

LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

Esperanza Vaello Esquerdo
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alicante

1. INTRODUCCIÓN

Desde diversas instancias se viene alertando del grave problema que tiene la humanidad ante los incesantes ataques medioambientales que sufre el globo terráqueo¹. La comunidad internacional, a través de convenciones internacionales en el marco de la Naciones Unidas, así como la Unión Europea, mediante la llamada técnica de la armonización, están llevando a cabo esfuerzos por salir al paso del tema, si bien los Estados no siempre adaptan adecuadamente su legislación para cumplir con el mandato comunitario, bien por no trasponer en el plazo fijado la correspondiente directiva o por hacerlo de forma inadecuada.

El objetivo perseguido es promover el desarrollo sostenible, entendido como una política y una estrategia de desarrollo económico y social continuo que no vaya en detrimento del medio ambiente ni de los recursos naturales de cuya calidad depende la continuidad de la actividad y del desarrollo de los seres humanos. Se trata, pues, de satisfacer las necesidades de la presente generación, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades.

En esta ingente tarea, en la que debemos comprometernos todos, el Derecho participa de manera decisiva. Lúcidamente el profesor MARTÍN MATEO, uno de los más prestigiosos especialistas en la materia, hace algunos años ya señalaba -tras advertir que la legislación ambiental existente era una respuesta tardía, e insuficiente aún a los desmanes producidos por el industrialismo libérrimo- que el Derecho constituye la única alternativa posible². Ahora bien, el asunto crucial en el ámbito jurídico es determinar qué mecanismos de protección cabe utilizar en cada caso, dejando diáfanas y bien coordinadas las competencias de las distintas administraciones.

Sin querer restar importancia a la intervención del Derecho Penal en la tutela del medio ambiente³, hay que descartar que, dadas sus características, esté en condiciones

¹ En la Séptima Conferencia de Biodiversidad, celebrada en Kuala Lumpur en febrero de 2004, se han puesto de relieve datos tan sumamente preocupantes como el siguiente: cada hora desaparecen tres especies, al tiempo que 34.000 especies de plantas y 5.200 de animales, de las que la mayor parte son aves, están en vías de extinción. Precisamente, el objetivo que se ha propuesto en dicha conferencia la comunidad internacional -representada por asistentes de 190 países- es el de frenar en pocos años (hasta 2010) ese ritmo de extinción.

² MARTÍN MATEO, R., *La revolución ambiental pendiente*, Universidad de Alicante, 1999, págs. 19-20.

³ Dadas las críticas de que es objeto, se habla de la crisis del Derecho Penal del medio ambiente, pero, como señala ALASTUEY DOBÓN, se da la paradoja de que actualmente el escepticismo sobre la posibilidad de que el Derecho Penal cumpla las funciones para las que fue creado y la necesidad de su

de desempeñar un papel protagonista. Por otro lado, la solución a los distintos problemas requiere, en cualquier caso, una toma de conciencia colectiva que se manifieste en cambios de comportamientos individuales –a través de la oportuna educación- así como nuevas normativas municipales, autonómicas, estatales, europeas y globales. En definitiva, se trataría de no perder de vista el lema ecologista que propone “pensar globalmente y actuar localmente”, habida cuenta que los atentados medio ambientales, aparte de afectar en primera instancia al lugar donde se producen, a medio o largo plazo y en mayor o menor medida, repercuten en el resto del planeta.

Hoy todavía tenemos una cuestión clave pendiente de resolver y es la relativa a qué se puede entender realmente por medio ambiente, dado que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que da lugar a concepciones amplias o estrictas del mismo, objeto, a su vez, de diferentes matices. Mientras que las primeras abarcan aspectos tanto naturales (recursos humanos, flora, fauna, etc.) como artificiales (ordenación del territorio o patrimonio cultural, por ejemplo); las segundas, sin embargo, restringen el medio ambiente a los medios naturales, si bien tienen distinto alcance según entiendan que acoge sólo elementos abióticos (aire, agua, suelo) o también biológicos (flora y fauna).⁴

Nuestra Constitución –gestada y aprobada en la década del siglo XX en que se extiende la idea de la necesidad de tutela penal del medio ambiente, ante los graves ataques de que venía siendo objeto en las sociedades desarrolladas- y en la línea de otras cartas magnas, incluye en el capítulo referido a los principios rectores de la política social y económica el artículo 45, cuyo contenido es el siguiente:

1. *Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.*
2. *Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.*
3. *Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*

Si bien ciertos autores le quieren conferir mayor amplitud al precepto, la mayoría de ellos lo refieren al ambiente natural, pues entienden que se identifica con los recursos naturales, esto es, el suelo, el aire y el agua, así como la flora y la fauna que en ellos habitan, quedando excluidos, por tanto, de su contenido el medio artificial o

existencia se mencionan conjuntamente (*El delito de contaminación ambiental (artículo 325.1 del Código penal)*, Ed. Comares, Granada, 2004, pág. 8.

⁴ Exponente de concepción estricta es la ofrecida por MARTÍN MATEO, para quien el medio ambiente se integra por “los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de trasmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra” (*Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Madrid, 1991, pág. 86). Una concepción más amplia, sin embargo, sería la de BACIGALUPO ZAPATER: “mantenimiento de las propiedades del suelo el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales” (“La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. V, Santiago de Compostela, 1981, págs. 200-201).

aspectos culturales o sociales del entorno.⁵ Avalaría esta última tesis el tratamiento diferenciado que la Constitución presta a los distintos elementos: medio ambiente natural (artículo 45), conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico (artículo 46) y ordenación del territorio (artículo 47)

II. LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

1. Generalidades

La protección penal del medio ambiente en España tiene su origen en el transcrito artículo 45 de nuestra Constitución, pues, a raíz del mandato contenido en su tercer párrafo, la Ley Orgánica de 23 de junio de 1983, de Reforma del Código Penal de 1973, incorpora a ese texto punitivo un precepto (artículo 347 bis) que por primera vez de forma específica, pero deficiente e insatisfactoria, se ocupa de la materia. La inoperatividad del mismo, pese a que durante su vigencia las agresiones ecológicas fueron incesantes, fue unánimemente puesta de relieve por la doctrina. Ante este estado de cosas, la regulación que de la materia efectúa más tarde el vigente texto punitivo de 1995 supone un importante paso adelante, si bien presenta una serie de inconvenientes de los que iremos dando cuenta según avancemos en su análisis.

En un mismo título (XVI) -bajo la rótulo “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”- recoge, en capítulos aparte, los delitos sobre la ordenación del territorio (I), sobre el patrimonio histórico (II), contra los recursos naturales y el medio ambiente (III), así como los delitos relativos a la protección de la flora y fauna (IV).

El contenido de este título ha sido objeto de críticas, entre otras razones, por la técnica legislativa que, en términos generales, emplea el legislador al configurar los tipos mediante numerosas normas penales en blanco y con gran número de elementos normativos no penales, que obligan al intérprete a acudir continuamente a una exhaustiva regulación extrapenal. Tampoco falta quien lo censura desde perspectivas de política criminal, por entender que se conculca el principio de intervención mínima del Derecho Penal⁶.

⁵ Por ejemplo, DE LA CUESTA AGUADO sostiene que la Constitución, que distingue claramente entre medio ambiente y calidad de vida, recoge un concepto del primero como conjunto de condiciones geofísicas, ecológicas, naturales, etc., que posibiliten una vida humana digna, acorde con las características y necesidades del hombre dentro de su medio natural. De este concepto excluye otras condiciones de desarrollo social o tecnológico; o psíquico, intelectual y moral, como educación, vivienda digna, etc. (*Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 59). No existe acuerdo doctrinal respecto a si el concepto constitucional de medio ambiente tiene una dimensión más *ecocéntrica* o *antropocéntrica*, pero generalmente se destaca que es moderadamente antropocéntrico, pues las referencias al “desarrollo de la persona” y a la mejora de “la calidad de la vida” parecen poner de relieve la vinculación entre la protección ambiental y los intereses del hombre.

⁶ Así, CARMONA SALGADO, C., en CARMONA SALGADO, COBO DEL ROSAL, GONZÁLEZ RUS, MORILLAS CUEVA, QUINTANAR DÍEZ, DEL ROSAL BLASCO, SEGRELLES DE ARENAZA, *Compendio de Derecho Penal español (Parte Especial)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 582 y ss.). RENART GARCÍA (*El delito de daños al patrimonio cultural español. Análisis del art. 323 del Código Penal de 1995*, Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 223-224) sostiene que la agrupación de los delitos llevada a cabo en el Título XVI merece una lectura positiva, en el entendimiento

Ni la rúbrica del capítulo⁷ –que alude al medio ambiente y a los recursos naturales- ni, desde luego, la distribución que de las tipicidades se efectúa en el título XVI –protección separada de la flora y la fauna, agrupación con delitos urbanísticos y sobre el patrimonio histórico-, o en otros lugares del Código Penal, arrojan demasiada luz para que quede clara la idea de medio ambiente que sustenta el legislador penal.

Una cuestión crucial en la determinación del bien jurídico que se protege en el Derecho Penal del medio ambiente tiene que ver con el protagonismo que se le dé –o se le niegue- a la protección de bienes jurídicos individuales. En atención a tal criterio, digamos de forma esquemática que se distingue entre concepciones antropocéntricas o ecocéntricas⁸. Las primeras de ellas, partiendo de la idea de que los bienes jurídicos colectivos no han de tener protección penal autónoma y tras admitir que el medio ambiente es un bien jurídico merecedor de tutela penal, orientan el Derecho Penal del medio ambiente, en mayor o menor medida, hacia la protección de bienes jurídicos individuales, fundamentalmente la vida, la integridad física y la salud.

Por otro lado, las concepciones ecocéntricas defienden la consideración del medio ambiente como un bien jurídico colectivo que presenta autonomía respecto de determinados bienes jurídicos individuales. La versión moderada y mayoritaria defiende la protección del medio ambiente por las funciones que cumple para el desarrollo de la vida humana en la tierra, mientras que la más radical defiende la protección del medio ambiente por sí mismo, sin referencia antropocéntrica alguna.

Por lo que respecta a nuestro derecho positivo, no existe acuerdo a la hora de valorar si en la regulación del Código Penal predomina la óptica ecocéntrica o la antropocéntrica y, en su caso, qué sería mejor⁹. Buena parte de la doctrina considera que se trata de un bien jurídico de carácter colectivo -difuso- cuya evanescencia le resta virtualidad para servir de guía en la interpretación de los tipos¹⁰. A su vez, se critica el

de que los ilícitos allí ubicados responden a la misma idea de defender determinados bienes comunes que son necesarios porque facilitan la existencia de los seres humanos.

⁷ En tanto que algunos consideran inexplicable distinguir entre medio ambiente y recursos naturales, entendiendo que éstos forman parte de lo primero, DE LA CUESTA ARZAMENDI justifica la rúbrica del capítulo III sobre la base de que no todos los tipos allí albergados van referidos a la afectación de recursos naturales (“Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental”, en *Revista Penal*, nº 4, pág., 31).

⁸ Un análisis con carácter general de estas concepciones y sus distintas vertientes, así como una severa crítica a la concepción antropocéntrica, se puede ver en ALASTUEY DOBÓN, M^a C., *El delito de contaminación ambiental*, cit., págs. 15 y ss. Cfr., asimismo, la interesante monografía de S. SOTO NAVARRO *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003, en la que desarrolla la tesis de que el verdadero problema a que se enfrentan los bienes jurídicos colectivos es su déficit de concreción, destacando que la indeterminación de los mismos no deriva de su propia naturaleza, sino de la ineficacia de los criterios tradicionalmente empleados para delimitar unidades lesionables.

⁹ Por ejemplo, para CARMONA SALGADO merece censuras la renuncia que hace el tipo básico a las referencias antropocéntricas (*Compendio*, cit. págs. 611-612), mientras que otros la consideran correcta (PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir)/VALLE MUÑIZ, J.M. (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2^a ed., Aranzadi, 2001, pág. 1594).

¹⁰ ALASTUEY DOBÓN apelando a la necesidad de distinguir entre el objeto genérico de protección (lo que en ocasiones se denomina “bien jurídico categorial”) y el bien jurídico de cada figura delictiva, considera que el concepto de medio ambiente aludido en la rúbrica del título XVI y en su capítulo III constituye el objeto genérico de protección de los tipos delictivos y en general de todo el Derecho ambiental. Pero se requiere –añade- descender a la precisión de estos conceptos y a la

hecho de que se empleen diferentes fórmulas para designar la misma realidad ¹¹, así como que la salud y la vida de las personas aparezcan junto a bienes jurídicos colectivos ambientales en los artículos 328 y 350, por entender que lo coherente hubiese sido llevar su protección al capítulo III “De los delitos contra la salud pública” del título XVII ¹².

En términos generales, podría afirmarse que la opinión mayoritaria, con algunos que otros matices ¹³, admite un ecocentrismo moderado en base al cual se entiende el medio ambiente como un bien jurídico colectivo, que trasciende de la vida y la salud humanas y se materializa en los distintos elementos que integran el ambiente natural; sin perjuicio de aceptar que al proteger tales elementos se tutela de forma mediata a los propios individuos ¹⁴.

El presente trabajo se centrará en el análisis del capítulo III –el que parece destinado directamente a proteger el medio ambiente- y en especial de los que llamamos atentados genéricos al medio ambiente, si bien advirtiendo que existen dispersos en el

diferenciación de los distintos aspectos que pueden verse englobados bajo dichos enunciados para obtener lo que realmente interesa: el específico objeto de protección de cada delito (*El delito de contaminación ambiental*, cit., pág. 54).

¹¹ El vigente Código Penal emplea diferentes formas para denominarlo: *medio ambiente*, en el artículo 350; *equilibrio ecológico*, en el 339; *equilibrio de los sistemas naturales* en el 325.

¹² TERRADILLOS BASOCO, J., “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente” en *Derecho penal del medio ambiente* (edición de Juan Terradillos Basoco), Ed. Trotta, Madrid, 1997, pág. 43.

¹³ DE LA CUESTA AGUADO, por ejemplo, tras sentar que es partidaria de un concepto personalista y monista de bien jurídico, afirma que si el medio ambiente es un bien jurídico protegido lo es en la medida en que su destrucción puede afectar gravemente a la propia supervivencia del ser humano, por lo que, en última instancia, es una protección adelantada de la vida y salud de las personas (*Causalidad*, cit., nota 21). En este mismo sentido de entender que los bienes jurídicos colectivos no están desvinculados de los intereses de los individuos, sino que los delitos de peligro son un instrumento para la protección mediata de los bienes jurídicos individuales, ZUGALDÍA ESPINAR, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (dir.)/PÉREZ ALONSO, E.J. (coord.), *Derecho Penal. Parte General*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 479. Críticamente respecto a la interpretación de los delitos de peligro abstracto en relación con bienes jurídico colectivos de “referente individual” y respecto a la tesis de los delitos con bien jurídico intermedio: SOTO NAVARRO, S, *La protección penal de los bienes colectivos*, cit., págs. 179 y ss. Según esta autora la función social de los bienes jurídicos colectivos permite conceptualarlos de forma autónoma; respecto al medio ambiente (prefiere emplear la expresión “ambiente natural”) considera que concretar el bien jurídico en el mantenimiento del ecosistema resulta demasiado genérico, de ahí que postule su concreción mediante la identificación de las funciones ecológicas asignadas por el sistema social a cada recurso natural. Su conclusión es que si, como propone, el elemento clave en la concreción de los bienes jurídicos protegidos en materia ambiental es el uso o usos ecológicos a que se destine cada recurso natural, la lesión del bien jurídico estribará en la perturbación de la función ecológica del recurso natural concreto, de modo que éste no pueda ya destinarse al uso pretendido (págs. 273 y 274).

¹⁴ ALASTUEY DOBÓN sostiene que el legislador de 1995 optó por una concepción ecocéntrica del bien jurídico en los tipos de los artículos 325 a 331. Respecto del artículo 325. 1 afirma que afronta la protección del bien jurídico colectivo que puede denominarse “medio ambiente”, al que se concede autonomía respecto de bienes jurídicos individuales o incluso de otros bienes jurídicos colectivos de claro referente individual, como la salud pública (p. 52). Asimismo, destaca que lo verdaderamente específico del medio ambiente como bien jurídico, que lo distingue sustancialmente de los demás bienes jurídicos colectivos, es que su relación con los bienes jurídicos individuales no se limita a aquellos de los que son portadores las generaciones actuales, sino que trasciende a las futuras generaciones. Esa cualidad, que se concreta en la dimensión de futuro, le sitúa –dice- en un puesto relevante –sí no en el primer puesto- en la jerarquía de bienes jurídicos supraindividuales, teniendo en cuenta que se trata de asegurar los fundamentos de la existencia del ser humano, sin los cuales no es posible hacer uso de ningún otro bien jurídico (*El delito de contaminación ambiental*, cit., pág. 39)

texto punitivo una serie de delitos, cuya comisión supone también agresiones al citado objeto jurídico. Quizá lo que más llame la atención son las figuras contenidas en el capítulo siguiente (artículos 332-337), dedicado a los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna, siendo así que la protección medioambiental implica la de los distintos recursos, entre los que se incluyen los bióticos (flora y fauna), como lo demuestran las expresas referencias al “habitat” y al “equilibrio biológico”.

Pero es que, además, hay otros ilícitos claramente vinculados también con el referido bien jurídico, al que, incluso, algunos de ellos mencionan explícitamente; tal es el caso de los delitos regulados en los artículos 348 a 350 (relativos, entre otras conductas, a la manipulación o transporte de explosivos y tóxicos; manipulación, transporte o tenencia de organismos y realización de determinadas obras). Asimismo, dentro de los delitos de riesgo catastrófico, los relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (artículos 341 y siguientes) guardan parentesco con el tema. Otros tipos que tienen relevancia en este campo son los incendios (artículos 351 y siguientes), tanto de zonas forestales como no forestales, lo que explica, por ejemplo, que los 353 ó 356 aludan a diferentes efectos nocivos para factores medioambientales. Incluso en el título XXIV, en el que se regulan los delitos contra la Comunidad Internacional, el artículo 610 contiene una figura que toma en cuenta la posible causación de “daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”. Si procediésemos a hacer un estudio comparativo de todas los ilícitos citados comprobaríamos la falta de coordinación que se evidencia en su configuración, lo que origina, entre otros inconvenientes, la existencia de notables divergencias penológicas y múltiples problemas de orden concursal; pero, como hemos dicho, el objetivo del presente trabajo es mucho más concreto.

2. De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

Una vez esbozado el panorama de tipicidades existentes, fijemos nuestra atención en el capítulo III, en el que, bajo la rúbrica “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, se prevén una serie de preceptos específicamente dedicados a la materia. Todo ello, sin perder de vista el capítulo V, donde se contienen unas disposiciones comunes al título y a las que haremos referencia en los lugares oportunos.

Pues bien, los diferentes tipos ubicados en el capítulo III podrían quedar esquematizados así:

- Atentados genéricos al medio ambiente (artículos 325 y 326).
- Establecimiento de depósitos o vertederos (artículo 328).
- Responsabilidad penal de los funcionarios públicos (artículo 329).
- Daño grave a elemento de espacio natural protegido (artículo 330).

Además de estas tipicidades dolosas, en el capítulo se da cabida a otros preceptos: el artículo 331, que incrimina la comisión de los hechos previstos en el capítulo cuando se cometan por imprudencia grave; y el artículo 327, que regula la posibilidad de que el juez o tribunal pueda imponer unas determinadas consecuencias accesorias a las empresas responsables de las conductas tipificadas en los artículos 325 y 326.

2.1 Atentados genéricos al medio ambiente.

El artículo 325 recoge tres modalidades diferentes; la última de ellas, que integra el número 2, ha sido introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, lo que determina que a partir del 1 de octubre de 2004 –fecha en que entra en vigor esta ley orgánica- la literalidad del precepto es la que sigue:

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

2. El que dolosamente libere, emita o introduzca radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles, será castigado, además de con la pena que corresponda por el daño causado a las personas, con la prisión de dos a cuatro años.

Los dos primeras tipicidades, contenidas en el número 1 y de cuya relación trataremos más adelante, resultan ser exponente de una tendencia que se aprecia últimamente y que se concreta en la creación de delitos de peligro para bienes colectivos, en contraste con los modelos clásicos de delitos de lesión de bienes individuales. Este cambio de perspectiva, según algunos, provoca en las sociedades postindustriales lo que denominan una “administrativización” del Derecho Penal, en tanto en cuanto esta rama jurídica asume la forma de razonar basada en la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia del Derecho Administrativo sancionador¹⁵.

¹⁵ Destaca SILVA SÁNCHEZ que la finalidad del Derecho Penal y del Derecho Administrativo son diferentes. El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo, en tanto persigue ordenar de modo general sectores de actividad, no se rige por criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que atiende a consideraciones de afectación general, estadística, de ahí que no tenga que ser tan estricto en la imputación (*La expansión del Derecho Penal*, 2ª ed., revisada y ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, págs. 121 y ss.) A su vez, ZUGALDÍA ESPINAR considera como un fenómeno positivo el cambio que se está produciendo en el actual Derecho Penal de asumir la protección de nuevos bienes jurídicos y adelantar la protección de los clásicos, al tiempo que sostiene la conveniencia de una “penalización del Derecho Administrativo” en el sentido de una aproximación del Derecho Administrativo al Derecho Penal de tal modo que aquél asuma todos los modelos de imputación y el sistema de garantías de éste (en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.)/PÉREZ ALONSO, E.J. (coord.), *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 196. Las cuestiones que plantea la expansión del Derecho Penal a través de la creación de delitos de peligro en la denominada “sociedad de riesgos” son objeto de análisis en varios trabajos contenidos en el libro *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt* (coordinadores: L. ARROYO

2.1.1 Tipo básico (primer inciso del artículo 325.1)

Para referirse al bien jurídico este párrafo habla del “equilibrio de los sistemas naturales”. Se dice que la ambigüedad de la expresión “sistemas naturales” no se ajusta adecuadamente a la exigencia de seguridad jurídica que deriva de la taxatividad de los tipos penales, en la medida en que no ayuda demasiado a delimitar lo que resulta penalmente típico pues, según que se tome como referencia un ecosistema más extenso y complejo (una cuenca hidrográfica) o un sistema más pequeño y simple (un arroyo), tendrá o no lugar la subsunción de la conducta en el tipo¹⁶.

En la tarea de determinar el sentido del término “equilibrio” hay que descartar la idea de que el equilibrio se corresponda con el estado ideal del ecosistema o en una situación de total inalterabilidad, dado lo difícil que resulta que estas hipótesis se presenten en la realidad. Para perfilar tal extremo algunos autores se refieren al *statu quo* de los sistemas naturales antes de la intervención cuya relevancia jurídico-penal se considera; es decir, proceden a una comparación entre el antes y el después de la situación del ecosistema¹⁷; otros, sin embargo, consideran que la mera alteración del estado anterior del ecosistema no bastaría para considerar lesionado el bien jurídico y sostienen que el desequilibrio de los sistemas naturales se dará cuando se produzca un menoscabo de su capacidad de regeneración¹⁸.

Tampoco el término “gravemente” resulta fácil de delimitar, al constituir un elemento normativo que presenta problemas de interpretación no sólo aquí, sino cada vez que el Código Penal lo utiliza para la configuración de diferentes delitos. En la determinación de si está presente la nota de la gravedad habrá que tener presente, entre otros, criterios como la extensión del espacio afectado o la intensidad de la afectación.

En resoluciones jurisprudenciales de diversas instancias se dice que la determinación de tal gravedad -entendida como aquello que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas- implica un juicio de valor y, por tanto, es eminentemente circunstancial (STS 24 de febrero de 2002, SAP Barcelona 5 de junio de 2000). Ello explica que a la hora de apreciar si concurre o no tal nota, los tribunales

ZAPATERO, U. NEUMANN y A. NIETO MARTÍN), Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Delitos contra el medio ambiente*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 82. También críticamente, HUERTA TOCILDO, S., “Principios básicos del Derecho penal y artículo 325 del Código Penal”, en *Revista Penal*, nº 8, 2001, pág. 49. A la hora de perfilar el sentido de la expresión DE LA CUESTA AGUADO (*Causalidad*, cit., pág. 247) entiende por sistema natural cada microsistema, o hábitat concreto de una especie o de una zona, incluso muy reducida: un río, una ladera, una zona de litoral. PRAT GARCÍA/SOLER MATUTES, aluden a cada una de las unidades funcionales básicas en que podemos dividir la Biosfera y constituida por un medio físico-químico y por el conjunto de organismos que en ella habitan (*El delito ecológico*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2000, pág. 37). En alusión al bien jurídico, algunas resoluciones hablan del conjunto de relaciones biológicas o ecológicas que han permitido la aparición y subsistencia de la especie humana.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 80.

¹⁸ ALASTUEY DOBÓN, M^a C., *El delito de contaminación ambiental*, cit., pág. 67. La autora recuerda que la capacidad de recuperación de un sistema natural -que en Ecología se denomina “resiliencia”- hace referencia a la rapidez con que un ecosistema vuelve a su estado anterior después de haber sido perturbado. Considera, asimismo, que el agua, el aire y el suelo, elementos naturales sobre los que recae la acción de emitir, verter, etc., a pesar de ser el objeto de la acción, no constituyen al mismo tiempo el objeto material del delito o substrato del bien jurídico (pág. 64).

atiendan, entre otros factores, a la mayor o menor probabilidad de lesión, así como a la magnitud de la lesión previsible en atención a la prolongación en el tiempo (SAP Albacete 31 de octubre de 2001), la extensión espacial o la potencialidad lesiva de los vertidos y la frecuencia de las inmisiones (STS 24 de octubre de 2003), la situación del medio en que incide la conducta (SAP Barcelona 5 de noviembre de 2001). Esta última, por ejemplo, aprecia peligro pero no grave y, por tanto, absuelve por vertidos de detergente a río deteriorado en el que la única forma de vida que había eran bacterias y microorganismos.

Lo que parece claro es que en esta modalidad típica el riesgo de perjuicio para los sistemas naturales no ha de suponer un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas -pues de ser así, entraría en juego la modalidad contenida en el segundo inciso del artículo 325.1- ni un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, en cuyo caso estaríamos ante el tipo agravado del artículo 326 e).

El delito que nos ocupa tiene una estructura típica de indiscutible complejidad al estar anclada sobre unos elementos de difícil exégesis. A saber:

1º Infracción de una norma extrapenal

2º Realización de ciertas actividades sobre determinados elementos naturales mediante las que se pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

1º Infracción de la norma extrapenal.

El tipo queda configurado como una norma penal en blanco,¹⁹ ya que se exige que la conducta contaminante se realice “contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”. Ello obliga a tener en cuenta una ingente cantidad de normas extrañas al Derecho Penal, que podrán tener carácter municipal, estatal o autonómico (a tenor del artículo 148.9 de la Constitución, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias para la gestión en materia de protección del medio ambiente, reservándose la legislación básica para el Estado, conforme al artículo 149.1.23ª) e, incluso, comunitarias, en su caso.

La variadísima reglamentación administrativa resulta, pues, decisiva para la integración del tipo, ya que si se actúa dentro del ámbito de lo autorizado administrativamente no entraría en juego la presente modalidad delictiva. A esta técnica de legislar mediante leyes penales en blanco, que tiene de positivo no tener que estar modificando el Código Penal según vayan cambiando las circunstancias o condiciones ecológicas, se le oponen serios reparos –especialmente en los casos en que la remisión se hace a normas de carácter reglamentario- por considerar que resulta un peligro para el principio de legalidad y la reserva de ley, con el consiguiente riesgo para la certeza y seguridad jurídicas.

¹⁹ Conceptúo como tal *aquella que consta de sanción y de un supuesto de hecho pendiente de completar, en aspectos no esenciales, acudiendo a otra u otras disposiciones del ordenamiento jurídico, a las que remite expresamente la propia norma penal.* Sobre las remisiones normativas en general y sobre la categoría más específica de las leyes penales en blanco, cfr.: A. DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

El Tribunal Constitucional ya salió al paso de la posible inconstitucionalidad de las normas penales en blanco, al sentar que la reserva absoluta de ley en materia penal no cabe entenderla como una radical exclusión de toda remisión a normas extrapenales. Este tribunal admite, así, la remisión a los reglamentos mediante la utilización de las normas penales en blanco siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido, aparte de que la ley penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición (STC 15 de junio de 1998, entre otras).

Todo lo anteriormente exigido se ha declarado que concurre en el presente caso: aunque el precepto contiene una remisión a las “leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”, los elementos esenciales de la conducta quedan perfectamente descritos, al exigirse en el propio texto punitivo que se “provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones..., que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”. Lo que resultaría inconstitucional es que se encomendase al reglamento la definición de dicho núcleo esencial, ya que de esa forma se habilitaría a la Administración para legislar en materia penal, lo que resulta incompatible con el principio de legalidad y la reserva de ley, que inexcusablemente deben regir en materia penal.

La doctrina se muestra dividida en relación a si cabría entender realizado el tipo penal por el mero hecho de no haber obtenido la autorización ambiental correspondiente para la actividad de que se trate, independientemente de la vulneración de las normas administrativas protectoras del medio ambiente. Mientras algunos se decantan por la solución afirmativa a partir de la aceptación de la llamada integración mediata de los tipos penales en blanco; otros ²⁰ responden negativamente en el entendimiento de que, de lo contrario, se castigaría como delito ecológico una mera desobediencia administrativa. Por otro lado, en ningún caso la autorización formal contraria a leyes o disposiciones de carácter general puede servir para convertir en lícita una conducta típica y antijurídica (STS 19 de enero de 2002) ²¹. Cuando la actividad contaminante no

²⁰ PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, *Comentarios*, cit., pág. 1559. En esta misma línea, SAP León 17 de febrero de 1997 y STS 29-9-01, entre otras. Recuerda ALASTUEY DOBÓN que la dependencia del Derecho Penal de medio ambiente respecto del Derecho Administrativo que se consagra en el artículo 325. 1 es sólo relativa, de ahí que aunque la existencia de un ilícito penal requiere la previa infracción de la normativa administrativa, ello no resulta suficiente para que surja tal ilícito, que exige un *plus* ajeno a dicha normativa (*El delito de contaminación ambiental*, cit., pág. 51)

²¹ PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ plantean si una autorización irregular (nula o anulable) si bien lícitamente obtenida tiene relevancia para invocar una causa de justificación (art. 20.7). Al respecto, un sector doctrinal entiende que la autorización administrativa opera como fuente de un derecho subjetivo relevante, en el cual funda una causa de justificación. Sin embargo, los citados autores rechazan la anterior solución y sostienen que sí afecta a la reprochabilidad del sujeto en relación con su conocimiento de la antijuridicidad; de ahí que acudan al error de prohibición (vencible o invencible, según los casos). Otros, en contra, caracterizan estas hipótesis -que consideran error sobre los elementos normativos- como un error de tipo. Esta última opción, teniendo en cuenta que la realidad criminológica de la delincuencia ambiental se vincula a un complejo entramado de decisiones en el seno de personas jurídicas, presenta el inconveniente de que generaría la atipicidad de la conducta, lo que afectaría no sólo al autor, sino a los partícipes (accesoriedad), que pueden carecer de error en su comportamiento. También aluden como causas supraleales de exención de responsabilidad a los casos en que la justificación de la conducta se sustenta en normas jurídicas extrapenales (Derecho Comunitario) y a la debatida eficacia jurídico-penal de la de la adecuación social. Según ellos, cabe hablar de “tolerancia administrativa” en relación con una determinada industria, en la medida que la misma se acoja a un plan de reconversión ambiental, y durante dicho período aceptar la vigencia de la tolerancia toda vez que dicha actuación

supera los valores-límite reglamentaria o legalmente definidos (con autorización o sin ella) la conducta no es típica para el Tribunal Supremo, aunque se haya creado un peligro, porque no se ha cumplido el elemento normativo del tipo. A su vez, en el caso de que la conducta sobrepase los valores-límite, el juzgador tendrá que comprobar que es peligrosa, de modo que la superación de los valores-límite no convierte automáticamente una conducta en típica.

Al tener las Comunidades Autónomas facultades para establecer normas adicionales de protección medioambiental (artículo 149.1.23^a) y dichas normas complementarias no ser coincidentes en las distintas comunidades, se puede dar el caso de que un mismo hecho cometido por dos ciudadanos en diferentes territorios autonómicos constituya delito en un sitio y en el otro no, por existir diversos grados de protección a la vista de sus distintas peculiaridades climáticas, geográficas, etc. Respecto a si esta hipótesis infringe el principio de igualdad, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad de leyes autonómicas con niveles de protección más altos que los estatales, sosteniendo que la legislación básica del Estado no cumple una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación de mínimos, que han de ser respetados en todo caso. Un sector doctrinal, sin embargo, sostiene que las normas penales en blanco que remiten a disposiciones autonómicas son inconstitucionales, pues a los problemas que plantean aquellas en general se une la infracción de principios como el de uniformidad de la legislación penal, igualdad y uniformidad de las condiciones de vida.

Dado que la Unión Europea también asume competencias en materia medioambiental, cabe plantearse la posibilidad de que normas de Derecho Comunitario puedan integrar la norma penal en blanco del artículo 325 para delimitar la conducta punible. La respuesta a esta cuestión es que no habría problema que así fuera tratándose de reglamentos de la Unión, ya que son de directa aplicación; sin embargo, en el supuesto de las directivas, aunque se admita el efecto directo -caso de no haber sido traspuestas por el Estado en el plazo establecido- sólo se podrían tomar en cuenta por el tribunal español siempre que no resultase perjudicial para el individuo, pero en modo alguno para fundamentar la responsabilidad penal a través de la integración del tipo penal. Naturalmente, las hipótesis en que se ha procedido a la trasposición de la correspondiente directiva no presentan problemas, ya que la norma de trasposición deja de tener naturaleza comunitaria.

2º) Realización de ciertas actividades sobre determinados elementos naturales, mediante las que se pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

Como hemos visto, el párrafo inicial del artículo 325 lleva a cabo una prolija enumeración de actividades (emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, etc.)²² y los

tiende a garantizar finalidades de mejora de la calidad ambiental, al reconducir a límites aceptables la actividad de la industria (*Comentarios*, cit. págs. 1577 y ss.).

²² El precepto habla en plural de emisiones, vertidos, radiaciones,... por lo que, según PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, cabe entender que ya prevé una pluralidad de acciones en la realización de la conducta típica, lo que de por sí descartaría la continuidad delictiva. Y por otro lado, si se considera que cada vertido contaminante ya constituye delito, no se daría un dolo unitario (requisito del delito continuado), sino que el mismo estaría renovado en cada acción (*Comentarios*, cit., pág. 1584). La SAP Barcelona 16 de julio de 1996 rechaza la continuidad delictiva, así como las SSTS 11 de febrero de 2003 y 12 de diciembre de 2000, considerando que la pluralidad de vertidos constituye un solo delito. Al

medios que pueden verse afectados por ellas son la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, así como espacios transfronterizos. En la alusión a estos últimos lugares parece que hayan pesado los casos de la llamada “lluvia ácida” y todos aquellos en que la acción contaminante se extiende a lugares distantes de donde se ha producido. La realización de tales actividades sólo tendrá trascendencia a los efectos del delito ecológico siempre que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

La forma en que viene concebida la acción típica, exigiendo que el sujeto “*provoque o realice, directa o indirectamente emisiones, vertidos,...*”, induce a pensar que el legislador ha tenido presente que los delitos ecológicos se suelen realizar en el seno de empresas y que los autores materiales de los hechos muchas veces no se corresponden con los auténticos responsables, pues éstos no son fácilmente individualizables, dada las complejas estructuras verticales y horizontales que presentan muchas sociedades. Para individualizar responsabilidades en estos casos resulta muy útil la teoría del dominio del hecho a través de la que se intenta analizar quién o quiénes ostentan en la empresa el verdadero poder de decisión en materia medioambiental²³.

De los dos verbos utilizados es el primero, sin duda, el que presenta mayores dificultades de interpretación, si bien parece venir referido a quienes lleven a cabo actos no directamente contaminantes, pero con efectos nocivos secundarios; es decir, a intervenciones mediatas sobre el medio ambiente. En este sentido, sostiene SILVA SÁNCHEZ que “provoca” el que, sin realizarlos efectivamente, da lugar a que se realicen las emisiones, vertidos, etcétera. Así, con la inclusión del término provocar se pretendería elevar a la condición de autores a quienes, probablemente, de aplicarse las reglas generales de intervención delictiva, serían cooperadores necesarios, esto es, sujetos sin dominio (ni siquiera funcional) del hecho²⁴.

tratarse de un delito de peligro se consuma por la creación del riesgo mediante la realización de algunas de las conductas descritas en el tipo, sin necesidad de producir un perjuicio determinado y específico (STS 13 de marzo de 2000), aparte de que la amplitud de los términos típicos permite la consideración como delitos de conductas que no constituyen vertido, pero que son un comportamiento previo (12 de diciembre de 2000). Doctrinalmente se admite la posibilidad de que el delito se presente en fase intentada. Al respecto, vid. STS 5 de octubre de 2003 en relación al artículo 347 bis del Código Penal de 1973.

²³ PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ critican el hecho de que la jurisprudencia invoque en estos casos con cierta frecuencia el artículo 31 -pensado para solventar problemas de atribución de responsabilidad en los delitos especiales, independientemente de que se trate de personas físicas o jurídicas- siendo así que dicha individualización, aunque estemos en presencia de una organización social, como es una persona jurídica, puede realizarse a través de los artículo 27 y siguientes del Código Penal (*Comentarios*, cit., págs. 1591-1593). Obsérvese que el artículo 327, aunque impropiaemente hable de “medidas”, prevé unas determinadas consecuencias accesorias aplicables a empresas. Sobre la problemática que gira en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este ámbito, vid.: B.J. FEIJOO SÁNCHEZ, *Empresa y delitos contra el medio ambiente*, en *La Ley* de 23 y 24 de mayo de 2002 (números 5550 y 5551).

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 35. Hay quien sintetiza la cuestión afirmando que mientras que los verbos provocar y realizar abordan el problema de la inmediatez o no del autor; la realización directa o indirecta abordan el de la inmediatez respecto de la acción contaminante. Así podría considerarse que **realiza directamente** el vertido, el operario que abre la compuerta por donde se vierte; **provoca** el vertido, el superior que da la orden, y **realiza indirectamente**, quien con su colaboración, facilita la realización directa (MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE: Penal de Empresa 2004-2005 (coord. J.Mª. TERRADILLOS BASOCO), Ediciones Francis Lefebvre, S.A., Madrid, 2003 p. 386). TERRADILLOS BASOCO, por su parte, sostiene que la interpretación de los verbos provocar y realizar es la puramente gramatical, de modo que realizar es tanto como ejecutar y provocar es facilitar o ayudar (“Delitos relativos a la protección...”, cit., pág. 44).

Los distintos términos empleados en la descripción típica²⁵ no siempre son interpretados de igual manera. Así, la diferenciación entre *emisiones* y *vertidos* hay quienes la encuentran en el hecho de que las primeras suponen expulsión de materiales (al aire, al agua o al suelo) y los segundos son residuos generados por actividades industriales; en tanto que otros encuentran la diferenciación en el medio en el que se realizan las conductas: las emisiones en la atmósfera y los vertidos en el agua o en la tierra.

Las *radiaciones*, aunque no se especifica, parece que se refiere a las ionizantes; es decir, a aquellas que, a su paso por la materia, convierte la sustancia en radiactiva. Como hemos dicho, dentro del título dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva, existen otros tipos específicos de riesgo catastrófico relativos a la energía natural y a las radiaciones ionizantes (artículos 341 a 345), si bien en tales delitos se exige poner en peligro la vida o la salud de las personas o, en algunos casos, sus bienes²⁶.

La alusión a las *extracciones* o *excavaciones* pretende incluir en el tipo conductas destinadas a un aprovechamiento irracional de los recursos naturales; en tanto que los *aterramientos* consistirán en depositar y cubrir una determinada porción de suelo con tierra.

La inclusión de los *ruidos* y las *vibraciones* mereció críticas favorables, pues durante demasiado tiempo no se le prestó a la contaminación acústica la atención que requería. En los últimos años, sin embargo, la Unión Europea se ha preocupado de la cuestión, dando lugar a la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre Evaluación y Gestión del Ruido Ambiental. Precisamente, con el objetivo, entre otros, de trasponer al Derecho interno dicha directiva se elabora una norma general de ámbito estatal²⁷: la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, cuyo objeto y finalidad, según se establece en su artículo 1, es prevenir, vigilar y reducir

²⁵ En función de la clase de delito de peligro en que se le catalogue, resulta aceptable o no la exigencia de un resultado y, por tanto, la posibilidad de su comisión por omisión, que el Tribunal Supremo y parte de la doctrina científica admiten. Por ejemplo, las SSTS de 30 de noviembre de 1990, 27 de enero de 1999 y 29 de septiembre de 2001 así lo hacen. Esta última hace responder por esta categoría dogmática al alcalde, al concejal de obras y servicios y al concejal de obras públicas, urbanismo y medio ambiente por el hecho de que durante dos años, conociendo el deficiente funcionamiento de la depuradora y el gravísimo deterioro medioambiental producido por los vertidos de aguas residuales, incumplieran las obligaciones propias de su cargo para impedirlo. En otras resoluciones se establece que no puede aceptarse la realización de vertidos de forma omisiva, puesto que ello supondría forzar la interpretación del tipo y realizar una interpretación extensiva en perjuicio del reo, lo que es inadmisibles en Derecho Penal (SSAP Barcelona 22 de febrero de 2002 y 30 de marzo de 2001).

²⁶ No hay que olvidar que la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, incorpora al artículo 325 un nuevo tipo -de no fácil explicación, como luego veremos- en el que se recogen conductas relacionadas con el hecho de liberar, emitir o introducir radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales superficiales o subterráneas.

²⁷ En el seno de las Comunidades Autónomas ya existían normas reguladoras del tema. Así, entre otras, la Ley 7/1997, de 11 de agosto, de Protección contra la Contaminación Acústica en Galicia, la Ley 16/2002 de la Generalitat de Cataluña, de 28 de junio, de Protección contra la Contaminación Acústica o la Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Protección contra la Contaminación Acústica. Sobre el régimen jurídico del ruido, vid: MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho ambiental*, tomo IV(actualización), Madrid, 2003, págs. 147 y ss.

la contaminación acústica, para evitar y reducir los daños que de ésta pueden derivarse para la salud humana, los bienes o el medio ambiente²⁸.

La conducta alusiva a los *depósitos*, en la medida en que existe el tipo del artículo 328 –que tipifica el establecimiento de depósitos o vertederos- genera problemas de delimitación que abordaremos cuando analicemos el citado precepto.

Las *inyecciones* parecen tener como objeto de referencia el subsuelo, aunque algunos hablan de inyecciones de líquidos o semovientes en el suelo, relacionándolas incluso con la construcción, como sería el caso de las inyecciones de cemento.

A su vez, las *captaciones de aguas*, que, quizá, podrían entenderse comprendidas en las extracciones, deberían provocar una desecación total o parcial, que, a su vez, suponga un peligro grave para el equilibrio de los ecosistemas²⁹.

Es una exigencia expresa de esta primera modalidad que las actividades enumeradas -llevadas a cabo con infracción de normas protectoras del medio ambiente- *puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*. Tal estructura típica resulta especialmente compleja, lo que se traduce en una notable falta de sintonía por parte de la doctrina y jurisprudencia en la interpretación del precepto y ciertas dosis de inseguridad en su aplicación. A su vez, el último inciso del precepto contiene un tipo diferente, al que se le asigna mayor pena, para el caso de que el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas. (Esta previsión, por cierto, resulta clave para descartar la opción de que la posibilidad de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales quede vinculada exclusivamente a la hipótesis de captación de aguas, tal como la defectuosa redacción legal parece sugerir).

En lo que respecta a la naturaleza de este delito ecológico, unánimemente se reconoce que se trata de un delito de peligro, pero el disenso aparece cuando se quiere perfilar, dentro de este grupo, a qué categoría pertenece: si a la de delitos de peligro concreto (que implican la creación de una efectiva situación de peligro para el bien jurídico); o a la de los de peligro abstracto, en los que se atiende a la peligrosidad de la acción en sí misma considerada, sin requerir un peligro efectivo para el bien jurídico. O si, en última instancia, se le encaja entre los llamados delitos de peligro hipotético (o delitos idóneos), una nueva categoría que se sitúa entre las anteriores³⁰.

Los primeros mayoritariamente se consideran delitos de resultado, para cuya realización resulta necesario probar la efectiva puesta en peligro del bien jurídico

²⁸ En esta ley los emisores acústicos se clasifican en vehículos automóviles, ferrocarriles, aeronaves, infraestructuras viarias, ferroviarias, portuarias y aeroportuarias, maquinaria y equipos, obras de construcción de edificios y de ingeniería civil, así como actividades industriales, comerciales, deportivo –recreativas y de ocio (artículo 12.2). Por otro lado, entre las infracciones que relaciona incluye entre las muy graves “la superación de los valores límite que sean aplicables, cuando se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente o se haya puesto en peligro grave la seguridad o la salud de las personas”; mientras que cataloga entre las graves dicha superación si no concurre gravedad en el daño o en el peligro (artículo 28, 2 b) y 3 a).

²⁹ Cfr.: Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

³⁰ Vid., por todos, TORÍO LÓPEZ, A., “Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* XXXIII (1981), págs. 825 y ss.

protegido, así como la relación causal entre la conducta y el resultado peligroso. La segunda categoría es más problemática, ya que, junto a la tesis tradicional de peligro abstracto -equivalente a peligro estadístico- conforme a la cual un comportamiento se castiga en base a la presunción de que el mismo entraña un peligro, hay otras modalidades, como los denominados delitos de peligro hipotético, en los que no es necesario que se constate la producción de un resultado peligroso para el objeto directamente protegido, sino que basta con que la acción realizada sea idónea para ponerlo en peligro. Se caracterizan, pues, porque el tipo describe una acción peligrosa, con carácter general, sin que sea precisa la constatación de la peligrosidad en el caso específico, como sucede en los delitos de peligro concreto.

La opción por una u otra naturaleza tiene importantes consecuencias en el ámbito de la prueba, atendidos los principios acusatorios y de presunción de inocencia que rigen en el proceso penal. De ser considerado delito de peligro concreto, le corresponde a la acusación probar el resultado (puesta en peligro concreto del equilibrio de los sistemas naturales) y el nexo causal entre la conducta típica y el riesgo concreto causado en ese caso específico. Por el contrario, si lo entendemos como delito de peligro abstracto o hipotético, la parte acusadora sólo tendrá que probar la idoneidad de la conducta para poner en peligro, en general, a un ecosistema³¹.

Frente a un sector científico, que sostiene que se trata de un delito de peligro concreto³², otro se inclina por considerarlo como un delito de peligro hipotético, si bien no empleando siempre la misma terminología ni atribuyéndole el mismo sentido³³.

³¹ PRAT GARCÍA/SOLER MATUTES, *El delito ecológico*, cit., pág. 30.

³² BOIX REIG./JAREÑO LEAL, A., en VIVES ANTÓN, T.S./ BOIX REIG. J., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª ed., ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 642; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. "Derecho Penal del medio ambiente", en *Lecciones de Derecho del medio ambiente* (dir. ORTEGA ALVÁREZ, L.), ed. Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 471; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. CONDE PUMPIDO FERREIRO, tomo II, Madrid, 1997, pág. 3233; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.)/PÉREZ ALONSO, E.J. (coord.), *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 486; GARCÍA RIVAS, N., *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Ed. Praxis, Barcelona, 1998, págs. 136 y 137; PRAT GARCÍA, J.Mª./SOLER MATUTES, P., *El delito ecológico*, cit., pág. 40.

³³ La estructuración y clasificación de los delitos de peligro presenta gran complejidad lo que da lugar a múltiples puntos de vista y gran diversidad terminológica, puestas de manifiesto últimamente en numerosos trabajos, en los que los autores toman partido por opciones bastante distantes unas de otras, al tiempo que dan cuenta de las distintas tesis mantenidas al respecto. Cabría citar, por lo que respecta a la bibliografía publicada en España, las siguientes monografías: CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999; MATA Y MARTÍN, R.M., *Bienes jurídicos intermedios delitos de peligro*, Ed. Comares, Granada, 1997; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Universidad Complutense/Ministerio de Justicia, Madrid, 1993; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense/Ministerio de Justicia, Madrid, 1994. En relación al primer inciso del artículo 325 del Código Penal, consideran, por ejemplo, que estamos ante un delito hipotético o de aptitud: DE LA CUESTA AGUADO, que advierte que esta categoría (respecto de la que sugiere que podría hablarse de "delitos de peligro suficiente") nace de la búsqueda de soluciones razonables a los problemas que la prueba del nexo causal entre acción y peligro concreto plantea en los delitos de resultado (lesión o peligro concreto), evitando las críticas doctrinales a los tradicionales delitos de peligro abstracto (*Causalidad de los delitos*, cit. p. 135 y ss.); DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995", en *Actualidad Penal*, 1998, pág. 294. Por su parte, ALASTUEY DOBÓN, también acepta que presenta la estructura de un delito de peligro abstracto, precisando acto seguido que se trata de un delito de aptitud para la producción de un daño o un delito de peligro hipotético, si bien advirtiendo

Por ejemplo, PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ –aparte de que consideran que hubiera sido preferible la descripción de un resultado de lesión y pese a que entienden que se trata de un delito de aptitud, en los que se requiere la idoneidad lesiva de la conducta- afirman que estamos ante un delito de resultado doble: lesión integrada por un acto de contaminación y peligro para el equilibrio de los ecosistemas. Critican, asimismo, que la configuración del peligro en este caso no cumple con la finalidad político-criminal de anticipar la intervención penal, que persiguen los delitos de peligro, ya que esta se produce con posterioridad a la realización del acto de contaminación; e insisten en la idea de que más que acreditarse la existencia del peligro, lo que debería exigirse es probar la idoneidad del acto de contaminación para poner en peligro el citado equilibrio, sin que la idoneidad quepa presumirla por el mero hecho de haber quedado probado el acto de contaminación, dado que se trata de una labor interpretativa basada en una prognosis ³⁴.

También MUÑOZ CONDE habla de un delito hipotético, a medio camino entre los delitos de peligro abstracto y concreto, en el que si bien no es necesario demostrar una situación de peligrosidad concreta, la conducta debe presentar, al menos, una aptitud lesiva que la cualifique frente a las simples infracciones administrativas. Sin embargo, advierte acto seguido que el impacto medioambiental de las acciones descritas en el artículo 325 tiene también un carácter de lesión perfectamente identificable y que ya de por sí lo puede caracterizar como delito de lesión, insistiendo a continuación en que el tipo está configurado como delito de peligro en la medida en que atiende al daño potencial global que se puede producir ³⁵.

SILVA SÁNCHEZ –después de excluir expresamente la opción de hacer del delito contra el medio ambiente un delito de peligro presunto, al modo de lo que ocurre en la práctica de muchos juzgados y tribunales con el ilícito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas- sostiene que el delito es de peligro abstracto respecto al equilibrio de los sistemas naturales. Pero –añade- la formulación de un delito de peligro abstracto para un bien jurídico así configurado puede requerir la constatación de resultados de peligro concreto, o incluso de lesión, de determinados objetos (elementos del ecosistema correspondiente) ³⁶.

que estas dos últimas categorías no siempre se identifican plenamente (*El delito de contaminación ambiental*, cit., págs. 107-108).

³⁴ PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, *Comentarios*, cit., págs. 1573 y ss.

³⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 562. De igual opinión: SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.)/JORGE BARREIRO, A. (coord.) *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 928. Por su parte, CARMONA SALGADO (*Compendio*, cit., pag. 612), después de censurar que en este caso la tutela medioambiental se haya desvinculado respecto a la puesta en peligro concreto de la salud de las personas, llega a la conclusión que el artículo 325 es un delito de mero peligro abstracto. Entiende que con esta opción se adelanta de una forma exagerada y realmente desproporcionada las barreras de protección penal y se invade desmesuradamente el ámbito y las competencias administrativas de actuación en esta materia, originándose irreversibles problemas de yuxtaposición de normas e ilícitos. Además, sostiene que la utilización de la técnica de ley penal en blanco y el empleo de elementos normativos da pie a la eventual vulneración de principios fundamentales, como son el de legalidad o el de intervención mínima. También considera que estamos ante un delito de peligro abstracto TERRADILLOS BASOCO, reclamando, eso sí, que se ponga especial cuidado en la exigencia de que el comportamiento examinado en concreto sólo sea considerado típico si, en una consideración objetiva *ex ante*, es idóneo para producir el resultado lesivo (“Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, cit. pág. 48.

³⁶ *Los delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 78.

Esa misma falta de consenso respecto a la naturaleza del ilícito se detecta desde hace tiempo en la jurisprudencia, ya que mientras que algunas sentencias lo han entendido como un delito de peligro concreto³⁷, otras resoluciones se vienen decantando por considerarlo un delito de peligro abstracto³⁸. Precisamente, en torno a la consideración del artículo 347 bis del anterior Código Penal de 1973, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 22 de marzo de 1999 y con motivo de resolver un recurso de amparo, dictaminó -respecto a la opción de delito de peligro abstracto que había acogido la Audiencia y que era rechazada por el recurrente por entender que se trataba de un peligro concreto- que la interpretación en un sentido u otro es competencia exclusiva de los órganos judiciales. En esta resolución se recalca la idea de que el Tribunal Constitucional no puede invadir esferas de competencias que sólo los tribunales ordinarios tienen atribuidas, aunque sí debe garantizar que éstos cumplan su cometido jurisdiccional sin traspasar la frontera de lo razonablemente previsible al interpretar la norma aplicada. Rechazó así la pretendida vulneración del principio de legalidad penal, en el entendimiento de que la interpretación del delito ecológico realizada por la Audiencia se asentaba en una de las interpretaciones lógicamente posible, no pudiendo tildarse de extravagante el razonamiento efectuado por aquélla. Tal limitada función de control del derecho a la legalidad penal por el Tribunal Constitucional deriva del hecho de que toda norma penal admite variadas interpretaciones como consecuencia natural de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo.

Cuestión de gran complejidad e íntimamente vinculada con cuanto venimos diciendo respecto a la naturaleza del presente ilícito, es la relativa a la prueba, en su caso, de la relación de causalidad entre la acción típica y la creación de un riesgo grave para el equilibrio de los sistemas naturales o para constatar la idoneidad de la acción³⁹. Los modelos causales tradicionales no resultan demasiado adecuados para este tipo de delito, lo que explica que sea en este ámbito en donde se fundamenten la mayoría de las sentencias absolutorias.

Hay que insistir en que la afectación al bien jurídico no puede consistir en la destrucción del medio ambiente o cualquier elemento medioambiental, sino bastará que se ponga en peligro grave el equilibrio de los sistemas naturales. En la práctica, sin embargo, generalmente se viene entendiendo como un delito de contaminación, lo que

³⁷ Vid., entre otras, SSTS 17 de diciembre de 2001, 30 de enero de 2002; SSAP Barcelona 24 de enero de 2000, 18 de julio de 2001, 5 de noviembre de 2001; SAP Guadalajara 21 de mayo de 2001, SAP Valencia de 13 de noviembre de 2001, SAP Ciudad Real de 30 de abril de 2002.

³⁸ SSTS 25 de octubre de 2002, 24 de febrero de 2003, 1 de abril de 2003; SAP Palencia 9 de noviembre de 2000, entre otras. La STS 24 de febrero de 2003 justifica la opción que elige apelando al argumento literal y, especialmente, al teleológico, en la convicción de que dicha interpretación redundaría en una mayor eficacia en la protección del medio ambiente, al tener que exigirse tan sólo la comprobación del carácter peligroso de la acción y no la producción de un verdadero resultado de peligro. Acto seguido, añade que *si bien la configuración del delito contra el medio ambiente del artículo 325 permite eludir, en cierta manera, los problemas de causalidad, sí que resulta imprescindible la rigurosa comprobación de que la conducta desarrollada ha resultado adecuada e idónea para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales.*

³⁹ DE LA CUESTA AGUADO sostiene que para calificar una acción como idónea habrá que conjugar tres diferentes elementos: un criterio cualitativo, que hará referencia a las “propiedades” de la sustancia emitida o vertida; un criterio cuantitativo, valorando la intensidad con que se ha realizado la acción; y un criterio temporal, atendiendo a la duración o permanencia de la acción o sus efectos (*Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 239).

significa que, más allá de la prueba de un eventual peligro, se requiere probar la existencia de una lesión real: la contaminación, que consistirá en la alteración perjudicial o menoscabo del elemento medioambiental afectado. En esta tarea se distingue entre daño concreto al medio que sufre la acción (río que recibe el vertido) y peligrosidad general (para el medio ambiente)⁴⁰. Sólo cuando exista esa peligrosidad general (porque las aguas puedan extender la contaminación; porque se puedan ver afectados acuíferos, etc.) podría considerarse consumado el tipo del artículo 325 (STS 14 de febrero de 2001).

En torno a los cursos causales anómalos (aquellos no susceptibles de comprobación científico-natural en todos sus términos o procesos intermedios) el Tribunal Supremo considera que la relación de causalidad no requiere de una absoluta comprobación excluyente de toda duda en contrario o certeza matemática, como lo exigirían las ciencias de la naturaleza (medicina, farmacología, etc) sino que, por el contrario, en el ámbito jurídico-penal el tribunal sentenciador debe considerar probada la relación causal cuando obtiene la certidumbre subjetiva de que existe un alto grado de probabilidad. Se denuncia al respecto que esto supone la admisión de la ley estadística como ley causal, lo que permite la intervención del Derecho Penal en supuestos que de otra forma serían atípicos, como sucedería, por ejemplo, cuando no se conocen todavía los efectos reales de una sustancia nueva; cuando los efectos conocidos se ven multiplicados o potenciados al unirse con otras sustancias o cuando no se pudieron probar por imposibilidad física los niveles de concentración de sustancias. El recurso a esta ley estadística en sentencias relacionadas con el artículo 325 no es expreso y se oculta bajo el concepto de certidumbre subjetiva⁴¹. ALASTUEY DOBÓN previene sobre la cuestión cuando insiste en que para poder afirmar que un concreto vertido es apto para causar un grave daño al equilibrio de los sistemas naturales, la investigación científica ha debido constatar previamente que bajo determinadas circunstancias es posible establecer una relación causa-efecto entre un vertido con la composición que presenta aquél sobre cuya idoneidad se indaga y esos menoscabos en el equilibrio de los sistemas naturales, sin que baste una mera probabilidad estadística y mucho menos una mera sospecha⁴².

Otro tema que cabría plantearse es el relativo a aquellos casos en que el resultado es consecuencia de varias intervenciones simultáneas o sucesivas que, consideradas aisladamente, no hubiesen dado lugar al mismo, pero que por efectos de acumulación o sinergia (interacción de efectos derivados de la combinación de sustancias) han derivado en la posibilidad de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Cabría entender que tales supuestos constituyen problemas de imputación y no de causalidad que deberían resolverse en el sentido de no inculparlos⁴³. Respecto a este problema, advierte SILVA SÁNCHEZ que no se pueden equiparar

⁴⁰ Tratando de aclarar estos extremos SILVA SÁNCHEZ (*Delitos contra el medio ambiente, cit.*, pág. 25) propone, en primer lugar, establecer una relación de causalidad entre la conducta de que se trate y el resultado físico-natural de vertido, emisión, aterramiento, ruido, etc.; y en segundo término, realizar un juicio normativo de imputación a dicho resultado físico-natural del peligro grave para el equilibrio de los ecosistemas.

⁴¹ En tal sentido: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE, cit., págs. 386 y 387. Esta forma de proceder se explicaría por la denominada por algunos “administrativización del Derecho penal”, que acaba por operar con las características propias del Derecho Administrativo sancionador.

⁴² Los delitos de contaminación ambiental, cit., pág. 125.

⁴³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a, *Delitos contra el medio ambiente, cit.*, págs. 46.

los delitos de acumulación ⁴⁴ con la estructura dogmática de la autoría accesoria, dado que en los casos de esta última estamos ante un único hecho, que se proyecta sobre un determinado objeto de la acción, en tanto que en los supuestos de delitos de acumulación no se puede hablar de un único hecho sobre el que se proyectan varias aportaciones, sino de una pluralidad de hechos que constituyen un fenómeno global⁴⁵.

A su vez, ALASTUEY DOBÓN parte de la idea de que el vertido, la emisión, etc. sólo realizan el tipo cuando alcanzan un determinado nivel que coincidirá con el momento en que sea posible afirmar la no absoluta improbabilidad de que de la modificación del elemento natural se derive un perjuicio grave para el equilibrio de los sistemas naturales⁴⁶.

Dando por buena –por lo menos así lo considero yo– la tesis de considerarlo un delito de peligro hipotético, los problemas para la determinación del nexo causal son ciertamente notables⁴⁷, habida cuenta que la atribución a una conducta de la capacidad de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales requiere un detallado conocimiento de las leyes de experiencia aplicables (algo muy difícil en lo relativo al medio ambiente) y de las concretas circunstancias del caso sobre cuya base formular un juicio *ex ante de peligro* ⁴⁸.

⁴⁴ Los delitos de acumulación permiten sancionar penalmente una conducta individual aun cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga por sí misma en peligro relevante), si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta –*per se* no lesiva– se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico. Para este autor los delitos regidos por la lógica de la acumulación –lógica que se adapta bien a las características del Derecho Administrativo– no deberían ser nunca delitos que llevasen aparejada una pena privativa de libertad (*La expansión del Derecho penal*, cit. págs. 131 y ss.)

⁴⁵ Añade este autor que la dispersión en el espacio y en el tiempo de las conductas integradas en la relación de acumulación impide hablar razonablemente de un único hecho y de un único riesgo al que se habría contribuido. Así, en los casos de acumulación nos hallamos ante una especie de autoría accesoria universal de un hecho global y permanente...imposible de abarcar como tal en los límites de un proceso penal. De esta forma, concluye afirmando que en los casos de acumulación lo decisivo, en suma, es el fenómeno del comportamiento masivo, que no tiene que ver con la autoría accesoria (*La expansión del Derecho Penal*, cit., pág. 135).

⁴⁶ En base a ese presupuesto distingue varias hipótesis que, en atención a diversos extremos, resuelve a través de la incriminación como delito consumado o intentado –en versión dolosa o imprudente– y que vienen referidas a los siguientes casos: 1) El sujeto realiza un vertido que no alcanza el nivel exigido en el tipo, pero finalmente se llega a ese nivel porque con posterioridad otras personas realizan otros vertidos; 2) el vertido produce la modificación en el medio natural apta para causar el daño al equilibrio de los ecosistemas porque anteriormente se habían efectuado otros vertidos; 3) que por vertidos anteriores se haya alcanzado la intensidad para causar el mencionado daño, de manera que el vertido objeto de atención sólo eleve aquella intensidad (*El delito de contaminación ambiental*, cit., págs. 128-131).

⁴⁷ Sobre los problemas que presenta la relación de causalidad en los delitos de idoneidad lesiva, vid.: DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, cit., págs. 225 y ss. Téngase en cuenta, además, que estos delitos son considerados mayoritariamente como delitos de resultado –cifrado en la creación de una situación de peligro derivada de la aptitud peligrosa o de la idoneidad lesiva de la conducta–, pero hay quienes los consideran delitos de mera actividad en los que la idoneidad es un elemento de la acción y respecto de los que no cabe hablar del nexo causal (MORALES PRATS, F., “Estructura típica de peligro en el delito ambiental”, en *La protección jurídica del medio ambiente* (coord. VALLE MUÑIZ, J.M.), Pamplona, 1997, pág. 355).

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.-M^a., *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 77. DE LA CUESTA AGUADO, tras negar que este tipo sea un “delito de contaminación”, sostiene que una conducta será idónea o adecuada para lesionar cuando un observador imparcial, con los mismos conocimientos que el autor pudiera considerar que era “previsible” que de tal conducta derivase una lesión (*La causalidad en los delitos*, cit., pág. 246). Alaba esta autora la evolución jurisprudencial en el sentido de ya no requerir,

Entiendo que la complejidad se acrecienta debido a la heterogeneidad de conductas contenidas en el primer párrafo del artículo 325 y, sobre todo, a la inclusión entre ellas de los ruidos y vibraciones, pues no resulta fácil imaginar acciones de contaminación acústica con suficiente potencialidad para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

Precisamente, la exigencia del posible perjuicio grave para el equilibrio de los sistemas naturales es la característica diferenciadora entre el delito ecológico y la simple infracción administrativa⁴⁹. A propósito de esta cuestión, cabe preguntarse si son acumulables las sanciones correspondientes al ilícito penal y al ilícito administrativo sin que se vulnere el principio *ne bis in idem*, que, aunque no se halla recogido de forma expresa en la Constitución, deriva tácitamente del propio principio de legalidad.

El Tribunal Constitucional tiene sentada doctrina en el sentido de que hay que excluir la doble condena si se dan los siguientes requisitos: identidad absoluta de los hechos, identidad absoluta de los sujetos y que el fundamento de las sanciones sea también idéntico. El principal problema, desde luego, estriba en comprobar el tercero de los requisitos, pero en relación a esta materia parece que el fundamento de ambos ilícitos es coincidente, ya que tutelan un mismo bien jurídico: el medio ambiente.

De ahí, que desde el momento en que se tenga conocimiento de que los hechos pueden ser constitutivos de delito, se paralizará el procedimiento administrativo sancionador que eventualmente se hubiese iniciado y, dada la prioridad de la vía penal, se acudirá a esta. Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional tienen reiteradamente declarado que la colisión entre una actuación jurisdiccional y otra administrativa se resuelve a favor de la primera, debiendo suspenderse el procedimiento administrativo hasta que concluya el proceso penal; de este modo, si recae condena penal la cuestión queda zanjada; mientras que si la sentencia es absolutoria seguirá adelante el procedimiento administrativo, respetándose los hechos declarados probados por el órgano jurisdiccional.

En este sentido se afirma que cuando un acto ilícito haya sido ya castigado por los Tribunales de Justicia, la cosa juzgada impide una posterior actuación administrativa, pero no al revés. Es decir, si es la Administración la primera en imponer la sanción, ello no impide la posterior actuación y sanción del juez o tribunal penal. El hecho de que exista una sanción administrativa previa -argumentan PRATS CANUT/MARQUÉS Y BANQUÉ⁵⁰- no debe vedar absolutamente el acceso a la jurisdicción penal. En tales casos, el juez debe evitar el criterio mecanicista de simple reducción cuantitativa de la pena pecuniaria y proceder a hacer una valoración conjunta de la parte de injusto ya sancionada administrativamente y la que queda subsistente. De lo contrario, entienden que no se respetan las exigencias propias del principio de proporcionalidad.

como ocurría inicialmente, un acto de contaminación previa y concluye afirmando que ya no es necesario ni siquiera que se constate un peligro concreto unido causalmente a la acción típica (pág. 250).

⁴⁹ Por ejemplo, la SAP Albacete de 31 de octubre de 2001 considera el mayor o menor grado de prolongación en el tiempo como criterio de delimitación entre el delito y la infracción medioambiental.

⁵⁰ *Comentarios al Código Penal*, cit., págs. 1590-1591

En contra de la anterior doctrina, la STC 177/ 1999, de 11 de octubre –aprobada por mayoría y con algún voto particular discrepante- otorga amparo por admitir infracción del principio *ne bis in idem* en un supuesto de vertidos contaminantes en que se sancionó administrativamente a una empresa y luego se condenó al representante legal de la misma por un delito ecológico. Para ello anula las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial. Según esta resolución, cuando la Administración Pública tenga conocimiento de una conducta infractora e inicia un procedimiento sancionador, si la misma integra únicamente un ilícito administrativo seguirá adelante con el procedimiento sancionador, pero si puede ser constitutiva de delito deberá acordar la suspensión del procedimiento iniciado y remitir el expediente a la Fiscalía o a la Autoridad judicial, o ponerlo en conocimiento de la Policía Judicial especializada. Si no actúa así e impone una sanción administrativa, estaría cerrando el camino a una posterior actuación penal sobre los mismos hechos. En apoyo de su tesis, el Tribunal Constitucional recalca las siguientes ideas:

-La preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica el derecho fundamental del *no bis in idem*.

-El citado derecho fundamental no puede depender del orden de preferencia que normativamente se haya establecido entre los poderes legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia por parte de la Administración de la legalidad aplicable.

- En estos casos estamos en presencia de un conflicto jurisdiccional entre los órganos de la Administración Pública y los de la jurisdicción penal, que debe resolverse con arreglo a criterios de prevalencia de uno u otro poder público.

La senda iniciada por la anterior sentencia, que ha merecido juicios críticos de diferente signo, no ha sido seguida, por ejemplo, por la STC 152/2001, de 2 de julio, al abordar un supuesto similar, en el que el sujeto que demandaba amparo había sido sancionado administrativamente por una infracción de tráfico y posteriormente condenado, por el mismo hecho, como responsable de un delito contra la seguridad del tráfico. Con la introducción de un nuevo elemento a tener en cuenta, no concede el amparo en el caso de duplicidad de sanciones atendiendo al dato de la actitud del recurrente, que está obligado a manifestar a la Administración la apertura de un procedimiento penal, para que suspenda el procedimiento administrativo. Si no lo hace, no podrá invocar la vulneración del principio de legalidad (*ne bis in idem*) que con su actuación ha consentido.

También en contra del punto de vista mantenido por la sentencia 177/1999, la STC 2/2003, de 16 de enero, niega el amparo a quien por unos mismos hechos fue sancionado administrativamente y posteriormente condenado en un proceso penal. Declara que la garantía material de no ser sometido a *bis in idem* tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada; en esta ocasión no se dio tal circunstancia, ya que se procedió a descontar la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir. Advierte, eso sí, que se hubiese producido la vulneración del *ne bis in idem* si se hubiese desconocido la cosa juzgada, efecto que es

predicable tan sólo de las resoluciones judiciales. En el caso concreto, al no efectuarse un control judicial posterior por la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución administrativa carece de efecto de cosa juzgada.

Idéntico criterio sobre la eficacia de la cosa juzgada judicial se asume en la STS 1765/1999, de 11 de enero de 2000. Esta sentencia se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, donde se dice que *no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento*. Según esta resolución, a diferencia del proceso civil en el que la aplicación de la excepción de cosa juzgada requiere la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, en el proceso penal las únicas identidades exigibles son la subjetiva y la objetiva (identidad de hecho), pero no la identidad de fundamento o calificación jurídica, ya que unos mismos hechos de los que resulta absuelto en firme el acusado no pueden ser objeto de una nueva acusación en otro proceso, por el mero hecho de un cambio de perspectiva acusatoria.

En cuanto al elemento subjetivo de la tipicidad del artículo 325 que venimos comentando, cabe decir que requiere dolo, que deberá abarcar todos los elementos de la descripción típica, incluido el conocimiento de la idoneidad de la conducta para lesionar el bien jurídico. Normalmente será dolo directo de segundo grado o eventual⁵¹, pues no parece muy lógico realizar actividades dirigidas, sin más, a contaminar. Recordemos que el artículo 331 tipifica la comisión de este ilícito mediante imprudencia grave⁵².

Respecto a las consecuencias jurídicas que derivan de la comisión de este delito, además de las penas de prisión, multa e inhabilitación que se establecen en el primer inciso del artículo 325, el artículo 327 contiene una nueva muestra del reconocimiento por parte del legislador de que el delito ecológico se suele llevar a cabo en el seno de las personas jurídicas, al facultar al juez para que acuerde alguna de las consecuencias previstas en las letras a) o e) del artículo 129 (clausura o intervención de la empresa, respectivamente)⁵³.

Aparte de la anterior previsión, el artículo 339, ubicado en el capítulo relativo a las disposiciones comunes a todo el título, prevé la posibilidad de que los jueces o tribunales, motivadamente, ordenen la adopción, a cargo del autor del hecho, de *medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título*.

Otros preceptos que afecta a la penalidad –albergados asimismo entre las disposiciones comunes– son los artículos 338 y 340. El primero de ellos contiene una agravación, pues señala que se impondrán las penas superiores en grado a las

⁵¹ Cfr. STS 19 de mayo de 1999. Sobre los problemas que presenta la imputación subjetiva y los posibles efectos del error, vid.: SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., págs. 88-95.

⁵² El que esté presente la nota de la gravedad, cuya dificultad de precisar es innegable, determina la existencia de un ilícito penal, pues, de lo contrario, sólo podríamos estar ante una simple infracción administrativa. Vid., sobre el particular, STS 9 de octubre de 2002 y SAP Madrid 20 de septiembre de 2000.

⁵³ Sobre las distintas posibilidades de interpretar el contenido del artículo 327 en relación con el artículo 129, vid.: B.J. FEIJOO SÁNCHEZ, *Empresa y delitos contra el medio ambiente*, cit.

respectivamente previstas, cuando las conductas definidas en el Título *afecten a algún espacio natural protegido*. Naturalmente, no regirá respecto del tipo descrito en el artículo 330 por el principio de inherencia (artículo 67 CP) y el respeto al *no bis in idem* (SSTS 26 de junio de 2001, 30 de enero de 2002; SAP Valencia 11 de diciembre de 2000).

A su vez, el artículo 340 admite la posibilidad de rebajar la pena cuando el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título *hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado*. En tales casos los Jueces y Tribunales impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas. Este precepto consagra un supuesto específico de reparación del daño, en relación a la circunstancia 5ª del artículo 21, otorgándole un especial efecto atenuante a la reparación en el ámbito ambiental.

Al margen de que la efectividad de la previsión puede ser más que dudosa en aquellos casos en que los perjuicios causados son de una dimensión tal que no sería factible una verdadera reparación del daño, repárese en el hecho de que una sola circunstancia genérica atenuante apreciada como muy cualificada -siempre que no concorra agravante alguna- podría llevar a que se impusiese la pena inferior en dos grados (artículo 66.1,2ª).

2.1.2 Grave riesgo para la salud de las personas (segundo inciso del artículo 325.1)

El último inciso del número 1 del artículo 325 contiene un nuevo tipo, que el legislador concreta diciendo que *si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior*. En su entendimiento se presentan también varias cuestiones polémicas.

En primer lugar, existe discusión respecto a si se trata de un delito de peligro concreto o abstracto, así como en torno a la vinculación que tiene con la anterior tipicidad. Mayoritariamente se considera esta modalidad como un supuesto agravado en relación al tipo básico⁵⁴. Algunos intérpretes, como DE LA CUESTA AGUADO, lo consideran un delito de peligro concreto para la salud de las personas en el que el juez, además de constatar la peligrosidad abstracta del vertido para lesionar o menoscabar la salud de las personas, deberá haber constatado que se ha producido un riesgo real, no para una persona en concreto, sino para cualquier persona⁵⁵. Hay quienes, sin embargo, se decantan por su entendimiento como delito de peligro abstracto, que viene configurado como una segunda modalidad básica. Así opinan, por ejemplo, DE LA CUESTA ARZAMENDI⁵⁶ o SILVA SÁNCHEZ⁵⁷.

⁵⁴ Por todos, CARMONA SALGADO, C., *Compendio*, cit., pág. 620. Para esta autora es la única figura de peligro concreto, junto al artículo 328, que recoge el capítulo III. Sin embargo, ALASTUEY DOBÓN, entre otros, entiende que estamos ante una modalidad agravada, pero de peligro abstracto (*El delito de contaminación ambiental*, cit., págs. 74 y 108).

⁵⁵ *Causalidad*, cit. págs. 157 y ss. Destaca, asimismo, los problemas que se presentan a la hora de determinar la gravedad del perjuicio para la salud de las personas, dado que el concepto introduce criterios de difícil cuantificación para el intérprete, al tiempo que mantiene la tesis de que en la determinación de la gravedad han de valorarse dos variables distintas: la entidad de la lesión y el número de personas afectadas.

⁵⁶ *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, cit., pág. 293.

Respecto a la relación que guarda con la modalidad que le antecede, el último de los autores citados sostiene con sólidos argumentos su autonomía (ciertamente relativa, al compartir con el inciso primero los medios comisivos), entendiendo, así, que no tienen que concurrir los elementos del tipo que le precede (por ejemplo, la exigencia de afectar al equilibrio de los sistemas naturales), de modo que, en el caso de que se vieses afectados el equilibrio de los sistemas naturales y la salud, cabría apreciar un concurso de delitos⁵⁸.

Entre otros argumentos, aduce SILVA SÁNCHEZ en apoyo de su punto de vista razones gramaticales (este segundo inciso del número 1 del artículo 325 no exige que, además de la salud de las personas, se afecte al equilibrio de los sistemas naturales) y el hecho de que en la práctica se puedan producir acciones contaminantes idóneas para producir un grave perjuicio para la salud de las personas sin que tengan capacidad para poner en peligro el citado equilibrio⁵⁹.

Desde luego, comparto la tesis de este autor. A las razones que esgrime a favor de la autonomía del párrafo que comentamos añadiría y haría especial hincapié en el siguiente argumento: si para apreciar esta segunda modalidad fuese necesario que las conductas pudiesen perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, difícilmente tendrían cabida en el tipo las contaminaciones acústicas.

En esta misma línea, parece inscribirse la SAP Palencia de 9 de noviembre de 2000, en la que el fundamento de la condena del administrador y representante legal de una sala de fiestas descansa exclusivamente en las alteraciones que la salud de los vecinos del inmueble sufrieron a raíz del excesivo ruido a que estaban sometidos los fines de semana. Planteado recurso de casación sobre la misma, la STS de 24 de febrero de 2003, si bien modifica en algo la pena impuesta, confirma la condena por delito ecológico⁶⁰.

⁵⁷ *Delitos contra el medio ambiente*, cit., págs. 96 y ss.

⁵⁸ En el caso de que el peligro se actualice, dándose lugar a un resultado de muerte o lesiones, la doctrina se inclina por la apreciación de un concurso ideal. Cfr., por todos, DE LA CUESTA AGUADO (*Causalidad*, cit., págs. 74 y ss. Vid, no obstante, STS 11 de marzo de 2002: *si el peligro o el posible perjuicio se actualizan estaremos ante delitos de lesión que se castigarán separadamente, en tanto que el delito de riesgo tiene un alcance colectivo y el de lesión o resultado un alcance individual o específico*).

⁵⁹ Acude al ejemplo de una emisión contaminante de humos de una fábrica que pone en peligro la salud de unas decenas de personas que viven o trabajan en las cercanías y que seguramente no incide en los sistemas naturales. Si el segundo inciso del artículo 325. 1 fuese considerado como un tipo agravado, sería necesaria, para su apreciación, la concurrencia de todos los elementos de la modalidad anterior (incluida la capacidad de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales) y, por tanto, tal hipótesis no podría ser objeto de punición. El autor pone de manifiesto, asimismo, las consecuencias que derivan de su toma de posición: apreciación de un concurso ideal en el caso de que estemos en presencia de una acción idónea para perjudicar tanto el equilibrio de los ecosistemas como la salud de las personas y la posibilidad de cometer por imprudencia esta segunda modalidad, con la consiguiente satisfactoria conclusión de que, a tenor del artículo 331, la puesta en peligro imprudente de la salud de las personas se castigaría más que si se tratase del equilibrio de los sistemas naturales (*Delitos contra el medio ambiente*, cit., págs. 96-99). ALASTUEY DOBÓN, sin embargo, se manifiesta en contra de la idea de interpretar este segundo inciso del artículo 325. 1 como un tipo autónomo, por entender que conduce a consecuencias equivocadas desde el punto de vista del bien jurídico protegido en este delito, ya que, según ella, en ambos incisos es idéntico el objeto de protección: el equilibrio de los sistemas naturales (*El delito de contaminación ambiental*, cit., págs. 71 y ss.).

⁶⁰ En esta interesante y polémica resolución se abordan importantes cuestiones en relación con la contaminación acústica, aludiendo que en esos casos están en juego los derechos de protección de la

2.1.3 Liberación, emisión o introducción de radiaciones ionizantes u otras sustancias (artículo 325. 2).

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, introduce en el artículo 325 el apartado 2, donde se regula un nuevo tipo relativo a la acción dolosa de liberar, emitir o introducir radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles. En orden a su punición, se establece que tales conductas serán castigadas, además de con la pena que corresponda por el daño causado a las personas, con la prisión de dos a cuatro años.

La incorporación de esta nueva modalidad, que parece venir determinada por la Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo de 27 de enero de 2003 relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal ⁶¹, resulta sumamente desconcertante. Da la impresión de que tanto su ubicación como su configuración se ha efectuado de forma irreflexiva, pues algunos aspectos del tipo encuentran difícil explicación, empezando por la propia pena que se le asigna.

Si contrastamos la sanción prevista para este delito con las que acarrearán la comisión de otros ilícitos de menor trascendencia y relacionados con las mismas actividades, llegaremos a la conclusión de que se trata de un tipo privilegiado, pese a la gravedad de los hechos que incrimina. Así ocurre, por ejemplo, con el primer número 1 del artículo 325 (en cuyo ámbito se incluyen las radiaciones), respecto del que se prevé, aparte de una pena de prisión con idéntico límite máximo, una multa y la inhabilitación especial para profesión u oficio (todo ello, naturalmente, sin perjuicio de apreciar el correspondiente concurso de delitos en el caso de muerte o producción de resultados lesivos para la salud). Otro tanto sucede con los delitos relativos a la energía nuclear y a

salud; la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario; el bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos así como el equilibrio de los sistemas naturales. Vid., sobre el particular, STC 16/2004, de 23 de febrero, en la que se declara que la saturación acústica puede afectar a la intimidad en el ámbito domiciliario y a la integridad física y moral (derechos fundamentales consagrados en los artículos 15 y 18 de la Constitución). Esta sentencia, partiendo de la doctrina expuesta en STC 119/2001, de 24 de mayo, desestima el recurso de amparo interpuesto por el propietario de un *pub* de Gijón que en 1998 fue multado por infringir la ordenanza municipal sobre contaminación acústica. El recurrente alegaba que la multa impuesta carecía de cobertura legal, ya que no existía ninguna norma con rango de ley que tipificara las infracciones por contaminación acústica. El juez consideró, sin embargo, que era aplicable la Ley 38/1972, sobre protección del medio ambiente atmosférico, que incluía un catálogo de infracciones y atribuía a los alcaldes la competencia para sancionar. El Tribunal Constitucional, por mayoría y gracias al voto de calidad de su presidente, Jiménez de Parga, y en este caso ponente, confirma la interpretación judicial, entendiendo que la saturación acústica puede estar comprendida en la definición de “contaminación atmosférica”, que establecía la ley de 1972, según la cual “contaminación atmosférica es la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes”. Se considera así el ruido como una forma de energía, lo que tres de los seis miembros de la Sala sostienen, en su voto particular discrepante, que es una interpretación extensiva de la ley, constitucionalmente vedada por perjudicar al sancionado.

⁶¹ En el artículo 2 de esta Decisión del Consejo de la Unión Europea, donde se establece una relación de conductas respecto de las que cada Estado miembro tiene que adoptar –antes del 27 de enero de 2005- las medidas necesarias para que sean tipificadas como infracciones penales en su Derecho interno, se incluye en la letra a) *el vertido, la emisión o la introducción de una cantidad de sustancias o de radiaciones ionizantes en la atmósfera, el suelo o las aguas, que causen la muerte o lesiones graves a las personas.*

las radiaciones ionizantes (artículos 341 y 343, principalmente), que, aun tratándose de delitos de peligro, llevan aparejadas importantes penas privativas de libertad y privativas de derechos. Por cierto, ¿no sería entre ellos donde hubiese encontrado mejor acomodo el nuevo tipo? A lo anterior cabría añadir que, dada la exigencia expresa de dolo, no cabría, en caso de que por negligencia grave se diese lugar a los resultados detallados en el tipo, que entrasen en juego los preceptos que sancionan esa modalidad de imprudencia en los correspondientes grupos de delitos (artículos 331 y 344, respectivamente).

Pero es que además el precepto carece de precisión cuando alude, junto a las radiaciones ionizantes a “otras sustancias”, o cuando entre los efectos cita la producción de “secuelas irreversibles”. A todo ello cabe añadir el dato de su más que dudosa efectividad, sobre todo en los casos en que los efectos nocivos no se producen de forma inmediata, sino que aparecen transcurridos años desde que se llevaron a cabo las acciones típicas.

2.1.4 Conductas agravadas (artículo 326).

El artículo 326 contiene una relación de conductas agravadas, estableciendo que *se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando de la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

- a) *Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.*
- b) *Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.*
- c) *Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.*
- d) *Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.*
- e) *Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.*
- f) *Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones.*

Una cuestión nada pacífica es la relativa a si estamos ante tipos cualificados o ante meras agravaciones con una fundamentación exclusivamente formal⁶². SILVA SÁNCHEZ, por ejemplo, se inclina por la primera opción en la inteligencia de que los incrementos de pena deben asociarse necesariamente a agravaciones del injusto penal, ya por afectación a otro bien jurídico penal, ya por agravación del riesgo relativo al bien jurídico de que se trate. Por tanto, según él, tras de todas y cada una de las circunstancias cualificantes del artículo 326 deben hallarse elementos que denoten una mayor gravedad de la incidencia de la conducta sobre el medio ambiente, pues las que afecten a otros bienes jurídicos se castigarán separadamente, siguiendo las reglas del concurso de delitos⁶³, como se señala en el propio artículo. Entiende que el

⁶² Otra cuestión controvertida es la relativa a su posible comisión imprudente. Vid. sobre el tema SILVA SÁNCHEZ (*Delitos contra el medio ambiente*, cit., págs. 123-124), sosteniendo que en su totalidad son tipos exclusivamente dolosos.

⁶³ BOIX REIG/ JAREÑO LEAL rechazan la tesis del concurso de delitos en relación con los apartados b), c) y d), dado que la razón de la agravación no reside en un incremento del bien medio ambiente, sino en la realización de la información falsaria, el hecho de la desobediencia o la actividad

denominador común de los tres primeros números sería un incremento del riesgo para el medio ambiente por la vía de la neutralización o interrupción de cursos causales salvadores del bien jurídico promovidos por la Administración medioambiental, de modo que la pura infracción formal, tras la que no quepa hallar este elemento de interrupción de los citados cursos causales, no debería dar lugar a la agravación de responsabilidad⁶⁴. Sin embargo, SUÁREZ/GONZÁLEZ sostiene que no son tipos cualificados, sino circunstancias agravantes específicas, pues ningún supuesto de los enumerados –salvo el de la letra e)- incrementan el desvalor de acción o de resultado del tipo básico⁶⁵.

a) Funcionamiento clandestino de la industria o actividad

En relación con esta primera agravación –sin duda, la que mayores dudas de interpretación presenta- el Código Penal de 1973 sólo hablaba del funcionamiento clandestino de la industria, lo que provocaba problemas de aplicación respecto de otras actividades no vinculadas a procesos industriales, como las actividades agropecuarias, por ejemplo. De ahí que, para evitar lagunas de punibilidad, el vigente texto punitivo haya añadido el término “actividad”, con lo que quedan incluidas las de carácter agrícola o ganadero, así como vertidos de aguas residuales, etc.

En concreto, la exégesis del término “clandestinamente” resulta muy problemática, habiéndose propuesto diversas interpretaciones del mismo. A saber: 1) actividades realizadas de modo oculto, de manera que ni los ciudadanos ni la Administración tengan constancia de su existencia; 2) la actividad de industrias que carecen de la autorización de funcionamiento por parte del Ministerio de Industria y de la preceptiva licencia municipal de actividades industriales; 3) la actividad que carece de autorización específicamente relacionada con el medio ambiente.

Aunque existen resoluciones contradictorias, la última de las opciones es por la que parecen inclinarse recientes sentencias, que asimilan la clandestinidad al hecho de que la industria funcione sin haber pedido u obtenido la debida autorización, aprobación o licencia que se prevé en las distintas normas ambientales (SSTS 12 de diciembre de 2000, 17 de septiembre de 2001, 23 de noviembre de 2001, 21 de diciembre de 2001, 30 de enero de 2002, 24 de septiembre de 2002, 24 de mayo de 2003; AP Barcelona 22 de marzo de 2002, entre otras). No bastaría, pues, para eliminar la clandestinidad la existencia de una autorización genérica realizada a través de la correspondiente licencia municipal. La STS de 23 de octubre de 2002 resulta clarificadora al respecto cuando recalca que “para contar con las preceptivas autorizaciones administrativas, no es suficiente con una autorización genérica de funcionamiento, ya que si la industria es potencialmente contaminante es necesario que exista una autorización específica que, después de analizar todas las condiciones de la industria o de valorar su impacto

obstaculizadora. Defienden, así, la existencia de un concurso de leyes en el que habría que aplicar el artículo 326 por razón de especialidad (*Derecho Pena, Parte Especial, cit., pág. 644*).

⁶⁴ *Delitos contra el medio ambiente, cit., págs. 102-103.*

⁶⁵ *Comentarios al Código Penal, cit., pág. 931.* Puntos de vista diferentes encontramos en otros lugares en que se distinguen dos grupos de agravantes, en función de su mayor desvalor de acción o de resultado: las cuatro primeras y la última se integrarían en el primer grupo, mientras que la relacionada en la letra e) atendería al mayor desvalor de resultado (*MEMENTO PRÁCTICO, cit., pág. 391*).

ambiental⁶⁶ y de exigir la instalación de todas las cautelas a las que nos hemos referido, conceda la licencia específica para dicha industria”⁶⁷.

La doctrina trata de ofrecer respuesta a determinados casos problemáticos como, por ejemplo, aquellos en los que no mediando una autorización formal, la Administración tolera el funcionamiento de la industria o actividad y aquellos otros en los que faltando la autorización, ésta se hubiese obtenido de haberse solicitado. Para algunos, pese a que una interpretación literal del precepto obligaría a considerar típicas ambas hipótesis, un entendimiento no formalista del concepto de autorización unido a una interpretación teleológica de la norma inducen a decantarse por la solución contraria⁶⁸.

Jurisprudencialmente la cuestión relativa a si hay clandestinidad cuando, pese a la falta de autorización, la Administración tiene conocimiento del desarrollo de la actividad o del vertido, se resuelve de manera dispar. En tanto que algunas sentencias aplican la agravación (SSTS 12 de diciembre de 2000, 17 de septiembre de 2001; SSAP Barcelona 7 de mayo de 2001, 18 de julio de 2001); en otras resoluciones, sin embargo, se sostiene lo contrario, en el entendimiento de que no resulta afectada la capacidad fiscalizadora de la Administración (SSAP Madrid 16 de febrero de 2001; Barcelona 22 de febrero y 15 de noviembre de 2000).

b) Desobediencia de órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de actividades.

⁶⁶ Hay que tener en cuenta que no puede concederse licencia de apertura de las instalaciones o actividades contaminantes que precisen de una evaluación de impacto ambiental, sin que previamente se haya aprobado dicha evaluación. Cfr. Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental y Real Decreto 1331/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para su ejecución.

⁶⁷ MUÑOZ CONDE, tras considerar que la cualificación no se vincula al injusto del hecho, sino a la mera situación de irregularidad administrativa, se pronuncia en el sentido de asimilar la clandestinidad a la falta de autorización administrativa, aceptando que resulta indiferente que la Administración tenga o no conocimiento de la actividad o la tolere, así como que, de haberse solicitado la autorización, ésta se hubiese obtenido (*Derecho Penal. Parte Especial*, cit. pág. 564). Sin embargo, BOIX REIG/JAREÑO LEAL descartan la equiparación entre “clandestino” con ausencia de autorización y sostienen que la idea de clandestinidad supone un plus, que comporta la dificultad de control de la actividad por parte de la Administración (*Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 643).

⁶⁸ Cfr.: SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 931. SILVA SÁNCHEZ, tras sostener que el fundamento del tipo cualificado reside en la sustracción al control formal de la administración competente que supone un mayor riesgo para el medio ambiente, aboga también por interpretaciones restrictivas desde perspectivas sistemáticas y teleológicas. Considera, pues, que clandestinidad es sustraer a la Administración el conocimiento formal de las actividades de que se trate, impidiendo o dificultando la intervención de aquélla como garante del medio ambiente; de ahí, que entienda que en aquellos casos en que el administrado ha solicitado la autorización, o bien la Administración tiene por otras vías, conocimiento *formal* de la actividad de que se trate, la iniciación o prosecución de ésta no puede reputarse clandestina. Excluye, asimismo, la existencia de clandestinidad en los casos de mera ausencia de autorización de vertidos (siempre que la industria o actividad industrial tenga aprobadas por la administración competente sus instalaciones) o de autorización nula (se concede la licencia de actividades, sin exigir previamente la de vertidos, cuando la normativa sectorial condiciona lo uno a lo otro). Respecto a los supuestos de tolerancia administrativa en relación al tema de los planes de descontaminación gradual, sostiene que las diversas situaciones que se puedan producir deberían llevar, a través de una interpretación teleológica, a rechazar la clandestinidad sobre la base de dos datos ciertos: la ausencia de sustracción al control de la Administración y la disminución progresiva del riesgo para el medio ambiente (*Delitos contra el medio ambiente*, cit., págs. 109 y ss.).

Para la aplicación de esta agravación tienen que concurrir los siguientes requisitos:

- Que las órdenes sean expresas.
- Que procedan de órganos de la Administración con competencia medioambiental para ordenar la corrección o suspensión de la actividad.
- Que el sujeto conozca la orden, así como su contenido, y que haga caso omiso de la misma ⁶⁹.

Desde luego, la causa que motiva la orden ha de ser la protección medio ambiental o de la salud de las personas (no otras órdenes que respondan a otros motivos, como la protección de puestos de trabajo o de los intereses de los acreedores). Puede darse el caso de que la orden se refiera a una determinada actividad de la industria y no a esta en su integridad.

Se suscitan problemas concursales con el delito de desobediencia del artículo 556 del Código Penal, cuya resolución viene determinada en buena medida a partir de fundamento que se le atribuya a la cualificación. Los que sostienen que debe conectarse a un mayor peligro para el medio ambiente, optan por el concurso ideal de delitos ⁷⁰, mientras que los que entienden que la razón de la agravación no reside en un incremento de peligro del bien jurídico, sino en la simple desobediencia, defienden la solución del concurso de leyes ⁷¹.

También la jurisprudencia parece inclinarse por la idea de que las agravaciones por su especialidad deben prevalecer sobre delitos genéricos como el de desobediencia. De este modo, cuando se cree un peligro para el medio ambiente hay que aplicar prioritariamente los artículos 325 y 326 (STS 19 de mayo de 1999).

c) Falseamiento u ocultación de información sobre los aspectos ambientales de la actividad.

En este caso se agrava la pena cuando el administrado, obligado legal o reglamentariamente, a aportar datos que tiene que ver con aspectos ambientales de la actividad, o no los aporta o los falsea. Tal sería el caso, por ejemplo, de la adulteración de datos relativos a la contaminación en el estudio de impacto ambiental que debe acompañar todo proyecto de actividad que requiera esta clase de evaluación. No se exige que el falseamiento o la ocultación recaigan sobre elementos esenciales ⁷², como

⁶⁹ La STS de 3 de diciembre de 2002 aprecia esta cualificación por el hecho de desobedecer las órdenes expresas de la autoridad competente en cuanto a la reposición de las cosas al momento anterior a cuando se cometió la infracción y por seguir desarrollando la actividad, pese a conocer también la prohibición del Ayuntamiento de suspender los actos de uso de suelo para extracción de áridos, clasificación, lavado y venta de los mismos, actividad que mantuvieron hasta que el juzgado que instruyó las causa ordenó su cese.

⁷⁰ Cfr.: SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *Delitos contra el medio ambiente*, cit., págs. 118 y 119. MUÑOZ CONDE, pese a que sostiene que la cualificación no añade nada a la peligrosidad objetiva del hecho, aboga también por el concurso de delitos (*Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 564).

⁷¹ Así, BOIX REIG/JAREÑO LEAL consideran que habría que aplicar los tipos agravados del artículo 326 por razón de especialidad (*Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 644).

⁷² El dato de que no se exija el que el falseamiento o la ocultación recaigan sobre aspectos relevantes de cara a la evitación de la lesión del medio ambiente lleva a MUÑOZ CONDE a entender que se trata de una cualificación meramente formal (*Derecho Penal, Parte Especial*, cit. pág. 565).

tampoco se concreta la naturaleza de las instancias de que puede proceder la solicitud de información, ni la finalidad que pueda perseguir el sujeto ⁷³.

Parece que dichas conductas se podrán llevar a cabo bien para obtener la autorización, bien para eludir medidas correctoras o suspensivas, de modo que cabría concretarlas en el hecho de que la actividad funcione con una autorización formal viciada por la ocultación de datos o por la falsedad de la información aportada por el sujeto cuando tenga obligación legal o reglamentaria de hacerlo.

Respecto a la problemática concursal con las falsedades (artículos 390 y ss), es trasladable *–mutatis mutandis–* lo dicho en relación a la anterior agravación.

d) Obstaculización de la actividad inspectora de la Administración.

Dada la amplitud con que viene concebida -ni siquiera se exige que la inspección se vea imposibilitada- se postula una interpretación restrictiva de la misma, exigiendo los siguientes requisitos:

- La inspección debe realizarla el órgano administrativo competente en materia medioambiental y dirigida, por tanto, a la protección de intereses medioambientales, con exclusión, pues, de inspecciones fiscales, laborales, etc., encaminadas a la protección de otros intereses.
- La actividad obstaculizadora debe ser grave, no tratándose de meras resistencias a mostrar datos, por ejemplo, y siempre que haya existido un requerimiento previo formal, expreso y por escrito ⁷⁴.

e) Producción de un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico

La dificultad de interpretación de este nuevo supuesto se acrecienta, al contener elementos normativos cuyo alcance resulta especialmente problemático, pues, en efecto, no es fácil precisar el sentido de los términos *irreversible* y *catastrófico*, que, apresurémonos a advertir, no vienen referidos al daño, sino al riesgo de deterioro.

Desde el momento en que no se exige el deterioro irreversible en sí, sino sólo el riesgo de deterioro irreversible, la determinación de tal hipótesis resulta extremadamente difícil. A la hora de interpretar esta expresión se manejan, a veces,

⁷³ SUÁREZ GONZÁLEZ aboga por una interpretación restrictiva en el sentido de entender que debe tratarse de información que la empresa tiene la obligación de dar a requerimiento de instancias administrativas (*Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 932). También crítico, respecto a esta cualificación y la siguiente, se muestra SILVA SÁNCHEZ, para quien la ocultación de información sólo será relevante si se trata de informaciones respecto de las cuales concurra un deber de revelación. Añade que la ocultación de información y la obstaculización de la labor inspectora constituyen actos de autoencubrimiento que no deben dar lugar a responsabilidad penal, entendiéndose, además, que *se podría sostener que la incriminación de estas conductas, en la medida en que dan lugar a una sustancial agravación de la responsabilidad, contraviene el derecho a no declarar contra uno mismo, lo que suscita dudas sobre su conformidad con la Constitución (Delitos contra el medio ambiente, cit., pág. 120).*

⁷⁴ Cfr.: *MEMENTO*, cit., pág. 394.

conceptos de irreversibilidad que superan el tenor literal de la palabra ⁷⁵, lo que puede suponer un recurso a la analogía prohibida.

Según algunos autores ⁷⁶ cabrá apreciar el riesgo de deterioro irreversible en los supuestos en los que siguiendo el curso natural de los hechos, la situación no puede volver a ser la misma a la existente con anterioridad a la conducta infractora. Para otros ⁷⁷, sin embargo, esta identificación entre irreversible con naturalmente irrecuperable es considerado un criterio demasiado amplio, que provocaría hacer inoperativa la agravación en gran número de casos; de ahí que añadan al anterior concepto el requisito de ineficacia de la actuación del sujeto activo para evitar las consecuencias dañosas.

A su vez, hay quienes, fundamentando la agravación más que en la entidad del resultado en la inmediatez de la lesión, entienden que riesgo irreversible sería aquél que, por un lado, escapa al control de su causante y, por otro, se puede deducir aplicando las leyes de la experiencia la inminencia de la lesión. Se trataría, por tanto, de un peligro concreto que irremediamente devendría en lesión, salvo intervenciones posteriores de terceros o de circunstancias imprevisibles o incontrolables para el autor ⁷⁸.

En una línea más estricta y más respetuosa con la literalidad de la ley, TERRADILLOS BASOCO propone aplicar la agravación siempre que la situación de riesgo que se crea lo sea de un perjuicio tal que, ni por la actuación de los agentes naturales ni por la intervención correctora del hombre, se pueda recuperar la situación originaria ⁷⁹.

Los pronunciamientos jurisprudenciales sobre este extremo se suelen inclinar por la no apreciación de la agravación en los casos en que el cese de la actividad contaminante permita recuperar la normalidad (SAP Barcelona 24 de enero de 2000), o, incluso, aunque la contaminación precise de un período mínimo de veinte años para conseguir la restauración del medio a su natural estado (SAP Barcelona 22 de febrero de 2000). La STS 19 de enero de 2002, tras reclamar al respecto una interpretación prudentemente rigurosa y exigente en base a la severidad de la pena que acarrea la admisión de la agravante y al peligro de vaciar prácticamente de contenido el tipo básico, sostiene que existe deterioro irreversible *cuando el daño en el medio ambiente que puedan ocasionar las emisiones o vertido contaminantes alcance tal profundidad*

⁷⁵ Los términos que aquí interesan son definidos en el Diccionario de la Real Academia Española del siguiente modo: “Irreversible”: Que no es reversible. “Reversible”: Que puede volver a un estado o condición anterior. “Revertir”: Volver una cosa al estado o condición que tuvo antes. “Catastrófico”: Relativo a una catástrofe o con caracteres de tal. “Catástrofe”: Suceso infausto que altera gravemente el orden regular de las cosas. “Deteriorar”: Estropear, menoscabar, poner en inferior condición una cosa.

⁷⁶ Cfr.: PERIS RIERA, J., *Delitos contra el medio ambiente*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, pág. 41; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Lecciones de Derecho del medio ambiente*, cit., pág. 474.

⁷⁷ BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 644. Críticamente, SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 121.

⁷⁸ *MEMENTO*, cit., pág. 396.

⁷⁹ Cfr.: TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*, cit., pág. 51. MUÑOZ CONDE, por su parte, sostiene que la irreversibilidad encuentra su referencia en la gravedad cualitativa del riesgo, mientras que lo catastrófico pone el acento en su gravedad cuantitativa, señalando que para apreciar el carácter irreversible del daño habrá de acudir a criterios valorativos como lo costoso o paulatino del proceso de reparación, o el hecho de que no fuese suficiente la acción reparadora del sujeto activo *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 565.

que no pueda ser remediado por la capacidad regeneradora de la propia naturaleza haciéndose necesaria una intervención activa del hombre.

Por *catastrófico* se viene entendiendo todo suceso infausto, muy grave y de gran trascendencia, aunque sea recuperable, por afectar, ya sea a gran parte de los lugares donde el ecosistema se asienta, ya a un elevado número de personas, animales o plantas, con recuperación larga y costosa⁸⁰. Sin embargo, me parece más preciso el concepto que da SILVA SÁNCHEZ cuando alude a la elevada magnitud del perjuicio para el medio ambiente que se produciría en el caso de que se realizara el riesgo⁸¹.

f) Extracción ilegal de aguas en períodos de restricciones.

Introducida por primera vez en el CP de 1995, la presente agravante tiene su origen en los dilatados períodos de sequía que sufrió España en los años precedentes a la aprobación del texto punitivo. Como en el resto de las modalidades que acabamos de ver, deben estar presentes alguno de los riesgos para el medio natural o la salud de las personas a los que se alude en el artículo 325. La ilegalidad de la extracción supone infringir la normativa concreta de las restricciones que existan en el momento de la extracción, de ahí que el período de restricciones habrá de haber sido establecido formalmente por la autoridad administrativa competente, sentando el contenido y alcance de las mismas⁸².

2.2 Establecimientos de depósitos o vertederos (artículo 328).

El artículo 328 castiga con las penas de prisión de cinco a siete meses y multa de diez a catorce meses a *quienes establecieren depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas*. (La Ley Orgánica 15/2003 ha incidido en la respuesta punitiva en el sentido de rebajar la extensión que tenía la pena pecuniaria –que era de dieciocho a veinticuatro meses- y sustituir la de arresto fin de semana – que oscilaba también entre los dieciocho y veinticuatro fines de semana- por la de prisión).

El alcance del precepto se presenta polémico, pues la doctrina se divide entre quienes entienden que la tipificación autónoma de esta conducta resulta redundante, al estar incluida en el tipo base del artículo 325⁸³, y aquellos otros que encuentran

⁸⁰ Cfr.: BELTRÁN BALLESTER, E., “El delito ecológico”, en *Poder Judicial*, nº especial IV, 1988, pág. 106. La STS 19 de enero de 2002 considera que existe deterioro catastrófico *cuando el daño revista una intensidad y una extensión más que considerables por el número de elementos naturales destruidos, la población humana afectada y la duración de los efectos de la actividad contaminante*.

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, J.Mª., *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 121. DE LA CUESTA AGUADO sostiene que por catastrófico se entiende la producción de graves males o daños en vastas zonas, considerando que un riesgo catastrófico es más lesivo que un riesgo grave: porque puede tener efectos más extendidos; por las mayores dificultades de actuación preventiva; porque las dificultades de recuperación serían mayores y, tal vez, porque la inminencia de la lesión también ha de ser mayor (*Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 168).

⁸² SILVA SÁNCHEZ, consecuente con su planteamiento, exige para apreciar la agravante que la extracción ilegal haya supuesto un incremento relevante del riesgo para el medio ambiente (*Los delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 123).

⁸³ Cfr.: MUÑOZ CONDE, quien, además, denuncia que da lugar a consecuencias arbitrarias, al prever una pena sensiblemente inferior a la del 325, lo que, según él, se explica por un error que se produjo en el curso de su tramitación parlamentaria (*Derecho Penal. Parte Especial*, cit. pág. 567).

criterios diferenciadores de ambos ilícitos. Así, PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ ⁸⁴ sostienen que la conducta típica consiste en el establecimiento de vertederos que, según desprenden implícitamente del tipo, tendrá que hacerse en lugares no autorizados, aparte de que deberá tratarse de instalaciones con cierta permanencia. Estos autores otorgan, pues, un distinto alcance a los conceptos “vertidos” del artículo 325 y “vertederos” del artículo 328. Mientras los primeros son vertidos liberados, que implican un acto de contaminación directo sobre el aire, el agua o el suelo; los vertederos –sobre todo los de residuos líquidos- deben entenderse como líquidos que se encuentran en algún compartimento estanco (bidones, por ejemplo), de tal suerte que al no estar liberados, sin perder su potencial lesivo, si que éste se encuentra más alejado del que comporta la efectiva liberación de los mismos. A los anteriores argumentos añaden que las conductas tipificadas en el artículo 325 tienen asignada mayor pena porque son más graves que las del 328, a la vista de la estructura típica de ambos delitos. El tipo básico del delito ecológico –dicen- no prevé en la fijación de la pena el desvalor que supone el peligro para la salud humana, que opera como agravante. Por el contrario, el tipo del artículo 328 tiene integrado el desvalor de resultado (peligro para la salud humana) y equiparado penológicamente al peligro para el equilibrio de los sistemas naturales.

La segunda opción doctrinal no sólo tiene la ventaja de que se trata de una interpretación más acorde con el principio de vigencia, sino que también parece venir avalada por el concepto de vertedero que se ofrece en el artículo 3 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, en tanto en cuanto lo define como “instalación de eliminación que se destine al depósito de residuos en la superficie o bajo tierra”. A su vez, el término “depósito” no habría obstáculo en entender que se emplea en el artículo 325 en el sentido de “cosa depositada”, mientras que en el artículo 328 se acogería como equivalente a “lugar o recipiente donde se deposita”, pues ambas acepciones son admitidas en el Diccionario de la Real Academia.

El Tribunal Supremo señala otro criterio diferenciador de ambos ilícitos, que no acaba de ser convincente. Así, la STS 12 de diciembre de 2001 justifica la menor penalidad de este delito en relación al 325 en que en este último ha de concurrir junto con la realización de emisiones, vertidos y demás formas de comisión que se enumeran,

Sostienen, asimismo, la existencia de un solapamiento entre ambos artículos CARMONA SALGADO (*Compendio de Derecho Penal Español*, cit., pág. 624) y BOIX REIG/JAREÑO LEAL (*Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 646). La relación concursal que se establece entre el 325 y el 328 –que consideran un injustificable tipo privilegiado- la solventan entendiendo que estamos ante un concurso de leyes, a resolver a través de la regla de la alternatividad; es decir, aplicando el primero de los artículos.

⁸⁴ *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pág. 1601. También SILVA SÁNCHEZ, en base a criterios gramaticales, sistemáticos y teleológicos, justifica que el artículo 328 tiene su propio ámbito de acción, que refiere a quienes *han establecido los depósitos o vertederos*, y no a quienes realicen depósitos o vertidos. Entiende que el precepto supone un anticipación de las barreras de protección penal, en la medida en que dichas conductas constituirían un acto preparatorio o una tentativa de participación en la realización de vertidos o depósitos en sentido estricto (*Delitos contra el medio ambiente*, cit., págs. 127-128). Cfr.: MEMENTO (cit., pág. 398), donde se sugiere que podría afirmarse que mientras que el artículo 325 tipifica y sanciona conductas de introducción de sustancias nocivas en forma líquida, sólida o gaseosa en el medio ambiente (verter, emitir, depositar), el contenido esencial del tipo del artículo 328 se dirige al establecimiento de lugares en los que acumular basuras o residuos; de modo que la conducta típica consistiría en fundar, preparar, adecuar o abrir unas instalaciones destinadas a la realización de depósitos o vertidos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos.

la contravención de Leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, mientras que en el 328 tal clase de contravención no es exigida. Aunque no se menciona expresamente la necesidad de infringir normativa extrapenal, resulta prácticamente imposible pensar, en supuestos de establecimientos de depósitos o vertederos de sustancias o productos tóxicos o peligrosos cuyo tratamiento no haya sido objeto de regulación en normas de carácter administrativo ⁸⁵.

En tanto que suele discreparse sobre la clase de delito de peligro que es (si abstracto o concreto), se da mayor acuerdo, sin embargo, a la hora de estimar posible la realización del tipo por imprudencia ⁸⁶.

2.3 Prevaricación específica (artículo 329).

El texto del artículo 329 es el siguiente:

1. *La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses.*
2. *Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.*

En el precepto transcrito se integran tres diferentes conductas que se concretan en:

- Informar favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores.

- Silenciar, con motivo de inspecciones, la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general.

- Resolver o votar a favor de la concesión de licencias manifiestamente ilegales, a sabiendas de su injusticia.

Dado que el precepto circunscribe el ámbito de los posibles sujetos activos de dichas conductas a la autoridad o funcionario público –ya actúe por sí mismo o como o como miembros de organismos colegiados- nos encontramos ante un delito especial propio que se castiga con la pena prevista para la prevaricación de funcionarios públicos del artículo 404 (inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años) y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses. De ahí, que se le conozca como un supuesto de prevaricación

⁸⁵ Cfr.: SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 935.

⁸⁶ Por todos: SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pág.131.

especial ⁸⁷, que, según la STS 30 de septiembre de 2003, perjudica no sólo el funcionamiento de la Administración Pública, sino que supone un riesgo potencial o una agresión al medio ambiente.

Pese a ello, se considera que la condición de funcionario público tiene efectos atenuantes en relación a los delitos ecológicos. Esta afirmación se explica por el hecho de que, de no existir este precepto, en no pocas ocasiones respondería -en calidad de coautor o de cooperador necesario, por ejemplo- del delito tipificado en el artículo 325, cuya respuesta punitiva es de mayor gravedad. (Piénsese, por ejemplo, que el funcionario que, tras inspeccionar una industria, silencia la infracción de disposiciones normativas puede provocar (por omisión) la realización de vertidos contaminantes). Para evitar este efecto perverso, se propone por un sector doctrinal ⁸⁸ que si el dolo del funcionario permite afirmar que actúa como cooperador necesario o coautor, se aprecie un concurso ideal entre los artículos 325 y 404, quedando el artículo 329 sólo para supuestos residuales.

Aparte de los problemas penológicos aludidos, se destaca que la incorporación al Código Penal de este precepto permite ampliar el ámbito de lo punible, ya que, de no existir, no se podrían castigar algunas conductas merecedoras de pena, como sería el caso de la primera modalidad, ya que la emisión de informes no es equivalente a dictar una resolución, que es lo que exige el delito de prevaricación común ⁸⁹. Por otro lado, cabe denunciar que no abarca conductas que deberían estar reguladas, como la omisión total de inspecciones o la no revocación de autorizaciones, así como la acción de quien, como miembro de un órgano colegiado, no vota a favor de la resolución injusta, pero su abstención o voto en contra es decisivo para que dicha resolución salga adelante ⁹⁰.

La exigencia de que las conductas típicas se realicen “a sabiendas” excluye la posibilidad de la comisión imprudente de este delito, pese a que la cláusula de imputación imprudente del artículo 331 viene referida a “los hechos previstos en este capítulo” ⁹¹, descartando muchos la posibilidad del dolo eventual. (En este sentido, también ATSJ Cataluña, 30 de octubre de 2000).

2.4 Daño grave a elemento de espacio natural protegido (artículo 330).

⁸⁷ Sobre el particular, DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales”, en *El nuevo Derecho Penal español, Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 1227 y ss.

⁸⁸ Entre otros, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 568. Sobre la complejidad de las relaciones concursales del artículo 329 con los artículos 404 y 325, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *Delitos contra el medio ambiente*, cit., págs. 162 y ss.

⁸⁹ La incriminación de las conductas de emisión de informes, como advierte SILVA SÁNCHEZ, posibilita sancionar a terceros que participasen en tal emisión, como inductores o cooperadores (*Delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 157).

⁹⁰ En relación con alguno de estos casos se sostiene por un sector doctrinal que se debería apreciar la realización del artículo 325 a través de la comisión por omisión, en el entendimiento de que el hecho de no inspeccionar o no revocar la autorización por parte de quien ha asumido un compromiso específico del control de los riesgos de la actividad, equivale a la acción de “provocar”, incluida en el citado precepto. La STS de 24 de mayo de 2003, sin embargo, condena por comisión por omisión del artículo 329 -y no del 325- al funcionario que permite llevar a cabo una conducta contaminante sin la oportuna autorización administrativa.

⁹¹ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 166.

El tipo contenido en el artículo 330 es un delito de lesión, puesto que castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a *quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo.*

La exégesis de este precepto exige acudir a legislación de carácter extrapenal para la determinación de lo que cabe entender “espacio natural protegido”. Tal elemento normativo de valoración jurídica plantea una serie de problemas ampliamente tratados por la doctrina ⁹², debiendo tener presente que en su configuración pueden intervenir normas estatales, autonómicas e internacionales.

Resumidamente, cabe decir que los espacios naturales comprenden los parques (Doñana, Tablas de Daimiel, Cabañeros, Ordesa y Monte Perdido, Sierra Nevada, etc.) las reservas naturales (la Cartuja y el Burgo de Ebro, las marismas de Santoña y Noja, las salinas de Ibiza, el valle de Iruelas, etc.), los monumentos naturales (yacimientos paleontológicos o formaciones geológicas, por ejemplo) y los paisajes protegidos. Lo relevante para la declaración de estas dos últimas categorías no es sólo su carácter de bien natural, sino también su condición de bien cultural). Aparte de las anteriores, las comunidades autónomas con competencia exclusiva en materia de espacios protegidos pueden fijar tipologías propias, como ocurre en la Comunidad Valenciana donde se incluyen también, entre otros, el sitio de interés o la microrreserva vegetal. Asimismo, existen espacios naturales designados a través de los convenios y tratados internacionales ratificados por España, como, por ejemplo, los humedales o zonas húmedas, las zonas especialmente protegidas del Mediterráneo, o las reservas de la biosfera.

Pues bien, la conducta típica se integra por el hecho de “dañar gravemente alguno de los elementos” que hayan servido para que un espacio natural protegido haya merecido dicha calificación, sin que se aluda a la necesidad de infringir normas administrativas medioambientales. De ahí que podamos considerar este precepto como complementario del artículo 325. Con carácter general se incluyen entre dichos elementos a la flora, la fauna, el paisaje y la geomorfología ⁹³. La gravedad del daño es un elemento valorativo, que evaluará el juez según las circunstancias del caso concreto, debiendo también constatar la existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado.

El tipo del artículo 330 es un delito doloso. En el caso en que se realicen los hechos por imprudencia grave, entrará en juego el artículo 331.

Posiblemente, la cuestión más compleja que surge en torno a este tipo sea la relativa a los problemas concursales que se plantean con otras modalidades delictivas ⁹⁴

⁹² Al respecto, vid.: CARRASCO ANDRINO, M^a.M., “El daño a los elementos de un espacio natural protegido: un nuevo ilícito penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n^o 71, Madrid, 2000, págs. 295 y ss.

⁹³ Según SILVA SÁNCHEZ, por “elemento” parece que deba entenderse *especie* animal, vegetal o mineral; no espécimen, de modo que el daño grave al elemento requerirá algo más que la afectación a uno o varios ejemplares (*Delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 138). La SAP Barcelona 29 de junio de 1999 establece sobre el particular que no se puede interpretar que cada árbol es un elemento, sino que elemento lo es el paisaje, el ecosistema, la flora, la fauna o la formación geomórfica

⁹⁴ Sobre la relación concursal entre los artículos 323 y 330, vid.: RENART GARCÍA, F., *El delito de daños al patrimonio cultural español*, cit., págs. 451 y ss.

así como su relación con el artículo 338, comprendido entre las disposiciones comunes del título, y en el que se señala que *cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas*. Por lo que respecta al artículo 325 se mantiene, entre otras opciones, considerar que en el primer caso el artículo 330 absorbe la conductas del 325⁹⁵ o apreciar un concurso de delitos⁹⁶. Lo que sí parece claro es que la agravación contenida en el artículo 338, pese a que viene referida a todas las conductas del título, no es de aplicación al 330 por el principio de inherencia.

⁹⁵ BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 646. La SAP Alicante 21 de diciembre de 2003, en la que se enjuician unos daños producidos en el Parque Natural del Marjal Pego-Oliva, resuelve en el sentido de considerar que el artículo 330 es ley especial en relación a los artículos 325 y 326; si bien, al mismo tiempo parece apuntar al principio de consunción cuando señala que *es evidente que el tipo descrito en el artículo 330 constituye un supuesto agravado respecto de los contenidos en los citados artículos 325 y 326, como todo delito de lesión o resultado lo es respecto de su correspondiente de peligro o aptitud* (Fundamento de Derecho segundo).

⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 570. Sobre la relación del artículo 330 con el 338, así como con otros preceptos, vid.: SILVA SÁNCHEZ, J.Mª., *Delitos contra el medio ambiente*, cit., págs. 135-136. Respecto a la relación concursal del artículo 330 con los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, incendios, patrimonio histórico o delitos relativos a la ordenación del territorio, vid.: CARRASCO ANDRINO, Mª. M., “El daño a los elementos de un espacio natural protegido”, cit. págs. 342 y ss.