

J.M. TERRADILLOS BASOCO

**Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Cádiz**

Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*

* Conferencia pronunciada en el I Congreso hispano-portugués de Derecho penal: "Responsabilidad penal de los funcionarios", organizado por las cátedras de Derecho Penal de las Universidades de Santiago, Vigo y La Coruña, Santiago de Compostela, 28-nov.-96.

Sumario

I. CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES. II. SUJETO ACTIVO. CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE FUNCIONARIO. III. LA CONDUCTA TÍPICA. IV. TIPO SUBJETIVO. V. CUESTIONES CONCURSALES.

I. CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

El Título XVI del Código Penal de 1995 recoge los “*delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*”. Aunque quizá resulte forzado agrupar todas estas figuras delictivas, que en ocasiones presentan perfiles demasiado heterogéneos¹, hay, en la regulación legal, un elemento común novedoso, la intervención de autoridades o funcionarios públicos, objeto de los artículos 320, 322 y 329.

Se trata de sendas disposiciones, de estructura muy semejante aunque no idéntica, en las que se castiga la intervención de la autoridad o funcionario, mediante reglas específicas que suscitan complejas cuestiones, tanto relativas a su contenido como a la propia justificación de su necesidad.

De hecho, no es pacíficamente admitida la conveniencia de este tratamiento específico de la responsabilidad del funcionario.

Ha de recordarse así que, aunque presente en los intentos de reforma penal desde el Proyecto de 1980, es opción que no cuenta con precedentes en nuestro Derecho positivo. En Alemania, p. ej., donde también se planteó la cuestión, ni la reforma del Código Penal de 1980 ni la segunda ley de reforma del

1 J.M. TERRADILLOS BASOCO, “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en J.M. TERRADILLOS BASOCO (edit.), *Derecho penal del medio ambiente*, Madrid 1997, p. 35.

Código Penal para la lucha contra la criminalidad ambiental de 1994 tipificaron expresamente la intervención del funcionario, a pesar de que hubo propuestas en tal sentido. Y en nuestra doctrina se ha alegado, en la misma dirección, que no tiene sentido agravar la responsabilidad del funcionario en este ámbito si no se hace en otros como el alimentario o el sanitario².

Sin embargo, también se ha argumentado que la naturaleza reglada de las licencias para construir —en el sentido más amplio del término³— o para realizar actividades que puedan resultar contaminantes debe reflejarse en la previsión de una sanción específica adecuada a la importancia del acto autorizante y a la trascendencia del incumplimiento de la normativa aplicable por parte del funcionario⁴.

A estas razones ha de añadirse el hecho, constatado incluso por la Memoria del Fiscal General del Estado de 1995, de que, quizá respondiendo a una escasa valoración social de los bienes *lato sensu* ambientales —valoración que se puede estimar progresivamente superada—, la respuesta administrativa no se caracteriza precisamente por su dinamismo o interés. Más tajante es la opinión vertida en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1990, en la que expresamente se denuncia la “*permisividad y excesiva tolerancia*” de la Administración⁵, o la de PÉREZ DE GREGORIO, que saluda la introduc-

2 C. CARMONA SALGADO, “Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico”, en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal Español*. Parte Especial.II, Madrid 1997, p. 30.

3 El art. 242.1 Ley del Suelo establece que “*todo acto de edificación requerirá la preceptiva licencia municipal*”.

4 M. C. GÓMEZ RIVERO, “Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental”: *La Ley*, 4076, 10-jul-1996, p. 2; F. MORALES PRATS y J.M. TAMARIT SUMALLA, “De los delitos sobre la ordenación del territorio”, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona 1996, p. 852.

5 Parcialmente publicada en *Revista de Derecho Ambiental*, 17 (1997), pp. 92 y 93, en las que se denuncia expresamente la actitud, cuando menos, obstructionista de los respectivos órganos de la Administración en Huelva, León, Palencia, Las Palmas, Madrid, Bilbao o Cataluña, donde se llega a

ción en el Código del art. 329 como precepto que “*responde a razones de realismo y eficacia social, ante la generalizada actitud de desidia, ineficacia y frecuentemente vergonzosa compli- cidad de las Administraciones Públicas con competencias medioambientales españolas*”⁶.

Con todo, no parece que pueda admitirse la introducción de estos nuevos preceptos si no se añaden dos nuevas razones: existencia de lagunas en el ordenamiento que impidan incriminar la intervención delictiva de los funcionarios en el marco del urbanismo, del patrimonio cultural o del medio ambiente; o levedad punitiva que aconsejaría agravar su responsabilidad criminal. Es premisa imprescindible entonces que esa intervención del funcionario, de no existir estos preceptos específicos, fuera atípica o no estuviera suficientemente castigada⁷.

Entienden que la necesidad ya estaría cubierta MORALES PRATS y TAMARIT SUMALLA, al afirmar que los hechos contemplados en el art. 320 son subsumibles en el tipo de prevaricación⁸, o PRATS CANUT, en cuya opinión los gené- ricos tipos de funcionarios bastarían para dar adecuada respues- ta a estos comportamientos, si bien reconoce que, en la práctica, no se ha acudido a ellos en esta materia, lo que podría aconsejar al legislador la creación de tipos específicos⁹.

constatar “una clara obstaculización”. Ver también, R. DE VICENTE MARTINEZ, “La responsabilidad penal del funcionario público o autori- dad en materia de ordenación del territorio”, en J.M. TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio*, Sevilla 1997.

- 6 J.J. PÉREZ DE GREGORIO, “Los delitos contra el medio ambiente”: *La Ley*, 3981, 23-feb-1996, p. 4.
- 7 M.C. GÓMEZ RIVERO, “Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental”, cit., p. 1.
- 8 F. MORALES PRATS y J.M. TAMARIT SUMALLA, “De los delitos sobre la ordenación del territorio”, cit., p. 852.
- 9 J.M. PRATS CANUT, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en G. QUINTERO OLIVARES, (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 891.

Parece, sin embargo, incontestable que la presentación del informe favorable, que es conducta típica tanto en el art. 320 como en el 322 o en el 329, extiende el campo de lo punible más allá de lo cubierto por el delito de prevaricación, que supone siempre resolución, no identificable con el informe¹⁰. Al menos en este punto hay que reconocer que los nuevos preceptos responden a una opción político-criminal a la que no puede hacer frente eficazmente el art. 404.

Por otra parte, conocidas experiencias, de las que pueden ser significativos ejemplos los vertidos en la Bahía de Portmann (sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 27 de mayo de 1994) o las emisiones de la central térmica de Cercs (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1990), han hecho patente la necesidad de mecanismos penales de intervención para hacer frente a los casos en los que el particular cuenta con el respaldo de una autorización carente de fundamento legal¹¹.

II. SUJETO ACTIVO

Sujeto activo es, en los artículos 320, 322 y 329, la autoridad o funcionario público, que vienen definidos, a efectos penales, en el art. 24 del Código Penal¹².

10 En contra A. VERCHER NOGUERA, ("Delitos contra el patrimonio histórico", en AA.VV., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico (IV)*, Madrid 1996, p. 579) afirma textualmente, refiriéndose al art. 322, que "en el presente supuesto, la 'resolución arbitraria' a que se refiere el artículo 404 lo constituye el haber 'informado favorablemente proyectos de derribo y alteración de edificios singularmente protegidos'".

11 Ver A. VERCHER NOGUERA, "Delitos contra la ordenación del territorio", en AA.VV., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico (IV)*, cit., p. 556.

12 "1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso tendrán la consideración de

No se ha modificado, en la fórmula legal, el concepto de funcionario público propio del Código Penal de 1973, pero se ha ampliado el de autoridad, incluyendo supuestos en los que es más que dudoso que se tenga mando o se ejerza jurisdicción propia, como es el caso de los funcionarios del Ministerio Fiscal¹³.

Se maneja en Derecho Penal, así, un concepto de funcionario que no coincide con el del Derecho Administrativo, y que requiere ciertas precisiones. Sólo puede ser considerado funcionario quien se haya incorporado personalmente a la actividad pública, en virtud de los títulos enumerados en el art. 24 (“*por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad*”¹⁴). El particular que auxilia al funcionario o el encargado de un servicio público no es funcionario, aunque en ocasiones se produzca expresamente esa equiparación (art. 435.2º). Sí son considerados funcionarios los nombrados ilegalmente en virtud de las conductas castigadas en los arts. 405 y 406.

Se requiere además que funcionario y autoridad tengan encomendada la emisión de informes, la realización de inspecciones o la adopción de resoluciones, en los términos de los artículos 320, 322 y 329.

Los colegios profesionales de arquitectos, según lo dispuesto en el art. 242.7º del Texto Refundido de la Ley del Suelo

autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

13 D. LÓPEZ GARRIDO y M. GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996, p. 55.

14 En realidad las tres fuentes son reconducibles a una sola: la ley, ya que la elección y el nombramiento han de tener base legal. Cf. R. DE VICENTE MARTÍNEZ, “La responsabilidad penal del funcionario público o autoridad en materia de ordenación del territorio”, cit.

y Ordenación Urbana, visarán los proyectos técnicos y pondrán en conocimiento de la autoridad competente las infracciones urbanísticas, denegando, en su caso, el visado solicitado. Sin embargo, ese cometido no confiere a los facultativos, a efectos de estos preceptos, la condición de funcionarios públicos¹⁵. En contra, ha mantenido QUERALT que los órganos competentes de dichos colegios, “*dada su posición constitucional y su entendimiento por el Tribunal Constitucional como ostentadores de ciertas potestades públicas*”, cumplen los requisitos del art. 24¹⁶. Pero el visado no se identifica con el informe técnico: sólo tiene la función de servir como instrumento auxiliar de la disciplina urbanística municipal, lo que no puede autorizar a confundir las responsabilidades de la Administración Pública con las de la Administración corporativa, tal como ya reconoció la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1981 al advertir que no se puede “*convertir lo que es trámite concreto y limitado en una competencia material urbanística*”.

Tampoco pueden ser considerados funcionarios públicos los directivos de personas jurídicas participadas con capital público que, por añadidura, en muchos casos actúan en ciertas áreas en situación de monopolio en virtud de concesiones administrativas. A pesar de que estos directivos desempeñan una actividad “cuasi-pública”, en términos generales no pueden ser incluidos en el ámbito del art. 24¹⁷. O, más correctamente, no pueden ser incluidos entre los sujetos activos de los artículos

15 J. BOIX REIG y C. JUANATEY DORADO, “De los delitos contra la ordenación del territorio”, en T. VIVES ANTÓN, (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, II, Valencia 1996, p. 1582; A. VERCHER NOGUERA, “Delitos contra el patrimonio histórico”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico* (IV), cit., p. 579.

16 J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Barcelona 31996, p. 726.

17 J.M. PRATS CANUT, “Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en materia ambiental”, en AA.VV., *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Madrid 1996, p. 522.

320, 322 y 329, en la medida en que éstos describen conductas que no pueden ser realizadas por esos directivos¹⁸.

Los facultativos, que eran sujeto activo exclusivo en los Proyectos, ya no lo son hoy en esa condición, puesto que se incluye también a los funcionarios políticos.

III. CONDUCTA TÍPICA

Las conductas típicas contempladas en los artículos 320, 322 y 329 son las siguientes: emitir informes, resolver o votar, y silenciar infracciones.

III.1. El informe

En el 320.1 se castiga informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas.

Aunque la dicción literal del precepto pudiera inducir otra interpretación, ya que la contrariedad a ley acompaña sólo a las licencias (*“proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes”*), hay que entender que han de ser ilegales tanto los proyectos como las licencias.

El art. 243 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana atribuye la concesión de licen-

18 Para F. MUÑOZ CONDE (*Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia 1996, p. 831), *“no hay inconveniente en considerar que a efectos penales también es funcionario público (o autoridad), quien participa en una actividad pública a través de una sociedad con forma de derecho privado, pero participada por la Administración”*. Decidir cuándo esta equiparación procede o no, es cuestión a resolver partiendo del análisis de los tipos del Libro II, no de consideraciones generales.

cia de obras a las Entidades locales, por lo que en la generalidad de los casos el informe ha de ser elaborado por técnicos municipales.

Se restringe el ámbito de lo sancionado por el 264.2 de la citada Ley del Suelo, que castiga al facultativo que hubiera informado favorablemente cualquier proyecto, mientras que el Código Penal sólo se refiere a los proyectos de edificación.

Por el contrario, las licencias son, desde una perspectiva cualitativa, todas las licencias, aunque no sean para edificar, sino para realizar actos de uso del suelo o del subsuelo, tales como parcelaciones urbanas y otras actuaciones previstas en el 242.2. de la misma Ley. En efecto, el art. 320 del Código Penal adjetiva los proyectos, que han de ser “*de edificación*”; pero las licencias son, según el tenor literal de la ley, las simplemente contrarias a las normas urbanísticas¹⁹.

En cambio, desde una perspectiva cuantitativa, que atiende no tanto al objeto de la licencia como a la gravedad de su contradicción con el Derecho, sí caben importantes acotaciones del ámbito típico. Aunque no se exige en el art. 320 que la infracción urbanística tenga cierta gravedad, hasta el punto de que se ha sostenido que “*cualquier infracción de la normativa urbanística, por nimia que sea, podrá integrar el tipo*”²⁰, habrá que entender, por exigirlo así el principio de intervención mínima, que la contrariedad a Derecho del proyecto o de la licencia

19 Para A. NARVAEZ RODRÍGUEZ (“Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la administración urbanística”: *Actualidad penal*, 16 (1997), p. 387) “*no parece que puedan encuadrarse en el tipo penal que comentamos aquellos informes que, a sabiendas de su ilegalidad, fueren favorables a determinados estudios de detalle o proyectos de urbanización que fueren contrarios al planeamiento general establecido*”. Interpretación extensiva es la propuesta por C. LOPEZ-CERON (“Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico (IV)*, cit., p. 625.), que identifica “licencia” con “autorización o permiso”.

20 J. BOIX REIG y C. JUANATEY DORADO, “De los delitos sobre la ordenación del territorio”, cit., p. 1582.

positivamente informados, o de la licencia concedida, ha de ser de tal entidad que pueda tener eficacia condicionante de las construcciones no autorizadas del art. 319: construcción en suelos destinados a viales, etc., o edificación no autorizable en el suelo no autorizable. A esta conclusión lleva también la necesidad de distinguir la conducta criminal de la meramente infraccional: la Ley del Suelo (p. ej. art. 264) contempla informes y concesión de licencias que, por contrarias a normas urbanísticas, son consideradas infracciones graves²¹. Distinguir las del delito exige requerir que éste revista una mayor lesividad.

No se castiga, paradójicamente, informar favorablemente un proyecto ilegal de parcelación²², pero sí el informe favorable a la concesión de la licencia de esa parcelación²³.

El informe desfavorable no puede ser típico, ya que nunca afectará al bien jurídico protegido; por eso se considerará sólo, en su caso, participación en la prevaricación.

En el art. 322 el informe ha de ser favorable a proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos²⁴. Aunque la polémica doctrinal sobre si se precisa la previa calificación como tales de los edificios sigue abierta, se impone hoy la tesis que considera singularmente protegido sólo aquél a que se refiere el art. 9.1 de la Ley de 25 de junio de 1985, de Patri-

21 En el mismo sentido, A. NARVAEZ RODRÍGUEZ, "Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística", cit., p. 389.

22 Sobre la trascendencia sobre el medio urbano de las parcelaciones urbanísticas y su relativo olvido por parte del legislador penal, ver A. NARVAEZ RODRÍGUEZ, "Los delitos de ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística", cit., pp. 363-364.

23 M. ACALE SÁNCHEZ, "Delitos sobre la ordenación del territorio", en J.M. TERRADILLOS BASOCO (edit.), *Derecho penal del medio ambiente*, cit., p. 32.

24 Sobre lo que ha de entenderse por "edificios singularmente protegidos", ver J.M. TERRADILLOS BASOCO, "La protección penal de los bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico", en J.M. TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio*, cit.

monio Histórico Español, al que se remite el art. 93 de la Ley del Suelo. De acuerdo con esta normativa, gozarán de singular protección los bienes integrantes del Patrimonio Histórico español, declarados de interés cultural²⁵, por Ley o Real Decreto²⁶.

En el art. 329 se castiga la emisión de informe favorable a la concesión de licencias manifiestamente ilegales “*que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes*”. Así quedan al margen de lo punible las conductas relativas a uno de los instrumentos básicos de política ambiental, como son los estudios de impacto ambiental, ya que “*no pueden ser reconducidos ni al ámbito de la autorización ni al ámbito del control*”²⁷. La aportación de datos incorrectos a dicho estudio no es, así, subsumible en el art. 329, pero nada se opone a que el informe favorable a la concesión de licencia sea manifiestamente ilegal precisamente por no contarse con el estudio de impacto ambiental o por ignorar las conclusiones que impone.

Las licencias cuya concesión se informa favorablemente han de ser “*manifiestamente ilegales*”. Lo que no requiere perceptibilidad inmediata de la infracción: en realidad el significado de la exigencia legal es equiparable al actuar “*a sabiendas de su injusticia*”, de los artículos 320 y 322.

25 Aunque la Ley del Patrimonio Histórico Español sólo habla de “interés cultural”, hay que entender comprendidos en ese interés el histórico, artístico o monumental, a que se refiere el Código Penal, que, lamentablemente, no ha adecuado su terminología a la de la Ley específicamente dedicada a regular el objeto de protección.

26 J. BOIX REIG, “Delitos sobre el patrimonio histórico”, en T.S. VIVES ANTÓN y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia 1996, p. 579; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. parte Especial*, cit., p. 495; J.M. TAMARIT SUMALLA, “De los delitos sobre el patrimonio histórico”, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 857. Sobre los supuestos en que se haya incoado expediente administrativo para declarar el interés cultural de ciertos bienes sin haber recaído todavía resolución, ver J.M. TERRADILLOS BASOCO, “La protección penal de los bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico”, cit.

27 J.M. PRATS CANUT, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, cit., p. 892.

Por otra parte, el informe tiende a autorizar lo no autorizable, de modo que si se informara favorablemente algún aspecto tangencial o accesorio, no condicionante de la concesión por no afectar al bien jurídico protegido, habría que negar la tipicidad. El informe favorable que ignora aspectos importantes ajenos al medio ambiente o infracciones de poca monta no puede entenderse subsumible en el art. 329²⁸.

III.2. La resolución y el voto

En el art. 320.2 lo que se castiga es resolver o votar a favor de la concesión de la licencia de que se habla en el 320.1. La conducta es idéntica, aunque referida al proyecto de derribo o alteración, en el 322.2; y en el 329.2, en el que la concesión es de autorización de funcionamiento de la industria o actividad contaminante.

Razonadamente se cuestiona PRATS CANUT la oportunidad de diferenciar entre “*informar favorablemente*” y “*resolver o votar favorablemente*”, dado que si con ello se pretende subrayar la distinta eficacia de la actuación del funcionario que informa y de la autoridad que decide, ese dato se debería haber reflejado a través de una penalidad desigual²⁹.

En los tres artículos se sanciona tanto a quien resuelve directamente como a quienes coadyuvan y posibilitan dicha resolución otorgando su voto en un órgano colegiado³⁰.

La resolución es idéntica a la del art. 404³¹.

28 J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., p. 727.

29 J.M. PRATS CANUT, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, cit., p. 892.

30 J. BOIX REIG y C. JUANATEY DORADO, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en T. VIVES ANTÓN, (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., p. 1605.

31 J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., p. 729.

En cuanto a la emisión de voto, la letra de la ley exige que se haya votado. No se contempla, según GOMEZ RIVERO, la posibilidad de omisión. Quedaría así impune quien consciente de que su voto no es necesario se limita a abstenerse³². MORALES-TAMARIT más explícitamente afirman que “*naturalmente, quedan fuera del alcance del tipo los supuestos de abstención*” y estiman controvertidos los casos de asentimiento sin votación, aunque terminan por concluir que “*la exigencia de haber votado a favor impide considerar que haya existido delito si no ha tenido lugar un acto de votación*”³³.

Sin embargo, puede mantenerse, en sentido contrario, que el asentimiento es una forma de votación. Y en cuanto a la abstención, es obvio que quien se abstiene no vota a favor; pero la lamentable laguna de punición que así se crea³⁴, no debe ser ampliada equiparando abstención a impunidad, ya que aquélla es perfectamente compatible con conductas punibles de inducción al voto ajeno o cooperación en el mismo. Incluso puede entenderse que quien debiendo votar en contra no lo hace, con consciencia de que el sentido de la votación será, por ello, favorable a la concesión ilegal, reúne todos los requisitos para la aplicación del art. 11.

III.3. Las omisiones en la inspección

En el art. 329.1 se castiga también a quien habiendo practicado una inspección de la industria o actividad contaminante no haga constar las infracciones que detecte.

No puede dejar de resultar llamativo el hecho de que esta conducta sólo tenga relevancia penal expresa en el caso de la

32 M.C. GÓMEZ RIVERO, “Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental”, cit., p. 5.

33 F. MORALES PRATS y J.M. TAMARIT SUMALLA, “De los delitos sobre la ordenación del territorio”, cit., p. 853.

34 F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 510.

delincuencia ambiental, y no cuando el funcionario silenciare ilegalidades que conociera con motivo de su inspección de edificaciones, derribos o alteraciones a que se contraen los artículos 319 y 321³⁵.

Por así exigirle el principio de intervención mínima, ha de entenderse que las infracciones silenciadas deben ser condicionantes de la actividad contaminante³⁶.

La no realización de las preceptivas inspecciones no puede equipararse a la conducta aquí tipificada. En la práctica silenciar infracciones que no se conocen por no haber inspeccionado la industria o actividad contaminante será normalmente considerado, como negligencia, impune en estos casos. Además, parece deducirse del tenor del precepto que se quiere castigar sólo a quien conociendo la actividad, la silencia a sabiendas de su ilegalidad. Lo que, como es obvio, no implica pretender la atipicidad de los supuestos en que, por aplicación del art. 11, el funcionario pueda responder en comisión por omisión de los delitos previstos en los artículos 325 y 328³⁷.

Los supuestos de tolerancia no exoneran de responsabilidad al particular infractor. Otra cosa es que su conducta no pueda ser castigada por la incidencia del error en el sujeto que realiza las actividades manifiestamente toleradas³⁸.

El anclaje de esta conducta con la prevaricación es demasiado débil y parcial. La actuación ilegal del funcionario no se vincula a una licencia o autorización, sino a una gama más amplia de infracciones de leyes y disposiciones aplicables. El

35 F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 491-492.

36 J. BOIX REIG y C. JAREÑO LEAL, "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", cit., p. 1605.

37 Ver C. LÓPEZ-CERÓN, "Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna", cit., p. 625.

38 J.M. TERRADILLOS BASOCO, "Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras", en AA.VV. *Estudios penales y criminológicos*. XIX, Santiago de Compostela 1996, pp. 316-317.

funcionario, aquí, ni dicta ni tiene que dictar resolución alguna, ni siquiera informarla, sino que tiene encomendadas exclusivamente funciones de control, que incumple. La remisión al art. 404 sólo puede ser a efectos de pena. Por lo que parece claro que la tipificación específica responde al hecho de que ciertos supuestos no quedan cubiertos acudiendo a las reglas generales sobre autoría y participación; si, dicho de otro modo, no se pudiera fundamentar su responsabilidad a título de comisión por omisión³⁹.

IV. TIPO SUBJETIVO

La exigencia de conocimiento de la injusticia en los artículos 320 y 322 se corresponde con la estructura del delito de prevaricación dolosa⁴⁰, única existente por destipificación de la culposa. Lo mismo puede decirse del art. 329, que queda excluido de lo dispuesto, para el Capítulo III, por el art. 331⁴¹.

Las conductas imprudentes que realicen el tipo objetivo sólo pueden ser constitutivas de infracción administrativa.

Se ha planteado la posibilidad de comisión culposa, y la admite TAMARIT para el art. 322, cuando por la vía del tipo imprudente del art. 324 incurra el funcionario en responsabilidad criminal a título de culpa, normalmente por omisión y con las condiciones previstas en el art. 11, si de la infracción de los deberes de su cargo se derivan daños de los que contempla el referido tipo⁴². Pero, en estos casos, lo que en realidad se realiza es

39 M. C. GÓMEZ RIVERO, "Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental", cit., p. 3.

40 F. MORALES PRATS y J.M. TAMARIT SUMALLA, "De los delitos sobre la ordenación del territorio", cit., p. 853.

41 J. BOIX REIG y C. JAREÑO LEAL, "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", cit., p. 1606.

42 J.M. TAMARIT SUMALLA, "De los delitos sobre el patrimonio histórico", en QUINTERO OLIVARES (director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 859.

el tipo imprudente del 324 y no del 322: éste se refiere a proyectos de derribo o alteración de edificios, aquél a daños graves sobre objetos distintos que en muchos casos ni siquiera tienen la naturaleza de inmuebles.

La fórmula legal, en opinión doctrinal mayoritaria, excluye la posibilidad de comisión por dolo eventual⁴³.

V. CUESTIONES CONCURSALES

Al castigar los artículos 320, 322 y 329 conductas delictivas de autoridades o funcionarios en el ámbito de la ordenación del territorio, del patrimonio cultural y del ambiente, las cuestiones concursales más frecuentes vendrán determinadas por la tangencia de estos delitos con la prevaricación, por un lado, y, por otro, con los delitos cometidos por los particulares en los mismos ámbitos.

Respecto a las relaciones con el art. 404, en opinión de BOIX-JUANATEY o de MORALES PRATS-TAMARIT, la conducta descrita en el art. 320 es una modalidad de prevaricación específica agravada⁴⁴. En idéntico sentido se pronuncia TAMARIT sobre el art. 322⁴⁵. Lo mismo piensan PRATS

43 Cf. M. ACALE SÁNCHEZ, "Delitos sobre la ordenación del territorio", cit., p. 33; C. CARMONA SALGADO, "Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico", cit., p. 32. En contra J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., p. 728.

44 J. BOIX REIG y C. JUANATEY DORADO, "De los delitos contra la ordenación del territorio", cit., p. 1582; F. MORALES PRATS y J.M. TAMARIT SUMALLIA, "De los delitos contra la ordenación del territorio", cit., p. 853.

45 J.M. TAMARIT SUMALLIA, "De los delitos sobre el patrimonio histórico", cit., p. 859.

CANUT⁴⁶ o BOIX-JAREÑO de los tipos previstos en el art. 329⁴⁷.

Sin embargo conviene distinguir entre las diferentes conductas criminalizadas. La resolución del art. 404 es “*una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecta a los derechos de los ciudadanos, ... lo esencial es que posea en sí misma un efecto decisivo*”, requisitos que no se dan en el informe⁴⁸ ni en la omisión de denuncia de infracciones del art. 329⁴⁹. La remisión al art. 404 es exclusivamente a efectos de pena. No predetermina el legislador que estemos ante una prevaricación agravada, simplemente utiliza una técnica de determinación de la pena por remisión⁵⁰.

La relación, por tanto, entre los artículos 320, 322 y 324, con respecto al 404, es de subsidiariedad, siendo aquéllos preferentes.

En cuanto a la relación con los delitos de los artículos 319, 321 y 325, ha de excluirse la interpretación de que éstos sean ley general con respecto a los 320, 322 y 329, que serían ley especial y, por tanto, preferente.

En efecto, las penas que prevén los artículos 320 y 322 son las de la prevaricación (art. 404) —inhabilitación especial

46 J.M. PRATS CANUT, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, cit., p. 891.

47 J. BOIX REIG y C. JAREÑO LEAL, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, cit., p. 1605.

48 F. MORALES PRATS y M.J. RODRÍGUEZ PUERTA, “De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”, en QUINTERO OLIVARES (director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., pp. 1131-1132. A. VERCHER NOGUERA mantiene, como se recoge en nota 10, una posición abiertamente discrepante.

49 C. CARMONA SALGADO, “Delitos contra los recursos naturales, e medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes”, en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Pena Español. Parte especial. II*, cit., p. 70.

50 En ese sentido, M.C. GÓMEZ RIVERO, “Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental”, cit., p. 2. También R. DE VICENTE MARTINEZ, “La responsabilidad penal del funcionario público o autoridad en materia de ordenación del territorio”, cit.

de siete a diez años— y además prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses. Pero en la práctica ese funcionario o autoridad actuará de acuerdo con quien, respectivamente, construye, derriba o altera ilegalmente, como cooperador necesario, con lo que, a tenor del art. 28 b) le debe corresponder la pena de los autores, que, según lo dispuesto en los artículos 319 y 321 sería mayor: prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación.

En el caso del art. 329 la pena es la de prisión de seis meses a tres años o multa de ocho a veinticuatro meses, además de la inhabilitación establecida en el art. 404, mientras que la pena correspondiente al autor del art. 325, y por tanto a los cooperadores necesarios, sería mayor⁵¹: inhabilitación de uno a tres años, multa de ocho a veinticuatro meses y prisión de seis meses a cuatro años.

De entender que los artículos 320, 322 y 329 son ley preferente, el efecto real de la criminalización específica del funcionario sería su favorecimiento⁵².

Para superar tan insatisfactoria lectura, es necesario observar que el funcionario que actúa ostenta una posición de garantía y que se da total equivalencia entre la omisión del funcionario y la realización activa de la conducta. Si en aplicación del art. 11 cabe imputarle el resultado producido a título de autor

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

52 Ver C. CARMONA SALGADO, “Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico”, cit., p. 42. Ya se denunciaba este riesgo en J.M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho Penal de la Empresa*, cit., p. 213 (También en “Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras”, cit., p. 323), donde, a propósito del texto del Proyecto de 1994 se afirmaba la prevalencia de las reglas generales. Recuérdese que los Proyectos de 1980, 1983 y 1992 preveían para estos casos una pena mayor para el funcionario que cooperaba, con lo que no se producía la distorsión apuntada: ver M. C. GOMEZ RIVERO, “Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental”, cit., p. 3.

en comisión por omisión, la penalidad de los artículos 320, 322 y 329 parece sencillamente absurda por privilegiante. No queda sino entender que en estos casos son ley preferente los artículos 319, 321 y 325, y es exigible responsabilidad criminal a título de autor, si la concreta modalidad típica lo permite⁵³, de cooperador necesario cuando media acuerdo con el autor, o a título de autor mediato cuando éste desconoce la ilicitud de la licencia⁵⁴.

En estos casos, ha de apreciarse, además, un concurso ideal con la prevaricación genérica del art. 404⁵⁵, excepto si la conducta contemplada consiste en informar, votar o silenciar infracciones ambientales, ya que en esos casos no concurren los elementos de la prevaricación.

De este modo, el ámbito de aplicación de los artículos 320, 322 y 329 es el de los casos en que, por no llegar a realizarse la construcción o por no poder configurarse la intervención del funcionario como participación, ésta no puede reconducirse al expediente de la cooperación o de la autoría mediata⁵⁶.

La ilicitud de la licencia, de ordinario, producirá el efecto de exonerar de responsabilidad penal al particular que realiza la actividad ilegal a su amparo, lo que no ocurrirá cuando la haya obtenido con engaño, amenazas o colaboración colusiva, puesto que en estos casos se trata de una autorización nula. Lo mismo ha de decirse de los supuestos de abuso de derecho, en los que se utiliza la cláusula autorizante para producir efectos distintos a los previstos por la norma⁵⁷.

53 Es polémico que el art. 319 recoja, en todos los casos, un tipo especial. Pero la doctrina se inclina por entender que el 321 castiga un delito común; cuestión que, en el caso del 325, debe entenderse decidida en el mismo sentido.

54 M.C. GÓMEZ RIVERO, "Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental", cit., p. 4.

55 J. BOIX REIG y C. JAREÑO LEAL, "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", cit., p. 1605.

56 F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 492.

57 J.M. TERRADILLOS BASOCO, "Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras", cit., pp. 314-315.