

JUAN TERRADILLOS BASOCO

**Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Cádiz**

**Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código
Penal español. Luces y sombras.**

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ARGUMENTOS DE LA CRIMINALIZACIÓN. III. BIEN JURÍDICO Y SISTEMA. IV. CONFLUENCIA NORMATIVA: DERECHO PENAL-DERECHO ADMINISTRATIVO. IV.A. Non bis in idem. IV.B. Leyes penales en blanco y accesoriedad. V. RECURSO A TIPOS DE PELIGRO. VI. LOS DELITOS EN PARTICULAR. VI.A. De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. VI.B. De los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna. VI.C. De los delitos sobre la ordenación del territorio.

I. INTRODUCCIÓN

Una vez derogado el CP de 1973 y, con él, su art. 347 bis, nos enfrentamos a un nuevo texto punitivo, el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que ha sido recibido con coincidentes parabienes tanto por parte de los medios de comunicación como por la clase política. Aun cuando un alto número de parlamentarios optaron, en el momento de su aprobación, por abstenerse, es lo cierto que los argumentos que avalaban tal opción se remitieron siempre a valoraciones discrepantes con las de la mayoría en torno a sustraer o no a determinadas clases de delincuentes del régimen general de individualización penitenciaria. Lo que es tanto como decir que no había discrepancias fundamentales en torno a los criterios de selección de las conductas incriminadas y a la forma en que se ha realizado tal criminalización y consiguiente penalización.

En ese contexto de generalizada aceptación, tanta que el Pleno del Congreso de los Diputados que aprobó el nuevo Código se convirtió —con la salvedad señalada en torno a la ejecución de penas— en una perseverante, reiterada y monótona sucesión de alabanzas, cualquier incursión crítica parece nadar contra corriente. En primer lugar, porque la unanimidad de todo el arco parlamentario, en el que están representadas opciones políticas tan diversas, invita a pensar que se ha dado con la res-

Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación PB92-1065 (DGICYT) "Análisis criminológico de la aplicación de la normativa penal sobre medio ambiente en el Estado español".

puesta idónea, o, cuando menos, con la más satisfactoria. En segundo, porque aún no contamos con experiencias aplicativas que hayan mostrado las posibles fallas del legislador. Y, finalmente, porque la anterior regulación del delito ecológico (CP de 1973, art. 347 bis) se había hecho acreedora de tal cantidad de críticas que, forzosamente, cualquier cambio ha de suponer un progreso.

Sin embargo, es posible que un examen más detenido, revele ciertos aspectos en los que conviven luces y sombras.

II. LOS ARGUMENTOS DE LA CRIMINALIZACIÓN

Frente a la escasa ambición criminalizadora del CP de 1973, que limita las conductas punibles a emisiones y vertidos, el de 1995 dedica todo un Título, el XVI, a los delitos "*relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio artístico y del medio ambiente*". La mera lectura conjunta de los artículos 325 (nuevo) y 347 bis (derogado), evidencia una decidida voluntad de intervención en tutela de los bienes jurídicos ambientales.

Con ello, el Código no hace sino sumarse al generalizado consenso sobre la necesidad de que la tutela del medio ambiente no puede quedar confiada al buen sentido de cada uno de los ciudadanos, sino que constituye hoy un inaplazable desafío para el Derecho penal¹.

Los medios de protección ecológica se integran así en una cadena cuyo primer eslabón lo constituye la acción conservacionista de los ciudadanos responsables. El último se identifica con la intervención punitiva del Estado. Entre los intermedios, juega un papel de primer orden la actuación de la Administración Pública.

1 ESER, A., "Umweltschutz: Eine Herausforderung für das Strafrecht", en YO-HSIU HSO (edit.) *International Conference on Environmental Criminal Law*, Taiwan 1992, pp. 1-2.

En efecto, ninguno de los sistemas jurídico-positivos que conocemos renuncia a la utilización de los medios de planificación, gestión, control y sanción que brinda el Derecho administrativo. Por ello, cuando además —tal como es regla general en Derecho comparado— se criminalizan conductas gravemente atentatorias a los bienes jurídicos medio-ambientales, se suscitan inevitablemente una serie de relaciones entre ambos órdenes normativos que no siempre son armónicas.

Y no son armónicas, o al menos no lo son establemente, por que reflejan la permanente tensión entre dos principios definidores del modelo de Estado democrático de Derecho: por un lado tiene vocación objetiva de ampliar las zonas de libertad y no las de punición, y, por otro, no puede inhibirse ante la importancia y frecuencia de los ataques a bienes jurídicos tan relevantes como son los de naturaleza ecológica. Se trata, dicho de otro modo, de conseguir el máximo de eficacia protectora, pero respetando hasta sus últimas consecuencias el principio de intervención mínima.

De acuerdo con ello parece obvio que sólo puede acudir-se al Derecho penal cuando haya demostrado su impotencia el Derecho administrativo sancionador. Por lo mismo, sólo puede acudir-se a éste cuando se hayan agotado los mecanismos de planificación, incentivación y control con que cuenta la Administración.

En cumplimiento de sus funciones de planificación e incentivación, la Administración actúa inicialmente dirigiendo los mecanismos propios del sistema de mercado hacia objetivos proteccionistas. Se trata de aprovechar la importancia estratégica que para la solución de los problemas sociales tienen los actores individuales y colectivos de la sociedad civil, una vez aceptado que los objetivos de justicia no pueden alcanzarse sólo a través de la ley, sino, y ante todo, por medio de la acción de ciudadanos conscientes guiados por principios².

2 OFFE, C.-PREUSS, U., "Instituciones democráticas y recursos naturales", en *ISEGORIA. Revista de Filosofía Moral y Política*, 1990 (2), p. 67.

En consecuencia, la protección del medio ambiente a través de la incidencia en el mercado —en la medida en que comercio y entorno se relacionan de manera interdependiente y recíproca³— sólo será viable si el consumidor está interesado en bienes y servicios compatibles con los requerimientos de la ecología. A esta idea responden recientes iniciativas como la denominada “Ecoetiqueta comunitaria”.

Sus antecedentes más inmediatos hay que encontrarlos en las normas inglesas BS, generadas desde 1901 por la British Standards Institution, las DIN alemanas, o las asociaciones AFNOR francesa y AENOR española, orientadas todas ellas a la normalización de los productos y procedimientos a fin de facilitar los intercambios⁴. La “Ecoetiqueta comunitaria” añade a estos objetivos los de proteger el medio ambiente y la salud de los usuarios de determinados productos. La normativa comunitaria que la regula, fundamentalmente el Reglamento CEE núm. 880 del Consejo de 23 de mayo de 1992, se inspira en los siguientes criterios: Difusión de una correcta información ambiental, establecimiento de criterios uniformes, utilización de los mecanismos de mercado, presentación de alternativas menos perjudiciales, y voluntariedad⁵.

En la misma línea, de corte iusprivatista, se mantiene que los mecanismos resarcitorios que puede poner en marcha la Administración, puesto que de bienes colectivos se trata, son idóneos para alcanzar una eficacia preventiva superior a la que pudiera lograr la pena; al menos en la opinión de ciertas aportaciones del análisis económico del Derecho, que han permitido estudiar las posibilidades más eficientes de articular las consecuencias jurídicas de la contaminación, y que han llevado a

3 GOMEZ NAVARRO, J., “Comercio y Medio Ambiente”, en *Información Comercial Española*, 1995 (2438), p. 3398.

4 MARTIN MATEO, R., *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Madrid 1994, págs. 39 a 43.

5 MARTIN MATEO, *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, cit., p. 55.

mantener que las reglas del Derecho civil distribuyen los costes de acuerdo con los equilibrios del mercado y logran el nivel máximo de eficiencia⁶.

En esta dirección se mueve la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, de 1 de febrero de 1993 sobre un “Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible”. Dicha Resolución parte de la idea, que encuentra sus orígenes en el comienzo de la década de los setenta, de que la lucha por la protección ambiental podría superar el paradigma “de reglamentación directa” — basado en imperativos y prohibiciones legales— sustituyéndolo por el modelo “*de instrumentos económicos*”.

Los inconvenientes del modelo reglamentarista están comprobados: lentitud del sistema administrativo de controles y sanciones, carácter estático y no incentivador, costes y efectos económicos desconocidos, etc.; mientras que la utilización de instrumentos económicos presenta las ventajas de garantizar un menor costo global, de ser una fuente de ingresos y de promover una incentivación permanente a la reducción de la contaminación⁷.

Al menos esos son los efectos positivos que se han obtenido en los países de la OCDE utilizando conocidos resortes económicos: permisos de instalación gratuitos o remunerados, tasas sobre las emisiones, tasas sobre los productos contaminantes, sistemas de fianza contra devolución de productos contaminantes y, finalmente, ayudas financieras⁸.

6 P. ej. la que realiza MITCHELL POLINSKY, A., *Introducción al análisis económico del Derecho*, Barcelona 1985, pp. 106 a 111.

7 BARDE, J.P., “Les instruments économiques pour la protection de l’environnement: l’expérience des pays de l’O.C.D.E.”, en *Droit et pratique du commerce international*, 1994 (1), pp. 41 y 44.

8 BARDE, J.P., “Les instruments économiques pour la protection de l’environnement: l’expérience des pays de l’O.C.D.E.”, cit., pp. 52 a 56; SERRANO ANTON, J., “Medidas jurídicas de protección del medio ambiente”, en *Cuadernos Jurídicos*, 1995, (27), pp. 63 y 66.

Se trata, en definitiva, de agotar las facetas del principio “*el que contamina, paga*”, de modo que, al menos, el grueso de la carga económica de la tutela del medio ambiente no recaiga, a través de las correspondientes partidas de los presupuestos del Estado⁹, sobre todos los contribuyentes.

Sin embargo las cotas de eficacia que cabe esperar de este primer nivel de actuación administrativa, que en realidad sería puramente ancilar con respecto al mercado, son bien escasas. Ante todo, porque una reduccionista lectura del principio “*el que contamina, paga*”¹⁰ está avocada a la ineficacia en un ámbito caracterizado por la magnitud de los beneficios que reporta la infracción —lo que permite al infractor convertirse en pagador sin grave costo— y por la irreversibilidad de buena parte de los perjuicios causados¹¹. No se puede caer en la ingenuidad de pensar que el futuro de las riquezas naturales depende, exclusivamente, de los resortes que, en el mundo del comercio, maneja el consumidor. La “mano invisible” que, en la optimista opinión de A. SMITH, iba a garantizar que el beneficio individual sirviera al bien general, no ha logrado los resultados previstos. La intervención administrativa dirigiendo limitadamente esos resortes no puede, por lo mismo, ser la solución definitiva.

La experiencia viene demostrando, por el contrario, que un sistema basado tanto en el control como en la incentivación a través de la internalización de costes ha de acompañarse de sanciones dirigidas a quienes ilícitamente burlan aquél o eluden

9 Vid. MELLADO ROMERO, J., *El Consumidor y la protección del medio ambiente: Perspectiva internacional*, Córdoba 1989, pp. 13 a 15.

10 Sobre la posibilidad de que este principio (“*Polluter Pays Principle* en su formulación inglesa) se transforme en su contrario (“*Payer Pollutes Principle*”), sin necesidad, siquiera, de cambiar las siglas (PPP), ver ESTEVAN, A., “Monetarización del medio ambiente y ecologismo de mercado”, en REICHMANN, J., y otros, *De la economía a la ecología*, Madrid 1995, pp. 73 a 75.

11 ALPA, G., “La natura giuridica del danno ambientale”, en M. MISCALI, (edit.) *Diritto penale dell'impresa*, Padova 1988, p. 143.

ésta. Por otra parte, chocaría con postulados elementales del Estado democrático mantener el sistema de penas para las formas tradicionales de delincuencia y recurrir aquí sólo a mecanismos de índole resarcitoria¹² o a sanciones administrativas. En favor de éstas, y en detrimento de las penales, se ha argumentado en ocasiones que vienen avaladas por la mayor eficacia que les presta un régimen jurídico menos puntilloso y garantista que el propio del Derecho penal. Sin embargo este alegato ni cuenta con base legal —por cuanto la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas impone *mutatis mutandis* la vigencia en el Derecho administrativo sancionador de los mismos principios que en el orden penal¹³— ni debe conducir a reivindicar una subvaloración de la función preventiva de las penas; antes bien, se trata de razones que avalan una reforma legislativa que permita la ágil y ponderada aplicación de las sanciones penales. La deseada prevención no puede lograrse incrementando el rigor sancionador de la Administración a costa del correspondiente recorte de las posibilidades de actuación del Derecho penal, procesal y sustantivo.

Cierto que la intervención penal no puede considerarse como panacea y que se constata, no sólo entre los especialistas, cierto escepticismo sobre la idoneidad del camino emprendido¹⁴. Los datos no invitan, desde luego, al optimismo: los ataques al medio se reiteran, la amenaza penal parece inocua, y las condenas no sólo son escasas, sino que, en buena medida, golpean al

12 HORMAZABAL MALAREE, H., “Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal”, en TERRADILLOS BASOCO J.M., (coord.), *El delito ecológico*, Madrid 1992, p. 64.

13 Principios de legalidad, de tipicidad, de culpabilidad y de irretroactividad, excepcionada por la ultra-actividad de la ley sancionadora más favorable. Ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho Penal de la Empresa*, Madrid 1995, pp. 64 a 68.

14 “*El Derecho penal del medio ambiente... ni es aplicable correctamente ni tiene credibilidad alguna*”, en opinión de LITTMANN, M.J., “Droit Pénal”, en KISS, A., (dir.), *L'Écologie et la Loi. Le statut juridique de l'environnement*, Paris 1989, p. 126.

pequeño infractor dejando incólume al gran delincuente¹⁵. Pero junto a ello ha de tenerse también en cuenta que la defensa del medio ambiente es esencial al modelo de Estado social, como lo es el hecho de que en este área, al contrario de lo que sucede en otras sobrecargadas de sanciones, hasta tiempos bien recientes la nota distintiva ha sido el absentismo. De lo que se trata, por tanto, es de que la intervención punitiva no quede reducida, una vez más, a inútil huida al Derecho penal. Es necesario insistir en la necesidad de contar con una técnica legiferante adecuada, que permita dotar a la protección penal de verdadera relevancia y operatividad, características que hoy por hoy, al menos en Derecho español, brillan por su ausencia.

Un conocido dato puede ilustrar lo dicho: la primera sentencia condenatoria por delito ecológico fue dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona el 20-feb-1988. La pena fue de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas. Hubo que esperar al quinto aniversario del nacimiento de un precepto, el art. 347 bis, para que fuese aplicado, y ello cuando no parece que nadie tenga dudas sobre los ataques que recibe el medio ambiente, e incluso sobre las deficiencias de nuestro sistema de protección del mismo. Según el informe elaborado en 1991 por el *Institute for European Environmental Policy*, la regulación legal sobre calidad del aire, emisiones de vehículos, combustibles y establecimientos industriales no alcanzaba el nivel exigido por las Directivas comunitarias. Además de ser una regulación lastrada por deficiencias administrativas, especialmente a nivel local y autonómico, que provocan desconocimiento de la situación real y descoordinación en el uso de los medios disponibles¹⁶.

Parece, pues, fuera de duda, que el Estado democrático, a pesar de su orientación a reducir el ámbito de intervención pe-

15 HEINE, G., "Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente" (trad. de la Cuesta Aguado), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993 (1), pp. 290-291.

16 BENNET G., (edit.), *Air Pollution Control in the European Community*, London 1991, passim.

nal, no puede hacerlo traicionando una exigencia propia del Estado social, que es la de asegurar la conservación y desarrollo de las riquezas naturales, patrimonio no de sólo un Estado, sino del planeta como unidad.

III. BIEN JURÍDICO Y SISTEMA

La primera tarea con que ha de enfrentarse el legislador, es la delimitación del bien jurídico.

No lo hace correctamente el art. 347 bis del CP de 1973, que heredero de la concepción “*moderadamente antropocéntrica*” del medio ambiente —según calificación del Tribunal Constitucional—, criminaliza comportamientos de puesta en peligro tanto de las “*condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles*” como “*la salud de las personas*”. De este modo el bien jurídico medio ambiente carece de autonomía, tal como ha puesto de relieve, criticándolo o aceptándolo, la doctrina.

El CP de 1995 dota de mayor relevancia al medio ambiente, ya que su art. 325, heredero del hoy vigente 347 bis, contempla un objeto jurídico de protección básico: “*el equilibrio de los sistemas naturales*”. La afectación a la salud de las personas sólo juega como agravante.

Así pues, parece que se ha optado por desligar a los bienes jurídicos ambientales de otros de distinta naturaleza, dispensándoles protección penal autónoma. Lo que, sin duda, es plausible. No lo es tanto el hecho de que el art. 339 no emplee la misma fórmula, y se refiera al “*equilibrio ecológico*”, y el 350 al “*medio ambiente*”, que quizá quieren decir lo mismo que el art. 325, pero entonces no se entiende por qué el mismo legislador para designar la misma realidad ha empleado fórmulas distintas. Y puede temerse que lo alambicado de dichas fórmulas y sus diferencias dificulte la aplicabilidad de los preceptos.

La cuestión, reducida a mera discrepancia terminológica, no debe tener mayor importancia. Pero sí puede ser relevante, por volver a la yuxtaposición o confusión del CP de 1973, el hecho de que el art. 328 castigue el establecimiento de vertederos o depósitos que “*puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas*”, o que el 350 criminalice conductas que “*pongan en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas o el medio ambiente*”. De nuevo salud y vida de las personas aparecen junto a bienes jurídicos colectivos ambientales, cuando lo coherente hubiera sido llevar su protección al capítulo III, (*De los delitos contra la salud pública*) del Título XVII, porque de otro modo se incide en una criticable confusión.

Por otra parte, el legislador de 1995 ha agrupado todos los comportamientos “antiecologicos” en el Título XVI.

La opción de agrupar en un sólo Título delitos estructuralmente homogéneos y afectantes al mismo bien jurídico debe estimarse acertada, y, desde luego superadora de la dispersión anterior, en cuya virtud la protección que al medio ambiente dispensaba el art. 347 bis había de complementarse acudiendo a una compleja red, poco manejable por sus dimensiones¹⁷, de leyes sectoriales con preceptos penales especiales, en materia de energía nuclear, de caza, de pesca fluvial y de pesca con explosivos.

Como es sabido, las alternativas que ofrece el Derecho comparado responden a todas las posibilidades y se han estructurado en torno a dos modelos teóricos, representados respectivamente por los ordenamientos de los Estados Unidos de América y de Alemania.

Es propia del primero la acumulación, no siempre armónica, de leyes sectoriales que incorporan sanciones penales. Esta alternativa formal suele corresponder a otra, previa, de fondo: la

17 TERRADILLOS BASOCO, J.M., “El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa”, en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.), *El delito ecológico*, Madrid 1992, pp. 81 a 83.

definición de los comportamientos prohibidos se encomienda a preceptos de naturaleza administrativa, limitándose el precepto penal a fijar las penas. Así, la legislación U.S.A. —*Federal Water Pollution Control Act* de 1972, *Clean Air Act* de 1977, *Resource and Recovery Act* de 1976—, viene poniendo el criterio de selección de las conductas ilícitas que han de entenderse delictivas en el elemento subjetivo¹⁸.

Por el contrario, el modelo alemán se caracteriza, en lo formal, por llevar la definición de los delitos ecológicos al Código —en coherencia con la idea rectora de integrar toda la criminalidad importante en el Código Penal común¹⁹—, y, en lo material, porque esa definición responde, tendencialmente al menos, a criterios y principios penales, independientes, aunque haya naturalmente excepciones, del Derecho administrativo.

Se decide, pues, nuestro sistema por la unificación de la normativa penal en el Código, solución que, aun planteando ciertos problemas, parece la más idónea por una serie de razones conocidas por la doctrina²⁰, entre las que destaca la de que el tratamiento penal unitario es la opción técnica que mejor responde a una consideración global y programática de la tutela ambiental. La armónica composición del desarrollo productivo, del *habitat* urbano, de los niveles de contaminación, de la salvaguarda de flora y fauna, del patrimonio paisajístico, etc., no es factible mediante una contemplación parcelada. Al carácter unitario del valor “medio ambiente” debe corresponder, en consecuencia un sistema protector-sancionador también unitario.

Aceptando esta perspectiva unificadora, la doctrina ha valorado positivamente la introducción en este Título de la de-

18 MUELLER, G.O.W., “An Essay on Ecological Criminality”, cit., pp. 45 a 47; CONDE-PUMPIDO TURON, C., “Introducción al delito ecológico”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), *El delito ecológico*, Madrid 1992, pp. 2627.

19 ESER, A., “Umweltschutz: Eine Herausforderung für das Strafrecht”, cit., p. 7.

20 Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho Penal de la Empresa*, cit., p. 202.

fensa del territorio. Lo que ya no parece tan correcto es haber incorporado un capítulo II —que no estaba en el Proyecto de 1994— relativo a los “delitos sobre el patrimonio histórico”.

Esta nuevo capítulo, introducido en el Senado, responde a una rúbrica poco indicativa, ya que los artículos que cobija dispensan su tutela no sólo a bienes de carácter histórico. Al referirse a registros, bibliotecas, gabinetes científicos, edificios, etc., se integra un conglomerado de bienes excesivamente heterogéneo: si junto al patrimonio histórico, se protege el artístico, el cultural o el monumental, la rúbrica se queda notoriamente estrecha y más que ayudar a la correcta delimitación del bien jurídico, va a ser una fuente de equívocos.

Además los bienes de esta naturaleza están incorporados ordinariamente a objetos tangibles, que nada tienen que ver con el carácter difuso del medio ambiente, con lo que en un Título dominado por los tipos de peligro, los delitos sobre el patrimonio artístico introducen un cuerpo extraño que son los tipos de lesión.

Hubiera sido más correcto el dedicar a la protección del patrimonio artístico, cultural e histórico un Título específico, reservando otro para los bienes medioambientales, sin mezclarlos, mezclando con ello objetos de protección y técnicas de tipificación heterogéneas.

IV. CONFLUENCIA NORMATIVA: DERECHO PENAL-DERECHO ADMINISTRATIVO

Tal como se recordaba al examinar las razones de la criminalización de los conductas antiecológicas más graves, es necesario que la Ley penal, respetuosa con su carácter de *ultima ratio*, coexista con todo un sistema normativo administrativo, que define infracciones y fija sanciones.

Lo que obliga a plantearse las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, sobre todo porque

los delitos que vamos a examinar, en su versión atenuada, “constituyen simples infracciones administrativas, de modo que entre el delito y la contravención administrativa sólo existe un límite cuantitativo en orden a la gravedad de la infracción”²¹.

El estudio de estas relaciones recíprocas ha venido siendo una más que prolífica veta de reflexión doctrinal, aunque, como ha denunciado NIETO, no puede desconocerse que, en ocasiones, más que polémica o construcción teórica, lo que ha existido es acumulación de citas y continuadas remisiones a lo que han dicho los demás, en un “ejemplo paradigmático de la erudición mordiéndose la propia cola”²².

Nuestro Derecho positivo, representado por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no acomete la tarea de clarificar esas difíciles relaciones²³. Se ha limitado a dar una serie de principios a los que ha de atemperarse el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las Administraciones públicas, sin cuestionarse siquiera la existencia misma de esa potestad, quizá porque, como reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983, un sistema de rigurosa división de poderes, en el que lo sancionatorio debería ser monopolio judicial, no ha funcionado nunca²⁴.

21 BAJO FERNANDEZ-PEREZ MANZANO-SUAREZ GONZALEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Madrid 1993, p. 587.

22 NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid 1993, p. 17.

23 Hasta el punto de que TIEDEMANN ha podido mantener —aunque con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJAP— que el sistema español carece de una verdadera sistematización o conceptualización teórica del recurso a las sanciones administrativas: “Etude sur les systemes de sanctions administratives et pénales des Etats membres ainsi que sur les principes generaux du systeme des sanctions communautaries”, en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell’economia*, 1994 (3), p. 546.

24 Al menos en nuestro sistema, ya que otra cosa ha de decirse del sistema vigente en Dinamarca, Reino Unido o Irlanda, cfr. TIEDEMANN, “Etude sur les systemes de sanctions administratives et pénales des États membres

La existencia de esta doble vía sancionadora provoca problemas derivados de la posibilidad de subsunción de los comportamientos infraccionales en normas administrativas y penales, supuesto que ha de ser resuelto con respeto al principio *non bis in idem*. Por otra parte, el recurso a leyes penales en blanco obliga a examinar la admisibilidad misma de la remisión, así como sus límites y efectos, de modo que la simultaneidad de la ley penal con reglamentos y actos administrativos se desarrolle con respeto al principio de legalidad.

IV.A) *Non bis in idem*

La regla básica para la resolución del primer núcleo de problemas viene dada, en el ordenamiento español, por el art. 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que determina que no cabe doble sanción cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. En síntesis, la aplicación del mencionado principio comporta tres importantes efectos: a) la actuación sancionadora de la Administración debe ceder ante la de los tribunales, y no podrá intervenir hasta tanto no se hayan pronunciado estos²⁵; b) si la Jurisdicción estima la existencia de delito o falta, no cabe sancionar administrativamente; c) en el caso contrario, la Administración debe respetar, en su actuación *a posteriori*, la declaración de hechos surgida del proceso, puesto que no es posible admitir por parte del Estado una valoración doble y discrepante sobre los mismos elementos probatorios²⁶.

Ahora bien, en orden a una mejor comprensión de esta tercera consecuencia, conviene tener presente que hay hechos

ainsi que sur les principes generaux du système des sanctions communautaires", cit., p. 546.

25 Excepción hecha, obviamente, de las medidas administrativas previstas en el art. 3º.3, que no tienen carácter sancionatorio, sino cautelar. Vid. GARCIA BLASCO, J., *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*, Madrid 1989, p. 196.

26 RODRIGUEZ-SANUDO, "Nueva...", cit., pp. 16-17.

que no quedan probados en el proceso porque no interesa su prueba a efectos penales, pero que pueden ser importantes a efectos administrativos y ser objeto de examen posterior en el correspondiente expediente. Sería absurdo que las facultades sancionadoras de la Administración quedasen vinculadas por ese “resultando” de hechos probados. Para evitarlo, advierte ARROYO ZAPATERO que “*por efecto de la cosa juzgada los hechos declarados probados por el Tribunal penal son incontestables, pero cabe apreciar todos aquellos hechos nuevos que no supongan contradicción con aquéllos*”²⁷. Y hay que entender por hechos nuevos los que no hayan sido objeto, por parte del Tribunal, de pronunciamiento que agote todas las facetas de la infracción.

IV.B) Leyes penales en blanco y accesoriedad

En materia ambiental, caracterizada por la heterogeneidad y el dinamismo, el Derecho penal se ve obligado a acoger tipos tendencialmente abiertos que posibiliten la adaptación de la norma a los cambios sociales y técnicos, sin tener que realizar intervenciones legislativas constantes en el Código. Para ello ha de buscar la necesaria conexión entre disposiciones penales y administrativas y a atribuir al Derecho administrativo, de forma innovadora, “*reservas sobre conceptos jurídicos indeterminados, modificaciones de prescripciones, pautas y similares, o modificación de márgenes de valoración*”²⁸.

Así pues, conocer la materia de prohibición obliga a acudir —como evidencian, entre otros, los artículos 319, 325 o 334— tanto al Derecho penal como al administrativo, en la medida en que, según advierte MORALES PRATS, no puede prescindirse de mediaciones y de técnicas de integración nor-

27 ARROYO ZAPATERO, L.A., *Manual de Derecho Penal del trabajo*, Madrid 1988, p. 19.

28 HEINE, G., “Accesoriedad administrativa den el Derecho Penal del medio Ambiente”, cit., p. 300.

mativa con relación al modelo legal e institucional de medio ambiente²⁹.

Esta inevitable utilización de leyes penales en blanco plantea dos tipos de problemas bien conocidos en la doctrina. De carácter técnico unos, jurídico-político los otros.

Desde el punto de vista técnico, el mero acceso a la ley se hace especialmente complejo por las continuas remisiones a normas de muy distinta importancia y origen (desde pactos internacionales a disposiciones municipales), que, por añadidura, sufren continuas modificaciones. Hasta el punto de que se ha podido presentar al Derecho penal del medio ambiente como *“arquetipo de las legislaciones o reglamentaciones técnicas, caracterizado por la multiplicidad de sus incriminaciones, la heterogeneidad de sus sanciones y la multiplicidad de sus sistemas represivos”*³⁰.

De este modo, los operadores del Derecho ven que su labor se hace poco menos que imposible, máxime cuando la remisión es a decretos, reglamentos, circulares, usos e incluso a normas técnicas³¹. Por su parte, los sujetos obligados al cumplimiento de tan heterogénea y dinámica normativa tampoco encontrarán fácil su estricto cumplimiento³², lo que redundará negativamente en su eficacia preventiva.

Desde el punto de vista político, la remisión suscita problemas de compatibilidad con el principio de legalidad, y más en materia ambiental, cuya disciplina jurídica se plasma en normas de muy diverso orden y que, en el caso español, van de la

29 MORALES PRATS, F., “Delito ecológico y modelo ambiental”, en *Cuadernos Jurídicos*, 1995 (36), p. 47.

30 LITMANN, M.J., “Droit Pénal”, cit. p. 105.

31 DEVEZE, J., “De la diversité des sources du droit pénal de l’entreprise. Bilan d’un particularisme”, en AA.VV., *Bilan et perspectives du Droit pénal de l’entreprise*, Actas del IX Congreso de la Association Francaise de Droit Pénal, Paris-Aix Marseille, 1989, p. 24.

32 Así lo advierte la Audiencia Provincial de Badajoz en su sentencia de 22 de diciembre de 1994.

Constitución a disposiciones municipales, pasando por las precedentes del Derecho internacional³³ y de la Unión Europea, del Estado y de las diversas comunidades autónomas³⁴, con lo que el valor descriptivo del texto penal puede quedar reducido a muy poco³⁵.

Aunque algún sector considera inconstitucional toda remisión a norma de rango inferior al de ley, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia se conforman con que el legislador tome la decisión incriminadora básica cediendo expresamente a la Administración el concretar esa decisión³⁶. Se trata, en definitiva, “*de garantizar el carácter complementario del reglamento como enunciación técnica o de detalle, reservándose la norma penal la definición de la esfera y contenido de desvalor que pretende imponer*”³⁷.

La reserva de ley es, pues, compatible, con la remisión de lo contingente o accidental a los reglamentos, siempre que aquélla mantenga el monopolio sobre los elementos esenciales de la materia de prohibición³⁸.

Estos no se limitan, sin embargo, a la mera descripción formal de la conducta; es necesaria la determinación en la ley

33 Sobre la compleja normativa internacional, vid., ESTRADA OYUELA, “Notas sobre la evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional”, en ESTRADA OYUELA/ZEBALLOS DE SISTO, *Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*, Buenos Aires 1993, pp. 3 a 6.

34 Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho Penal de la Empresa*, cit. pp. 204-205.

35 DEVEZE, J., “De la diversité des sources du droit pénal de l’entreprise. Bilan d’un particularisme”, cit., p. 16.

36 Es la doctrina sentada por las sentencias 127/1990 y 62/1994 del Tribunal Constitucional. Ver también TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona 1993, p. 142.

37 LAMARCA PEREZ, C., “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española”, en *Revista española de Derecho constitucional*, 1987 (20), p. 113.

38 BERNARDI, A., “La disciplina sanzionatoria italiana in materia alimentare” en *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1994 (12), p. 52.

penal del “*valor a proteger*”. De acuerdo con ello queda en la duda la constitucionalidad de toda remisión que impida conocer los valores a los que han de referirse las formalidades reglamentarias a considerar en cada caso³⁹. Así ocurre en el art. 335 del CP de 1995: al reducir la materia prohibida a cazar o pescar sin autorización expresa, termina por delegar en la autoridad administrativa la decisión sobre los valores a proteger⁴⁰.

Junto a los casos en que la ley penal en blanco remite la concreción de lo prohibido a los reglamentos, también encontramos hipótesis en las que la tipicidad de la conducta viene condicionada a la ausencia de la preceptiva autorización administrativa, o a la infracción de lo previsto en ésta.

Esta autolimitación de la intervención penal tiene particular relevancia en materia económica, en cuanto asegura un espacio vital a los intereses antagónicos que el legislador no puede ignorar. La técnica de construcción del tipo es aquí expresión de un delicado equilibrio de intereses, y pretende evitar un excesivo encorsetamiento de actividades socialmente útiles.

Las dificultades para lograr ese equilibrio vienen dadas, por una parte, por la complejidad de intereses afectados, que plantean problemas de identificación y concreción de los bienes jurídicos, y, por otra, por el carácter promocional que se atribuye al Derecho penal económico.

Así se ha entendido que la función propulsora, no meramente conservadora, que el Estado social reivindica como propia impone una nueva configuración dinámica del concepto de bien jurídico, que no se agota en la cristalización de situaciones y relaciones existentes, sino que ha de abarcar los objetivos estatales de justicia social⁴¹. El carácter promocional que así se asig-

39 TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico*, cit., p. 142.

40 Idénticas consideraciones hace TIEDEMANN, K. (*Lecciones de Derecho Penal Económico*, cit., p. 142) sobre el art. 343 bis del Código Penal de 1973.

41 PEDRAZZI, C., “El bien jurídico en los delitos económicos”, en BARBERO SANTOS, M., (ed.), *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Madrid 1985, p. 287.

na al Derecho penal implica el riesgo de un intervencionismo gravemente restrictivo de derechos individuales, en pos de programas económicos que, en una sociedad conflictual o, cuando menos, plural, no pueden gozar de total aceptación.

Pero entre el modelo brindado por un sistema penal promocional y otro constreñido por los contornos que definieron al Derecho penal liberal, entre el conductismo economicista y el absentismo autocomplaciente, hay posibilidades intermedias.

Entre ellas, las de complementar la ley penal con la actuación administrativa, siguiendo precedentes que han mostrado su idoneidad fundamentalmente en el ámbito anglosajón⁴². Se trata de afrontar las situaciones conflictuales superando el binomio “juez aplicador-ley que jerarquiza los intereses”, haciendo que la ley renuncie a establecer prioridades absolutas y confiando la definición de las condiciones de conciliabilidad de intereses a la Administración, que de este modo es llamada a “gestionar” el conflicto sumándose al binomio ley-juez. Es lo que ocurre cuando se castiga el ejercicio de industria contaminante de las aguas sin haber obtenido la preceptiva licencia o sin observar las limitaciones impuestas por ésta. No se incrimina así, *a priori*, una determinada solución del conflicto, sino la solución adoptada al margen de los procedimientos establecidos⁴³.

Puede entenderse que si la conminación penal se dirige no a la tutela directa de un bien jurídico sino a los “modos” establecidos para resolver una situación, la ley está renunciando a la capacidad selectiva de cualquier referente material. Pero, con PADOVANI, puede entenderse en sentido contrario que el papel del bien jurídico no queda oscurecido por el modo en que el legislador disciplina el conflicto: el paradigma complejo, que integra la intervención de la Administración, está destinado a regular una situación conflictual entre intereses contrapuestos, y

42 Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho Penal de la Empresa*, cit., pp. 48-49.

43 PADOVANI, C., “La problematica de bene giuridico e la scelta delle sanzioni”, en *Dei delitti e delle pene*, 1984 (1), pp. 118-119.

el hecho de que la tutela penal no se dispense directamente a uno de estos intereses atribuyéndole *a priori* la prevalencia, no puede hacer olvidar el dato de que la disciplina normativa, en su conjunto, está dirigida a definir esta prevalencia, aunque sea en términos relativos⁴⁴.

Hay que reconocer, en efecto, que atribuir a órganos de alta cualificación técnica la función de formular prescripciones dirigidas a un destinatario determinado (y la consiguiente conminación por parte del legislador de sanción penal en caso de violación) permite profundizar en las peculiaridades de cada situación, facilitando así una mayor eficacia⁴⁵, pero los riesgos que con este proceder se corren no son menos evidentes, ya que si la decisión sobre bienes e intereses en conflicto, consecuente a la valoración respectiva de los mismos, la ha de realizar la autoridad administrativa, que por esta vía decide sobre la imposición o no de penas, se puede convertir al Derecho penal en apéndice de las decisiones administrativas. Aquí la corrección debe venir de la mano del principio de lesividad, que obliga al legislador a evitar la criminalización de injustos meramente formales y al intérprete a la construcción teórica de cada tipo integrando la afección, actual o potencial, pero en todo caso constatada, al bien jurídico.

Si se admite, de acuerdo con lo expuesto, la conveniencia o, cuando menos, la necesidad (inevitabilidad) de complementar el contenido de la norma penal con la decisión administrativa, las situaciones posibles pueden sistematizarse, siguiendo a HEINE⁴⁶, de acuerdo con tres modelos.

El primero de ellos, el modelo de intervención *excesivamente dependiente* en la terminología de MORALES PRATS⁴⁷,

44 PADOVANI, "La problematica...", cit., pp. 119-120.

45 GRASSO, G., "L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986 (3), p. 727.

46 Vid. HEINE, G., "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente" cit., pp. 289 a 315.

47 MORALES PRATS, "Delito ecológico y modelo ambiental", cit., p. 47.

se caracteriza por la absoluta subordinación del Derecho penal a los actos administrativos. La finalidad de la protección penal es asegurar la ejecución y el control administrativos, de modo que lo que se castiga es el incumplimiento del acto administrativo (Gran Bretaña, Francia, USA), de los requerimientos de la autoridad (Turquía) o de la obligación de someterse a su control (Bélgica, Francia). En lo formal, se trata de sistemas que proceden por acumulación de leyes sectoriales, en las que se integran preceptos penales en blanco dirigidos a sancionar el comportamiento prohibido por el acto administrativo. Este modelo hace perder al Derecho penal una de sus genuinas misiones, cual es la de seleccionar y jerarquizar bienes jurídicos. La prevención general positiva se resiente. Y se resiente igualmente el principio de legalidad, por cuanto se termina confiando tareas legislativas a la autoridad administrativa. Finalmente, brilla por su ausencia el requisito de lesividad, ya que el núcleo de lo prohibido se identifica con la mera desobediencia.

El segundo modelo hace depender relativamente al Derecho penal del Administrativo. Aquél define los bienes jurídicos dignos de protección, ya sean específicamente ecológicos, ya sean la salud o bienes de las personas, pero supedita la punición a la inexistencia de autorización administrativa (Alemania), al incumplimiento de un acto administrativo (Alemania) o al incumplimiento de una norma administrativa (Austria, Cuba). El parágrafo 325 del Código Penal alemán, introducido por la *XVIII Strafrechtsänderungsgesetz*, de 28-mar-1980, castiga conductas de contaminación atmosférica o acústica, peligrosas para la salud humana, los animales, las plantas o los bienes de valor considerable, sólo si el autor infringe gravemente las reglamentaciones aprobadas por las autoridades competentes.

El tercer sistema se orienta a la protección de bienes definidos por el Derecho penal frente a conductas también tipificadas por éste: prescinde de la remisión y en general castiga la lesión a bienes jurídicos ambientales y la puesta en peligro de la vida o la salud (parcialmente Italia, Alemania, Portugal).

Las relaciones, que pueden ser contradictorias, entre norma penal —incriminadora— y acto administrativo —autorizante— sólo pueden darse en el segundo de los modelos teóricos propuestos por HEINE, que, por otra parte, es el seguido por el Derecho español.

La decisión administrativa autoriza determinadas lesiones a bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal, de modo que aquéllas quedan despenalizadas. Así puede asegurarse la necesaria coordinación de todo el ordenamiento, en la medida en que objetivos, p. ej., económicos, que están en el punto de mira de la actividad gubernamental pueden ser logrados sin que interfiera la prohibición penal. Pero, como contrapartida, se da entrada en el sistema penal a consideraciones y principios que le son ajenos.

Es en estos casos en los que se planteará con carácter acuciante la compleja problemática de la accesoriadad del Derecho penal con respecto al administrativo⁴⁸. La regla básica propuesta por TIEDEMANN, es la de que el sujeto “...no es penalmente responsable de determinadas emisiones si actúa con base en una autorización jurídicamente eficaz o en tanto no infrinja una prohibición de emisión jurídicamente eficaz”⁴⁹.

Hay que entender, con la teoría general del Derecho administrativo, que los actos nulos de pleno Derecho, por serlo, serán ineficaces incluso jurídico-penalmente. No puede, en consecuencia ser eficaz el acto autorizante nulo. los anulables tienen eficacia hasta su anulación. No obstante, si la autorización anulable se consiguió con engaño, amenazas o colaboración colusiva no puede amparar el ilícito penal (porque en el fondo sería una autorización nula). Lo mismo ha de decidirse en los casos de abuso de derecho (se utiliza la cláusula autorizante para producir efectos distintos a los previstos en la norma)⁵⁰.

48 Sobre el tema, vid., HEINE, G., “Accesoriadad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente”, cit., pp. 289 a 315.

49 TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico*, cit., p. 186.

50 HEINE, G., “Accesoriadad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiental, cit., pp. 303-304.

El reverso de la moneda lo suministran los casos en que el sujeto actuó sin autorización. En opinión de TIEDEMANN será penalmente responsable, aun cuando sus actividades hubieran sido susceptibles de ser autorizadas, quien sigue actuando más allá del plazo cubierto por la autorización y quien realiza conductas que sólo *a posteriori* son autorizadas⁵¹.

La anterior argumentación ha de ser, sin embargo, complementada a la luz del principio de protección de bienes jurídicos. Si la actividad hubiera podido ser autorizada o si es autorizada *a posteriori*, parece claro que falta la necesaria lesividad para que, normalmente, sea integrable en un tipo penal. Quien actúa en esas circunstancias debe incurrir en simple infracción administrativa, ya que su conducta no afectó al bien jurídico protegido o lo afectó dentro de límites penalmente tolerados.

Cuando, actuando conforme al permiso, se causen lesiones o peligros típicos, no habrá responsabilidad penal, conclusión que, en opinión de HEINE, encuentra mejor fundamento en la concurrencia de un riesgo permitido, como base de la atipicidad, que en la de error. Por eso, cuando se produce un resultado manifiestamente antijurídico (penalmente), cabrá la exigencia de responsabilidad penal, pues se están traspasando los límites del riesgo permitido: *“no se puede justificar la confianza en el funcionamiento de las reglas de cuidado, fijadas para limitar el peligro, cuando es patente en el caso particular que las medidas prescritas no alcanzan para reducir un peligro latente al grado mínimo tolerable”*⁵².

Particulares relieves presentan los supuestos de tolerancia: la autoridad administrativa no interviene durante un largo tiempo contra situaciones antijurídicas notorias, estando facultada para hacerlo. Hay que negar relevancia a la tolerancia, a no ser que esté formalizada en una autorización formal, y entonces deja de ser tolerancia para ser acto administrativo. Otra cosa es

51 TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico*, cit., p. 186

52 HEINE, G., “Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente”, cit., pp. 309-310.

que la conducta no pueda ser reputada punible por la incidencia del error en el sujeto que realiza actividades manifiestamente toleradas.

V. RECURSO A TIPOS DE PELIGRO

Los preceptos penales protectores del medio ambiente suelen configurarse como delitos de peligro⁵³, posiblemente por que se trata de un bien jurídico que, por sus características, reclama una protección anticipada⁵⁴, o quizá por lo discutible que sería considerar si hubo o no lesión, y por las dificultades que, caso de que la hubiera, obstaculizarían la posibilidad de relacionarla con una conducta concreta⁵⁵, ya que normalmente el perjuicio será fruto de la reiteración y de sus efectos acumulativos⁵⁶.

Sin embargo, la legitimidad constitucional y la funcionalidad político-criminal de la decantación legislativa por los tipos de peligro abstracto han sido, desde siempre, puestas en cuestión. Quizá porque se han venido empleando en su aval argu-

53 Vid. GREGORI-DA COSTA, *Problemi generali del Diritto penale dell'ambiente*, Padova 1992, pp. 68 a 70; KEGLER-LEGGE, *Umweltschutz durch Strafrecht?*, Pfaffenweiler 1989, pp. 10-11.

54 "... este es un delito de peligro... dado que el legislador ha adelantado la tutela penal en un intento de impedir la producción del resultado lesivo", declara la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de los de Granada, de 24 de junio de 1995. En el mismo sentido, CANTARERO BANDRES, R., "El delito ecológico: Análisis del actual tipo penal y sus antecedentes", en TERRADILLOS BASOCO, J.M., (coord.), *El delito ecológico*, Madrid 1992, p.69.

55 Una exhaustiva enumeración de estas dificultades procesales, en BAUTISTA PEREJO, C., "La prueba pericial en los supuestos de delito ecológico", en *La protección penal del medio ambiente. Actas de las Jornadas sobre la protección penal del medio ambiente, organizadas por CODA-AEDENAT, Madrid 20-21 de octubre de 1990*, Madrid 1991, pp. 142-143. También DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *La prueba en el delito ecológico*, Madrid 1995, pp. 17 a 19.

56 KLEINE-COSACK, E., *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, Berlin 1988, pp. 76-77.

mentos doctrinales no concluyentes cuando no francamente inadmisibles.

Así, se ha mantenido que las dificultades de imputación objetiva del resultado dañoso están en el origen de buena parte de los tipos de peligro abstracto, que exoneran al juez de la obligación de verificar en concreto la corrección del pronóstico de peligro elaborado por el legislador. De este modo, la tarea del juez sería la de aplicar una definición bien delimitada y no la de entregarse a apreciaciones inciertas, y más aun en el plano ecológico, en el que la constatación de la peligrosidad de cada comportamiento depende de variables a menudo numerosas e inaprehensibles. Con ello, según se dice, se garantizaría, además, el respeto al principio de igualdad⁵⁷.

A lo que puede redargüirse que las dificultades del juez para constatar la situación de peligro siempre serán menores que las del legislador, que opera *a priori* y sobre supuestos más generales. Amén de otro dato empírico no desdeñable: los tipos de peligro abstracto en materia ecológica no se aplican⁵⁸, con lo que, de hecho, mal pueden solventar problemas de prueba.

Tampoco pueden aceptarse, por razones bien conocidas, las pretensiones de castigar, como delitos de peligro, meras desobediencias a la norma, ayunas de lesividad o de peligrosidad.

No es desde esta perspectiva desde la que se pueda abordar, con solidez, la justificación del recurso a los tipos de peligro abstracto. Para ello habrá que partir de la importancia y características del bien jurídico a tutelar⁵⁹, así como del dato real de la existencia de conductas generalmente avocadas a su

57 PEDRAZZI, C., "Rapport", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1983 (1-2), p. 431.

58 Cfr. HEINE, G., "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente", cit., pp. 298-299.

59 Vid. SCHÜNEMANN, B., "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte im Strafrecht", en *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 798.

lesión⁶⁰, tal como hubo de hacer el legislador al asumir, dentro de Códigos penales de impronta liberal, la protección de determinados intereses supraindividuales, como puede ser la salud pública, área en que limitarse a castigar el peligro concreto estaría abocado al fracaso. En lo que sí ha de ponerse especial cuidado es 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 lesivo⁶¹. Siendo así, pocas objeciones de fondo político pueden oponerse a los delitos de peligro abstracto.

El CP español de 1973, al tipificar el delito ecológico, se inclinó por un tipo de peligro, pero con una sorprendente diversificación: peligro concreto cuando se trata de proteger la salud de las personas, y abstracto cuando se afecte a “*condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles*”. Hay que dejar constancia de que los monografistas del tema no han logrado explicarse esta anómala y contradictoria técnica de protección que se traduce en un mayor rigor frente a los atentados contra animales y plantas que contra las personas⁶².

La redacción del CP de 1995 (artículos 325, 336), se inclina por prescindir del peligro concreto, que condena a la ina-

60 Cfr. CRAMER, P., *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, Tübingen 1962, pp. 50-51.

61 En contra, MENDEZ RODRIGUEZ, C., (*Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid 1993, p. 207) para quien esta tipología intermedia tiene el defecto de desconocer la importancia interpretativa de la atribución de peligro a distintas entidades, proporcionando una visión global confusa.

62 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente”, en *Documentación Jurídica*, 37/40 (1983), p. 917; POLAINO NAVARRETE, M., “La criminalidad ecológica en la legislación penal española”, en AA.VV., *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid 1993, p. 881; VERCHER NOGUERA, A., “El delito ecológico: aplicación y problemas prácticos” en *La Ley*, 17-oct-1989, p. 2.

plicación, y se decanta por los delitos de peligro abstracto. No es necesario que se pongan en concreto peligro los bienes jurídicos protegidos, pero tampoco basta con las meras infracciones formales: las conductas sólo serán típicas en la medida en que “*puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*” (art. 325). Es decir, en la medida en que sean conductas idóneas para lesionar los bienes cuya tutela se pretende. La exigencia de idoneidad lesiva es aún más clara en el art. 336: se castiga el empleo de medios “*de eficacia destructiva para la fauna*”.

El artículo 310 del Proyecto criminalizaba el establecimiento de depósitos o vertederos clandestinos o incontrolados de desechos o residuos, o la realización de vertidos sin cumplir las prescripciones de la autorización. Una primera lectura llevaría a entender que se castigaba la mera infracción de la autorización. Ciertamente que también se exigía el simultáneo incumplimiento de las prescripciones impuestas en la autorización “*para evitar la nocividad o molestia del vertedero*”, lo que podía llevar a pensar que el incumplimiento de esas prescripciones transformaba el vertedero en nocivo o molesto. Pero esa deducción suponía admitir una presunción de peligrosidad, sin que esta hubiese quedado incorporada al tipo. A esa conclusión llevaba el párrafo segundo, que agravaba la pena cuando los residuos fueren tóxicos o peligrosos. De modo que el primer párrafo criminalizaba el establecimiento de depósitos o vertederos que no tienen tal carácter, es decir, los meramente infraccionales, en un ejemplo de utilización abusiva de tipos de peligro que más que abstracto es, meramente, presunto⁶³.

Correctamente, y en respuesta a reiteradas críticas doctrinales⁶⁴, el art. 328 del Código castiga la misma conducta siempre que esos depósitos o vertederos “*sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas*”.

63 Una crítica a esta equiparación en TERRADILLOS BASOCO, *Derecho Penal de la Empresa*, cit., p. 54.

64 Vid. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho Penal de la Empresa*, cit., p. 215.

El recurso a tipos de peligro, impuesto por las características del bien jurídico, deja expedita la vía al concurso real cuando concurren generación de riesgo y lesión típica de bienes individuales concretos⁶⁵.

VI. LOS DELITOS EN PARTICULAR

El examen de cada uno de los preceptos que el Código Penal de 1995 dedica a la protección, *lato sensu*, del medio ambiente no puede abordarse aquí. Se alude, en consecuencia, a sólo alguno de los aspectos en que, con respecto al Código anterior, se presentan mayores novedades.

VI. A) De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

La conducta descrita en el art. 347 bis del CP de 1973 es objeto, en el nuevo texto punitivo, de una ampliación palpable superadora de su palmaria parquedad. Las dificultades de concreción de los elementos que integran lo que denominamos medio ambiente puede explicar la opción seguida por el Código derogado, pero parece más fundamentado entender que en el legislador de 1983 pesó no tanto la dificultad de definición como la voluntad de cubrir el expediente mediante tipos de cortos vuelos destinados más que a su aplicación efectiva, a la exhibición legitimante. De este modo, al castigarse como delito ecológico sólo las emisiones o vertidos, quedaron al abrigo de la intervención penal conductas tan graves como la super-explotación de los recursos naturales⁶⁶, la tala masiva de árboles, la desecación de humedales o la roturación de monte bajo.

65 Así lo recuerdan la sentencia de 29 de septiembre de 1993 del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Málaga, o la de 7 de octubre de 1993 de la Audiencia Provincial de Badajoz.

66 En este sentido, SANCHEZ-MIGALLON PARRA, A., "El bien jurídico protegido en el delito ecológico", en *Cuadernos de Política Criminal* 1986 (29), pp. 342-343.

El artículo 325 del CP95 amplía la conducta típica, añadiendo a las emisiones y vertidos “*radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depositos, 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*”.

Quizá debió reservarse un artículo autónomo para criminalizar las captaciones de aguas. No se integraban en el delito ecológico del Proyecto de CP de 1994, que se limitaba a criminalizar emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, etc, “*con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos*”. Al incluir el Senado en el catálogo de conductas delictivas del art. 325 la captación ilícita de aguas debió haberlo hecho antes de ese inciso, y no después, porque, en la redacción final, la tipicidad de la conducta que incide en los espacios transfronterizos no afecta a dichas captaciones.

De haberse dedicado a estas conductas un artículo propio, podría haberse salvado esa incongruencia, y podría haberse incorporado al mismo la agravante f) del art. 326, que reza “*Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones*”. Esta circunstancia agravante, en contra de lo que ocurre con las del resto del artículo, es sólo idónea para incrementar la pena en los casos de captaciones de aguas.

Para el delito ecológico nuestro ordenamiento, siguiendo la tónica imperante en Derecho comparado, reserva penas de distinta naturaleza: privativas de libertad, inhabilitaciones y multa.

Uno de los aspectos del art. 347 bis del CP de 1973 que más llama la atención en una primera lectura es la parvedad de la pena privativa de libertad —arresto mayor— que prácticamente nunca va a determinar el ingreso en prisión y que, en con-

secuencia no puede lograr una alta eficacia preventivo-intimidante⁶⁷.

Quizá tuvo presente el legislador español, a la hora de cuantificar la pena, la extendida idea de que la prisión es inidónea frente al delincuente de cuello blanco, no necesitado de resocialización. Sin embargo, hay razones para pensar que la privación de libertad, y la pérdida de status que comporta, pueden tener efectos preventivo-generales ciertos, tal como por otra parte han demostrado conocidas investigaciones criminológicas⁶⁸.

Y no se trata sólo de penas privativas de libertad de corta duración, cuya utilidad no se discute al aceptarse que frente a estos sujetos despliegan un efecto preventivo general mucho más elevado que para el común de los delincuentes, y, a su vez, a diferencia de lo que ocurre con su aplicación a estos últimos, no suelen comportar efectos desocializadores. Es también necesario el recurso a las penas de larga duración. No se puede afrontar un fenómeno criminal que responde al afán de lucro monetarizando el Derecho penal, bien al contrario ha de reivindicarse el mantenimiento de las penas privativas de libertad como instrumento irrenunciable de una política penal preventiva⁶⁹.

Parece obvio que el legislador de 1995 ha compartido estas consideraciones al determinar la pena del art. 325. Pero son también detectables casos en los que, olvidando el mandato del art. 45 de la Constitución, se ha optado por olvidar la rele-

67 TERRADILLOS BASOCO, J.M., "El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa", en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.) *El delito ecológico*, Madrid 1992, p. 100.

68 Vid, una sucinta referencia en BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 200.

69 No se comparte pues la tesis de BAJO FERNANDEZ-PEREZ MANZANO-SUAREZ GONZALEZ (*Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, 2ª ed., Madrid 1993, p. 591), para los que "sólo la concepción retributiva de la pena puede fundamentar una eficaz lucha contra la delincuencia económica". Vid. BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 201.

vancia que ha de concederse a la naturaleza de los bienes (ambientales) afectados.

El contenido del art. 329, p. ej., pone de relieve que la condición de funcionario tiene efectos atenuantes cuando de delitos ecológicos se trata. En efecto, el funcionamiento de industrias potencialmente contaminantes es ámbito que ordinariamente requiere de la intervención autorizante y controladora de la Administración. Habida cuenta de este dato, el CP de 1995 criminaliza expresamente la conducta de la autoridad o funcionario 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 huberen silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen”*. Las penas son las de la prevaricación (art. 404) —inhabilitación especial de siete a diez años— y además prisión de seis meses a tres años o multa de ocho a veinticuatro meses.

Pero en la práctica ese funcionario o autoridad actuará de acuerdo con el responsable de la industria, con lo que, a tenor del art. 28 b) le debe corresponder la pena de los autores⁷⁰, que, según lo dispuesto en el art. 325 sería mayor: inhabilitación de uno a tres años y prisión de seis a cuatro años, en su mitad superior cuando se genere riesgo para la salud de las personas y elevadas en un grado cuando concurrieren las circunstancias del art. 326. El efecto real de la criminalización específica del funcionario es el favorecimiento de la prevaricación en materia ecológica, lo que parece, como poco, disfuncional.

Tampoco salen bien parados los valores ambientales en los artículos 351 y 352. El primero castiga la provocación de cualquier incendio con peligro para la vida o la integridad física de las personas, con prisión de diez a veinte años. El 352 casti-

70 En este sentido, QUERALT, J.J., “El delito ecológico en España: situación actual y perspectivas de reforma”, en *Jueces para la Democracia*, 1994 (3), p. 68.

ga, en su párrafo segundo, el incendio de montes o masas forestales con peligro para la vida o la integridad con la misma pena, más multa de doce a veinticuatro meses. Es decir, el incendio del monte o de la masa forestal, en términos de pena, vale tanto como una multa. Y esta valoración no puede corresponderse con la que ha de hacerse de los montes, como elemento del medio ambiente, y del incendio de los mismos, como medio privilegiado de acabar con una riqueza a cuya protección la Constitución obliga expresamente.

VI.B) De los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna

También asume el CP la tutela de la vida silvestre, recogiendo el contenido de preceptos hoy dispersos en leyes penales especiales o en normas administrativas sancionadoras.

El art. 335 castiga la caza o pesca de especies no amenazadas, si no están expresamente autorizadas por "*las normas específicas en la materia*". La mera no autorización transforma en delictiva la caza o pesca, sin que pueda afirmarse con carácter general que impliquen lesión o puesta en peligro de bien jurídico alguno.

Nótese que esa misma caza o pesca, cuando recaen sobre especies amenazadas o en peligro de extinción (art. 334), suponen una lesión de bienes ecológicos evidentes. Pero cuando el objeto material no reviste esas características, la criminalización de su captura, por el mero hecho de que no esté expresamente autorizada supone, una vez más, olvidarse de la constitucionalmente necesaria afectación a un bien jurídico, y supone también poner al Derecho penal al servicio de la autorización administrativa.

El principio de legalidad tiene, entre otras funciones, la de potenciar la prevención general. A su tenor, los preceptos penales han de recoger, en términos comprensibles para la generalidad de sujetos a los que van dirigidos, la descripción de lo

prohibido. Llama por ello la insistencia del legislador al castigar en el art. 332 el cortar o destruir “propágulos” de flora amenazada. El término, que el parlamentario Olarte indicó le recordaba demasiado a Calígula, ha superado las críticas doctrinales y los debates parlamentarios, y ha quedado incorporado al Derecho positivo, quizá como manifestación de un desmesurado afán criminalizador, también plasmado en el hecho de que se castigue tanto el corte como la tala de flora amenazada, siendo así que cortar y talar son términos prácticamente equivalentes.

La afectación al *habitat* que castiga el art. 334, ha de ser grave. Al igual que en los artículos 325, 328 o 330, se recurre a una expresión normativa indeterminada que entra en colisión con el principio de taxatividad. De hecho, la gravedad del delito ha venido siendo manejado por la jurisprudencia como criterio distintivo entre el delito y el ilícito administrativo, con lo que pasa a tener papel decisivo un elemento típico indeterminado cuya apreciación —“*eminente circunstancial*”, como la califica la sentencia de 11 de marzo de 1992 del Tribunal Supremo— queda, exclusivamente, en manos del juzgador⁷¹.

VI.C) De los delitos sobre la ordenación del territorio

Donde se plasma una voluntad tutelar más amplia por parte del legislador de 1995, además de una correcta integración del suelo entre los elementos ecológicos, es al abordar la defensa del territorio. La verdad es que la introducción de los delitos contra la ordenación del territorio no podía realizarse hasta el momento en que, en lo normativo, se produjese un expreso reco-

71 MORALES PRATS, “Delito ecológico y modelo ambiental”, cit., p. 49. Acuden expresamente a la gravedad como criterio diferenciador las sentencias de 12 de julio de 1993 del Juzgado de lo Penal núm. 11 de Sevilla, la de 26 de junio de 1994 de la Audiencia Provincial de San Sebastián, o la de 5 de junio de 1995 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barce

nocimiento de las limitaciones que el interés social impone a la propiedad urbana, y hasta que, en lo dogmático, no se aceptase pacíficamente la posibilidad de incorporar al catálogo de bienes jurídicos los de naturaleza macro-social o difusa.

Al primer requisito da respuesta el art. 5 de la Ley de Régimen Jurídico de Ordenación del Suelo, al afirmar la función social de la propiedad urbana. También puede entenderse hoy cumplido el segundo requisito: la aceptación de bienes jurídicos macrosociales o colectivos, entre los que están, sin duda, los ambientales. En ese contexto teórico, se viene entendiendo que el urbanismo integra con el medio ambiente una unidad estructural, y como tal debe quedar penalmente protegido.

El ar. 319 castiga la construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. Castiga también, en su número segundo, la edificación no autorizable en suelo no urbanizable.

Así como el segundo párrafo describe un genuino delito contra la ordenación del territorio, en el primero se tienen en cuenta otros valores ajenos a lo ecológico-urbanístico que quizá pudieron haber llevado estos supuestos al Capítulo II, donde se recoge el negativo de estas conductas: el derribo o la alteración grave de edificios protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental.

Sin embargo, parece claro que la destrucción de un bien de las características apuntadas no es equiparable a la construcción en los lugares mencionados. Esa construcción afecta negativamente al valor ambiental —*lato sensu*— que esos lugares puedan tener, pero en la medida en que lo que se construye puede derribarse, quizá hubiera bastado con la sanción administrativa para hacer frente a estas conductas, reservando la criminalización a los casos en que la construcción sea definitivamente

te lesiva para los valores ambientales, o los ponga en grave peligro. Al presumirse que la construcción los afecta negativamente por no ser autorizable, se está volviendo, a no ser que una interpretación vinculada al principio del bien jurídico pueda evitarlo, a aquel concepto residual de tipos de peligro abstracto que incluiría la mera infracción formal. Dicho de otro modo, se está abriendo el camino a penalizar el construir sin autorización (piénsese en la construcción sobre suelos destinados a viales), y ello supone una utilización mistificadora de los tipos penales.

Al igual que en el caso del art. 329, el 320 castiga especialmente la conducta de la autoridad o funcionario que, “*a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes*”. La pena es la propia de la inhabilitación (art. 404), más prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, inferior en todo caso a las prevista en los dos números del art. 319 para los autores, y, en aplicación del art. 28.b), a las autoridades o funcionarios cuya cooperación con ellos es necesaria.