

XV

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995

José Luis de la Cuesta Arzamendi*

SUMARIO. I. Introducción. II. El derecho penal precedente: el artículo 347 bis CP (reforma 1983). A) Características. B) Breve valoración. III. El nuevo Código Penal de 1995. A) Consideraciones sistemáticas. B) Particulares figuras delictivas. C) Otras disposiciones. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCION

La creciente exigencia de una cada vez más incisiva intervención del Derecho Penal para la protección del ambiente —que halla su reflejo a niveles múltiples(1)— no deja de enfrentarse a complejos problemas(2).

Son muchas, en efecto, las dificultades que se suscitan, por ejemplo, a la hora de la construcción de unos tipos penales adecuados a la tutela del ambiente, una materia muy administrativizada, que

.....
* Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco.

(1) Como el Consejo de Europa, que estudia la adopción de una Convención para la protección del ambiente por medio del Derecho Penal. COUNCIL OF EUROPE, *Draft Convention for the Protection of the Environment through Criminal Law* (paper), DIR/JUR(95)11rev, Strasbourg, 23 enero 1996.

(2) J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Ecología y Derecho Penal», en A. BERISTAIN, J.L. DE LA CUESTA (Comps.), *La droga en la sociedad actual y Nuevos horizontes en Criminología*, San Sebastián, 1985, págs. 277 y ss.

Ver también, el volumen 65, 3-4, 1995, de la *Revue Internationale de Droit Pénal*, titulado *Les atteintes à l'environnement/Crimes against the environment*, con las actas del Coloquio de Ottawa (2-6 noviembre 1992), preparatorio de la sección 1 del XV Congreso Internacional de Derecho Penal. Para las resoluciones aprobadas en esta materia por el Congreso, ver *Revue Internationale de Droit Pénal*, 66, 1-2, 1995, págs. 74-79.

parece exigir más que tipos de resultado material, figuras de peligro, y en las que la prueba de la causalidad⁽³⁾ (y del dolo) se presenta en el mejor de los casos muy difícil de alcanzar. De otra parte, y sin agotar la cuestión, se trata de infracciones (las más graves e importantes) cometidas en el marco de organizaciones, con las barreras que éstas suponen para el hallazgo y determinación de la responsabilidad penal individual, y en las que, al lado de las sanciones tradicionales, se precisa de nuevos sistemas de reacción⁽⁴⁾.

Previsto por el art. 45.3 de la Constitución el establecimiento de «sanciones penales o, en su caso administrativas» (además de la reparación del daño) para cuantos «violen lo dispuesto» por los poderes públicos sobre «utilización racional de todos los recursos naturales», por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 se incluyó en el Código Penal el art. 347 bis⁽⁵⁾, entre los «delitos contra la salud pública y el medio ambiente» (sección 2ª, Capt. II, Tít. V, Libro II Código Penal).

II. EL DERECHO PENAL PRECEDENTE: EL ARTICULO 347 BIS CP (REFORMA 1983)

El art. 347 bis, introducido por la reforma urgente y parcial de 1983 para proteger de manera específica⁽⁶⁾ el ambiente, suscitó fuertes críticas por parte de la doctrina y resultó muy escasamente aplicado en la práctica.

A) Características

El *tipo básico* del delito contra el ambiente se configuró como un delito de contaminación (dolo o culposo), consistente en la provocación o realización por cualquiera (tipo común), directa o indirectamente, de emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas.

Ahora bien, caracterizado como un delito de peligro y parcialmente en blanco, la mera realización o provocación de las emisiones o vertidos no resultaba delictiva. En primer lugar, debían ser emisiones o vertidos ilegales, esto es, contraventores «de las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente». Además, habían de poner «en peligro grave la salud de las personas o» poder «perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles» (art. 347 bis I, *in fine*).

Sobre este tipo básico (mixto-alternativo) se construyeron los *tipos cualificados* (párrafos II y III del art. 347 bis): funcionamiento clandestino de la industria, desobediencia de las órdenes administrativas expresas de corrección o suspensión de la actividad contaminante, aportación de información

.....
(3) Por todos, P.M. DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1995. Ver también, de la misma autora, *La prueba en el delito ecológico*, Madrid, 1995; J.J. PÉREZ DE GREGORIO, «La prueba en el proceso penal por delitos contra el medio ambiente», *La Ley*, 3, 1994, págs. 937 y ss.

(4) En sentido similar, el art. 9 del Proyecto de Convenio del Consejo de Europa. COUNCIL OF EUROPE, *Draft Convention...*, cit., pág. 5.

(5) El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 (arts. 323-325) recogía, entre los delitos contra la salud pública, unas figuras destinadas a sancionar penalmente los actos de contaminación realizados con ocasión de la explotación de una industria o ejercicio de otra actividad y los depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos urbanos, clandestinos o infractores de las condiciones de la autorización. También se incluía una previsión específica relativa a los funcionarios facultativos.

(6) Para un repaso de los tipos penales generales susceptibles de ser empleados (con anterioridad a 1983) en la tutela ambiental, L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Aproximación a la política criminal desde la protección del medio ambiente», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre, 1977, págs. 420 y ss.

falsa sobre los aspectos ambientales, obstaculización de la actividad inspectora de la Administración, riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

Las penas previstas eran de privación de libertad (arresto mayor) y multa, susceptibles de elevación en grado (prisión menor y multa) en los supuestos cualificados(7). A ello se añadía la posibilidad otorgada a los Tribunales de imponer la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento, proponiendo «a la Administración la intervención de la empresa por salvaguardar los derechos de los trabajadores» (art. 347 bis IV).

B) Breve valoración

Muchos fueron los aspectos del art. 347 bis que suscitaron la censura generalizada desde la doctrina(8).

En un plano general, se discutió sobre el bien jurídico, pues el tipo penal no quedaba satisfecho con la agresión a los elementos naturales y exigía una virtualidad peligrosa adicional respecto de otros bienes: la salud de las personas, las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Llamaba, a su vez, la atención la opción del legislador de inserción del delito contra el ambiente junto a los delitos contra la salud pública y el olvido de formas gravemente agresivas no constitutivas de contaminación ambiental, aunque sí de explotación irracional de los recursos naturales.

Con respecto a su estructura típica, parecía cuestionable, en primer lugar, su caracterización como norma penal en blanco; algo, tal vez inevitable en una materia fuertemente administrativizada, pero, por lo mismo, especialmente problemático, máxime (para algunos) cuando constitucionalmente se reconoce la competencia de las Comunidades Autónomas en este ámbito.

Pero, las críticas más duras fueron dirigidas contra los términos empleados y las opciones valorativas seguidas. Los primeros por su ambigüedad («provocación» o «realización»; «peligro grave»; «perjudicar gravemente»; «riesgo de deterioro irreversible o catastrófico»...) y difícil delimitación, que dio lugar hasta a una Circular de la Fiscalía General del Estado (Circular núm. 1/1990) dirigida a su esclarecimiento y a determinar las posibilidades ofrecidas por el art. 347 bis cara a la investigación y persecución por el Ministerio fiscal de los delitos contra el ambiente.

En cuanto a las valoraciones ínsitas en el propio precepto penal, destacó, en particular, la inclusión en el tipo básico, al mismo nivel y bajo la misma sanción, de dos supuestos de peligro sustancialmente distintos: el peligro potencial grave para las condiciones de la vida animal... y la puesta en peligro grave de la salud de las personas. La doctrina y jurisprudencia(9) mayoritarias trataron de corregir el dislate que suponía la evidente mejor protección por el art. 347 bis de las condiciones de la vida animal..., que de la salud de las personas y entendieron que si para éstas el peligro exigido era un peligro

(7) Se discutió, con todo, si los casos de riesgo de deterioro irreversible o catastrófico no eran constitutivos de una cualificación de segundo grado; por todos, L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Delitos contra el medio ambiente. Artículo 347 bis a)», en *Comentarios a la legislación penal*, T.V, vol. 2, *La reforma del Código Penal de 1983*, Madrid, 1985, págs. 839 y s. No obstante, la mayoría de la doctrina se inclinó por entender que se trataba de un tipo cualificado más.

(8) J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La tutela penal de las aguas continentales (Especial consideración del delito contra el ambiente: artículo 347 bis CP)», en A. EMBID IRUJO (Dir.), *La calidad de las aguas*, Madrid, 1994, págs. 172 y ss.

(9) Para un repaso de la jurisprudencia sobre el art. 347 bis, F. DÍAZ PALOS, «El delito ecológico en la jurisprudencia», *Actualidad Penal*, 20, 1994, págs. 405 y ss.; M.C. FALCÓN CARO, «El delito ecológico en la jurisprudencia criminal española», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 59, 1996, págs. 511 y ss.; J.J. PÉREZ DE GREGORIO, «Jurisprudencia medioambiental», *La Ley*, V, 1995, págs. 966 y ss. y II, 1996, págs. 1678 y ss.; A. VERCHER NOGUERA, «Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente», *Actualidad Penal*, 4, 1995, págs. 35 y ss.

XV Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

concreto, también debía serlo para aquéllas. Ahora bien, esto suponía una restricción muy insatisfactoria del ámbito de un tipo penal que debía haberse construido, como tipo básico, sobre la exigencia de una mera potencialidad nociva respecto de las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles y haber remitido a los supuestos cualificados los casos, entre otros, de peligro concreto para la salud de las personas.

Por lo demás, también se criticó el efecto privilegiante de algunos de los tipos cualificados, comprensivos de hechos constitutivos por sí mismos de delitos y que, de no existir el art. 347 bis debían haberse castigado en concurso ideal, y el olvido de importantes aspectos del fenómeno de agresión ambiental: su carácter tantas veces transfronterizo y hasta internacional, la frecuente intervención de funcionarios públicos, la necesidad de nuevas sanciones...

III. EL NUEVO CODIGO PENAL DE 1995

A pesar de las críticas generalizadas y de las repetidas propuestas de reforma, el art. 347 bis se mantuvo inalterado hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995.

Este rompe con la línea del Código Penal anterior de tutela del ambiente a través de un único tipo penal y, optando por la unificación en su seno «del estatuto penal ambiental»(10), en la línea de todos los textos proyectados precedentes, reparte en diversos artículos (y capítulos) los diferentes supuestos delictivos contra el ambiente.

Ahora bien, frente al Proyecto de 1980 y la Propuesta de 1983, los arts. 325 y ss., al tiempo que recogen nuevas figuras, conservan sustancialmente el anterior delito de contaminación, el cual, renovado en cuanto a su contenido y alcance, se integra en la nueva disciplina protectora del ambiente del Derecho Penal español.

A) Consideraciones sistemáticas

La ampliación del marco de la tutela penal se completa con la nueva colocación sistemática de estos delitos. Como ya hiciera la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983(11), éstos integran un nuevo título, junto con los delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico. Este nuevo título (XVI) se coloca entre los delitos socioeconómicos, en sentido amplio, y los delitos contra la seguridad colectiva.

La proximidad y clara relación entre la problemática de las figuras contra el ambiente y los delitos socioeconómicos y los contrarios a la seguridad colectiva convierten en muy acertada la opción sistemática del legislador, que rompe así con la criticable ligazón entre estas figuras delictivas y las contrarias a la salud pública, algo que caracterizaba al anterior Código Penal y contribuía hasta a dificultar la propia comprensión del bien jurídico protegido, que tendía a interpretarse de un modo excesivamente antropocéntrico.

290

.....
(10) C. BLANCO LOZANO, «Acerca de algunas cuestiones básicas del Derecho penal ambiental en el nuevo Código Penal de 1995», *Cuadernos de Política Criminal*, 60, 1996, pág. 707. Frente al criterio, sin embargo, de la doctrina administrativa que «ha reclamado y sigue reclamando la protección penal del ambiente a través de leyes penales sectoriales». A.M. SOLA IBARRA, M.C. COTELO LÓPEZ, «Consideraciones en torno a los delitos relativos a la protección del medio ambiente en el nuevo Código Penal», *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 17, 1996, pág. 30.

(11) J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tít. XII, L.II, PANCP 1983)», *Documentación Jurídica*, 37/40, 1983, págs. 216 y ss.

Menos acertado parece el contenido del Tít. XVI (arts. 319 a 340): un conjunto de delitos sobre la ordenación del territorio (Capt. I), el patrimonio histórico (Capt. II), contra los recursos naturales y el medio ambiente (Capt. III), y relativos a la protección de la flora y la fauna (Capt. IV), que se cierra con ciertas disposiciones comunes (Capt. V).

Especial discordancia presenta aquí la inclusión de los delitos relativos al patrimonio histórico(12). No porque no proceda su protección penal, exigida hasta constitucionalmente, como la del patrimonio cultural o artístico (art. 46 CE), ni por su proximidad conceptual con lo que podríamos llamar «ambiente cultural», sino porque, protegido fundamentalmente a través de figuras de daños, sólo de un modo lateral (por la conexión de alguno de los tipos con los delitos urbanísticos) encuentra relación con los delitos sobre la ordenación del territorio (Capt. I). Mucho más razonable hubiera sido, en este sentido, su remisión a otro lugar del Código, como los delitos contra el patrimonio y socioeconómicos(13).

Prescindiendo de otros preceptos no recogidos en el Título XVI(14), suscita particular extrañeza la ausencia del mismo de figuras como los incendios forestales(15), de importancia ecológica demostrada (no sólo por la destrucción de la flora, sino también del suelo) y que, sin embargo, en lugar de su configuración como delito contra el ambiente(16), se quedan con los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes entre las infracciones contra la seguridad colectiva (Tít. XVII, Libro II).

Para terminar con estas consideraciones sistemáticas y en lo que respecta a las rúbricas de los capítulos III y IV, merece criticarse la terminología empleada por el legislador, que ciertamente provoca la confusión, particularmente en cuanto al concepto de ambiente(17). De una parte, y a la vista del encabezamiento del título XVI —que distingue entre delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente—, puesto que los dos primeros son tratados en los capítulos I y II del Tít. XVI, se diría que es la tutela del bien ambiental el cometido de los capítulos restantes (al margen de las disposiciones comunes). Este entendimiento del bien jurídico ambiental se enfrenta con la rúbrica del capítulo III: «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», que apunta a que sólo en esta sede se realiza propiamente la protección del ambiente, concepto que en un sentido intermedio (amplio, pero no omnicompreensivo o totalizador) engloba, sin embargo, la protección de la flora y la fauna, objeto de tratamiento por el Código Penal en el capítulo IV del Título XVI. Tampoco la referencia por el capítulo III a los recursos naturales resulta acertada. Además de la innecesaria reiteración que supone con el concepto de ambiente(18), en sentido amplio, con el que sustan-

.....
 (12) J. TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras», *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, pág. 304.

(13) Así, también, J. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Protección penal del patrimonio histórico español: aproximación a la situación actual y proyecto de reforma», *Cuadernos de Política Criminal*, 53, 1994, págs. 515 y 518 y s. Ver, igualmente, J.J. GONZÁLEZ RUS, «Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico», *Anuario de Derecho Penal*, 1995, pág. 45.

(14) El Título XVI no es el único lugar donde el CP se ocupa de la protección del ambiente. También existen figuras protectoras del ambiente (aunque la terminología empleada no sea siempre la misma) entre los delitos de riesgo catastrófico (arts. 348, 349 y 350), en los delitos contra la salud pública (art. 365) y hasta entre los delitos contra la comunidad internacional (art. 610).

(15) F.J. CARCELLER FABREGAT, «El Derecho Penal Ambiental: su proyecto de futuro», *Revista del Ministerio Fiscal*, 2 1995, pág. 125; J.J. PÉREZ DE GREGORIO, «Los delitos contra el medio ambiente», *La Ley*, núm. 3981, 23 febrero 1996, pág. 2; L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Política criminal y reforma penal. El Anteproyecto de Código Penal de 1992. De los delitos relativos a la ordenación del territorio, al medio ambiente, a la caza y a la pesca», en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, pág. 920. Ver, sin embargo, QUERALT JIMÉNEZ, quien, tras considerarlos «uno de los delitos ecológicos más significativos», entiende que «han sido incluidos sistemáticamente donde debían». *Derecho Penal Español. Parte especial*, 3ª ed., Barcelona, 1996, pág. 739.

(16) M.L.M. NODAR MONTES, «Aspectos medioambientales en la legislación española», *Cuadernos de Política Criminal*, 53, 1994, pág. 575.

(17) J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Protección penal...», *cit.*, págs. 879 y ss.

(18) F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª ed., Valencia, 1996, pág. 502; L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Política criminal...», *cit.*, pág. 921.

cialmente se identifica, si elementos naturales son el agua, el aire, el suelo (y el fuego), éstos más la fauna y la flora (e incluso las materias primas) constituyen los recursos naturales, de aquí la incorrección en que incurre el legislador.

B) Particulares figuras delictivas

Dos son, como se ha dicho, los capítulos reservados por el Título XVI del Código Penal a la tutela del ambiente. Prescindiendo de los delitos dirigidos a la protección de la flora y la fauna (Capt. IV), en este trabajo se examinan las figuras del Capítulo III, «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente».

Contaminación ambiental, establecimiento de depósitos o vertederos y delito de daño grave de espacios naturales, constituyen la constelación delictiva comprendida por el capítulo III del Título XVI, que se completa, además, por la figura de prevaricación específica en materia ambiental de funcionarios o autoridades y la sanción de la imprudencia grave.

1) EL DELITO (DE PELIGRO) DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL (ARTS. 325 A 327)

La primera de las figuras delictivas del Capítulo III es el delito de contaminación, una figura de peligro ya conocida por el Derecho español y cuya estructura y rasgos característicos coinciden sustancialmente con el anterior art. 347 bis.

a) Tipos básicos

El nuevo art. 325 tipifica las modalidades básicas a través de la combinación de varios elementos ya conocidos por el art. 347 bis:

- 1) una relación [más «prolija»(19), «redundante o repetitiva»(20)], de acciones —a las que extrañamente se ha añadido «las captaciones de aguas»—, cuya provocación o realización directa o indirecta se contempla como núcleo del tipo penal: emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos;
- 2) que deben recaer sobre los elementos naturales: atmósfera, suelo, subsuelo, aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso en los espacios transfronterizos;
- 3) con contravención de las Leyes u otras disposiciones normativas de carácter general protectoras del medio ambiente, y
- 4) que puedan perjudicar gravemente bien el equilibrio de los sistemas naturales(21), bien la salud de las personas(22).

.....
(19) J.M. PRATS CANUT, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, 1515.

(20) F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., pág. 503.

(21) Aun cuando la coma que precede apunta a lo contrario, una lectura razonable del precepto exige su aplicación a todos los supuestos del art. 325. Por todos, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes», *La Ley*, II, 1996, p.1552; J.A. DE VEGA RUIZ, *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1996, pág. 125.

(22) En contra de la expresión «perjuicio para la salud de las personas», por las connotaciones patrimoniales del término perjuicio, P.M. DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad...*, cit., pág. 117, n.305.

Estamos, como en 1983 ante un tipos comunes de peligro, cuyo carácter (parcialmente) en blanco aboca a una clara dependencia administrativa y donde se continúan empleando términos (como «provocar», «grave», «gravemente»...), de contornos difusos y que precisarán de una difícil integración judicial(23), a la luz de las circunstancias(24), teniendo en cuenta los resultados probatorios y, en especial, los dictámenes periciales(25).

El tipo básico del delito de contaminación se presenta como un *tipo común* de peligro. Ninguna característica especial se requiere del sujeto activo, que puede serlo cualquiera.

El *peligro* necesario para integrar el comportamiento típico es un peligro grave, bien para el equilibrio de los sistemas naturales, bien para la salud de las personas. En efecto, aun cuando el intérprete tienda a contemplar a este último como un tipo cualificado(26), una lectura atenta pone de manifiesto que, para la aplicación del segundo inciso del art. 325, en modo alguno se requiere de manera explícita que, al riesgo contra el equilibrio de los sistemas naturales, se añada el peligro para la salud de las personas, siendo perfectamente punibles a través del art. 325(27) la provocación o realización de emisiones o vertidos, etc., que puedan perjudicar gravemente la salud de las personas, aun cuando no sean aptas para alcanzar esa misma virtualidad peligrosa para el equilibrio de los sistemas naturales. En consecuencia, estamos ante una segunda modalidad básica del art. 325.

La expresión «equilibrio de los sistemas naturales» ha venido a reemplazar al dictado del art. 347 bis, que aludía a las «condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles» y se ha acompañado de la clara distinción, a efectos de pena, entre estos supuestos de peligro y los contrarios a la salud de las personas.

Dejando al margen el defecto de redacción apuntado y otras cuestiones que se tratarán inmediatamente, la separación entre los casos de peligro para el equilibrio de los sistemas naturales y para la salud de las personas corrige uno de los defectos más graves del art. 347 bis y que a las dificultades de entendimiento del precepto añadía la desorientación del intérprete por la inadmisibles equiparación penal de comportamientos tan diversos para bienes jurídicos no comparables. Esto —unido a la nueva colocación sistemática de los delitos contra el ambiente— puede contribuir a la mejor definición del *bien jurídico* protegido(28), que en una «perspectiva ecocéntrica»(29) más acentuada se fija principalmente en la interacción (y el equilibrio) entre los elementos y/o recursos naturales, en cuanto condición esencial de ese «espacio vital idóneo y natural»(30) imprescindible, en definitiva, para la existencia sobre el

(23) Para un ejemplo, ver, sobre el término «grave» (referido al peligro) la STS 11 marzo 1992.

(24) Alude J.J. QUERALT JIMÉNEZ a la inminencia, entidad del medio afectado, concurrencia de otros factores... *Derecho Penal Español*, cit., pág. 717.

(25) C.CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «La tutela...», cit., pág. 1551.

(26) Así, F. MORALES PRATS, «La estructura típica de peligro en el delito ambiental», en J. PICÓN RISQUEZ (Coord.), *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, Madrid, 1996, págs. 363 y s.; J.M. PRATS CANUT, en *Comentarios...*, cit., pág. 1527; J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, cit., págs. 716 y s.; A.M. SOLA IBARRA, M.C. COTELO LÓPEZ, «Consideraciones...», cit., pág. 35.; J. TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal...», cit., pág. 301.

(27) Salvo que se produzca una interpretación correctora, a la vista del bien jurídico protegido. Esto no resulta, sin embargo, sencillo; siendo mayoritaria una configuración del ambiente con importantes connotaciones antropocéntricas, exigencia típica del art. 325 (al margen de la virtualidad peligrosa del comportamiento) es la afectación de algún elemento natural. De otra parte, también el art. 328, en el propio capítulo III, coloca al mismo nivel (y sin distinción alguna en cuanto a la sanción) el establecimiento de «depósitos o vertederos... que... puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas».

(28) C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «La tutela...», cit., pág. 1551.

(29) F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., pág. 502.

(30) P.M. DE LA CUESTA AGUADO «Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medio ambiente como bien jurídico», en *Anales de la Universidad de Cádiz*, XI, 1996, pág. 274. Alude DE VEGA RUIZ a «todo aquel conjunto geofísico que conforma la naturaleza dentro de la cual se desenvuelve la vida de las personas», «Delitos contra el medio ambiente», *La Ley*, núm. 4061, 19 junio 1996, pág. 2.

planeta. No obstante, y debido a la permanencia en el tipo básico (y no como supuesto cualificado) del peligro para la salud de las personas, no se produce la plena autonomización deseada.

También mejora, a mi juicio(31), el dictado del nuevo art. 325 las posibilidades de entendimiento de la *clase de peligro* requerido: un perjuicio potencial grave («puedan perjudicar gravemente», dice el Código Penal), peligro hipotético(32), para el equilibrio de los sistemas naturales.

No es ésta la línea seguida por importantes autores(33), que, como hicieran respecto del art. 347 bis, siguen viendo en el tipo básico del art. 325 un delito de peligro concreto para el ambiente. Varios son los fundamentos de esta interpretación: la redacción del segundo inciso del art. 325, que al aludir al «riesgo de grave perjuicio» para la salud de las personas parecería referirse a un peligro concreto y no meramente abstracto; la cercanía entre este supuesto y el tipo básico a la luz de las penas previstas (se impone la pena del tipo básico en su mitad superior); y el salto que de otro modo se produciría entre el contenido del art. 325 y el art. 326.e), relativo a la producción (efectiva) de un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

Ahora bien, otro es el dictado literal del artículo que expresamente dice «poder perjudicar gravemente», respecto del equilibrio de los sistemas naturales, y que, cuando alude al riesgo de grave perjuicio para la salud de la persona, se refiere al mismo tipo de riesgo definido por el inciso anterior: peligro potencial o hipotético. Tampoco el argumento del salto que se produciría entre el art. 325 y el supuesto agravado del art. 326.e) resulta de recibo. Los dos preceptos se ocupan de fenómenos diversos: mientras que en el tipo básico el riesgo se centra en el equilibrio de los sistemas naturales, el sentido del art. 326.e) es prevenir el peligro concreto de deterioro irreversible o catastrófico de alguno de los elementos naturales (aire, agua, suelo) objeto de los comportamientos de contaminación.

Aún más, el entendimiento de que el peligro requerido por el tipo básico del art. 325 es un peligro concreto, lleva a restringir (insisto que contra la letra de la ley) injustificadamente el alcance del delito de contaminación, que ya ha visto reducido su ámbito de aplicación respecto de las posibilidades que ofrecía el criticado art. 347 bis. En efecto, aun cuando no fue ésta la opinión de la mayoría de la doctrina y a pesar de lo insatisfactorio que suponía desde el prisma valorativo la equiparación a efectos de pena de un peligro potencial para las condiciones de la vida animal y un peligro concreto para la salud de las personas, éstos eran los niveles de peligro exigidos por el tipo básico del art. 347 bis. Probablemente, con el fin de delimitar mejor su alcance y evitar la sanción de casos de insuficiente relevancia(34), no garantizada plenamente por el art. 347 bis, el nuevo Código Penal ha sustituido la referencia a las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, por una expresión, «equilibrio de los sistemas naturales»(35), que no conocía el Proyecto, el cual mantenía las

.....
(31) En contra, respecto del Proyecto de 1994, P. DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad...*, cit., pág. 117.

(32) F. MORALES PRATS, «La estructura...», cit., pág. 362.; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., pág. 505. J. TERRADILLOS lo llama «peligro abstracto», aunque no como mera infracción formal, pues exige una idoneidad lesiva. «Protección penal...», cit., pág. 319.

294 (33) Expresamente J. BOIX REIG, en T.S. VIVES ANTÓN, J. BOIX REIG, E. ORTS BERENGUER, J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, 1996, pág. 586; J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en T.S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. II*, Valencia, 1996, pág. 1598; C. BLANCO LOZANO, *La protección jurídico-penal de los recursos hidrológicos*, Tesis doctoral, Univ. Sevilla, 1996, pág. 1031; C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «La tutela...», cit., pág. 1552; C. LÓPEZ CERÓN, «Delitos...», cit., págs. 601 y ss.; J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, cit., pág. 716.

(34) No cabe duda de que una de sus posibilidades interpretativas deriva en una elevación del nivel de gravedad requerido para las conductas de contaminación ambiental y para los depósitos de desechos o residuos tóxicos o peligrosos: no bastará ya con que afecten negativamente a un elemento natural; además deberán ser potencial y gravemente peligrosas para el equilibrio de los sistemas naturales.

(35) La nueva expresión no ha servido, con todo, para unificar la terminología del Código Penal, que en otros pasajes —es de suponer que para referirse a lo mismo— alude a equilibrio ecológico (art. 339), equilibrio biológico (art. 333), medio ambiente (arts. 348, 349, 350 y 610), las condiciones de vida animal o vegetal (art. 353,1 3) o el medio natural (art. 356). Críticamente, también J. TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal...», cit., pág. 301.

referencias del art. 347 bis salvo en lo relativo a las condiciones de la vida «silvestre». Pues bien, la nueva fórmula(36), aun cuando pueda considerarse próxima a la anterior —en cuanto referida a la interacción entre elementos y recursos naturales que presupone la posibilidad de vida animal y vegetal en el planeta—, no deja de ser susceptible de interpretaciones muy restrictivas desde el prisma de la protección ambiental, por lo que de combinarse con la exigencia de un peligro concreto, remitiría la apreciación del tipo penal a supuestos sólo muy extraordinarios; muy próximos a los de riesgo concreto de deterioro irreversible o catastrófico; algo a todas luces inadmisibles.

La segunda modalidad de tipo básico se construye sobre el riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, esto es, para la salud colectiva(37). Como se ha dicho, esto viene a reforzar, de manera criticable, un excesivo parentesco entre los delitos de contaminación con las figuras contra la salud pública, con las que convivía en el Código Penal anterior; algo que no se hubiera producido de configurarse los supuestos de riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas como tipo cualificado de la figura básica de contaminación: esto es, como riesgo añadido al constitutivo de un grave perjuicio potencial para el equilibrio de los sistemas naturales.

Frente al parecer de un importante sector de la doctrina, el riesgo a que se alude no es un peligro concreto, sino, en mi opinión, el mismo que el descrito por el legislador para el equilibrio de los sistemas naturales(38), y que consiste en la aptitud del comportamiento para causar un perjuicio grave. Precisamente esta identidad del riesgo y la diversidad de su objeto es lo que determina la entidad de la pena prevista: la misma que en el tipo básico, salvo para la privación de libertad, que ha de imponerse en su mitad superior.

En el plano de la *accesoriedad administrativa*(39), el nuevo tipo de contaminación —cuyo carácter en blanco no altera sustancialmente la técnica empleada en el art. 347 bis, declarada conforme con los postulados constitucionales(40)— sigue requiriendo la infracción de la legislación administrativa para la concurrencia del tipo penal(41). La anterior expresión «leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente» ha sido sustituida por «leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente». Esto abarca, por un lado, las disposiciones de rango inferior a la ley en sentido formal, tanto estatales como autonómicas o locales, y también las procedentes del orden supraestatal, en particular, de la Unión Europea (Directivas y Reglamentos).

(36) A juicio de PRATS CANUT, «absolutamente indeterminada», en *Comentarios...*, cit., pág. 1518. Ver, también, J.A. DE VEGA RUIZ, *Delitos...*, cit., pág. 126. Se pregunta, por su parte, C. LÓPEZ CERÓN qué sucederá cuando no exista ya equilibrio alguno en cuanto a los sistemas naturales. «Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna», en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 5, Madrid, 1996, pág. 601.

(37) Que no necesariamente ha de identificarse completamente con la salud pública, aun cuando forme «parte integrante» de este concepto. En sentido parecido, J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, cit., pág. 1599.

(38) F. MORALES PRATS, «La estructura...», cit., pág. 362. Distingue, sin embargo, entre un peligro «de perjuicio potencial» (para el equilibrio de los sistemas naturales) y un peligro concreto (para la salud pública y calidad de vida), J.J. PÉREZ DE GREGORIO, «Los delitos...», cit., pág. 2.

(39) Por todos, N. DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996. También, J.M. PRATS CANUT, en *Comentarios...*, cit., págs. 1519 y ss.

(40) STC 127/1990, de 5 julio (RTC 1990, 127). Ver también STC 62/1994 (RTC 1994, 62). Insiste, con todo, MUÑOZ CONDE que se trata de una remisión que pone en cuestión «gravemente el principio de legalidad», *Derecho Penal*, cit., pág. 504.

(41) El Proyecto de Convención del Consejo de Europa no exige esta infracción para los supuestos de vertidos, emisiones o introducción de sustancias o radiaciones ionizantes en el aire, suelo o agua que causen la muerte o lesión grave de una persona o creen un riesgo significativo de causación de muerte o lesión grave a una persona (art. 2,1 a), por entender que son resultados o niveles de peligro no «legalizables» mediante una autorización administrativa. COUNCIL OF EUROPE, *Draft Convention...*, cit., pág. 2.

La cuestión de la integración de los tipos penales con las directivas —que no tienen efecto directo sobre los ciudadanos, sino sobre los Estados y que para formar parte del Derecho interno deben ser transpuestas y publicadas en el BOE— no deja de suscitar controversias(42). También es conflictivo, en la nueva expresión, el sentido que haya de darse al calificativo «generales»: en particular, si es un término a contraponer con disposiciones relativas a «sectores específicos»(43) o con disposiciones «autonómicas»(44). Ninguna de las dos opciones parece correcta. La primera porque no se comprenden las razones por las que la infracción de las disposiciones correspondientes a sectores específicos directa o indirectamente conectados con la protección ambiental deba quedar fuera del alcance del Código Penal si se realiza del modo previsto por el art. 325, máxime cuando en Derecho español sigue faltando una Ley general del ambiente(45). En cuanto a las disposiciones procedentes de las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias, pueden completar plenamente el contenido del art. 325, sin que se compartan las dudas de constitucionalidad suscitadas por algún sector de la doctrina(46) con base en el supuesto peligro de afectación (incluso si la integración normativa es meramente técnica) a la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal. A la vista de lo anterior, por disposiciones generales habrá que entender las dirigidas a la generalidad de los ciudadanos, excluyéndose del tipo penal aquellas que se dirigen a tratar de manera particular a administrados individuales (o en grupo).

Entrando en la descripción de las *conductas típicas*, el nuevo Código Penal continúa soportando las conductas básicas sobre la alternativa «provocar o realizar directa o indirectamente», fuertemente criticada en el texto del art. 347 bis(47), por las dificultades de entendimiento adecuado y por llegar a abarcar como realización plena del tipo objetivo hasta meros supuestos de participación.

El deseo de no dejar fuera del tipo básico ningún comportamiento de contaminación ha llevado, asimismo, a incluir, junto a «emisiones y vertidos» (en el art. 347 bis, «de cualquier clase»), una amplia serie de nuevos términos(48), no siempre necesarios(49) (vertidos-aterramientos; emisiones-ruidos-vibraciones; aguas terrestres-subterráneas). La mayor complejidad del art. 325 que esta proliferación de términos supone, aun cuando sirva para aclarar la «efectiva punibilidad» de algunas conductas(50), no logra la plena concreción o taxatividad del tipo penal, dado el carácter vago e indeterminado de algunos de ellos(51). Se ha introducido, asimismo, una modalidad anteriormente desconocida, la de capta-

(42) Ver, así, las sentencias recogidas al respecto por J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, cit., pág. 1597. Ver también, C. LÓPEZ CERÓN, «Delitos...», cit., págs. 595 y ss.; y en referencia al art. 347 bis, por todos, A. MATEOS RODRÍGUEZ ARIAS, «La Unión Europea y su incidencia en los derechos penales nacionales», *La Ley*, II, 1995, págs. 961 y ss.; A. VERCHER NOGUERA, «La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente», *CGPJ, La nueva delincuencia*, II, Madrid, 1993, págs. 319 y ss.

(43) A. CASQUERO SUBIAS, «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», *Cuadernos de la Guardia Civil*, 1996, núm. 15, pág. 247.

(44) J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, cit., pág. 1597, aunque indican: «al margen de otros problemas de fondo, constituiría una expresión muy imperfecta».

(45) Como recuerda DE LA MATA BARRANCO, es «más correcto atender al bien jurídico penalmente protegido... que a «la rúbrica en que se encuadre el precepto infringido». *Protección penal...*, cit., págs. 108 y s.

(46) Así J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, cit., pág. 1595.

(47) J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La tutela penal...», cit., págs. 184 y s.

(48) Favorablemente, F.J. CARCELLER FABREGAT, «El Derecho Penal Ambiental», cit., págs. 130 y s.; A.M. SOLA IBARRA, M.C. COTELO LÓPEZ, «Consideraciones...», cit., pág. 32; J.A. VARELA AGRELO, «Un proyecto de Código Penal más ecológico», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 207, 20 julio 1995, pág. 3. Ver, con todo, las advertencias de MANZANARES SAMANIEGO al Proyecto de 1992 en este punto, «Los delitos contra el medio ambiente en el Código Penal español», *Actualidad Penal*, 1, 1994, pág. 19.

(49) Por repetitivos o redundantes. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., págs. 503 y s.

(50) J. BOIX REIG, en *Derecho Penal...*, cit., pág. 585. También, J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, cit., pág. 1569; J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, cit., pág. 716.

(51) Crítica, además, PRATS CANUT, la técnica seguida, que a su juicio «constituye una mala técnica de tipificación», siendo preferible la técnica de «descripción del resultado típico». *Comentarios...*, cit., pág. 1515. Favorable, sin embargo, a la técnica del nuevo Código Penal, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «La tutela...», cit., pág. 1552.

ción de aguas(52), cuyo tratamiento al lado de los supuestos de contaminación resulta discutible. Además, el art. 247 sanciona la distracción de cursos de agua en provecho propio o de tercero.

También con el objeto de aprehender mejor las características del comportamiento de contaminación, para el que no existen fronteras territoriales (como pone de manifiesto, entre otros, el fenómeno de la lluvia ácida), se ha incluido una referencia a la incidencia en los espacios transfronterizos(53), que tiende a ampliar el ámbito de aplicación de la ley penal. Conviene insistir, con todo, en la necesidad de un posicionamiento más activo por parte de los Estados frente a los hechos contra el ambiente cometidos fuera de su espacio territorial. De una parte, porque determinados elementos naturales, en particular la mar, difícilmente pueden tutelarse a través de los criterios de territorialidad al uso, de aquí la necesidad de que los Estados se comprometan en su tutela a nivel mundial, no sólo mediante convenciones, etc., sino igualmente declarando a su legislación penal competente (al menos supletoria) para perseguir las agresiones ecológicas más graves, incluso si se llevan a cabo por extranjeros y en espacios no sujetos a la soberanía estatal(54).

Sanciones: Varias son las respuestas específicamente previstas por el Código Penal para los hechos básicos de contaminación: penas de prisión, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años. La prisión es de seis meses a cuatro años cuando los hechos son susceptibles de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. El mínimo se eleva a dos años y tres meses cuando el riesgo de grave perjuicio lo es para la salud de las personas. Además (art. 327), cabe la posibilidad de que el Juez o Tribunal —con objeto de «prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma» (art. 129.3)— ordene la clausura temporal (hasta cinco años) o definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos(55), o la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores por el tiempo necesario y un máximo de cinco años.

Un análisis comparativo con el Código Penal anterior pone de manifiesto una elevación de la intensidad punitiva en la privación de libertad prevista (antes arresto mayor: uno a seis meses). La pena pecuniaria (art. 347 bis: de 50 mil a un millón de pesetas) puede oscilar ahora entre 48.000 y 36 millones de ptas. En cuanto a la inhabilitación de profesión u oficio de uno a tres años, en 1983 se imponía, como accesoria, la pena de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena.

Se observa una sustancial continuidad en lo relativo a las consecuencias accesorias, que no se comprende por qué se reservan tan sólo para los supuestos de contaminación, cuando el resto de los hechos contrarios al ambiente pueden igualmente cometerse por industrias, actividades, establecimientos o empresas(56). De aquí que existiendo un capítulo reservado a las disposiciones comunes sea éste y no el art. 327 el lugar más apropiado para referirse a las mismas. De otra parte, y a la vista del propio contenido del art. 129, resalta el olvido de otras consecuencias accesorias, como la prohibición de rea-

.....
(52) Críticamente, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «La tutela...», *cit.*, pág. 1553. A favor, A.M. SOLA IBARRA, M.C. COTELO LÓPEZ, «Consideraciones...», *cit.*, pág. 33.

(53) Críticamente, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «La tutela...», *cit.*, pág. 1553.

(54) En este sentido, el Proyecto de Convención del Consejo de Europa prevé que los Estados se declaren competentes para la persecución de las infracciones penales ambientales no sólo con base en el principio de territorialidad y personalidad, sino igualmente para el enjuiciamiento de los presuntos delincuentes contra el ambiente, presentes en su territorio, cuya extradición no conceda a quien se la requiera (art. 5,2). COUNCIL OF EUROPE, *Draft Convention...*, *cit.*, pág. 4.

(55) Una medida que puede adoptarse también por el Juez Instructor durante la tramitación de la causa (art. 129,2).

(56) Con fuerte escepticismo en cuanto a su real aplicación, J.J. PÉREZ DE GREGORIO, «Los delitos...», *cit.*, pág. 2.

XV Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

lización en el futuro de actividades similares. Ello por no reiterar la insuficiencia del Derecho Penal español en este marco, necesitado también de respuestas diversas a las sanciones penales tradicionales.

b) Tipos cualificados

Con base en el tipo básico del art. 325, el Código Penal prevé, en el art. 326, determinados tipos cualificados, que reciben la misma pena tanto si se trata de conductas peligrosas para el equilibrio de los sistemas naturales, como si el riesgo lo es para la salud de las personas. Estas cualificaciones dependen de la concurrencia de:

- a) funcionamiento clandestino de la industria o actividad, que no haya obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones;
- b) desobediencia a órdenes expresas de la administración, correctoras o suspensivas de la actividad recogida en el art. 3235;
- c) falseamiento u ocultación de información sobre aspectos ambientales;
- d) obstaculización de la actividad inspectora de la Administración;
- e) riesgo de deterioro irreversible o catastrófico;
- f) extracción ilegal de aguas en período de restricciones.

Penas: las previstas por el art. 325 elevadas en grado; en consecuencia, y conforme a las reglas del art. 70, tanto si se involucra el equilibrio de los sistemas naturales como la salud de las personas, prisión de cuatro a seis años, multa de veinticuatro a treinta meses (art. 70.2,4º) e inhabilitación especial de tres a cuatro años y medio. Asimismo, posibilidad de aplicación de las medidas previstas en el art. 327.

Una primera consideración se suscita al tratar de las cualificaciones: el porqué de su aplicación sólo a los supuestos de contaminación y no al establecimiento de depósitos o vertederos u otras figuras delictivas que integran, junto con las primeras, los «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» en el Derecho español.

Advertido lo anterior, merece destacarse la fórmula introducida para evitar el efecto privilegiante (como sucedía en el Código Penal anterior) de determinadas cualificaciones (v.gr., apdos. b, c y d), por sí mismas agresoras de otros bienes jurídicos y susceptibles de tratamiento como hechos delictivos independientes. Habría sido, con todo, deseable una simultánea depuración de los tipos cualificados, conservando tan sólo aquellos que determinan una «mayor gravedad del ataque al ambiente»⁽⁵⁷⁾ y remitiendo los demás a las reglas del concurso ideal. Esta será, por otra parte, la vía (y no el conflicto de normas) cuando concurra más de una circunstancia cualificante, integrando una de ellas el art. 326 y aplicando la segunda, si tipificada expresamente en otro lugar del Código, en concurso ideal.

También conviene aplaudir la técnica seguida de distinción, por apartados, de los diferentes supuestos, que permite superar la controversia en torno al carácter especial o común de los mismos, resuelto en la actualidad en el segundo de los sentidos al no exigirse en todos los casos, lo que parece correcto, la intervención de una industria.

.....
(57) J. BOIX REIG, en *Derecho Penal...*, cit., págs. 587 y s.; J.M. PRATS CANUT, en *Comentarios...*, cit., pág. 1529.

La similitud sustancial de la mayor parte de los tipos cualificados con los conocidos por el art. 347 bis II determina que se reproduzcan las cuestiones ya surgidas con anterioridad sobre el concepto de industria, clandestinidad o riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

Baste aquí indicar que, incluida una referencia explícita a la actividad en disyuntiva con la industria, el principio de vigencia obligará a entender este término en un sentido estricto y no, como hasta ahora se venía haciendo, equiparado a actividad(58). Por lo que respecta a la clandestinidad(59), ésta no se identifica con la infracción de las leyes y disposiciones generales(60), sino que se caracteriza por la falta de autorización(61), con lo que ello supone de desprecio de las competencias administrativas cara a la aprobación o autorización de las instalaciones, criterio a emplear para resolver los casos más controvertidos como la tolerancia o autorización tácita y de falta de permisión formal, pero aptitud material de autorización.

En cuanto al riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, el peligro concreto requerido se producirá cuando en relación de causalidad con el comportamiento se alcance un riesgo real de menoscabo natural o espontáneamente irrecuperable (STS 20-11-1990) o susceptible de originar estragos o daños, especialmente graves o extensos, en alguno de los elementos naturales objeto de la conducta definida por el art. 325.

En cualquier caso, la diversa naturaleza de los supuestos cualificantes y la posibilidad de intervención en los mismos hechos de dos o más de ellos, aconsejaba la previsión expresa —como en otros delitos— de las penas a aplicar de concurrir más de uno de ellos. Con independencia de la solución ya apuntada (concurso ideal), es ésta una exigencia de importancia especial en lo concerniente al riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

La última de las cualificaciones —extracciones ilegales de aguas en período de restricciones— es «sólo idónea»(62) para agravar las captaciones de aguas incluidas en el tipo básico del art. 325. También aquí resulta un cuerpo «extraño al contexto general del artículo»(63), y no se entiende fácilmente el porqué de su previsión, salvo si se tiene en cuenta la situación de grave alarma por la sequía sufrida durante la tramitación parlamentaria del proyecto. Evidentemente, las conductas deberán ser aptas para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y tendrán que producirse en períodos de restricción declarada por la autoridad competente.

Frente a la incomprensible introducción de este supuesto cualificado, carece el Código Penal de toda referencia a la infracción del procedimiento de evaluación del impacto ambiental, el cual, por su importancia, merece un refuerzo especial en el marco de la protección penal del ambiente, bien con carácter general(64), o al menos como tipo cualificado de los delitos de contaminación.

2) ESTABLECIMIENTO DE DEPÓSITOS O VERTEDEROS (ART. 328)

El Código Penal no se conforma con la figura de contaminación como vía de protección del ambiente. A su lado, coloca nuevos delitos. El art. 328 se ocupa así del establecimiento de depósitos o

(58) Ver, sin embargo, C. BLANCO LOZANO, *La protección jurídico-penal...*, cit., pág. 1062; J. BOIX REIG, en *Derecho Penal...*, cit., pág. 587; J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, cit., pág. 1600.

(59) Por todos, J.J. PÉREZ DE GREGORIO, «La agravante de clandestinidad industrial en los delitos contra el medio ambiente», *La Ley*, II, 1993, págs. 910 y ss.

(60) J. BOIX REIG, en *Derecho Penal...*, cit., pág. 587.

(61) F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., pág. 506. Ver, sin embargo, J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, cit., pág. 722.

(62) J. TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal...», cit., pág. 322.

(63) J.J. PÉREZ DE GREGORIO, «Los delitos...», cit., pág. 3.

(64) J.M. PRATS CANUT, en *Comentarios...*, cit., pág. 1536.

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. Penas: multa de dieciocho a veinticuatro meses y arresto de dieciocho a veinticuatro fines de semana.

Esta figura sufrió una importante remodelación en el debate parlamentario. Al margen del enderezamiento de las penas, tanto el Proyecto de 1992 como el de 1994 castigaban, de un lado, el establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos (en 1994, o líquidos) urbanos o industriales clandestinos o sin cumplir las prescripciones impuestas en la autorización obtenida para evitar la nocividad o molestias del vertedero o depósito(65). Y como tipo cualificado se prevenía el hecho de que los residuos fueren tóxicos o peligrosos. Ahora bien, a la vista del carácter de delito de mera desobediencia (peligro abstracto) del contenido del tipo básico, el delito se limitó, en el Senado, al establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos con una doble característica: tóxicos o peligrosos y que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.

Se ha dicho que esta regulación, que para algún autor viene «a despejar dudas acerca de la tipicidad de dichas conductas»(66), es «insostenible»(67), «redundante»(68), innecesaria(69) en la práctica, a la luz del contenido del nuevo art. 325. Y es que —aun cuando el tipo no requiera la infracción de las leyes y disposiciones de carácter general— se diría que las conductas del art. 328 siempre acabarían realizando igualmente el tipo del art. 325. Sin embargo, reciben un tratamiento privilegiado «injustificado»(70) respecto de la provocación o realización directa o directa de vertidos o depósitos. Algún autor ha destacado, con todo, que «quizá, con éste se haya querido sancionar la contumacia o persistencia en los vertidos que dan lugar a vertederos permanentes frente a aquellos otros considerados ocasionales»(71). Pero, si esto fuera así, cómo se comprende que la pena sea menos grave, ¿no es más grave el vertido persistente o contumaz que un vertido individual?

Ciertamente, el precepto presenta importantes problemas de determinación de su sentido y ámbito estricto de aplicación. En mi opinión, éste debe buscarse a través del término «establecieron» que no consiste, precisamente, en emitir o verter(72), sino en fundar, instalar, abrir un establecimiento. Se trata, por tanto, de una conducta que literalmente puede abarcar la realización de vertidos o depósitos concretos —sobre todo si a través de ellos se va creando, de hecho, un vertedero—, pero que estrictamente constituye una actividad previa, preparatoria de la realización de emisiones, vertidos o depósitos particulares y más alejada, por ello, que éstos de la agresión al bien jurídico ambiental; de aquí la menor entidad de la pena prevista. Un análisis de la evolución de los proyectos pone de manifiesto que, si originariamente (cuando —como en 1980 y 1983— el tipo de contaminación propuesto sólo abarcaba la contaminación del aire y del agua) pudo ser razonable un entendimiento amplio del término establecer, dejó de serlo a partir de 1992. Contemplada ya, al mismo nivel que la contaminación del aire o del agua, la provocación o realización de vertidos o depósitos en el suelo, se delimitó en un sentido estricto el precepto: la instalación, apertura, creación de depósitos o vertederos clandestinos o sin cum-

300

.....
(65) Críticamente, respecto del Proyecto, J. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, pág. 215.

(66) J.M. PRATS CANUT, en *Comentarios...*, cit., pág. 1532.

(67) Por el privilegio que supone frente al art. 325. J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, cit., pág. 725.

(68) F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., pág. 508. Hablan de «solapamiento», J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, cit., pág. 1604.

(69) C. BLANCO LOZANO, *La protección jurídico-penal...*, cit., pág. 877; F.J. CARCELLER FABREGAT, «El Derecho Penal ambiental», cit., pág. 133; J.J. PÉREZ DE GREGORI, «Los delitos...», cit., pág. 3. En contra, A.M. SOLA IBARRA, M.C. COTELLO LÓPEZ, «Consideraciones...», cit., pág. 37.

(70) J.J. PÉREZ DE GREGORI, «Los delitos...», cit., pág. 3.

(71) A. CASQUERO SUBIAS, «De los delitos...», cit., pág. 250.

(72) A. CASQUERO SUBIAS, «De los delitos...», cit., págs. 250 y s.

plir las condiciones de la autorización. Una conducta que en 1980 y 1983 se castigaba según la gravedad del riesgo causado, por lo que no constituía en sí misma una mera desobediencia o peligro abstracto, y a la que en 1992 —a la vez que se sustituía la referencia a la gravedad del riesgo causado por la gravedad de la conducta (lo que desapareció en 1994)— se añadió un tipo cualificado para el caso de que los residuos fueren tóxicos o peligrosos. Es precisamente esta segunda parte lo único que ha permanecido en el nuevo Código Penal de 1995, olvidando la referencia a la clandestinidad o a la infracción de las condiciones de autorización y añadiéndose la exigencia de que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.

Marco de aplicación de la figura son, por tanto, las actividades de creación, acondicionamiento de depósitos o vertederos que no consistan en la provocación o realización de actos particulares de vertido o depósito, a tratar a través del art. 325. Claro está que, para ser punibles, además de no encontrar cobertura en las normas reguladoras de esta clase de actividad, habrán de serlo respecto de desechos o residuos sólidos o líquidos tóxicos o peligrosos y que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas, lo que restringe mucho, aunque no anula(73), sus posibilidades de aplicación. Merece, en cualquier caso, criticarse el proceso seguido en la restricción de las posibilidades de esta figura delictiva, cuyo enfoque en el Proyecto de 1980 y la Propuesta de 1983 fue considerado plenamente razonable y que podía haberse completado, en su caso, con la tipificación de toda suerte de manipulación potencialmente nociva para el ambiente de desechos, residuos, sustancias (incluso microorganismos) peligrosos(74).

Por lo demás, si los desechos o residuos deben ser sólidos o líquidos (¿por qué no gaseosos?)(75), falta toda indicación acerca de su origen(76) urbano o industrial, lo que permitirá abarcar a todos ellos (también, p.e. a los de origen agrícola), siempre que sean tóxicos «o»(77) peligrosos. La normativa administrativa (Ley 20/1986, de 13 de mayo, y Real Decreto 833/1980) habla, sin embargo, de «residuos tóxicos y peligrosos», definiendo por tales (art. 2 Ley) los materiales sólidos, pastosos, líquidos, así como los gaseosos (en recipientes), resultado de procesos productivos, de transformación, utilización o consumo y destinados al abandono, conteniendo determinadas sustancias (listadas en anexo) de forma peligrosa para la salud humana, los recursos naturales y el ambiente. La diferencia terminológica permite entender no coincidentes los términos empleados por la ley penal y la legislación administrativa, admitiendo en el tipo penal tanto a los residuos tóxicos como a los peligrosos que reúnan las demás condiciones típicas, en particular, su aptitud para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas(78), lo que (como en el art. 325) no exige un peligro concreto sino hipotético.

3) PREVARICACIÓN FUNCIONARIAL ESPECÍFICA (ART. 329)

Las figuras de contaminación y de establecimiento de depósitos o vertederos se completan en el nuevo Código Penal con la tipificación de un supuesto de prevaricación funcional específica(79): la conducta de autoridades o funcionarios públicos que,

.....

(73) Piénsese en una entidad que no consigue deshacerse de sus residuos o desechos y, al margen de todo procedimiento, acondiciona algún lugar para depositarlos.

(74) Conductas en cierto modo contenidas en los arts. 348 y 349 del nuevo Código Penal.

(75) En sentido similar, A. CASQUERO SUBIAS, «De los delitos...», *cit.*, pág. 250.

(76) J.M. PRATS CANUT, en *Comentarios...*, *cit.*, pág. 1532.

(77) Críticamente A. CASQUERO SUBIAS, «De los delitos...», *cit.*, pág. 251. Ver, sin embargo, a favor del texto, F.J. CARCELLER FABREGAT, «El Derecho Penal Ambiental», *cit.*, pág. 133.

(78) Críticamente por la colocación al mismo nivel de protección de bienes como el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas, J.M. PRATS CANUT, en *Comentarios...*, *cit.*, pág. 1533; J. TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal...», *cit.*, pág. 302.

(79) Que también se prevé, en el mismo título, para los delitos relativos a la ordenación del territorio (art. 320) y al patrimonio histórico (art. 322).

- a sabiendas, informan favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autorizan el funcionamiento de industrias o actividades contaminantes prohibidas en los artículos anteriores,
- con motivo de sus inspecciones silencian las infracciones legales o de disposiciones normativas de carácter general que las regulen,
- a sabiendas de su injusticia, por sí mismos o como miembros de un organismo colegiado resuelven o votan a favor de la concesión de aquellas licencias.

Las penas son en estos casos las propias del delito de prevaricación (art. 404)(80), inhabilitación especial para empleo o cargo público de 7 a 10 años, y, además, prisión de 6 meses a 3 años o multa de 8 a 24 meses.

A través del art. 329, el nuevo Código Penal (como ya hicieran los diversos Proyectos) responde a la propuesta doctrinal de tipificación específica de la responsabilidad de los funcionarios o autoridades en materia ambiental. Estos, con su comportamiento irregular, acaban en ocasiones contribuyendo de manera decisiva a la realización de graves hechos delictivos contra el ambiente(81). Pues bien, sin perjuicio de que su conducta pueda tratarse a través de los delitos contra la Administración o como autoría o cooperación en los hechos contra el ambiente, son muchas las dificultades que se suscitan cara a la persecución penal de los mismos, de otra parte, cabe preguntarse si no sería razonable que los funcionarios encargados de la tutela del ambiente merecieran una sanción más grave que los particulares, de realizar o participar en conductas penalmente relevantes en este ámbito. Cometido de un precepto como el art. 329 —que algunos autores consideran superfluo(82)— debería ser, pues, facilitar esa persecución penal, tipificando de manera expresa (y sancionando con mayor gravedad)(83) los casos más graves de contribución funcional a delitos de contaminación o de establecimiento de depósitos realizados en el marco del funcionamiento de industrias o actividades contaminantes.

El delito es un delito especial propio, que requiere la calidad de funcionario o autoridad(84), definidas por el Código Penal en el art. 24.

Los hechos punibles consisten, en primer término, en la intervención en la concesión de licencias —en sentido amplio(85)— manifiestamente ilegales, bien mediante el informe favorable, bien mediante su concesión directamente o a través de un órgano colegiado o incluso por el hecho de participar en la votación con voto favorable a su concesión. El tenor literal es oscuro, particularmente en cuanto a la diferencia entre resolver o votar a favor como miembro de un organismo colegiado(86). En realidad, la resolución debería referirse a la concesión por sí mismo, mientras que la votación a favor se daría en el seno del órgano colegiado. No obstante, la redacción actual permitiría llegar a castigar no sólo el hecho de otorgar la concesión manifiestamente ilegal sino hasta participar a favor de su conce-

.....
(80) Críticamente, por la distancia de los comportamientos punibles con los propios de la prevaricación y a favor de una fórmula como en los proyectos: penas del delito de contaminación agravada más inhabilitación especial para cargos públicos, M.C. GÓMEZ RIVERO, «Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental», *La Ley*, II, 1996, págs. 1240 y s.

(81) R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 1993.

(82) A. MATEOS-RODRÍGUEZ ARIAS, *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*, Madrid, 1992, pág. 226.

(83) Como indica GÓMEZ RIVERO, sólo éstas (conjunta o individualmente) pueden ser la justificación de un precepto de esta suerte. «Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental», *La Ley*, II, 1996, pág. 1239.

(84) En contra del olvido de los facultativos, previstos en los proyectos anteriores, M.C. GÓMEZ RIVERO, «Algunos aspectos...», *cit.*, pág. 1242. Recuerda, con todo, QUERALT JIMÉNEZ que cuando un colegiado informa «por imperativo legal... tiene la condición de funcionario público, pues cumple los requisitos del art. 24». *Derecho Penal Español*, *cit.*, pág. 726.

(85) C. LÓPEZ CERÓN, «Delitos...», *cit.*, pág. 624.

(86) J.M. PRATS CANUT, en *Comentarios...*, *cit.*, pág. 1536.

sión en una votación que la rechaza(87). Tampoco resuelve el texto legal, respecto de los informes, si deben tener o no carácter preceptivo, por lo que tendrán cabida todos.

Al lado de la participación en la concesión de licencias se castiga igualmente el silenciar con motivo de las inspecciones la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general. Resulta aquí extraño que sólo se prevea expresamente el silenciar la infracción constatada con motivo de las inspecciones y no la omisión total de éstas(88). Ahora bien, la anterior no es la única ausencia llamativa del art. 329; ¿qué decir, por ejemplo, de la no revocación de autorizaciones sistemáticamente incumplidas o claramente ilícitas? ¿o de los incumplimientos relativos a los estudios de impacto ambiental?(89).

Se trata de comportamientos dolosos, que deben producirse «a sabiendas», en el caso de los informes y «a sabiendas de su injusticia» para las resoluciones o votación a favor, lo que excluirá su comisión imprudente(90). Esta exigencia no es requerida, con todo, de manera expresa, para el silenciamiento de las infracciones con motivo de las inspecciones.

Puesto que, en no pocos casos, la concesión de la licencia representa una contribución esencial para la realización del delito, llama la atención el contraste entre las penas del art. 329 y las previstas para los supuestos de contaminación(91) (e incluso para otros supuestos de prevaricación específica del mismo Título XVI, que prevén una prisión de menor duración y un límite mínimo superior en la pena de multa)(92). Corregida en parte, en el Senado, la rebaja de pena del Proyecto respecto de los textos anteriores, en la actualidad, la pena privativa de libertad (que se prevé como alternativa a la multa) es inferior a la del art. 335. En cuanto a la inhabilitación, en el art. 3239 es de cargo público y se extiende de siete a doce años, constituyendo, en consecuencia, una pena grave (art. 33.2,c). Esta diferencia punitiva suscita la duda del precepto al que debe acudirse cuando la conducta funcional o de la autoridad sea calificable como autoría mediata (o directa)(93) o cooperación necesaria del delito de contaminación ambiental, supuesto en el que, si concurren los requisitos de la prevaricación, la solución preferente(94) habrá de ser el concurso ideal entre el art. 325 y el delito de prevaricación genérica del art. 404 del Código Penal.

4) DAÑO GRAVE A ESPACIOS NATURALES (ART. 330)

Si los delitos de contaminación y de establecimiento de depósitos se configuran como delitos de peligro, el art. 330 protege los espacios naturales frente a los comportamientos (de cualquiera) gravemente dañinos de los elementos tenidos en cuenta para su calificación como tales. Pena: prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

.....

(87) Indica GÓMEZ RIVERO que, puesto que para ser punible se exige la participación en la votación, queda impune para el art. 329 el que se limita a no votar, dejando que sea el voto de los demás el que conceda la licencia o autorización legal. «Algunos aspectos...», *cit.*, pág. 1243; también, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, cit.*, pág. 510.

(88) J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, *cit.*, pág. 1605. Esto debería llevar, en principio, a la impunidad (así F. CARCELLER FABREGAT, «El Derecho Penal Ambiental», *cit.*, pág. 134). Ver, sin embargo, la interpretación que hace PÉREZ DE GREGORIO del término silenciar. «Los delitos...», *cit.*, pág. 4.

(89) J.M. PRATS CANUT, en *Comentarios...*, *cit.*, pág. 1536.

(90) M.C. GÓMEZ RIVERO, «Algunos aspectos...», *cit.*, pág. 1242.

(91) J. TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal...», *cit.*, pág. 323.

(92) M.C. GÓMEZ RIVERO, «Algunos aspectos...», *cit.*, pág. 1243.

(93) En particular, a la luz del art. 11 (comisión por omisión). M.C. GÓMEZ RIVERO, «Algunos aspectos...», *cit.*, pág. 1241.

(94) En el mismo sentido, J. BOIX REIG, en *Derecho Penal...*, *cit.*, pág. 591. Ver también, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, cit.*, pág. 511.

Procedente de la Propuesta de 1983, este precepto, junto con la disposición común del art. 338, vienen a instrumentar una protección especial de los espacios naturales, ya mencionados por el art. 347 bis, al lado de las condiciones de la vida animal, bosques y plantaciones útiles.

«Espacio natural protegido» será el calificado oficialmente como tal, con base en la legislación vigente, lo que configura un «elemento normativo del tipo»(95). En este sentido, la Ley 4/89 de 28 de marzo de Conservación de los Espacios naturales y de la Flora y Fauna Silvestre distingue los parques, las reservas naturales, los monumentos naturales y los paisajes protegidos. Ahora bien, no serán sólo éstos los posibles espacios naturales protegidos, sino también, los protegidos por las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias(96) o, incluso, con base en Convenios internacionales o normas europeas (v.gr. humedales, reservas de biosfera, zonas de protección especial)(97).

La ley exige que el daño (grave) recaiga sobre «alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo», que deberán aparecer, en consecuencia, expresamente mencionados en la declaración, algo que no siempre es el caso a la vista del carácter genérico de estas declaraciones(98).

No pocas cuestiones habrá de suscitar este precepto desde el prisma concursal(99), porque el daño sobre los elementos consistirá con frecuencia en hechos por sí mismo delictivos, v.gr. a través del art. 325 o contra la flora y la fauna protegida por el Capítulo IV(100), y puesto que, entre las disposiciones comunes se encuentra la cualificación consistente en la afectación de espacios naturales protegidos (art. 330), que obliga a imponer la pena superior en grado, ésta será muchas veces solución preferente a la aplicación del art. 330, incluso en concurso ideal con el delito que corresponda. Así, en el delito de contaminación, frente a la solución del concurso ideal (pena más grave en su mitad superior, conforme al art. 77), habrá que aplicar lo dispuesto por el art. 325, con la agravación del art. 338, en todos los supuestos en que la contaminación se produzca con afectación del espacio natural protegido, aun cuando esa afectación consista en el daño grave a alguno de los elementos que hayan servido para su calificación.

5) IMPRUDENCIA GRAVE (ART. 331)

Cierra la disciplina del Capítulo III el art. 331, que impone la pena inferior en grado a la realización de los hechos anteriormente descritos «cuando se hayan cometido por imprudencia grave»(101).

La previsión es coherente con el sistema de *numerus clausus* seguido por el nuevo Código Penal en cuanto a la incriminación de la imprudencia, que exige la expresa disposición legal (art. 12). El Código requiere una imprudencia grave, lo que la mayor parte de la doctrina identifica con imprudencia temeraria(102).

A pesar de lo dispuesto por el art. 331 no todos los hechos delictivos contenidos en el Capítulo IV son susceptibles de comisión imprudente. Dejando al margen la prevaricación funcional, que

304

.....
(95) J. BOIX REIG, en *Derecho Penal...*, cit., p. 590; J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, cit., pág. 1604.

(96) Que las tienen ampliamente en esta materia, J.M. PRATS CANUT, en *Comentarios...*, cit., pág. 1537.

(97) En el mismo sentido, C. LÓPEZ CERÓN, «Delitos...», cit., pág. 618.

(98) J.M. PRATS CANUT, en *Comentarios...*, cit., pág. 1538. Indica, además, DE VEGA RUIZ, que «España tiene casi 600 espacios protegidos (...), llegando casi al 6% del territorio. «Delitos...», cit., pág. 7.

(99) F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., pág. 509.

(100) C. LÓPEZ CERÓN, «Delitos...», cit., pág. 619.

(101) Ver también art. 3 del Proyecto de Convenio del Consejo de Europa. COUNCIL OF EUROPE, *Draft Convention...*, cit., pág. 3.

(102) «O negligencia profesional». J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, cit., pág. 729. A juicio de LÓPEZ CERÓN hay que abarcar también la imprudencia simple antirreglamentaria. «Delitos...», cit., pág. 627.

requiere una actuación a sabiendas para la participación en la concesión de licencias (no así para el silenciamento de infracciones con motivo de inspecciones), son muchos los términos típicos recogidos por los diversos preceptos poco compatibles con la realización imprudente(103). En cualquier caso, su previsión específica permitirá la sanción de los errores vencible sobre hechos constitutivos de la infracción penal (lo que incluye la infracción de las leyes o disposiciones generales), tantas veces alegados en los comportamientos delictivos contra el ambiente.

C) Otras disposiciones

Aunque colocadas fuera del Capítulo III, resultan aplicables a los delitos en él recogidos (como al resto de figuras comprendidas en el Título XVI), las disposiciones comunes del Capítulo V, que conviene brevemente recordar.

a) Agravante específica

Más arriba se ha hecho ya referencia, en el marco del delito constitutivo de daño grave a los espacios naturales, a la agravante específica contenida en este Título, que consiste en la afectación a algún espacio natural protegido. Baste por ello sólo recordar que, en coherencia con el concepto del art. 330 será espacio natural protegido el efectivamente calificado como tal por una Administración competente.

Por su parte, la agravación consiste en «afectar» a algún espacio natural protegido, lo que concurrirá siempre que los hechos delictivos se realicen en su ámbito o que sus efectos puedan alcanzarlo.

b) Atenuante específica

Dispone el art. 340 la aplicación de la pena inferior en grado al culpable que proceda voluntariamente a reparar el daño causado(104). Similar en cuanto a su fundamento a la atenuante 5ª del art. 21, el art. 340 —que curiosamente habla de «daño causado»(105) cuando gran parte de las infracciones del Título XVI (en particular en el caso del ambiente) son delitos de peligro— otorga a este arrepentimiento activo(106) un efecto en parte privilegiante respecto de las reglas generales de determinación de la pena —que para la concurrencia de una atenuante ordenan su aplicación en su mitad inferior: art. 66.2ª—, en parte más limitado, pues la apreciación de una atenuante genérica como muy cualificada permite llegar a rebajar la pena dos grados, razonándolo en la sentencia (art. 66.4ª).

Difieren, además, la atenuante genérica y la específica en dos puntos:

- la necesidad en ésta de actuar «voluntariamente», no aludida por el art. 21.5ª; y,
- el hecho de que en la atenuante genérica baste con proceder a la reparación «(d)el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos», mientras que el art. 340 se refiera tan sólo a lo primero: reparar el daño causado.

.....
(103) J.J. PÉREZ DE GREGORI, «Los delitos...», *cit.*, pág. 4.

(104) Para PÉREZ DE GREGORI el legislador ha olvidado que reparar el daño causado al ambiente es obligación constitucional (art. 45,3), «por lo que su cumplimiento voluntario por el culpable no puede ser susceptible de atenuación de la responsabilidad penal, al consistir pura y simplemente en el cumplimiento de obligaciones jurídicas imperativas». «Los delitos...», *cit.*, pág. 4.

(105) Lo que para J. BOIX REIG será el daño inmediato, pues «el calculado a largo plazo podría ser algo demasiado indeterminado»; en *Derecho Penal...*, *cit.*, pág. 597; igualmente J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, *cit.*, pág. 1615.

(106) «Arrepentimiento cualificado». J. BOIX REIG, *Derecho Penal...*, *cit.*, pág. 597; J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, *cit.*, pág. 907.

XV Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

La exigencia de voluntariedad suscita la cuestión del momento oportuno de la reparación, abierto en la atenuante genérica (art. 21.5ª) hasta «en cualquier momento del procedimiento», siempre que sea «con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral». Dado que el concepto de voluntariedad no implica la pureza de los móviles(107), ésta debería poder darse mientras no exista una decisión judicial que imponga la obligación de reparación, lo que puede resultar excesivo(108). De aquí que la fórmula elegida para la circunstancia genérica sea mucho más razonable.

Lo mismo sucede en lo relativo a la eficacia del arrepentimiento, pues, frente al tenor literal del art. 340, el art. 21.5ª no requiere la efectiva reparación, sino que se conforma igualmente con la disminución de los efectos del daño causado a la víctima(109). Y si lo que se quiere es impulsar a los culpables a la reparación del daño causado (entre otros, al ambiente), y puesto que en este marco la mayor parte de las conductas son delitos de peligro, debería ser suficiente no ya con la reparación en la medida de lo que uno es capaz (la reparación puede necesitar años)(110), sino con el esfuerzo dirigido no ya a reparar los daños sino a su evitación y, en general, con toda actuación sería dirigida a disminuir los efectos del delito, al menos (como en el Derecho alemán) si éstos (o el daño) quedan conjurados por circunstancias o comportamientos al margen del autor.

Por todo ello, frente a la inclusión en el Título XVI de esta atenuante específica hubiera sido preferible una formulación más amplia de la atenuante genérica, dirigida a abarcar, junto a los casos de reparación a la víctima y con el mismo tratamiento, todos los supuestos de disminución voluntaria por parte del culpable de los efectos de cualquier delito.

c) Medidas cautelares y de restauración del equilibrio ecológico perturbado

El nuevo Código Penal se ha hecho eco de las recomendaciones generalizadas de que el Derecho Penal no permanezca en cuanto a la protección del ambiente en la mera imposición de penas, medidas y determinación de la responsabilidad civil, sino que adopte una posición más decidida, imponiendo a los culpables obligaciones de hacer (lo que en otros derechos, como el francés, se denominan «astreintes») dirigidas a restaurar el orden perturbado.

Este es el contenido del art. 339, que autoriza a los jueces o tribunales a ordenar, motivadamente, la adopción de diversas medidas: tanto las cautelares aseguradoras de los diferentes bienes protegidos, como las específicamente dirigidas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado(111).

En realidad, la disposición resultaba más necesaria en cuanto a las medidas cautelares(112) que respecto de la restauración del equilibrio ambiental: el art. 112, en materia de reparación del daño, define éste como el conjunto de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer establecidas por el juez, bien para el cumplimiento por el culpable, bien para su ejecución a su costa.

306

.....
(107) Cuyo carácter más o menos altruista, «no compete(n) al Derecho». M. COBO DEL ROSAL, T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. Valencia, 1996, pág. 825.

(108) A juicio de PRATS CANUT, sin embargo, habría que llegar «dotar de eficacia a la reparación efectivamente llevada a cabo, incluso aquella acordada en sentencia». *Comentarios...*, cit., pág. 1551.

(109) Y, como indica MIR PUIG, el esfuerzo en reparar ya puede suponer para la víctima un cierto desagravio, susceptible de considerarse como «una forma de disminuir... el daño o efectos del delito». *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Barcelona, 1996, pág. 632.

(110) J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, cit., pág. 738.

(111) Ver art. 8 del Proyecto de Convenio del Consejo de Europa. COUNCIL OF EUROPE, *Draft Convention...*, cit., pág. 4.

(112) En este sentido, PRATS CANUT, *Comentarios...*, cit., págs. 1531 y s. y 1550; J.A. VARELA AGRELO, «Un proyecto...», cit., pág. 3. Sin embargo, J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, cit., pág. 739.

En cualquier caso, estamos ante unas medidas que los jueces o tribunales «pueden ordenar», cuando, si se ha perturbado el equilibrio ecológico, se debería ordenar su restauración. Pueden ordenarlas «a cargo del autor del hecho», lo que evidentemente podrá cumplirse por él mismo o a su costa(113). Esta referencia al «autor» suscita la cuestión de los partícipes y demás responsables subsidiarios(114), en particular, de los cómplices culpables, no «considerados autores» por el art. 28 del Código Penal y que no se entiende por qué no han de soportar, también, directamente la restauración.

Ninguna previsión específica se prevé para el caso de incumplimiento de las medidas cautelares o de restauración. Con independencia de que sean aplicables las correspondientes figuras de los delitos contra la Administración de Justicia, debía también haberse previsto la clausura temporal o definitiva del establecimiento (con posibilidad de intervención de la empresa) contemplada por el art. 327.

IV. CONCLUSION

El repaso de la regulación de los «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» pone de manifiesto el avance producido en esta materia por el nuevo Código Penal de 1995 que, con una mejor colocación sistemática, dedica parte de su Título XVI a la protección del ambiente (en sentido amplio). La valoración que merece la nueva regulación de los delitos contra el ambiente es, en general, positiva, por su mayor amplitud y minuciosidad, por su mayor adecuación al mandato constitucional (que se fija en la explotación irracional de los recursos naturales), por la técnica más depurada (en especial respecto del delito de contaminación), la previsión específica de la prevaricación funcional...

Lo anterior no quiere decir que el nuevo texto no presente múltiples aspectos problemáticos y dignos de crítica. Por el contrario, la introducción de un mayor número de figuras delictivas trae consigo nuevos conceptos, nuevas posibilidades y, lógicamente, nuevas complejidades que deberán ser resueltas con el esfuerzo de todos los aplicadores del Derecho. De otra parte, no es relevante el avance del nuevo Código Penal en cuestiones que interesan fuertemente a la protección ambiental, como la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas, la extensión espacial del ámbito de aplicación de la ley penal en determinados supuestos o la inclusión de nuevas respuestas, distintas de las tradicionales y más adecuadas a las características de esta criminalidad.

En cualquier caso, como enseña el Derecho Comparado la mejora de la regulación normativa de la protección ambiental poco alcanza si, simultáneamente, no se realizan esfuerzos serios para superar los importantes déficits de aplicación. Esto pasa, sí, por la adecuada formación y dotación de medios de fiscalías y fuerzas policiales(115). Pero, también, en un ámbito tan administrativizado, por la clara resolución de la Administración de exigir el respeto de la normativa ambiental persiguiendo con sus propios medios, y hasta ante los tribunales, a cuantos se resisten o ignoran las prescripciones protectoras del ambiente poniéndolo en peligro a través de su actividad ilegal.

.....
 (113) En línea similar, también, C. LÓPEZ CERÓN, «Delitos...», *cit.*, pág. 633; J.J. PÉREZ DE GREGORIO, «Los delitos...», *cit.*, pág. 4. A juicio de PRATS CANUT, sin embargo, del precepto se deduce «que no corresponderá al sancionado ejecutar por sí mismo la restauración». *Comentarios...*, *cit.*, pág. 1550. Por su parte, J. BOIX REIG entiende que lo que se infiere del Código es que el Juez deberá tener en cuenta su costo a la hora de la determinación de la responsabilidad civil del sujeto; en *Derecho Penal...*, *cit.*, pág. 597; también, J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, *cit.*, pág. 1615.

(114) J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, *cit.*, pág. 739.

(115) El Proyecto de Convención del Consejo de Europa insiste, además, en el reconocimiento de la capacidad de participación en los procesos como acusadores particulares a los grupos, fundaciones o asociaciones estatutariamente dedicados a la protección del ambiente (art. 11). COUNCIL OF EUROPE, *Draft Convention...*, *cit.*, pág. 5.

