



# Delitos contra el medio ambiente

Prof. Dr. Nicolás García Rivas

Universidad de Castilla – La Mancha

[ [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net) ]

## INTRODUCCIÓN

Los delitos que en este Manual agrupamos bajo el epígrafe: "Delitos contra el medio ambiente", vienen recogidos en el Código Penal en dos Capítulos diferentes del Título XVI: "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente" y "Delitos relativos a la protección de la flora y fauna". En ambos se observa un interés común por la preservación del entorno ecológico, aunque el primero tiene un alcance más general mientras que el segundo se orienta hacia la tutela de especies animales y vegetales. Esa comunión de intereses permite analizar unitariamente el bien jurídico protegido, con las matizaciones que se expresarán más adelante.

Con ello, nuestro legislador concede un lugar propio a objetos protegidos que sólo de manera indirecta inciden en la calidad de vida del hombre. Las manifestaciones vertidas por la doctrina con anterioridad a la entrada en vigor del vigente Código, manifestaciones que señalaban la evidencia de una protección antropocéntrica del medio ambiente deben ser matizadas ahora, ante la entrada en el cuerpo legal de esos otros delitos que circunscriben el objeto protegido a especies de la naturaleza cuya pervivencia interesa sólo de manera muy mediata al ser humano. Puede afirmarse, por lo tanto, que la concepción del medio ambiente reflejada en el Código Penal tiene un alcance integral, que no está centrada en el hombre, como ser predominante del entorno ecológico.

## EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Al igual que ocurre con el resto de los bienes jurídicos de naturaleza supraindividual (cuyo espectro se extiende a lo largo de todo el Derecho penal económico), existen importantes dificultades para concretar el interés protegido en el campo del medio ambiente. Si prescindiéramos de mayores exigencias, podríamos contentarnos con referirnos a él como el conjunto de las condiciones que permiten el desarrollo de la vida en los reinos animal y vegetal; pero si obráramos de este modo habríamos alcanzado sólo una concreción insuficiente del bien jurídico, ya que nos estaríamos refiriendo, bajo esa denominación, a un buen número de intereses de indudable raigambre social que sin embargo encuentran protección en otros sectores del ordenamiento jurídico, incluido el penal.

La necesidad de acotar el interés penalmente protegido se hace especialmente intensa en lo referente a los de índole supraindividual, por la sencilla razón de que en relación con ellos existe la seria sospecha de invasión indebida del campo de lo punible, por existir otros mecanismos sancionadores de mayor grado de eficacia y que cuentan con un grado de legitimidad suficiente (nos referimos a las sanciones administrativas) o porque se trata de una protección estéril y que únicamente pretende satisfacer las demandas punitivas de la opinión pública, demandas que satisface el legislador aún a riesgo de provocar con ello una inflación oportunista del ius puniendi. A este segundo inconveniente se refieren los autores bajo el apelativo de "Derecho penal simbólico". Para huir de él, la doctrina considera imprescindible vincular los intereses de alcance supraindividual a bienes jurídicos de naturaleza personal, con el fin de que la indudable trascendencia de éstos sirva a su vez para autorizar una intervención de mayor alcance.

En lo que se refiere a los delitos contra el medio ambiente, existe una opinión generalizada en la doctrina europea (recogida también en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo) a favor de lograr una protección "antropocéntrica" del medio ambiente o, lo que es lo mismo, una tutela penal que gire en torno a las necesidades del hombre como factor primordial de ese medio ambiente; de este modo, la intervención penal estará plenamente justificada siempre y cuando los objetos incluidos en los respectivos tipos penales sirvan, directa o indirectamente, para garantizar al hombre la supervivencia. En palabras de HASSEMER, esto significa que "el bien jurídico en el derecho ambiental no es el medio ambiente por sí mismo, sino solamente como medio para las necesidades de la salud y la vida del hombre." Por el contrario, carecerá de justificación esa intervención cuando el interés protegido se aleje demasiado de lo que es requerido para la supervivencia de la especie humana, estando entonces obligado el legislador a rebajar la intensidad de la protección ubicando esas conductas, si acaso, en el ordenamiento administrativo sancionador.

El art. 45 de nuestra Constitución corrobora ese punto de vista al reconocer "el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona", tras lo cual alude directamente a la necesidad de reforzar la protección de ese derecho mediante sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado (art. 45.3 CE). En virtud de lo cual podríamos definir el bien jurídico protegido en estos delitos, con DE LA CUESTA, como "el mantenimiento de las propiedades del suelo el aire y el agua, así como la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema

ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales". Sin perjuicio de anotar la dificultad evidente para concretar un bien jurídico de tan amplio espectro, esa definición puede ser asumida sin dificultad. Corresponde al análisis particular de cada figura delictiva la tarea de contrastar su tenor con este ámbito de protección para evaluar su admisión en el catálogo de conductas penalmente relevantes.

A este respecto, conviene advertir que la regulación recogida en el Código Penal español, que distingue entre delitos contra el medio ambiente y otras infracciones relativas a la fauna y flora, implica que nuestro legislador concede un lugar propio a objetos que sólo de manera indirecta inciden en la calidad de vida del hombre. Las manifestaciones vertidas por la doctrina sobre la necesidad de orientar la tutela penal del ambiente en una dirección antropocéntrica no parecen cumplirse a rajatabla en un cuerpo legal que acepta como propia la tutela de especies de la naturaleza cuya pervivencia interesa sólo de manera muy mediata al ser humano. Puede afirmarse, por lo tanto, que la concepción del medio ambiente reflejada en el Código Penal tiene un alcance integral, que no está centrada en el hombre, como ser predominante del entorno ecológico.

Aunque la Constitución obliga a proteger el ambiente mediante el derecho sancionador (administrativo y penal), no hay que dejar de lado el papel que en este campo cumple la Unión Europea, no solamente a través de la integración de sus normas en las leyes penales en blanco diseminadas en nuestro Derecho punitivo sino en la propia configuración de la protección, paulatinamente más intensa. Es probable que la ampliación de la Unión a veinticinco miembros imponga una atención preferente a esta cuestión.

Nuestro Código Penal incluye los delitos contra el medio ambiente en el Título XIV, junto a los relativos a la ordenación del territorio y al patrimonio histórico y dividido en dos Capítulos: el Capítulo III "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente" (arts. 325-331) y el Capítulo IV "De los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna" (arts. 332-337). Esta expresión legislativa de objetos protegidos anexos al medio ambiente no resulta necesaria si concebimos éste de manera integradora, tal y como se ha reseñado anteriormente: los "recursos naturales" y la "flora y la fauna" no dejan de ser aspectos del medio ambiente, considerado en su integridad. Sin embargo, para respetar el sistema legislativo, dividiremos la lección siguiendo la pauta legislativa.

### III. DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE.

Del conjunto de los preceptos incluidos en el Capítulo III del Título XVI, merece especial atención el art. 325 CP, no sólo por la complejidad de su estructura sino porque la práctica judicial demuestra que es el "delito ecológico" por excelencia. Ningún otro precepto de los dedicados a la tutela de el bien jurídico "medio ambiente" ha sufrido, ni de lejos, un proceso de evolución interpretativa tan importante como él. El fenómeno permite una doble interpretación: bien que el legislador se ha excedido en su labor tipificadora, incluyendo innecesariamente conductas que podrían considerarse meras infracciones administrativas, cuya inconsistencia lesiva está siendo depurada por la Administración de Justicia; o bien que la inercia derivada de su anterior atipicidad no ha sido superada todavía. Sea como fuere, el art. 325 CP absorbe más del 90 % de los procedimientos incoados por la Fiscalía del Estado en materia de medio ambiente.

#### 1. EL TIPO BÁSICO: ART. 325.

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

#### 1.1 EL TIPO OBJETIVO

El legislador opta por una tipificación muy amplia de los atentados contra el medio ambiente, lo cual genera una alta dosis de complejidad en su tenor y, por tanto, en su interpretación. Si observamos el precepto desde el ángulo de los objetos protegidos podemos afirmar que la tipificación es doble: por una parte se designan las acciones "que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales" y, por otro, con una pena superior, aquellas de las que se derive un "riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas". El legislador ha preferido destacar al ser humano como elemento integrante del medio ambiente (obligando a los jueces a determinar si el hecho podía afectar a personas), abandonando la opción anterior -vigente hasta

1996- que consideraba en el mismo plano al ser humano y al resto de elementos integrantes del medio ambiente, sin concederle una especial protección. De este modo se subraya el carácter antropocéntrico al que se ha hecho referencia y que tiene su vértice en la Constitución.

Al margen de esa distinción, la estructura típica es similar en ambos casos. Una estructura en la que, como afirma la STS de 17 de septiembre de 2001, cabe distinguir los siguientes elementos:

1º La acción contaminadora.

2º La remisión a la normativa extrapenal reguladora del medio ambiente. Remisión de la que se deriva la naturaleza de ley penal en blanco que sirve para identificar este precepto

3º El resultado de peligro originado por dicha acción.

1º La acción contaminadora.

La prolija enumeración de posibles acciones contaminantes parece sin duda una opción más ajustada a las exigencias de la seguridad jurídica que la anterior referencia escueta (y a la par, genérica) a "emisiones y vertidos de cualquier clase". La redacción del art. 325 CP puede cumplir mejor la función de determinación de la conducta punible que se reclama al legislador, sin perjuicio de que sea susceptible de mejora. Las dudas interpretativas respecto a la inclusión de ciertas conductas en el antiguo delito ecológico quedan resueltas ahora gracias al celo legislativo, que se plasma en esa sucesión de términos de carácter naturalístico. Así, por ejemplo, la inclusión de los aterramientos (acción de arrojar escombros y escorias) en los vertidos, admitida por una parte de la doctrina, no plantea dudas ahora; como tampoco la tutela frente a la contaminación acústica.

Aún así, la STS 12.12.2000 analiza un caso especial. La empresa causante de la contaminación se dedicaba a la recuperación de plomo, antimonio y otros metales de las baterías electroquímicas de automoción. No se realizaron directamente vertidos, sino que éstos se produjeron como consecuencia del arrastre provocado por la lluvia desde los depósitos situados en la empresa. Aún así, el Tribunal Supremo entiende que "establecer el depósito al aire libre de los restos de fundición derivados del proceso productivo de la empresa, cuando esos restos contienen elementos contaminantes, de manera tal que la

lluvia, que más pronto o más tarde necesariamente ha de llegar, los ha de arrastrar hasta el arroyo o el caudal de agua correspondiente, no es un acto de realización directa, pero sí constituye una provocación o realización indirecta de vertidos, de las previstas en estas normas como infracción penal." De este modo podría distinguirse de las conductas tipificadas en el art. 328 CP, que consisten en el mero depósito.

Dada la configuración de las conductas previstas en el precepto será habitual la existencia de una pluralidad de comportamientos contaminantes. Ante ello, podrían plantearse dudas sobre la aplicación a estos casos de la figura del delito continuado, que conllevaría una elevación de pena. El Tribunal Supremo ha entendido (STS 12.12.2000) que la pluralidad de acciones debe considerarse integrada en un solo comportamiento típico, siendo inaplicable, por ello, el art. 74 CP. Sin perjuicio de ello, a la hora de graduar la pena podrá tenerse en cuenta la lesividad global de la conducta.

## 2º La infracción de la normativa extrapenal.

El legislador se remite a la amplísima regulación existente en materia medioambiental porque de otro modo sería imposible señalar con claridad el umbral del riesgo jurídicamente permitido. Es de conocimiento común que el desarrollo industrial conlleva necesariamente un cierto daño al entorno y que es función de los poderes públicos reducir ese daño "tanto como sea posible". De esa tensión entre ambos intereses contrapuestos surge una legislación que marca la frontera de lo ilícito recurriendo por lo general a determinados índices que deben ser respetados. Las suspicacias respecto a la eficacia de los reglamentos (y no sólo de las leyes) para integrar el tipo penal quedaron despejadas en la importante STC 127/1990, de 5 de julio, que se refirió expresamente al delito ecológico. Por otra parte, es claro que la distribución constitucional de competencias en materia medioambiental establece una concurrencia entre el ámbito estatal y el autonómico, lo cual indica que, a los efectos de completar la ley penal en blanco, serán aceptables las normas procedentes de ambos. Por lo que respecta a la normativa comunitaria, la opinión mayoritaria estima que las Directivas no traspuestas al orden nacional carecen de la eficacia necesaria para ser invocadas en un proceso penal con el objeto de fundamentar la responsabilidad penal.

Por consiguiente, a la hora de determinar si un hecho concuerda con lo previsto en el art. 325 CP deberá analizarse, en primer lugar, si la conducta es

contraria a la normativa de carácter administrativo reguladora del medio ambiente. Caso de no confirmarse la conducta será perfectamente lícita y carecerá de la lesividad requerida no sólo para calificarse como delictiva sino incluso para ser objeto de una sanción administrativa. Por el contrario, si el hecho supone un incumplimiento de las exigencias establecidas en dicha legislación podrá imponerse sin más alguna sanción administrativa, pero para dilucidar la responsabilidad penal será necesario comprobar que la conducta cumple, además, con el tercer requisito típico del art. 325 CP: la causación de un riesgo de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas. De este modo puede comprobarse la intensa relación que existe entre los principios de legalidad e intervención mínima, pues sólo cabrá admitir la ley penal en blanco cuando el legislador gradúe adecuadamente la intensidad de la intervención penal, reservándola para hechos cuya lesividad supere la que es propia de una mera infracción administrativa. Ese "plus" de lesividad se identifica aquí con la generación del peligro, que no es imprescindible para que la Administración sancione, pero sí para que el juez penal condene.

En virtud de este criterio, el Tribunal Supremo ha absuelto al gerente de una empresa dedicada a la limpieza y reciclaje de bidones industriales (STS 27.4.2001). Pese a la contaminación producida, la empresa no incumplió la normativa protectora del medio ambiente, llevando a cabo controles periódicos. El Tribunal Supremo afirma: "no puede considerarse la actuación de la empresa (y, por tanto, de su responsable, el acusado) como tipificada en el artículo 325 del Código Penal pues no aparecen contravenidas las Leyes ni otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, ya que estuvo sometida siempre a los controles periódicos, contratando para ello los servicios de una entidad colaboradora de la Administración para estos menesteres, procurando siempre reparar los posibles defectos una vez conocidos."

### 3º El resultado de peligro

Desde la aparición del delito ecológico, en 1983, la controversia ha acompañado el debate doctrinal en torno a la naturaleza del tipo creado por el legislador. Mientras la corriente mayoritaria ha considerado que tanto el art. 347 bis del viejo Código Penal como el precepto que analizamos constituyen un ejemplo de delito de resultado de peligro, otros estiman que deberíamos remitirnos al esquema de los delitos de peligro abstracto o, en la moderna terminología, de mera conducta peligrosa. De acuerdo con la primera opinión, la



existencia del delito ecológico depende de la provocación de un peligro que sea consecuencia de la acción contaminante ejecutada, siendo perfectamente posible que tras la verificación de ésta quede el peligro neutralizado por circunstancias que interfieran en esa relación causal o incluso por la propia actividad del autor del hecho (en una tarea similar a la del desistimiento activo).

Buena muestra de la consistencia de esta interpretación del art. 325 CP es la STS de 19.5.1999 (Ar. 822/1999) en la que se analiza una conducta indudablemente incluida en el tipo como lo es la extracción de agua de una laguna protegida por haberse declarado "refugio de avifauna acuática". Al comprobarse que el autor devolvía posteriormente el agua extraída a la misma laguna, el Tribunal Supremo entiende que "no consta que se produjera daño, ni riesgo de daño", motivo por el cual absuelve al autor por este delito, siendo digno de señalar que sin embargo le condena por un delito de desobediencia a la autoridad al haber incumplido las órdenes de cesar en la extracción.

De acuerdo con esta interpretación del art. 325 CP, la consumación del delito reclama la constatación de un resultado, separado de la acción, cuya peculiaridad estriba en que se trata de un resultado de peligro, y no de daño, pero resultado al fin. Su presencia debe quedar constatada mediante la oportuna prueba de la relación causal con la acción del autor, cuestión harto complicada en muchos casos por la presencia frecuente de causas contaminantes diversas. Como puede fácilmente colegirse, la constatación del resultado de peligro debe realizarse mediante un juicio pronóstico acerca de la probabilidad de daño (ecológico) que es detectable en una determinada situación (p. ej. presencia de aceites pesados en una acequia), al margen de que se haya producido o no efectivamente un daño.

La STS de 12.12.2000 expresa con nitidez esta distinción: "para la consumación de este delito basta que se produzcan los vertidos en los cauces fluviales inmediatos a las instalaciones de la empresa, pues esto ya constituye el peligro concreto que justifica la existencia de esta infracción penal. La llegada del antimonio a los pozos de niveles inferiores, que la sentencia recurrida consideró acreditada, no es elemento necesario para la perfección del delito por el que condenó la sentencia recurrida."

El art. 3 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (que traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/61/CE), tiene en cuenta esta distinción entre el momento de la emisión contaminante y su "efecto" posterior al señalar que "Los valores límite

de emisión se aplicarán generalmente en el punto en que las emisiones salgan de la instalación y en su determinación no se tendrá en cuenta su posible dilución”.

Es cierto que, en la mayoría de las ocasiones, la persecución penal tiene lugar cuando dicho daño se ha verificado ya, lo cual ha llevado a algunos autores a denunciar la inutilidad del adelanto de la barrera preventiva que supone la creación de un delito de peligro en lugar de un delito de lesión. Tal objeción no es atendible; desconoce la función que cumplen los delitos de peligro en el sistema punitivo. Dicha función se descubre sin demasiada dificultad al percatarnos de que el autor de un delito de esta clase que culmina en la provocación de un daño efectivo sufrirá dos penas: la correspondiente al delito de peligro y, además, la que merezca por el daño infligido. Si pudiera aplicarse sin más el principio de consunción ese doble castigo carecería de fundamento, pues bastaría con castigar el daño si éste abarcara el desvalor previo del peligro respecto del mismo bien jurídico (como ocurre en la tentativa, por ejemplo). El doble castigo tiene su razón de ser en la afectación de dos bienes jurídicos distintos: el protegido en el delito de peligro y el que tutela el delito de lesión. Si se observa con atención, el primero está dirigido a preservar un bien jurídico colectivo, mientras que el segundo tutela un interés individual. En efecto, aunque el art. 325 CP se acomode a la tipología de los delitos de peligro por incluir en su tenor literal expresiones que se vinculan con aquélla, no debe olvidarse que las acciones realizadas y que provocan esa situación de peligro, constituyen en realidad otras tantas situaciones de lesión para ese bien jurídico colectivo que hemos denominado “medio ambiente”; bien es verdad que esas lesiones pueden considerarse microscópicas en relación con un bien jurídico de tan amplio espectro como él, pero no por ello dejan de constituir micro-lesiones. Un vertido de “purines”, la emanación de dióxido de carbono, etc., dañan el medio ambiente con independencia de que llegue a producirse un daño concreto a una colonia piscícola o forestal. Ello es perfectamente asumido en el plano jurídico (de otro modo no tendría sentido el tenor del art. 325 CP, que prevé el castigo con independencia del daño) por mucho que en el plano fenoménico sea cierto que difícilmente puede apreciarse un peligro tan próximo a la lesión sin la presencia de esta misma: a ello aboca la exigencia de una alta probabilidad de daño para la constatación del peligro. Pero en el plano analítico puede y debe deslindarse uno de otro.

Es destacable el modo en que el Tribunal Supremo matiza la exigencia del resultado de peligro y la exigencia de la gravedad en la Sentencia de 14.2.2001. En efecto, de acuerdo en esta resolución -tal y como hemos defendido en el texto- no basta con determinar cuánto podría contaminar el

producto tóxico en abstracto sino que debe analizarse la concurrencia del peligro en el momento de su disolución en el medio que puede verse afectado por la contaminación, de manera que una baja concentración de tóxico podrá obligar a la absolución del sujeto, sin perjuicio de que la infracción reglamentaria sea sancionable administrativamente.

La distinción entre peligro y daño es subrayada por la STS de 13.3.2000: "El delito contra el medio ambiente que se sanciona en el art. 325 CP es un delito de peligro concreto que se consuma por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones establecidas en el tipo, sin que sea necesaria para que tenga lugar la efectiva consumación la producción de un perjuicio determinado y específico, puesto que, en este caso, estaremos ante un delito de lesión que se castigará separadamente".

Por último, cabe señalar que el incremento de castigo previsto en el precepto cuando el peligro de daño se refiere a las personas, y no a los animales o a las plantas, se corresponde con el mayor desvalor que conllevan comportamientos de esa índole, pero representa además una confirmación del sentido antropocéntrico que el legislador ha otorgado al medio ambiente, al destacarse al ser humano por encima del resto de los elementos integrantes del mismo.

Cuando no concurra este tercer requisito típico: la generación de un riesgo de grave perjuicio, podrá sancionarse el hecho recurriendo al Derecho administrativo, cuya zona de intervención se distingue de la propiamente penal tan solo en este tercer requisito, pues tanto la conducta contaminante como la infracción reglamentaria habrán de evidenciarse para merecer esta secundaria sanción. Con frecuencia ocurre, sin embargo, que la tipificación de esas infracciones tiende a solaparse con la específicamente penal, dando lugar a problemas de coordinación normativa y procesal.

Así, por ejemplo, el art. 31 de la Ley 16/2002, ya citada, considera infracción muy grave "ejercer la actividad sin la preceptiva autorización ambiental integrada (o incumpliendo las condiciones establecidas en la misma), siempre que se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente o se haya puesto en peligro la seguridad o salud de las personas". Se trata de una conducta perfectamente subsumible, al mismo tiempo, en los arts. 325 y 326 CP, dependiendo entonces de variables procedimentales que el autor sea sancionado penal o administrativamente, por mucho que exista la

obligación de traslado al Ministerio Fiscal del expediente sancionador cuando existan indicios de responsabilidad criminal.

## 1.2 EL TIPO SUBJETIVO.

En virtud del principio de intervención mínima, el legislador ha seleccionado los delitos cuya comisión imprudente considera de suficiente entidad para ser merecedores de castigo. Así ocurre con los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, sujetos a la cláusula prevista en el art. 331 CP, que reserva la intervención penal para los casos de imprudencia grave.

En consonancia con la estructura objetiva del tipo, la comisión dolosa del delito previsto en el art. 325 CP requiere la consciencia y voluntad de realización del peligro típico. Se trata, pues, de un dolo de peligro distinto del dolo de lesión, pese a la cercanía entre uno y otro, cercanía que ha llevado a un sector doctrinal a asimilar el primero con el segundo, en su modalidad de dolo eventual. En efecto, si para la constatación del dolo de peligro se requiere la consciencia de una alta probabilidad de que el daño se produzca (pues en eso consiste precisamente el peligro típico), es lógico considerar probado entonces el dolo eventual de lesión, que consiste justamente en la consciencia de esa alta probabilidad. Únicamente podría salvarse esta argumentación asumiendo teorías sobre el dolo eventual distintas de la teoría de la probabilidad, y ni aún así sería factible la distinción.

En aquellos casos en los que el sujeto no sea consciente del peligro generado por su acción, pero exista una grave infracción del deber de cuidado (vinculado, por ejemplo, al "deber de examen previo" de la acción emprendida), tendrá cabida la imprudencia.

Esa es la calificación que merece al Tribunal Supremo (Sentencia de 9.10.2000) la conducta de un sujeto desconocedor de la normativa medioambiental que encarga a otro el traslado y posterior depósito en un vertedero de bidones que contienen sustancias contaminantes. El encargado de ejecutar el mandato los abandona en la vía pública. Para el Tribunal Supremo resulta fundamental el desconocimiento que el acusado tiene de la normativa medioambiental para considerarle autor por imprudencia, se entiende que inconsciente.

## 2. SUBTIPOS AGRAVADOS: ART. 326.

"Se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con

arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes:

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

Siguiendo con la pauta común a lo largo del Código, el legislador crea una serie de subtipos cualificados que mantienen la raíz común del tipo básico (cuya concurrencia debe darse en todo caso), al que añaden algún elemento que incrementa el desvalor de acción o el desvalor de resultado de la conducta. Las seis modalidades previstas en el art. 326 CP se presentan en forma alternativa, de manera que la concurrencia de más de una de las circunstancias agravatorias no comportará la existencia de varios subtipos sino de uno solo. Bien es cierto que en estos casos la graduación judicial de la pena podrá encontrar apoyo para una sanción más cercana al máximo previsto, pero ello no viene taxativamente requerido por la ley.

De los seis subtipos previstos en el art. 326 CP, las cuatro primeras se refieren a circunstancias que no incrementan necesariamente el peligro típico, sino que constituyen otros tantos comportamientos reprobables del autor y generadores de un riesgo difuso, lo que permite hallar en ellos un incremento del desvalor de acción. Tan sólo los dos últimos hablan claramente de una lesividad mayor que la requerida en el tipo básico.

Para la concurrencia del subtipo previsto en la letra a) se requiere la inexistencia de autorización para desarrollar la actividad concreta que es motivo de la acusación. Si existe autorización pero para una actividad distinta de la desarrollada (normalmente menos peligrosa) seguirá concurriendo el subtipo, como afirma la STS de 12.12.2000. Lo mismo ocurrirá cuando exista solicitud de autorización pero la misma no hubiera sido concedida. Ahora bien,

si la acción penal se incoa cuando la solicitud se ha presentado ya y posteriormente se reconoce que se daban las condiciones para concederla, siendo la conducta perseguida una extralimitación respecto al ámbito de actuación permitido en dicha autorización, no deberá aplicarse el subtipo agravado, pues carecerá la conducta de ese incremento de desvalor de acción que fundamenta la elevación punitiva.

Por lo que se refiere al segundo de los subtipos incluidos en el art. 326, el autor merecerá un castigo mayor siempre que desatienda requerimientos expresos de la autoridad. No bastará, pues, con una genérica desautorización para realizar una determinada actividad. La STS de 12.12.2000 parece interpretar de manera más amplia el precepto que nos ocupa, pues entiende que al haberse incluido en la autorización solicitada una prohibición expresa para realizar vertidos de otra clase, con ello se cumpliría ya el requisito del requerimiento previo previsto en el art. 326 b) CP. Sin embargo, no ocurre así: el legislador exige que la Administración notifique al autor el cese de la actividad ilícita, lo que significa que ésta debe ser previa a la notificación. Las prohibiciones anteriores a la realización del comportamiento punible no pueden ser consideradas a los efectos de aplicar el art. 326 b) CP.

Del resto de los subtipos únicamente nos detendremos en el último, cuya interpretación puede inducir a confusión. En efecto, aunque casi sobre decirlo, es necesario que se den todos y cada uno de los elementos del tipo básico (art. 325 CP) para que pueda entrar en juego la agravación por extracción de aguas en periodo de restricciones, lo cual quiere decir que dicha extracción tiene que perjudicar gravemente los recursos naturales o al hombre mismo. En caso contrario, la conducta podrá ser tachada de ilícita, pero no acreedora de la sanción prevista en el art. 326 CP. Ésta se reserva, efectivamente, para aquellos otros casos en los que, además del daño ecológico producido por la extracción, resulte especialmente grave el daño por existir una restricción expresa en tal sentido.

Tampoco se justifica la existencia de un tipo específico de depósito o vertedero de residuos sólidos o líquidos tóxicos y peligrosos en el art. 328 CP. Este precepto procede de una innovación legislativa que aparecía en el Proyecto de Código Penal de 1994 (origen del Código actual); en su primitiva redacción constituía un supuesto de peligro abstracto, pues no se exigía que la conducta pudiera causar un perjuicio grave para el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Como tal delito de peligro abstracto fue sometido a duras críticas y por ello se incluyó en fase de tramitación parlamentaria el requisito del resultado de peligro. De este modo, sin embargo, perdía sentido el precepto mismo, al no diferenciarse sustancialmente del

tipificado en el art. 325 CP, pero separándose de éste en el plano punitivo en un doble aspecto: por una parte, la pena asignada a la conducta prevista en el art. 328 CP es sustancialmente inferior; por otra, no se distingue en él, como sí se hace en el art. 325, entre los recursos naturales y las personas a efectos de procurar una mayor protección de éstas. Todo ello provoca una fragmentación injustificada dentro del Capítulo que nos ocupa, defecto que habrá que endosar a la defectuosa tramitación del Código Penal vigente.

En la jurisprudencia ordinaria, su aplicación ha sido escasa. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de septiembre de 1999 contempla un caso de depósito tóxico de hidróxido de calcio, susceptible de provocar una dañina contaminación en el entorno por encontrarse al aire y sin protección alguna. Casi con toda seguridad, el hecho habría sido subsumible en el art. 325 CP (que alude expresamente a los "depósitos"), pero en ese caso el autor habría sido castigado con una pena muy superior a la pena de multa que confirmó la Audiencia asturiana.

## DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA Y FAUNA

La sensación de desprotección penal del medio ambiente anterior al actual Código Penal indujo al legislador a incorporar los delitos que ahora nos ocupan. Es cierto que durante muchos años el viejo art. 347 bis permaneció inédito. También lo es que quizá era necesario ampliar el ámbito de protección. Resulta, sin embargo, más cuestionable que el mejor modo de superar las inercias desprotectoras del sistema penal (sistema en el que convive el legislador con la fiscalía y la magistratura) consista en incorporar una serie de tipos penales con el afán de castigar prácticamente "toda" conducta atentatoria contra el medio ambiente. El principio de fragmentariedad debe regir en el Derecho penal también en este sector. Y no parece que el legislador se haya dejado guiar por él. Algunas de las conductas tipificadas en este Capítulo ni de lejos deberían formar parte de la última ratio punitiva, teniendo en cuenta que su ámbito de aplicación puede incluir conductas absolutamente nimias y, también, que en nuestro sistema penal no rige el principio de oportunidad en la persecución de los delitos, lo cual dificulta la segregación de las infracciones de bagatela. Desde este punto de vista, merece ser aplaudida la exigencia de dolo para el castigo de todos los delitos incluidos en el Capítulo, pero no basta con ello. La tendencia a convertir esta parcela del Derecho penal en instrumento meramente sancionador de infracciones de carácter administrativo ha sufrido una seria corrección con la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1999, que absuelve a un sujeto en cuyo poder se

halló un ejemplar de pájaro incluido en el Catálogo de especies amenazadas del RD 439/1990, de 30 de marzo (el "pico picapinos"). Si el art. 334 CP se interpretara de manera formal, la conducta estaría incluida en el tipo. Sin embargo, el Alto Tribunal exige algo más que la mera presencia de esa especie concreta en el Catálogo: exige que realmente se encuentre amenazada, lo que comporta una exigencia material ulterior a la mera ilegalidad administrativa. De ese modo el principio de lesividad queda debidamente salvaguardado.

En otros casos, esta labor de ortopedia jurídica realizada por la jurisprudencia resulta ciertamente difícil. Así ocurre con los arts. 335 y 336 CP, que deberían ser objeto de reforma o derogación urgente. El primero ha sido descalificado ya por el propio Tribunal Supremo, pues su tenor literal permite castigar a quien incumpla una simple autorización administrativa relativa a la caza o pesca de especies que no estén especialmente protegidas.

En efecto, la Sentencia de 8 de febrero de 2000 absolvió por motivos formales a un sujeto que había cazado dos jilgueros en una provincia distinta de aquella en la que estaba autorizado a hacerlo. El Tribunal de casación afirma en esa Sentencia que "resulta explicable que hayan surgido fundadas dudas sobre la constitucionalidad del precepto pues el tipo penal no contiene el «núcleo esencial de la prohibición», desplazándose íntegramente la calificación como delictiva de la conducta a la normativa administrativa, que en este supuesto no cumple la función accesoria de delimitar o complementar el tipo delictivo sino que lo fundamenta y define en su totalidad."

Por lo que se refiere al art. 336, sanciona este precepto a quien "sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna". La mayoría de las sentencias de tribunales inferiores que han recaído hasta ahora en este tema tienden a dejar fuera del precepto las conductas sometidas a su juicio; conductas que en la mayoría de los casos consisten en la utilización de redes para la pesca o reclamos para la caza. En esa jurisprudencia menor se interpreta la cláusula extensiva contenida en el tipo exigiendo que el medio utilizado pueda provocar la destrucción masiva y que no exista posibilidad de control por parte del autor. De ese modo, se intenta dejar un espacio para la aplicación de las sanciones administrativas previstas en la legislación especial, cuyas infracciones quedarían absolutamente inéditas si se aplicara el Código Penal con especial rigor, lo que vulneraría desde luego el principio de intervención mínima. Esta experiencia aplicativa hace sospechar seriamente que el ámbito de aplicación del tenor literal del precepto excede con mucho del que sería deseable, lo que aconseja su modificación.



En una de las escasas Sentencias condenatorias, la Audiencia Provincial de Tarragona (S. 22.2.2000) sanciona a un sujeto que utilizó lazo para cazar jabalíes. El Tribunal entiende, correctamente, que el tipo no exige la captura efectiva de la pieza, sino que basta con el intento de llevarlo a cabo. Por lo demás, considera que ese instrumento no discrimina las piezas capturadas, lo mismo que el veneno, que puede ser ingerido por cualquier animal. Cabría añadir, sin embargo, que pese a la corrección de esa interpretación sistemática, el hecho mismo quizá adolezca de la lesividad necesaria para hacerse acreedor de reproche penal.

El art. 332 CP castiga a quien "corte, tale queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente su hábitat". El objeto de la acción es, en todo caso, una especie amenazada, lo que da entrada en el tipo a la regulación administrativa, con las matizaciones que se acaban de realizar. Por otra parte, el concepto de "hábitat" viene recogido en el art. 2 f) del RD 1997/1995, de 7 de diciembre: "medio definido por factores abióticos y bióticos específicos donde vive la especie en una de las fases de su ciclo biológico". Especial consideración merecen los problemas concursales cuando el medio comisivo sea el incendio, por ser éste delito autónomo. Para proceder a una correcta calificación debe tenerse en cuenta que el delito que nos ocupa exige el daño a un objeto material específico, cosa que no ocurre en el delito de incendio, salvo lo previsto en el art. 353.1-3º. Cuando el incendio consista en la quema de una zona que contenga ese objeto al que hace referencia el art. 332 CP deberá resolverse el problema recurriendo al art. 8.4º CP, pues se trata en realidad de un concurso de leyes, siendo aplicable el precepto que sancione con mayor pena la conducta.

El art. 334 CP se dedica a la protección de la fauna "amenazada", expresión de carácter normativo que exige acudir a las disposiciones que regulan la materia para establecer, al menos, el límite del riesgo permitido. Ya se ha señalado que el Tribunal Supremo ha llevado a cabo una interpretación restrictiva de este precepto, exigiendo que la especie en cuestión se halle realmente amenazada, teniendo muy en cuenta que el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas (RD 1997/1995) contempla hasta cuatro categorías distintas, alguna de las cuales no se corresponde con el máximo nivel de protección que la norma penal dispensa, como ocurre con aquellas consideradas de "interés especial" por su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad. De lege ferenda sería conveniente limitar la intervención penal a favor tan sólo de las especies "en peligro de extinción", que se corresponde con la primera de las cuatro categorías mencionadas y a las que el Código

vigente reserva una protección especial, al castigar con mayor gravedad su captura (Art. 334.2º).

Particular interés reviste el régimen concursal aplicable cuando la conducta de tráfico se realice traspasando las fronteras nacionales. La vigente Ley de Contrabando (LO 12/1995, de 12 de diciembre) sanciona en su art. 2.1 f) la violación del Convenio de Washington sobre comercio internacional de especies amenazadas. Por lo que se refiere a la calificación jurídica de esta superposición normativa, es razonable pensar que nos hallamos ante un concurso de normas, ya que no difieren ambas en su esfera de protección. El conflicto similar entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando ha sido resuelto pacíficamente por el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 1 de diciembre de 1997 en el sentido de considerar aplicable únicamente el art. 368 CP, en virtud del art. 8.3 CP. La misma solución cabe proponer aquí, por cuanto en ambos casos el bien jurídico colectivo tutelado en el Código resulta lesionado al margen del contrabando, siendo igualmente ilícito, también, el objeto con el que se trafica.

## DISPOSICIONES COMUNES

En los arts. 338 a 340 CP introduce el legislador disposiciones que son aplicables a todo el Título XVI y, en consecuencia, tanto a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, cuanto a aquellos que tutelan la flora y fauna. Así, el art. 338 obliga a imponer las penas superiores en grado cuando el hecho afecte a un "espacio natural protegido", en razón de la mayor lesividad del hecho. Ahora bien, esta circunstancia agravatoria no debería entrar en juego cuando la "gravedad" del peligro al que se refieren varios de los tipos protectores del medio ambiente sea determinada recurriendo a la condición de espacio natural protegido del lugar donde se realice el hecho, siempre y cuando esa misma conducta careciera de la nota de "gravedad" en caso de haberse ejecutado en un espacio distinto.

Por su parte, los arts. 339 CP se inspira en el principio "quien contamina paga", permitiendo a los Jueces y Tribunales que ordenen la restauración del orden ecológico perturbado. En relación con ello, el art. 36 de la Ley 16/2002, advierte de que "sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la reposición o restauración de las cosas al estado anterior a la infracción cometida", lo cual permite suponer que el régimen facultativo que establece el art. 339 CP ha pasado a ser obligatorio en virtud de lo dispuesto en esta reciente Ley, que se refiere expresamente a los casos en que exista sanción penal.

Por último, el art. 340 CP obliga a los Jueces y Tribunales a imponer la pena inferior en grado cuando el autor del hecho haya procedido voluntariamente a la reparación del daño, incrementando con ello el efecto atenuatorio que establece, con carácter general, el art. 21.5ª CP.