadas e impuestas en la vida social y en cuyo escrupuloso atendimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro acentuadas por sobrevenencia de circunstancias excepcionales; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes, al erigirse aquéllos en reglas rectoras de un sector actuacional; el reproche de culpabilidad pasa por la constatación de que el autor, con su comportamiento peligroso, ha infringido el deber de cuidado requerido, en general, en el tráfico en aras de la evitación del resultado dañoso, mostrándose igualmente inobservante de aquellas previsiones que eran exigibles en atención a sus personales aptitudes; d) originación de un daño, temido evento mutatorio o alterador de situaciones preexistentes; e) adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado e inobservante, desatador del riesgo, y el ‘damnum’ o mal sobrevenido, lo que supone la traducción del peligro potencial entrevisto o podido prevenir en una consecuencialidad real, en un efectivo resultado lesivo; constatación de la relación causal que conecta el efecto criminal con el comportamiento delictivo, juicio ‘a posteriori’ que permite atribuir el efecto dañoso a la acción humana desplegada por el agente”.

³ *Idem*.

⁴ Con numerosas referencias jurisprudenciales, STS 270/2005, de 22 febrero, fundamento de derecho segundo.

⁵ STS 270/2005, de 22 febrero, fundamento de derecho tercero.

⁶ *Idem*.

⁷ *Idem*. En este sentido, también STS 206/2001, de 16 febrero, fundamento de derecho décimo.

⁸ Así, con carácter general, Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 2005, pp. 114 y ss.

—en relación con la distinción entre imprudencia grave y leve— que “la gravedad de la imprudencia está directamente en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo”.⁹ Luego, conductas antijurídicas como “el consumo previo de cannabis” o “el hecho de conducir sin seguro” no van más allá de la mera infracción administrativa si no se concretan en un incremento no permitido de los márgenes materiales de riesgo —esto es, un incremento no permitido de la posibilidad concreta de lesión del bien jurídico.¹⁰ Igualmente, la materialización de este concepto sitúa en su sede la valoración de determinados aspectos como la capacidad individual del agente, en la medida en que la mayor o menor capacidad en el manejo de la fuente de peligro —el vehículo, el arma, etcétera— se traduce en una mayor o menor probabilidad de producción del resultado lesivo.¹¹ Se trata, en la conformación de este instituto, de razones relativas a los principios de proporcionalidad y, en un segundo momento, de culpabilidad o —en sede de tipicidad— responsabilidad subjetiva.

Sólo cuando más allá de la mera infracción de normas se exponen bienes jurídicos, parece justificarse una solución jurídico-penal,¹² y de este modo la cualificación —como ilícito penal— de lo que hasta entonces se agotaba en un ilícito administrativo —“consumo previo de cannabis”, “el hecho de conducir sin seguro”, por poner dos ejemplos,¹³ luego también, razones de proporcionalidad en sentido estricto en tanto que adecuación a la consecuencia jurídica. En este sentido, la SAP Bizkaia antes citada atiende correctamente a los “signos externos de afectación de tal consumo” y su incidencia en la conducción. En un segundo momento, del principio “no hay pena sin culpabilidad”, se infiere la necesidad de una culpabilidad material, que sustenta el reproche no en la infracción de disposiciones administrativas —como, por ejemplo, el citado artículo 27 del Reglamento General de Circulación o el artículo 25.1 de la LO 1/1992, de 21 febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana— sino en la exposición o/y lesión de bienes jurídicos. Se trata de que los contenidos de proporcionalidad materializan este segundo principio, permitiendo así

⁹ STS 211/2007, de 15 marzo, fundamento de derecho primero; STS 665/2004, de 30 junio, fundamento de derecho segundo, ambas con ulteriores referencias. En la doctrina, en un sentido próximo, Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, p. 286, marg. 12, para quien “a estos efectos, deben tenerse en cuenta tanto la *peligrosidad* de la conducta como la *valoración social* del riesgo. Para determinar la peligrosidad de la conducta deben combinarse dos variables fundamentales: el grado mayor o menor de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado (a igual probabilidad de lesión, mayor gravedad si se refiere a un bien jurídico más importante). La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser leve dentro de ellos”.

¹⁰ Así, SAP Bizkaia 208/2007, de 11 mayo, fundamento de derecho segundo: “En cuanto al resultado positivo del cannabis..., al parecer obedece efectivamente a unas caladas a un ‘porro’ que refiere se fumó el día anterior Agustín, como él mismo refiere, sin que en todo caso exista prueba que acredite cual pretende el apelante, que contribuyera a la causación del evento lesivo, pues ninguna maniobra irregular se pudo apreciar que realizara influido por aquel presunto consumo tóxico, toda vez que el Agente... refiere que no se reflejó en el atestado la afectación del Sr. Agustín por el consumo de tales sustancias, lo que refiere significa que no apreciaron signos externos de afectación de tal consumo. Ello además, en su caso sería constitutivo de una infracción administrativa, ‘ex’ art. 27 del RGC... Lo mismo cabe decir del hecho de que en tal momento pudiera circular sin seguro, ya que en todo caso tal circunstancia carece de toda relevancia a los efectos de valorar la posible negligente conducción del Sr. Agustín en el momento concreto de la colisión con el peatón, siendo en su caso constitutiva tal acción de una mera infracción administrativa”.

¹¹ Así, ya Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004, p. 106, con ulteriores referencias en n. 516 y ss. De otra opinión Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 169. En la doctrina, últimamente, en relación con las normas técnicas, véase Frígols I. Brines, Eliseu, “El papel de las reglas técnicas en la determinación del injusto de los delitos imprudentes: su relevancia en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto”, en Javier Boix Reig (ed.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 271 y ss., cuya argumentación adolece de razones de lesividad. En la jurisprudencia, por ejemplo véase STS 211/2007, de 15 marzo, fundamento de derecho primero; STS 2445/2001, de 22 diciembre, fundamento de derecho segundo: “conjunto de reglas extraídas de la estimable cantera de la común y diaria experiencia [...] cristalizadas y consolidadas a través de normas reglamentarias o de otra índole, aceptadas e impuestas en la vida social”. Sobre esta última cuestión, críticamente véase Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal...*, cit. n. 8, pp. 315 y ss., 331 y ss.

¹² Véase Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., Beck, Múnich, 2006, A § 24, marg. 16 y ss. En nuestra doctrina, en particular, Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal...*, cit. n. 8, pp. 73 y ss., 114 y ss., 143 y ss., 177 y ss., señalando igualmente, en p. 115, las necesidades de individualización; en el mismo sentido, pp. 127 y ss.; anteriormente, también Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 145 y ss.

¹³ Con carácter general, Kühl, Kristian: “Strafrecht in Anlehnung an Ethik/Moral”, en *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymann, Colonia, 2007, p. 74: “Aus der Sicht der Strafe als ‘sozialethische Missbilligung’ ist aber zu fordern, dass das sanktionierte Verhalten sich nicht als Bagatelle darstellen darf, sondern eine gewisse Erheblichkeit aufweisen muss”.

su comprensión como magnitud graduable —“la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad”—¹⁴ en tanto que presupone la adecuación del reproche, también, a lo injusto material imputable.¹⁵

Con ello, se esboza ya una concreta estructura del instituto del riesgo permitido. Frente a otros contenidos de antijuridicidad, se encuentran aquí particulares razones relativas a los principios de proporcionalidad y en un segundo momento, también, de culpabilidad en sentido amplio. Sobre estas razones cabe argumentar, frente a la doctrina mayoritaria, la necesidad de atender a la capacidad individual del sujeto de imputación: razones de proporcionalidad y —relativas al principio de— culpabilidad.¹⁶ Aquí no se reprochan meras infracciones de preceptos como el citado artículo 27 del Reglamento General de Circulación o de otros parámetros normativos¹⁷ —“persona inteligente y sensata”, etcétera; sino la generación de márgenes de riesgo sobre determinados bienes jurídicos. El concepto de riesgo permitido responde a la idea básica de que hay “casos en los que un bien jurídico es puesto en peligro sin que ello genere responsabilidad penal para el creador del dicho peligro”,¹⁸ precisamente por ello, porque los márgenes de riesgo generado para el concreto bien no exceden de lo jurídico-penalmente tolerado. Sin embargo, las inconsecuencias en el desarrollo y aplicación de este instituto —incluso en sus nociones

más básicas— se acentúan a medida que nos alejamos de los habituales supuestos de imprudencia. Y ello con importantes costes para las razones que lo subyacen y en consecuencia, debieran informar su aplicación.

II. Algunos desarrollos específicos

A. Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas y riesgo permitido

Según doctrina y jurisprudencia mayoritarias, los artículos 368 a 370 del Código penal español —delitos de tráfico de drogas— tutelan el bien jurídico salud pública.¹⁹ Se apunta, en este sentido, que “la salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras. En los supuestos aquí previstos, procede una valoración sobre la salud del conjunto de los miembros de la sociedad de que se trate. De esta forma, si se acredita que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud —en el sentido supraindividual apuntado—, puede sostenerse”²⁰ que la promoción, favorecimiento o facilitación de su consumo genera márgenes de riesgo

¹⁴ Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General III. Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 16.

¹⁵ En un sentido distinto, señala asimismo este principio Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal...*, cit. n. 8, p. 104. Respecto a la correlación injusto/culpabilidad, por ejemplo, en relación con los márgenes de exigibilidad, igualmente ilustrativo Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, Comares, Granada, 2009, pp. 183 y ss. En la doctrina alemana, por ejemplo, Zaczyk, Rainer, “Über den Grund des Zusammenhangs von personalem Unrecht, Schuld und Strafe”, en *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymann, Colonia, 2007, p. 191. Con carácter general, cuestionando el alcance de esta distinción Pawlik, Michael, “Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht”, en *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymann, Colonia, 2007, pp. 133 y s.

¹⁶ Sobre el peso de estas razones, véase Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal...*, cit. n. 15, pp. 175 y ss. No obstante, en un sentido distinto, por ejemplo véase Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General II*, cit. n. 11, p. 169, quien atiende, siguiendo a Welzel, al “criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social” que el actor; sobre el peso de las razones de Cerezo, igualmente véase Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal...*, cit. n. 15, pp. 175 y ss., en particular, 194 y ss. En sentido contrario a su vez, Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal...*, cit. n. 8, p. 265, n. 34.

¹⁷ No obstante, de otra opinión, últimamente véase Kudlich, Hans, “Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung”, en *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymann, Colonia, 2007, pp. 374 y ss., en particular pp. 381 y ss., con amplias referencias bibliográficas.

¹⁸ Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal...*, cit. n. 8, p. 27; por lo demás, sobre la comprensión del mismo, en particular véase pp. 71 y ss., 82, 103 y ss., 138 y ss., 342 y ss., sobre la idea de ponderación de intereses.

¹⁹ Así, entre otras, véase STS 280/2007, de 12 abril, fundamento de derecho segundo; STS 444/2005, de 11 de abril, fundamento de derecho segundo; STS 298/2004, de 12 marzo, fundamento de derecho primero; STS 431/2002, de 8 marzo, fundamento de derecho tercero; SAP Bizkaia 35/2002, de 21 marzo, fundamento de derecho tercero; todas ellas con ulteriores referencias. En la doctrina, por ejemplo, Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 654.

²⁰ STS 444/2005, de 11 de abril, fundamento de derecho segundo. Por lo demás, con carácter general, véase Soto Navarro, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, pp. 306 y ss., quien sugiere atender a la función social de los bienes jurídicos colectivos como criterio de determinación; sobre la caracterización de estos bienes, pp. 193 y ss.

relevantes en el sentido de los citados preceptos.²¹ En cuanto a su estructura típica, se ha impuesto una comprensión de estas figuras como delitos de peligro abstracto, de forma que se “sancionan conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión”.²² Los márgenes de riesgo aquí no derivan tanto de las modalidades de conducta tipificadas —ejecución de “actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten [...] o las posean con aquellos fines”— como del objeto material sobre el que recaen las mismas: “drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. De ahí —entre otras cosas— que los actos de cultivo de la papaya, el mango o el aguacate resulten ser atípicos.

En este marco, la determinación del concepto de droga mediante una remisión —por ejemplo, en relación con un supuesto de tráfico de heroína— a la “lista I aneja a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1.961 y enmendada por el Protocolo de 25 de marzo de 1.972 [...], cuyo texto fue establecido en Nueva York el 8 de agosto de 1.975 de conformidad con el art. 22 del Protocolo”,²³ resulta tan poco elocuente como la remisión en un supuesto de imprudencia al artículo 27 del Reglamento General de la Circulación antes citado.²⁴ Tampoco argumentos del tenor siguiente: “El tráfico de tales sustancias se encuentra prohibido por el art. 15 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, de Estupefacientes a la que se remite el art. 41 de la Ley 25/1990 de 20 de diciembre, del Medicamento, y que también determina su calificación legal de ‘estupefacientes’”.²⁵ Mientras que la alusión a la capacidad de esta sustancia “para causar un grave daño a la salud debido a su gran dependencia, tanto

física como psíquica, su tolerancia aguda, que obliga a aumentar para producir los mismos efectos y por las importantes secuelas orgánicas que produce su uso continuado, tal como ha señalado una muy reiterada jurisprudencia (STS 8.7.90)”,²⁶ si bien apunta en el sentido correcto, refleja una comprensión equivocada de los criterios de valoración del riesgo: no se trata de establecer su antijuridicidad por una parte —mediante el criterio de la lista I aneja a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1.961 y demás instrumentos internacionales— y su lesividad, en su caso, por otra, sino de establecer la relevancia jurídico-penal —y con ello, el carácter permitido o no— mediante el grado de acentuación de ésta. Sólo así se observan materialmente las citadas razones de proporcionalidad.

Estas contradicciones se reflejan, posteriormente, y entre otros aspectos, en el desarrollo del principio de insignificancia. Así, se apunta por ejemplo, sobre razones de lesividad, la necesidad de excluir de lo punible a todas “aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido”; y en particular, “cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carec[iendo] la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo [Sentencias de 12 de septiembre de 1994 (0.05 grs. de heroína); 28 de octubre de 1996 (0.06 grs. de heroína); 22 de enero de 1997 (0.02 grs. de heroína); 22 de septiembre de 2000, núm. 1441/2000, (0.03 gramos de heroína y 0.10 gramos de cocaína, sin poder concretarse el grado de pureza), 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000, (0.02

²¹ STS 444/2005, de 11 de abril, fundamento de derecho segundo.

²² STS 444/2005, de 11 de abril, fundamento de derecho segundo. Asimismo v. STS 280/2007, de 12 abril, fundamento de derecho segundo, deduciendo de ello la atipicidad de aquellas conductas “totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro —aun potencialmente— la salud pública”; STS 11/2005, de 14 enero, fundamento de derecho segundo, deduciendo de ello resistencias para la apreciación de formas imperfectas de ejecución, “y ello porque el ilícito alcanza su consumación tan pronto se posee una determinada cantidad de droga dispuesta para su transmisión a terceros”; todas ellas con abundantes referencias.

²³ SAP Bizkaia 35/2002, de 21 marzo, fundamento de derecho cuarto.

²⁴ Véase Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, cit. n. 12, A § 24 marg. 16. Ampliamente, sobre el significado de estas remisiones, véase Kudlich, Hans, “Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung”, cit. n. 17, pp. 373 y ss.; sobre el estado de la cuestión, pp. 374-80; si bien Kudlich sugiere minoritariamente, sobre débiles razones concursales, una acentuación de su significación, pp. 379 y ss. Sobre el peso de las razones aquí expuestas, ilustrativo, Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, cit. n. 15, pp. 175 y ss.; sobre el peso de las razones esgrimidas por Kudlich, fundamentalmente, jurídico-formales, cfr. pp. 194 y ss.

²⁵ SAP Bizkaia 35/2002, de 21 marzo, fundamento de derecho cuarto.

²⁶ SAP Bizkaia 35/2002, de 21 marzo, fundamento de derecho cuarto.

gramos de cocaína), 10 de diciembre de 2001, núm. 1591/2001 (una sola pastilla de buprex, sin constancia de su peso), 18 de julio de 2001, núm. 1439/2001 (compartir una dosis del tratamiento con metadona), y 11 de mayo de 2002, núm. 216/2002 (0.037 gramos de cocaína)].²⁷ Se apunta, en este sentido que “el objeto del delito debe tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues como establece la sentencia de 28 de octubre de 1996 ‘el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal’”.²⁸ Sin embargo, el establecimiento de tales límites —de riesgo, luego— materiales no se compagina bien con una determinación formal —mediante una remisión a normativa extrapenal: Ley 17/1967, de 8 de abril, de Estupefacientes, Ley 25/1990 de 20 de diciembre, del Medicamento, Convención Única sobre Estupefacientes de 1961— del objeto material de este precepto,²⁹ advirtiéndose aquí un salto lógico, cuya conclusión no se infiere del concepto de droga presente en la comprensión jurisprudencial. De esta forma, mediante la citada cláusula de insignificancia se pretende, parece, atenuar de forma asistemática los costes de proporcionalidad que genera una determi-

nación conceptual del objeto material de este delito prescindiendo de razones de lesividad.

Frente a ello, se insiste desde nuestra doctrina sobre la necesidad de elaborar un concepto jurídico-penal de “drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”.³⁰ Pues una vez que se conviene en establecer límites cuantitativos y cualitativos sobre tales razones —de lesividad, no resulta comprensible la siguiente forma de argumentos: “todo derivado cannábico es sustancia estupefaciente, previéndolo así la Convención Única de Ginebra de 1961 (Listas I y IV), ratificada por España”.³¹ La introducción asistemática del principio de insignificancia se concreta, por su parte, en un discurso jurisprudencial bipolar. Así, se mantiene por un lado: “el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal”.³² Mientras se asevera por otro, que “una vez se constata la presencia de THC y demás principios cannábicos, que demuestran que estamos ante un derivado del cáñamo índico o Cannabis Sativa, no es necesario que se acredite concretamente el porcentaje de THC contenido en él a los efectos de aplicación del tipo básico previsto en el art. 368 del Código Penal”.³³

²⁷ STS 280/2007, de 12 abril, fundamento de derecho segundo; no obstante, también, en un razonamiento incongruente: “sin embargo, la última corriente jurisprudencial afirma que en el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera de *lege ferenda*, un ‘principio de insignificancia’ que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada u opera como causa suprallegal de justificación, o bien, en todo caso, excluir, de alguna manera, la punibilidad. La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción. El legislador, por lo tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social, toda vez, que, movido por la gravedad que le atribuye a estos hechos, ha considerado que el peligro abstracto es ya suficiente para justificar su intervención [SSTS 901/2003 de 21.6 y 250/2003 de 21.7]”.

²⁸ STS 280/2007, de 12 abril, fundamento de derecho segundo. Igualmente, véase STS 431/2002, de 8 marzo, fundamento de derecho tercero: “la posibilidad de falta de antijuridicidad material de la conducta enjuiciada, ante la ausencia de verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo, cuando la cantidad de droga transmitida, en este caso un comprimido y medio supuestamente de Tranxilium, es tan insignificante que resulta, por sí sola, incapaz de producir efecto nocivo real a la salud (SSTS de 28 de octubre de 1996 y 9 de julio de 2001, por ejemplo), procede la estimación del motivo único en que el Recurso se apoya..., con la consiguiente casación de la Resolución de instancia y absolución del recurrente en la segunda Sentencia que, a continuación de ésta, seguidamente se dictará”.

²⁹ Véase Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, cit. n. 19, p. 653. Señalando la incidencia de factores culturales y económicos, Díez Ripollés, José Luís, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 128.

³⁰ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, cit. n. 19, p. 654.

³¹ Así, sin embargo SAP Barcelona, de 13 octubre 2003, fundamento de derecho tercero, apuntando incluso: “lo máximo a lo que podría llegarse, si se acreditara una cantidad mínima de THC en la sustancia cannábica, o incluso no se lograra establecer su porcentaje, es estimar la sustancia como grifa o marihuana, incluidas, en todo caso, en aquellas listas como sustancias estupefacientes, y calificadas por nuestros tribunales como no causantes de un grave daño a la salud”. En este sentido ya Lorenzo Salgado, José Manuel, *Las drogas en el Ordenamiento penal español*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, pp. 103 y ss. Más recientemente, también Serrano Gómez, Alfonso, y Serrano Maíllo, Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, 11ª ed., Dykinson, Madrid, 2006, pp. 694 y s.

³² SAP Barcelona, de 13 octubre 2003, fundamento de derecho cuarto.

³³ SAP Barcelona, de 13 octubre 2003, fundamento de derecho cuarto. Pero se insiste, sin embargo, SAP Bizkaia 35/2002, de 21 marzo, fundamento de derecho tercero: “el Derecho Penal actual ya no admite la existencia de delitos meramente formales o de simple desobediencia a la norma. Ha de existir necesariamente una lesión o un peligro respecto del bien jurídico protegido”.

Este déficit de congruencia se traduce en un menoscabo de los principios antes citados. En este sentido, la comprensión del precepto como una suerte de “norma penal en blanco”³⁴ permite obviar las señaladas cuestiones de lesividad,³⁵ de forma que se desplaza el eje de este precepto desde la puesta en peligro del bien jurídico salud pública hacia la citada “lista I aneja a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1.961”. De este modo, también, se permite el castigo de determinadas conductas como delitos contra la salud pública sin que se justifique el grado de afectación del concreto bien jurídico protegido,³⁶ así como la valoración como —materialmente— no permitido de los correspondientes márgenes de riesgo. Al respecto, cabe apuntar que las razones de *lege ferenda* referentes a su relativa inocuidad o a los “efectos terapéuticos que pudiera tener el cáñamo índico”³⁷ suscitan dudas ya de *lege lata*, y más allá de lo recogido en el artículo 25.1 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, sobre su grado de incidencia en el bien jurídico salud pública. Se trata de razones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; con otras palabras: ¿se castiga como delito de tráfico de drogas la posesión —con los fines del art. 368 CP— de “una cantidad mínima de THC en la sustancia cannábica, o incluso

[cuando] no se lograra establecer su porcentaje”³⁸ en un marco jurídico en el que se permite o favorece el consumo de sustancias como el alcohol o el tabaco?³⁹ Esta comprensión formal de lo injusto desnaturaliza igualmente el principio “no hay pena sin culpabilidad”, en tanto que no se trata de márgenes de riesgo o afectación de bienes jurídicos, sino de lo prescrito por las normas objeto de remisión; y con ello, la adecuación del juicio de reproche también, a lo injusto imputable: ¿injusto imputable? La incongruencia en los criterios jurisprudenciales comporta, además, costes de seguridad jurídica.

Estas inconsecuencias se advierten igualmente en la comprensión de esta figura como delito de peligro abstracto. Pues este componente, el “peligro, aun cuando sea abstracto [...], como riesgo de futura lesión del bien jurídico, debe contenerse en la acción, quedando excluidas aquellas totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro —aun potencialmente— la salud pública”,⁴⁰ lo cual casa mal con una determinación formal del concepto de droga, y con ello de lo injusto —mediante remisiones como las antes apuntadas.⁴¹ Se señala igualmente la distinción ya en el marco del artículo 368 entre “sustancias o productos que causen grave daño a la salud” y “los demás casos”,⁴² así como algunas de las cir-

³⁴ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, cit. n. 19, p. 653.

³⁵ En este sentido, ya Díez Ripollés, José Luís, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, cit. n. 29, p. 128, sugiriendo abandonar la distinción entre drogas legales e ilegales en la medida en que “tal distinción no está justificada por su capacidad adictiva ni aun por su nocividad para la salud”. Con carácter general, señalando el principio de intervención mínima Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, cit. n. 8, pp. 75 y s., 143 y s.; igualmente v. p. 177: “no es posible presumir sin más que de toda conducta administrativamente prohibida ha de derivarse necesariamente *ex ante* un peligro para bienes jurídico-penalmente protegidos. Al contrario [...], frecuentemente las normas administrativas responden más a intereses de carácter económico [...], político, etc., que de protección de bienes jurídicos”.

³⁶ Sobre la función del concepto de bien jurídico, últimamente, ilustrativo Kühl, Kristian, “Strafrecht in Anlehnung an Ethik/Moral”, cit. n. 13, pp. 73 y s.

³⁷ SAP Barcelona, de 13 octubre 2003, fundamento de derecho cuarto.

³⁸ SAP Barcelona, de 13 octubre 2003, fundamento de derecho cuarto.

³⁹ Sin embargo, al respecto véase BVerfGE 90, 145, margs. 182 y ss.

⁴⁰ STS 280/2007, de 12 abril, fundamento de derecho segundo; STS 444/2005, de 11 de abril, fundamento de derecho segundo: “lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, razón por la cual deben de quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido”; STS 11/2005, de 14 enero, fundamento de derecho segundo, deduciendo de ello resistencias para la apreciación de formas imperfectas, “y ello porque el ilícito alcanza su consumación tan pronto se posee una determinada cantidad de droga dispuesta para su transmisión a terceros”; STS 298/2004, de 12 marzo, fundamento de derecho primero; todas ellas con abundantes referencias. En la jurisprudencia menor, igualmente ilustrativa, SAP Bizkaia 35/2002, de 21 marzo, fundamento de derecho tercero: “aunque parezca una obviedad, hay que decir que los delitos de peligro no existen cuando la conducta perseguida no es peligrosa para ese bien jurídico protegido o cuando sólo lo es en grado ínfimo. Tal ocurre en estos delitos relativos al tráfico de drogas cuando el comportamiento concreto no pone en riesgo la salud pública (o sólo lo hace de modo irrelevante)”.

⁴¹ Pues este modelo de estructura presupone un umbral de injusto mínimo de carácter material; al respecto, véase Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General II*, cit. n. 11, pp. 111 y ss.

⁴² En relación con la situación anterior, críticamente véase Lorenzo Salgado, José Manuel, *Las drogas en el ordenamiento penal español*, cit. n. 31, pp. 105 y s.

cunstances previstas en los dos artículos siguientes —“notoria importancia”, “las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud” o los supuestos de extrema gravedad por exceder “notablemente de la considerada como de notoria importancia”, las cuales favorecen una comprensión de estos preceptos como una progresiva acentuación de una línea de ilícito, ya desde un primer momento, de carácter material.

En este último sentido, apunta por ejemplo, el concepto jurídico-penal de droga que sugiere Muñoz Conde sobre las notas de la dependencia —psíquica y física— y tolerancia.⁴³ Se trata de establecer márgenes materiales de riesgo que excedan de lo tolerado.⁴⁴ Luego, si a un ciudadano se le aprehenden 2.05 gramos de cannabis, cantidad que “manejando criterios jurisprudenciales, supondría unas dos o tres dosis para cualquier consumidor de la sustancia cannábica, en

forma de cigarrillo, comúnmente llamado ‘porro’”,⁴⁵ no debiera atenderse ya —según este modelo— al hecho de “que la especie botánica *cannabis sativa* contiene un conjunto de sustancias incluidas dentro de la moderna clasificación en el grupo de alucinógenos [...] los tetrahidrocannabinoides”, sino a los márgenes de dependencia y tolerancia referentes a la misma. Se señalan, en un sentido próximo, “los efectos de esta sustancia [...] que ha[n] motivado su prohibición y la punibilidad de su tráfico [...], decrecimiento de la responsabilidad, la apatía y el desinterés incidentes en la voluntad, llegando el consumo crónico a producir dependencia psíquica [...] aunque no crea dependencia orgánica”.⁴⁶ Si bien no se confronta esta capacidad lesiva con los márgenes de riesgo permitido o, incluso, públicamente fomentado,⁴⁷ abriendo así la puerta a inasumibles costes en términos de proporcionalidad,⁴⁸ y con ello, en un segundo momento, a costes relativos al principio de culpabilidad.

⁴³ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, cit. n. 19, p. 652: “a la luz de las diversas declaraciones de la Organización Mundial de la Salud, se puede entender por droga la sustancia, natural o sintética, cuya consumición repetida, en dosis diversas, provoca en las personas: 1º) el deseo abrumador o necesidad de continuar consumiéndola (dependencia psíquica), 2º) la tendencia a aumentar la dosis (tolerancia) y 3º) la dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia, que hace verdaderamente necesario su uso prolongado para evitar el síndrome de abstinencia”; advirtiendo, no obstante [p. 653], que “de la lectura de las listas anejas al Convenio de 1961 se deduce que no son sólo los criterios médicos o sanitarios los que se tienen en cuenta a la hora de decidir cuáles son las sustancias cuyo tráfico debe ser prohibido”. Destacando la nota de la dependencia como el componente “que otorga especificidad al fenómeno social del tráfico”, Díez Ripollés, José Luís, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, cit. n. 29, pp. 127 y s.

⁴⁴ De otra opinión Lorenzo Salgado, José Manuel, *Las drogas en el Ordenamiento penal español*, cit. n. 31, pp. 108 y ss., circunscribiendo estos argumentos a cuestiones de *lege ferenda*. Por lo demás, véase Díez Ripollés, José Luís, “Alternativas a la actual legislación sobre drogas”, en José Luís Díez Ripollés y Patricia Laurenzo Copello (coords.), *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 584 y ss., y la “Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas del Grupo de Estudios de Política Criminal”, en *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, ult. cit., pp. 646 y ss.

⁴⁵ SAP Barcelona, de 13 octubre 2003, fundamento de derecho cuarto.

⁴⁶ SAP Barcelona, de 13 octubre 2003, fundamento de derecho cuarto.

⁴⁷ Así, en relación con el tabaco, ilustrativa BVerfGE 95, 173, marg. 56, “Das Rauchen tötet mehr Menschen als Verkehrsunfälle, Aids, Alkohol, illegale Drogen, Morde und Selbstmorde zusammen (cf. Martina Pötschke-Langer, Bericht über die IX. Weltkonferenz über Tabak und Gesundheit vom 10. bis 14. Oktober 1994 in Paris, Zeitschrift ärztliche Fortbildung-ZaeF-89 [1995], S. 537 f.). Zigarettenrauchen ist in den Industrieländern die häufigste und wissenschaftlich am deutlichsten belegte Einzelursache für den Krebstod (cf. Richard Doll and Richard Peto, “Mortality in relation to smoking: 20 years observations on male British doctors”, *British Medical Journal*, 1976; “Mortality in relation to smoking: 40 years observations on male British doctors”, *British Medical Journal*, 1994, S. 901 ff.; dies, “Cigarette smoking and bronchial carcinoma: dose and time relationships among regular smokers and lifelong non-smokers”, *Journal of Epidemiology and Community Health*, 1978, S. 303 ff.). “Im Ergebnis ist nach heutigem medizinischen Kenntnisstand gesichert, daß Rauchen Krebs sowie Herz- und Gefäßkrankheiten verursacht, damit zu tödlichen Krankheiten führt und auch die Gesundheit der nicht rauchenden Mitmenschen gefährdet”. Igualmente, señalando la menor incidencia lesiva frente al alcohol o esta última sustancia, véase http://www.elpais.com/articulo/sociedad/estudio/dice/cannabis/danino/alcohol/tabaco/elpepusoc/20081003elpepusoc_2/Tes; <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/11/02/internacional/1257175393.html>; no obstante, también véase BVerfGE 90, 145, margs. 182 y ss. En cualquier caso, sobre su potencialidad lesiva, por ejemplo, véase <http://www.ieanet.com/index.php?op=InfoNoticia&idNoticia=26511>; <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2009/10/15/neurociencia/1255630474.html>, donde si bien se concluye “son necesarios más estudios que aclaren todos los riesgos asociados a esta droga cuyo uso “probablemente es modesto comparado con el del alcohol, el tabaco y otras sustancias ilegales”. En la doctrina igualmente véase Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, cit. n. 19, p. 653. Con ulteriores referencias, véase Lorenzo Salgado, José Manuel, *Las drogas en el Ordenamiento penal español*, cit. n. 31, pp. 106 y ss.

⁴⁸ Con carácter general, Pawlik, Michael, “Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht”, cit. n. 15, pp. 140 y ss.: “zwischen Verbrechensbegriff und Strafbegründung [besteht] ein untrennbarer Zusammenhang... Beide müssen zueinander passen wie Rede und Gegenrede... Eine unpassende Reaktion ist sinnlos, und sinnlose Übelzfügungen sind unzulässig”.

B. Sobre el principio de precaución

Hace algunos años, ofrecía Romeo Casabona un esbozo de los posibles márgenes funcionales del principio de precaución en el pensamiento jurídico-penal.⁴⁹ Se trata, como sabemos, de un principio desarrollado en el Derecho administrativo alemán en la década de los setenta, y que muestra unos peculiares parámetros de enjuiciamiento de los márgenes de riesgo, en la medida en que “supone el tránsito del modelo de previsión (conocimiento del riesgo y de los nexos causales) al de la incertidumbre del riesgo, al de la incalculabilidad del daño y del posible nexo causal entre uno y otro”.⁵⁰ En cuanto a su contexto problemático, se tiende a caracterizar mediante dos rasgos principales: “en primer lugar, tiene como presupuesto un contexto de incertidumbre científica; y, en segundo lugar, la eventualidad de daños graves e irreversibles”,⁵¹ si bien se matiza que el citado principio “no parte de una absoluta falta de previsión sobre el futuro, pues se basa en la sospecha de los riesgos que puede comportar una actividad determinada, por lo general con consecuencias de especial magnitud e incontrolables y tal vez irreversibles”,⁵² aunque no es posible anticipar el posible “curso causal de esa acción desde una perspectiva *ex ante*” —tratándose,

por tanto, de una mera sospecha de lesividad calificada.⁵³

Según los parámetros al uso del juicio de peligro, los presupuestos fácticos y epistémicos del principio de precaución debieran concluir en la no peligrosidad de estas conductas —y su consideración, por tanto, como riesgo permitido,⁵⁴ pues los conocimientos al respecto resultan insuficientes para establecer algún grado de certeza en la exposición del bien o bienes jurídicos.⁵⁵ Sin embargo, Romeo insinúa su introducción, en este marco, como un criterio específico de determinación de los márgenes de riesgo.⁵⁶ Así, en relación con los delitos de peligro, apunta que el principio de precaución “*podría* ayudar a construir una acción peligrosa al margen del criterio de partida de la previsibilidad, pero con semejantes, si no superiores presupuestos de seguridad jurídica basados en las prescripciones de conducta que tal principio impone”; si bien de *lege lata* señala su posible entrada “por medio de la remisión del tipo penal a una norma extrapenal”.⁵⁷ Mientras que en relación con la imprudencia, entiende que el principio de precaución plantea un paradigma diverso de modo “que la no previsibilidad no sería ya necesariamente equivalente a la negación de una conducta imprudente”.⁵⁸ Advierte aquí el autor posibles resistencias

⁴⁹ Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, en Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Cátedra interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2004, pp. 385 y ss.; en esta línea, siguiendo al anterior, Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, en Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Cátedra interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2004, p. 444 n. 23.

⁵⁰ Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 389. Con carácter general, ilustrativo, Baño León, José María, “El principio de precaución en el Derecho público”, en Javier Boix Reig (ed.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 29 y ss.

⁵¹ Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 390.

⁵² Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 391. Apunta igualmente la nota de la lejanía temporal, Schroeder, Friedrich-Christian, “Principio de precaución, Derecho Penal y riesgo”, en Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Cátedra interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2004, p. 424. Igualmente, véase Baño León, José María, “El principio de precaución en el Derecho público”, cit. n. 50, pp. 31 y s.; Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, pp. 436 y ss.

⁵³ Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 410.

⁵⁴ Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 405. Críticamente Sola Reche, Esteban, “Principio de precaución y tipicidad”, en Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Cátedra interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2004, pp. 477 y ss.

⁵⁵ Véase Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, cit. n. 12, A § 24, marg. 16.

⁵⁶ Expresamente Romeo Casabona, Carlos María: “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 421.

⁵⁷ Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, pp. 406 y ss. Críticamente, García Rivas, Nicolás, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, en Javier Boix Reig (ed.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 435 n. 30, 458 y ss.; no obstante véase pp. 459 y ss., sobre la concepción mayoritaria de los delitos de peligro abstracto.

⁵⁸ Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, pp. 409 y s.

a través de razones de *ultima ratio* e intervención mínima.⁵⁹ También el hecho de que la estructura del delito imprudente “se ha venido basando en la previsibilidad, esto es, en que se puede prever o anticipar por cualquier sujeto, antes de iniciar con su conducta la participación en un ámbito determinado de la vida de relación, la posibilidad de que un resultado lesivo [...] para el bien jurídico llegue a producirse [...], la imprudencia se orienta al paradigma indiscutido de la prevención por medio de la previsibilidad objetiva”. Frente a ello, el principio de precaución conlleva una reinterpretación de este modelo —de prevención— en contextos de incertidumbre:⁶⁰ “el principio de precaución no supondría una quiebra de la estructura del tipo de lo injusto del delito imprudente ni de la culpabilidad [...], se sigue asentando en la base de la conducta imprudente, y ésta se compara con la conducta diligente exigible en el caso concreto”, si bien ésta “ya no se establece a partir de la idea de previsibilidad”, sino que toma como premisa una actividad de la que se sospecha un cierto riesgo no determinable ni verificable *ex ante*, debido a la incertidumbre científica sobre las leyes causales, y se determina de la mano del citado principio.⁶¹ Romeo intuye aquí posibles déficits de seguridad jurídica, sugiriendo por ello su consideración en los supuestos de remisión a normativa extrapenal donde se recoja este principio. Ello, sin embargo, no le ha resguardado de la crítica.

Así, se apunta, en particular, sobre la tradicional comprensión del juicio de peligrosidad, que “la decisión sobre si una conducta es peligrosa se basa en la constatación de su capacidad de influir en la activación o interrupción de procesos causales”, lo que requiere

“el previo conocimiento [...], de los mecanismos de tales procesos causales”.⁶² Luego, cuando “los graves efectos no son claramente predecibles aunque tampoco descartables, incluso [...] dependientes de muchos otros posibles factores de azarosa concurrencia, y, en su caso, de realización distante en el tiempo, o cuando no se tiene certeza ni siquiera de una mínima capacidad lesiva por no ser suficientemente conocida la ley causal que, se teme, la conducta activaría, ésta no acaba de hacerse acreedora de su tratamiento como peligrosa”.⁶³ Sin embargo, tales juicios se basan en comprensiones unilaterales de la peligrosidad. Por ilustrarlo con un ejemplo, según tal comprensión, si se arroja con un vehículo a un ciudadano, por frenar a destiempo, afectando su integridad física, se realiza una conducta peligrosa —que justifica, por tanto, una intervención jurídico-penal—; mientras que si se ciernen grandes márgenes de incertidumbre —parafraseando a Sola Reche— mediante aventuras de la industria farmacéutica, alimenticia, veterinaria, agropecuaria o nuclear, masiva y precipitadamente sobre bienes jurídicos personales de generaciones presentes y futuras, no.⁶⁴ Se trata de que esta ecuación sólo se sostiene sobre el grado de certeza lesiva de la conducta: sin duda, sabemos que si golpeamos con un vehículo a un viandante podemos afectar al citado bien jurídico. Ahora bien, cuando se atiende a su potencialidad lesiva —“generaciones presentes y futuras”, “graves e irreversibles”— surgen ulteriores criterios de enjuiciamiento de la peligrosidad: entidad de los bienes expuestos, alcance e intensidad, respectivamente. Y de este modo, también, razones de proporcionalidad: a menor certeza, mayor entidad de los bienes, alcance e intensidad. Luego, aun cuan-

⁵⁹ Señalando igualmente la exposición del principio de culpabilidad, Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 421. De otra opinión, señalando la entidad de los posibles daños y complejidad del marco problemático, Schroeder, Friedrich-Christian, “El principio de precaución, Derecho Penal y riesgo”, cit. n. 52, pp. 424 y s.

⁶⁰ Sin que ello suponga una relajación de los criterios de imputación del resultado, Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, pp. 409, 410, 421 y ss.

⁶¹ Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 411.

⁶² Sola Reche, Esteban, “Principio de precaución y tipicidad”, cit. n. 54, p. 479.

⁶³ Sola Reche, Esteban, “Principio de precaución y tipicidad”, cit. n. 54, p. 482. Sobre el principio de intervención mínima, con carácter general, también véase Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal...*, cit. n. 8, pp. 504 y s.

⁶⁴ Ilustrativa, en este sentido, resulta también la cuestión planteada por Andorno: “¿tiene la generación actual el derecho de dirigir nuestra propia evolución como especie?”, cit. por Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco, “La especie humana como sujeto de protección ante los avances biotecnológicos”, en Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Biología, desarrollo y justicia*, Cátedra interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2008, p. 205, citando igualmente a Gross en n. 8: “los temas incluidos en la genética y las acciones como consecuencia de los desarrollos científicos y tecnológicos en la materia son de extrema gravedad y pueden atentar contra estos derechos y contra la dignidad humana, de enorme importancia, de un modo distinto que las violaciones tradicionales encerradas por el Derecho, ya que pueden significar cambios en la vida humana, en el ser del individuo y en la idea de humanidad”.

do tales divergencias aconsejasen un diverso material conceptual —¿delitos de riesgo?—,⁶⁵ no se advierte un déficit de proporcionalidad, en el sentido de que se ocupen así “lugares en principio reservados al Derecho administrativo”.⁶⁶

Igualmente, la creciente significación del principio de precaución, expresión de un cambio cultural frente al riesgo,⁶⁷ ha determinado su reconocimiento jurisprudencial, en cuanto criterio informador de diversas políticas de gestión del riesgo.⁶⁸ Así, en relación con los delitos contra la salud pública, señala de forma expresa nuestro Tribunal Supremo “la posibilidad de aplicar en materia alimentaria el llamado principio de precaución”, de acuerdo con el cual, las intervenciones “en esta materia pueden ser fundamentadas en criterios de precaución, según los que aun “cuando subsista una incertidumbre respecto de la existencia y la importancia de los riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar que la realidad y la gravedad de los riesgos estén plenamente demostrados”.⁶⁹ Más recientemente, se apunta asimismo, que “cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la

realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado de forma absoluta y concluyente del acierto del legislador al establecer la prohibición”.⁷⁰ Ambos pronunciamientos se exponen, ciertamente, a diversas objeciones. Así, en relación con el primer pronunciamiento, se advierte una aplicación descontextualizada, en la medida en que la ingestión de carnes procedentes de animales tratados con clenbuterol, da lugar —luego, sin márgenes de incertidumbre “respecto de la existencia y la importancia de los riesgos para la salud de las personas”— a “cuadros clínicos caracterizados por nerviosismo, taquicardias, cefaleas, mareos, sequedad de boca, temblores, mialgias, vómitos, insomnios, etc., además de en algunos casos, aumentos de la glucemia, efectos que pueden tener un riesgo vital en menores de seis años, durante el primer trimestre de embarazo o en personas que padecen enfermedades coronarias o arritmias preexistentes”.⁷¹ Expresamente, se apunta, en un supuesto de amplia realización del riesgo, que los efectos “del clenbuterol son conocidos con certeza y han sido constatados en numerosos casos por sus efectos anabolizantes que producen alteraciones hormonales y anomalías graves en el sistema circ-

⁶⁵ Así Foffani, Luigi, “Responsabilidad penal por el producto y Derecho comunitario: ¿hacia un nuevo Derecho Penal del riesgo?”, en Javier Boix Reig (ed.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 109 y ss., con ulteriores referencias en n. 9; en relación con aquellos “peligros lejanos y aún no aclarados lo suficiente desde un punto de vista científico”. También Schroeder, Friedrich-Christian, “Principio de precaución, Derecho Penal y riesgo”, cit. n. 52, pp. 425 y s.

⁶⁶ Sola Reche, Esteban, “Principio de precaución y tipicidad”, cit. n. 54, p. 485; apunta este riesgo, siguiendo al anterior, Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco, “La especie humana como sujeto de protección ante los avances biotecnológicos”, cit. n. 64, p. 234. En esta línea, también García Rivas, Nicolás: “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, cit. n. 57, p. 464: “desactiva el papel esencial que cumplen los principios de lesividad e intervención mínima en la configuración del injusto”. Desde el Derecho administrativo, Baño León, José María, “El principio de precaución en el Derecho público”, cit. n. 50, p. 39. De otra opinión, sin embargo, Schroeder, Friedrich-Christian: “Principio de precaución, Derecho Penal y riesgo”, cit. n. 52, p. 425.

⁶⁷ Desde el Derecho administrativo, Baño León, José María: “El principio de precaución en el Derecho público”, cit. n. 50, p. 36: “el Derecho de policía tradicional parte de que toda innovación —por hipótesis no prohibida— está permitida. El Derecho de la precaución parte justamente de lo contrario”. Igualmente véase Frígols I. Brines, Eliseu: “El papel de las reglas técnicas en la determinación del injusto de los delitos imprudentes: su relevancia en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto”, cit. n. 11, p. 269: “La realidad a la que nos enfrentamos es que el dominio de la ciencia y de la técnica, que en tiempos de Max Weber se le presumía al Estado, ya no está en manos públicas, sino en manos privadas. Son las empresas las que, en todos los campos, definen lo que debe entenderse por el estado de la ciencia y de la técnica”; Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, pp. 439 y ss. Como criterio de política criminal, Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco, “La especie humana como sujeto de protección ante los avances biotecnológicos”, cit. n. 64, p. 234: “cuando se prohíbe penalmente la clonación reproductiva o la intervención genética en línea germinal, en la determinación de los tipos penales prohibitivos se plasma la necesidad actual de impedir un riesgo científicamente desconocido consecuencia de estas actuaciones”.

⁶⁸ Ilustrativo, Baño León, José María, “El principio de precaución en el Derecho público”, cit. n. 50, pp. 29 y ss. Con carácter general, señalando el condicionamiento político de las decisiones político-criminales, García Rivas, Nicolás, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, cit. n. 57, p. 431, igualmente véase n. 74.

⁶⁹ Así, en relación con el art. 364.2 del Código, STS 1546/1999, de 6 noviembre, fundamento de derecho segundo. Con ulteriores referencias Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, pp. 448 n. 47, 463 y s. n. 64 y ss.; señalando la incidencia al respecto de las normas penales en blanco, p. 451 n. 41.

⁷⁰ STS 1442/2002, de 14 de septiembre, fundamento de derecho segundo; críticamente, sobre la misma García Rivas, Nicolás, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, cit. n. 57, p. 458 n. 74. Más recientemente, en relación con el art. 363.3 del Código, SAP Pontevedra 102/2006, de 13 septiembre, fundamento de derecho primero.

⁷¹ STS 1546/1999, de 6 noviembre, fundamento de derecho segundo.

latorio de los humanos”.⁷² Mientras que, en relación con el segundo, cabe señalar que las figuras sustentadas sobre este principio se prestan, igualmente, a una comprensión material, por ejemplo, sobre las notas de incertidumbre, extensión e intensidad.

En esta última línea, se señala más concretamente, desde la doctrina la necesidad de exigir en todo caso “una sospecha fundada en datos con cierta base científica, un temor racional fruto de una evaluación científica, de que la infracción de tal regla de control puede llevar consigo ciertos riesgos graves para bienes de máxima relevancia jurídico-penal”,⁷³ o que cuando “menos no quepa excluir *ex ante* como absolutamente improbable la posibilidad de que la conducta pueda llegar a crear o comportar un peligro para los bienes jurídicos en juego, sobre la base de sospechas científicamente fundadas”.⁷⁴ Se apunta igualmente, la necesidad de limitar la tutela a “bienes de la máxima

entidad e importancia, básicamente vida y salud humana y todo lo que directa o indirectamente pueda afectarla, incluida la preservación de los ecosistemas de los que depende nuestra supervivencia presente y futura”,⁷⁵ así como, en relación con los presupuestos de imputación subjetiva, la exigencia de “una conciencia [...] al menos posible o potencial... de la fundada sospecha de riesgos, de la incertidumbre respecto a los temibles, aunque imprecisos, efectos de la conducta que se realiza”.⁷⁶ Se trata, en definitiva, de razones de lesividad —y proporcionalidad en sentido amplio, o con otras palabras, de “qué rasgos pueden hacer de un comportamiento no probadamente lesivo algo merecedor de una intervención penal legítima”.⁷⁷ También, las preocupaciones relativas a la conformación del tipo subjetivo introducen razones adicionales relativas al principio de culpabilidad.⁷⁸ Se pretende así, evitar que la concreta figura delictiva torne en

⁷² STS 18/2001, de 20 enero, fundamento de derecho segundo. En esta misma línea SAP Segovia 9/2002, de 11 abril, fundamento de derecho segundo, igualmente en un supuesto descontextualizado: “el riesgo que comporta para la salud pública el consumo de las carnes y vísceras de animales tratadas con las referidas sustancias hormonales [acetato de trembolona y estradiol], estando contraindicadas para los niños y embarazadas, incluso, en dosis terapéuticas al tener, en dichas dosis, efectos hepáticos, hematológicos, cardiovasculares y teratogénicos en la reproducción”; SAP La Rioja 135/2001, de 10 octubre, fundamento de derecho primero; SAP Toledo 3/2002, de 3 enero, hechos probados cuarto: “el acetato de trembolona y el estradiol en animales cuyas carnes se destinan al consumo humano, según el Decreto 1749/1998, de 31 de julio, suponen un riesgo para la Salud Pública produciendo en los hombres efectos carcinogénicos en los individuos expuestos a estos productos, alteración en la función hepática y problemas gastrointestinales, aumentos de la retención de sodio y agua ocasionando en algunos casos edemas, feminización e infertilidad en varones, virilización con supresión de la actividad ovárica en las mujeres y aumento de las lipoproteínas de baja densidad con el consiguiente riesgo de infarto de miocardio”.

⁷³ Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, p. 451. En esta línea sobre la jurisprudencia del TJCE, García Rivas, Nicolás, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, cit. n. 57, pp. 429 y, posteriormente, también 459.

⁷⁴ Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, p. 462 y, en términos similares, pp. 465-467. Asimismo, en sentido contrario, véase Schroeder, Friedrich-Christian, “Principio de precaución, Derecho Penal y riesgo”, cit. n. 52, p. 427. Críticamente, Sola Reche, Esteban, “Principio de precaución y tipicidad”, cit. n. 54, p. 485.

⁷⁵ Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, pp. 467, e igualmente ilustrativa, 473: “en algunos casos, la máxima relevancia de algunos bienes merecedores de tutela penal y la fundada sospecha de la amenaza de ciertos riesgos de elevada gravedad justifican y legitiman la represión de conductas infractoras de controles instaurados en atención al principio de precaución; ello permite asimismo interpretar que está presente la peligrosidad de la conducta en estos casos —y sin que ello pueda generalizarse—, en la medida en que no pueda descartarse un riesgo serio de acuerdo con los conocimientos científicos disponibles”.

⁷⁶ *Ibidem*; al respecto, ilustrativo, Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, cit. n. 8, pp. 357 y s., en particular v. n. 45.

⁷⁷ Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, pp. 443, 445 y ss., 461, apuntando, en el segundo lugar citado, su potencialidad expansiva “en la medida que no tiene límites inmanentes”; ilustrativa, STS 1546/1999, de 6 noviembre, fundamento de derecho segundo. En esta línea, también Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco, “La especie humana como sujeto de protección ante los avances biotecnológicos”, cit. n. 64, pp. 231 y ss.: “la determinación de las conductas peligrosas que se incorporen en los nuevos tipos penales deberán construirse sobre nuevas construcciones jurídico penales que permitan mantener la coherencia necesaria propia de un Derecho Penal liberal”. En sentido contrario, García Rivas, Nicolás, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, cit. n. 57, p. 464. Asimismo, Baño León, José María, “El principio de precaución en el Derecho público”, cit. n. 50, p. 31, señalando que “la noción de precaución está lejos de alcanzar un contenido jurídico mínimamente estable que confiera un mínimo de previsibilidad sobre las exigencias del principio”.

⁷⁸ Expresamente, Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, pp. 451 y 471: “no se trata de establecer presunciones, sino de determinar que efectivamente hubo una infracción de un deber específico basado en un suficiente conocimiento de lo arriesgado de la conducta, basada en una razonable hipótesis de peligro y la actuación pese a tal conciencia”; en cuanto a su interpretación como norma de conducta, p. 450; igualmente véase n. 40, pp. 452 y ss., 456, señalando aquí “que donde el principio de precaución tiene más posibilidades de operar de manera positiva, es en la introducción, integración e interpretación de aquellas reglas de cuidado o de seguridad que han de guiar la puesta en práctica —o, en su caso, la omisión— de ciertas actividades o conductas de las que se tiene una seria sospecha de peligrosidad para bienes de alto valor... Tanto la prohibición de llevar a cabo conductas sólo sospechosamente

“una prohibición formal” sobre comprensiones igualmente formales del citado principio.⁷⁹

No obstante, la preocupante tendencia jurisprudencial acentúa la necesidad de ulteriores desarrollos al respecto. Así, su aplicación en relación con el delito de tráfico de drogas, nuevamente en un supuesto descontextualizado: 29.910 grs. de cocaína, con una riqueza del 74.3%; donde se afirma que este “delito contra la salud pública [...] está basado en un principio de precaución”,⁸⁰ excluyendo seguidamente la posibilidad de apreciar formas imperfectas de ejecución en tales supuestos. También se recurre al mismo para castigar, como delito de peligro abstracto, supuestos donde los márgenes de riesgo se agotan —luego, nuevamente, de forma descontextualizada—⁸¹ dentro de lo permitido. En concreto, el suministro de una dosis de clenbuterol “autorizada con efectos terapéuticos”, dada la diversa finalidad del actor.⁸² Sin embargo,

los márgenes de riesgo no dependen de la diversa intención del sujeto activo, sino —particularmente, en supuestos donde se dispone de base epistémica suficiente: clenbuterol— del grado de exposición del bien jurídico.⁸³ Luego, tampoco en Derecho Penal, la valoración de ese riesgo como permitido. Todo ello acentúa la necesidad de una mayor definición de este principio en el actual pensamiento jurídico-penal y en particular, en el establecimiento del riesgo permitido.

C. Delitos contra la seguridad vial

Mediante la reciente reforma del Código penal, operada por la LO 15/2007, de 30 noviembre, en materia de seguridad vial, se introducen una serie de cláusulas que resultan disfuncionales con una comprensión del instituto del riesgo permitido como la aquí esbozada.⁸⁴ Se avanzaba, en el preámbulo, la necesidad de

peligrosas como, alternativamente, la exigencia del cumplimiento de ciertas medidas de control o cuidado, no cabe duda que pueden venir aconsejadas por la aplicación del principio de precaución, a la vista del desconocimiento o la falta de evidencias”; en este último sentido, ilustrativo, también Romeo Casabona, Carlos María: “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 411: “el sujeto ha de probar la inocuidad de la actividad antes de iniciarla, procediendo a las investigaciones que parezcan necesarias para la evaluación de riesgos, en el caso de que deba dar conocimiento previo a las autoridades competentes para, en su caso, recibir la autorización oportuna de ellas [...], el principio de precaución puede ayudar al sujeto a identificar cuál es el comportamiento diligente antes de actuar en unas circunstancias en las que de lo contrario carecería o quedaría despojado de cualquier pauta orientativa respecto a cuál pueda ser aquél. En consecuencia, dada la producción de un resultado típico, al sujeto le bastará para acreditar que actuó conforme al cuidado objetivamente debido con indicar que siguió las pautas de conducta de acuerdo con el principio de precaución”. Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, p. 192.

⁷⁹ STS 1442/2002, de 14 septiembre, fundamento de derecho segundo.

⁸⁰ ATS 477/2007, de 1 marzo, razonamiento jurídico segundo. Anteriormente, también ATS 2274/2006, de 2 noviembre, razonamiento jurídico séptimo.

⁸¹ Igualmente, SAP Pontevedra 102/2006, de 13 septiembre, hechos probados: “las vieiras intervenidas a análisis, se constató la presencia de la toxina neurotóxica ASP, en la cantidad de 32,3 microgramos de ácido domoico por gramo, cantidad dañina para la salud, que excede de la permitida para el consumo humano de 20 microgramos por gramo”, señalando, no obstante, que “cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado de forma absoluta y concluyente del acierto del legislador al establecer la prohibición”. Más propiamente, STS 1442/2002, de 14 septiembre, hechos probados: “el Olaquinox es un coccidiostático del grupo de las di-N-óxidos quinoxalinas, que parece actuar como promotor del crecimiento, probablemente por su acción en la composición de la flora intestinal del animal, siendo una molécula genotóxica, motivo por el cual debe considerarse susceptible de perjudicar la salud pública en cualquier concentración, habida cuenta que en los conejos no se va a dar el tiempo suficiente de lavado para disminuir las concentraciones debidamente, pudiendo afectar además la salud pública al seleccionar resistencias a sustancias antimicrobianas en determinadas bacterias, lo que dificulta el tratamiento de posteriores infecciones por éstas, habiendo producido fotodermatitis en trabajadores expuestos al polvo de los piensos en algunos casos, en concreto con exposiciones a 1 g/kg”. No obstante, al respecto, García Rivas, Nicolás, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, cit. n. 57, p. 458 n. 74.

⁸² STS 1546/1999, de 6 noviembre, fundamento de derecho segundo, apuntándose, sin embargo, que el delito de peligro abstracto depende “de la realización de la acción peligrosa en sí misma”; en esta línea, igualmente, STS 1973/2000, de 15 diciembre, fundamentos de derecho cuarto, séptimo, octavo y noveno. Igualmente SAP La Rioja 135/2001, de 10 octubre, fundamento de derecho primero: “se administró clenbuterol, sustancia potencialmente peligrosa para la salud a las reses que llevaban más de un año en algunos casos casi dos años, en la explotación del acusado, sin que conste, ni se haya invocado siquiera; haberse prescrito por veterinario tratamiento con clenbuterol, por tocolisis o cualquier otra causa”.

⁸³ No obstante, sobre la idea de ponderación de intereses véase Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, cit. n. 8, pp. 75 y ss., 82, 86, 103 y ss., por ejemplo; en particular, con matices, pp. 410 y ss.; en cualquier caso, p. 413: “los elementos típicos de carácter interno no fundamentan por sí solos nunca de forma suficiente el juicio de desvalor de la conducta”.

⁸⁴ Sobre la citada reforma, críticamente, con detalle, Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, InDret penal, 2009/4, pp. 1 y ss. Igualmente ilustrativo, Mir Puig, Santiago, “Presentación”, en Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), *Seguridad vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 13 y ss. Con matices, Prieto González, Helena María, “El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra ‘la seguridad vial’”, en Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), *Seguridad vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 281.

evitar que “determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes”.⁸⁵ Sin embargo, el concepto de violencia vial que subyace a la citada reforma, y con ello el concepto de riesgo que pretende sancionarse penalmente, muestra rasgos en exceso formales. Se apuntan en este sentido, la difuminación de los ámbitos del Derecho Penal y del administrativo, así como posibles consecuencias: “la primera e inmediata, la desnaturalización de la distinción, la imposibilidad de diferenciación entre injusto penal e injusto administrativo; la segunda, mediata, la pérdida de fuerza del Derecho Penal y de su sanción, la pena de prisión, como sistema de motivación social cuando su uso se generalice en exceso”.⁸⁶ Se arguye al respecto: “la frontera, que antiguamente era definida por el riesgo o lesión del comportamiento vial para la vida o salud de una persona, se fue desdibujando desde que se comenzaron a incluir como delito conductas que no exigían la prueba de una cercanía del riesgo para la salud de alguna persona. Ahora, con la punición de comportamientos como, por citar algunos ejemplos incorporados con la reforma del Código Penal de 2007, la conducción por encima de determinadas velocidades, con una determinada tasa de alcohol en sangre, o la conducción sin permiso, ya no puede afirmarse que la conducta viaria que infringe el orden regulatorio estatal sin suponer un peligro para la vida o la salud de las personas constituirá tan

sólo una infracción administrativa, y que cuando se traspase la ‘frontera del riesgo’ se incurrirá en responsabilidad penal”.⁸⁷ Sin embargo, también aquí cabe contraargumentar. Pues el hecho de que el legislador haya recurrido en “la tipificación en vía... penal de un comportamiento de ‘violencia vial’ [a] otros criterios diferentes a los de la peligrosidad de la conducta para los bienes jurídicos individuales”,⁸⁸ no impide que éstos se empleen, sobre buenas razones, en su interpretación. Por concretar algo más el ejemplo, sobre —buenas— razones de proporcionalidad.⁸⁹

En este sentido, hay que insistir en que la definición legal de la conducta establece, simplemente, los márgenes de lo discursivamente posible.⁹⁰ Y que dentro del mismo, se trata de las razones a favor y en contra de las distintas posibilidades de interpretación. Por poner un ejemplo, en relación con el artículo 379.1 del Código Penal: “el que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses”. Ciertamente, una primera interpretación posible de este precepto consiste en agotar su marco semántico, limitándonos a comprobar el exceso de velocidad señalado para el concreto tipo de vía y estimar, en su caso, la tipicidad de la conducta.⁹¹ Ahora bien, caben otras interpreta-

⁸⁵ LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial; en adelante “LO 15/2007.s de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo”, en *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt* (Arroyo, Neumann y Nieto [coords.]), Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 241.

⁸⁶ Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, pp. 14 y s. Igualmente, véase Hortal Ibarra, Juan Carlos, “El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 *in fine* y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas”, en Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), *Seguridad vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 151 y ss., señalando la ausencia “del mínimo contenido de lesividad”.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 15.

⁸⁹ Que advierte, sin embargo, Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 15.

⁹⁰ Sin embargo, véase Prieto González, Helena María, “El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial”, cit. n. 84, pp. 274 y ss.

⁹¹ Así, paradigmática, SAP Madrid 568/2008, de 9 diciembre, fundamento de derecho primero: “el artículo 379.1 del Código Penal en redacción dada por Ley Orgánica 15/2007 establece un tipo penal de carácter objetivo, por lo que lo único trascendente es determinar, de manera indubitada, si el acusado, que conducía su vehículo por vía interurbana cuyo límite de velocidad permitida es de 80 km/h, circulaba a una velocidad superior en 80 km/h, esto es, superior a 160 km/h”. En la misma línea, por ejemplo, véase SAP Teruel 32/2009, de 16 junio, fundamento de derecho primero; SAP Álava 21/2009, de 27 enero, fundamento de derecho segundo; SAP Jaén 97/2008, de 18 abril, fundamento de derecho primero, señalando que esta figura “por su configuración objetiva, requiere la constatación de que se han cumplido los requisitos, siendo evidente que el bien jurídico protegido por dicho precepto es la seguridad del tráfico, y según su contenido básico, se persigue con dicho apartado incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad que se han de tener por peligrosos”. En la doctrina, asimismo véase de Vicente Martínez, Rosario, *Derecho Penal de la circulación*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2008, p. 499: “el legislador ha configurado el nuevo delito de conducción a velocidad excesiva como un delito formal, donde, constatada la velocidad superior a la exigida en el tipo penal, se está en presencia de un delito, sin que sea necesario indagar en más ele-

ciones más restrictivas, por ejemplo, sobre el principio de proporcionalidad.⁹² Luego, hay buenas razones para exigir cierta “peligrosidad del comportamiento [...]”, y absolver de tales delitos cuando no pudiera demostrarse el peligro o la capacidad de peligro del comportamiento.⁹³ De esta forma, el campo semántico posible del precepto —velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana— se restringe sobre las citadas razones y el correspondiente bien jurídico,⁹⁴ reduciendo lo injusto típico a aquellas que más allá de estos elementos —esto es, velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana— y por tanto, dentro de su campo semántico, muestren un componente adicional: peligro o capacidad de peligro del comportamiento.

Estas mismas razones pueden esgrimirse en relación con el delito de conducción sin permiso, art. 384 del Código penal.⁹⁵ Así, se apunta con razón, que “hay que tratar de huir de formalismos gramaticales y buscar un sentido material relacionado con la intervención mínima en un precepto tan formal

como éste”.⁹⁶ Sin embargo, un precepto —aún con rasgos formales— torna más o menos formal también, en fase de interpretación, en función de la concreta comprensión que se haga del mismo. Luego, cabe interpretar este artículo de modo “que la prueba de que el conductor estaba capacitado para la conducción con el vehículo de que se tratase, unida a la tenencia de una licencia de conducción [diferente a la exigida para el vehículo conducido], eliminase la pena y supusiese la sanción únicamente por vía administrativa”.⁹⁷ Pero no se trata de la única forma de interpretación restrictiva posible. Así, por ejemplo, se apunta una segunda aún más restrictiva que exime de responsabilidad, por poner otro ejemplo, a “la hija que conduce el coche sin licencia un sábado por la tarde por un polígono industrial prácticamente abandonado al lado de su padre”.⁹⁸ La opción por una u otra depende del peso de las razones correspondientes.⁹⁹ Así, en relación con esta última, se apunta la armonización “del precepto con algunos de los principios básicos del Derecho Penal”.¹⁰⁰ Las razones expuestas en su contra, relativas a la separación de poderes, pierden fuerza mientras

mentos objetivos”; Gutiérrez Rodríguez, María, “Excesos de velocidad e intoxicaciones punibles”, en María Gutiérrez Rodríguez (coord.), *Protección penal de la seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 57 y ss.: “la conducta no requiere para su consideración como delictiva nada más que la superación de los límites de velocidad recogidos [...] no se precisa, por consiguiente, la creación de una situación de peligro concreto para la seguridad del tráfico ni para otros bienes jurídicos individuales”; no obstante, también, incurriendo en cierta contradicción en pp. 69 y ss.: “ahora bien, aunque el tipo no exija expresamente la creación de una situación de riesgo para la circulación debe entenderse en cierto modo implícita [...], de modo que por vía interpretativa los supuestos en los que la conducta no revele ningún tipo de peligrosidad para la circulación [...] deberían quedar excluidos del tipo penal, en atención a los principios de lesividad y fragmentariedad”.

⁹² En este sentido, ilustrativo, Klatt, Matthias, *Theorie der Wortlautgrenze*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 237, 272 y ss.: el mismo, “Die Wortlautgrenze”, en *Die Sprache des Rechts, Band 2. Recht verhandeln: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 2005, p. 359: “Wortgebrauchsregeln geben an, welche Eigenschaften ein Objekt erfüllen muss, damit es unter einen Gesetzesbegriff fällt [...] Sie zählen die Merkmale auf, die aufgrund der Bedeutung eines Ausdrucks erfüllt sein müssen, damit der Ausdruck auf ein Objekt richtigerweise angewendet wird”.

⁹³ Y sobre éstas, su delimitación frente a las correspondientes infracciones administrativas, véase Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, pp. 30 y ss. Apunta estas razones, también Gutiérrez Rodríguez, María, “Excesos de velocidad e intoxicaciones punibles”, cit. n. 91, p. 70, en contradicción con su comprensión formal del precepto.

⁹⁴ Sobre la función del concepto de bien jurídico, últimamente, ilustrativo, Kühl, Kristian, “Strafrecht in Anlehnung an Ethik/Moral”, cit. n. 13, pp. 73 y s.

⁹⁵ De otra opinión Prieto González, Helena María, “El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra ‘la seguridad vial’”, cit. n. 84, pp. 265 y ss. Sobre su oportunidad político-criminal, críticamente, en cualquier caso Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, pp. 18 y ss.

⁹⁶ Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 44. No obstante, en nuestra jurisprudencia, últimamente véase SAP Tarragona 25/2009, de 18 diciembre, fundamento de derecho tercero. En la doctrina, subrayando “la taxatividad del enunciado”, igualmente De Vicente Martínez, Rosario, *Derecho Penal de la circulación*, cit. n. 91, pp. 753 y s., 761, 781 y ss. En esta última línea, de forma un tanto equívoca, García del Blanco, Victoria, “El nuevo artículo 384 del Código penal: quebrantamientos, desobediencias y conductas afines”, en María Gutiérrez Rodríguez (coord.), *Protección penal de la seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 411 y ss., concluyendo en p. 416: “si finalmente, como es de temer, no pudiéramos encontrar un bien jurídico distinto a la indemnidad de la normativa administrativa lo que habría que plantearse seriamente sería su legitimidad”.

⁹⁷ Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 45.

⁹⁸ Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 47. En este sentido, equívocamente, véase García del Blanco, Victoria, “El nuevo artículo 384 del Código Penal: quebrantamientos, desobediencias y conductas afines”, cit. n. 96, p. 459; Gutiérrez Rodríguez, María, “Excesos de velocidad e intoxicaciones punibles”, cit. n. 91, p. 70.

⁹⁹ Véase Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, cit. n. 8, p. 486.

¹⁰⁰ Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 47.

nos encontremos en el campo de lo semánticamente posible.¹⁰¹ Luego, se trata de materializar observando —en todo caso— las condiciones mínimas que permitan la subsunción en el marco semántico de la citada norma.¹⁰² Aunque tampoco ésta sería última la “única interpretación que otorgara legitimidad material al precepto del art. 384 CP”,¹⁰³ tan sólo una, entre otras, para la que es posible esgrimir buenas razones.

En cuanto a los posibles argumentos, hay que subrayar que no se trata de razones arbitrarias o relativas

al sentido común —por ejemplo, desde la perspectiva de quien esto escribe—, sino de principios que vertebran nuestro marco jurídico y que permiten igualmente esgrimir —en mayor o menor medida— en su favor el argumento democrático.¹⁰⁴ En este punto, no es preciso insistir una vez más en las razones que —según la comprensión aquí esbozada— subyacen al instituto del riesgo permitido, simplemente apuntar que a éstas se suman ahora, en relación con los nuevos delitos contra la seguridad vial, razones —sistemáticas, esto es— de congruencia en su comprensión.¹⁰⁵

¹⁰¹ En concreto, apunta Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 47: “estaría afectando claramente a la regla de la división de poderes esencial en el Estado democrático de derecho”. Véase entre otros, Portilla Contreras, “Represión legal del enemigo tras el 11 de septiembre de 2001”, en *Mientras Tanto*, núm. 83, 2002, pp. 83 y ss.

¹⁰² Véase Klatt, Matthias, *Theorie der Wortlautgrenze*, cit. n. 92, pp. 237, 272 y s.

¹⁰³ Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 47.

¹⁰⁴ Al respecto, ilustrativa STC 55/1996, de 28 marzo, fundamento de derecho sexto: “el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática”. Por lo demás, véase Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, cit. n. 15, pp. 175 y ss. De otra opinión Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 48: “ni desde posiciones hermenéuticas contextualistas o convencionalistas y, mucho menos, basándonos en criterios intencionalistas que atiendan a una presunta ‘voluntad del legislador’, podemos superar el obstáculo, para una interpretación tal como la anteriormente planteada, de la ausencia en el tipo penal de cualquier referencia a la peligrosidad o la falta de pericia del sujeto. Tal exigencia, o cualquier otra que supusiera la no aplicación del tipo fuera de las que, con una idea de aplicación restrictiva, he aquí defendido, sería más bien una tipificación que una interpretación judicial y, por tanto, no es defendible. De otra forma además, seguiríamos cayendo en el círculo vicioso que al principio de este trabajo se apuntaba como una de las claves de la nueva política vial, pues se reforzaría la idea de la falta de confianza del legislador en un juzgador que se arrogaría competencias que no tiene”.

¹⁰⁵ En este sentido, ilustrativo Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, cit. n. 8, p. 129.