

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACION DEL TERRITORIO Y LA PROTECCION DEL PATRIMONIO HISTORICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

ANTONIO CASQUERO SUBIAS

Comandante de la Guardia Civil.
Licenciado en Derecho.

INTRODUCCION

Desde 1978, año de entrada en vigor de la Constitución Española, la tutela penal de los bienes jurídicos protegidos por el Título XVI del nuevo Código Penal —ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente—, derechos constitucionales reconocidos en los artículos 45, 46 y 47 de la Norma fundamental, se ha caracterizado por su inmovilismo legislativo, producto del escaso interés de que han gozado para esta rama del derecho; salvo la tímida reforma llevada a cabo en 1983 con la introducción en el Código Penal, ahora derogado, del "delito ecológico" (artículo 347 bis), el legislador no se ha preocupado por proteger penalmente los conceptos mencionados, a pesar de la previsión constitucional de establecer sanciones penales para quienes violen la utilización racional de los recursos naturales y para quienes atenten contra el patrimonio histórico.

Sin embargo, la utilización pública y el fin social siempre han estado presentes en la conciencia ciudadana que les viene atribuyendo el carácter de bienes de primera magnitud, cuya protección eficaz no puede ser relegada, sin que se produzca un menoscabo de su contribución real al desarrollo de la personalidad y al progreso de la sociedad.

Resulta evidente que a los poderes públicos compete el reconocimiento de tales bie-

nes jurídicos y el deber de su protección, conservación y fomento, pudiendo hacerlo a través del derecho administrativo sancionador, como se venía haciendo hasta ahora, o bien, a través del derecho penal; el utilizar una u otra técnica es algo consustancial con el valor que la sociedad les otorgue en cada momento.

Con su incorporación al Código Penal parece que ha llegado ese momento. El reducido intervencionismo estatal, limitado casi exclusivamente al ámbito del derecho administrativo sancionador, ha pasado a mejor época. Ahora, se estima que los bienes considerados deben ser dignos de una mayor protección, como la que proporciona el derecho penal.

Su reconocimiento como valores de primer orden significa que las primeras barreras de protección previstas por el ordenamiento administrativo no han sido suficientes, por lo que se acude, en segunda instancia, al derecho penal como "última ratio" y con capacidad para intervenir cuando las medidas adoptadas por aquel no hayan bastado.

En nuestro trabajo, las referencias a las normas administrativas van a resultar obligadas, aunque por razones de espacio y de interés práctico, procuraremos que sean las mínimas; pero no podemos olvidar que el nuevo delito ecológico (al igual que el anterior), es una "norma penal en blanco" que se construye e integra cuando hayan sido contravenidas otras disposiciones de carácter extrapenal, o que para la protección de la flora y la fauna es necesario conocer los catálogos administrativos de especies amenazadas, o que, la penalización de determinadas conductas atentatorias contra la ordenación del territorio se produce cuando hayan sido vulneradas las normas urbanísticas y que, en fin, para conocer el objeto sobre el que recaen los delitos contra el patrimonio histórico, resultará imprescindible conocer su ley administrativa reguladora.

También nos interesa destacar la homogeneidad de la materia tutelada; los tres conceptos aquí manejados están íntimamente interconexiónados entre sí y, a su vez, relacionados con la **cultura** y con la **calidad de vida**.

El medio ambiente, en su concepción más amplia, como ya tendremos ocasión de comprobar, no se configura únicamente como el medio sólido, líquido o gaseoso, elementos esenciales de la biosfera o los recursos que sobre los mismos se asientan, sino que la protección de los valores ambientales se ha ido extendiendo a otros elementos, materiales o inmateriales, relacionados con los anteriores, como son aquellos que forman parte de la infraestructura y de los servicios de la sociedad, vivienda, transportes, sanidad, etc., u otros que contribuyen a una mejora de la calidad de vida, como son, el bienestar, la educación, la cultura o el desarrollo. Este reconocimiento ha sido también expreso; basta recordar que en el anterior Código Penal, el delito ecológico se incardinó bajo la rúbrica de "delitos contra la salud pública y el medio ambiente".

De la misma forma, el urbanismo, atiende con especial énfasis a todo aquello que guarda relación con el medio ambiente o con su entorno y adopta medidas protectoras ante la aparición o existencia de bienes vinculados con el patrimonio histórico, cuyo valor cultural no es preciso comentar.

En definitiva, la cultura, como crónica del sentir de una época y la calidad de vida, como expresión del grado de bienestar y progreso a alcanzar por cada sociedad, constituyen el nexo o vínculo de unión que exige un especial régimen jurídico protector que tiende, en principio, a que puedan ser conservados en óptimas condiciones para disfrute de toda la colectividad y, con posterioridad, cuando hayan sido objeto de agresión, a la reconstrucción, reparación o regeneración del daño causado.

Bajo estas perspectivas, se incriminan en este Título aquellas conductas atentatorias que hayan causado las lesiones más intolerables o más graves a los bienes jurídicos protegidos; las más leves o livianas se dejan para el derecho administrativo sancionador; por ello, la gravedad de la conducta o del resultado constituye una constante que deberá estar siempre presente para incardinar correctamente el ilícito sancionable. Esta cuestión no debe resultar excesivamente problemática

para los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, para quienes, por su condición de aplicadores del derecho y por su doble consideración como integrantes de la Policía Administrativa o Judicial, el derecho no debe resultarles esquivo o desconocido, siendo, por tanto, quienes realizan la primera valoración aproximativa, susceptible, en cualquier caso, de revisión posterior.

Los bienes jurídicos aquí protegidos se hallan encuadrados en el Capítulo Tercero del Título I de nuestra Constitución, como **"Principios rectores de la política social y económica"**, ubicación que, sin duda, habrá influido para su sistematización en el mismo Título del nuevo Código Penal y que, como tales, no son derechos subjetivos ni gozan de la especial protección que la Norma Fundamental otorga a los derechos fundamentales, especialmente la posibilidad de acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional, sino que, de acuerdo con el artículo 53.3 C.E., informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pudiendo ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Aunque lo importante no es donde se ubiquen, sino que los preceptos se conozcan, se cumplan y resulten de aplicación para que no se queden en simple "letra muerta".

DELITOS SOBRE LA ORDENACION DEL TERRITORIO

El Código Penal, ahora derogado, no regulaba como sabemos, las conductas atentatorias y lesivas a la ordenación del territorio, que constituían meros ilícitos administrativos, sancionables de acuerdo con la legislación urbanística contenida en el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de Junio (en adelante, LRS) y sus Reglamentos de desarrollo, a saber:

- Reglamento de Planeamiento, aprobado por R.D. 2159/1978, de 23 de junio.
- Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por R.D. 3288/1978, de 25 de agosto.
- Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por R.D. 2187/1978, de 23 de junio.
- Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, aprobado por R.D. 635/1964, de 5 de marzo.
- Reglamento de Reparcelaciones del suelo, afectado por Planes de Ordenación Urbana, aprobado por R.D. 1006/1966, de 7 de abril.

Esto no quiere decir que en los últimos tiempos no haya habido intentos a fin de penalizar las infracciones urbanísticas mas graves. En la Exposición de Motivos del frustrado Proyecto de Código Penal de 1.980 se decía que "hay innovaciones que responden al cambio social" y en el Título VIII relativo a los "delitos contra el orden socioeconómico" se incluían figuras delictivas que poseían, mas allá de su contenido económico, una evidente significación social, como sucede con el delito urbanístico, cuya creación se reclamaba.

La Exposición de Motivos del nuevo Código Penal ha resultado muy parca en este sentido y justifica su necesidad en la existencia de una sociedad cada vez mas compleja que debe dar prudente acogida a nuevas formas de delincuencia. Sin embargo, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de 1992, antecedente más inmediato del actual, encontramos la explicación mas convincente sobre la introducción en el texto punitivo del delito urbanístico, que pretende respetar escrupulosamente el principio de intervención mínima, limitándose a castigar las conductas más graves y donde ya se reconocen los problemas que pueden surgir entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la penal.

Con la inclusión de estos delitos se responde a una necesidad de política criminal, demandada desde hace tiempo, sobre la que existe un amplio consenso para acabar con los lamentables abusos producto de la espe-

culación del suelo, frente a los cuales la ley penal no podía permanecer ajena e impasible y se parte de dos premisas básicas, como son, la limitación del círculo de sujetos activos a determinados profesionales y la criminalización de los atentados urbanísticos más graves, pues, de lo contrario, las conductas punibles serían innumerables.

No obstante, llama la atención el hecho de que frente a la ausencia, hasta ahora, de protección penal para la ordenación del territorio, la LRS, recoge en su artículo 274 el siguiente texto: "cuando con ocasión de los expedientes administrativos, aparezcan indicios de delito o falta, el órgano competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a efectos de exigir responsabilidades en el orden penal". Sin duda, el legislador de 1992 estaba pensando en una próxima inclusión del delito urbanístico en el Código Penal.

En el delito urbanístico, el **bien jurídico** protegido es el cumplimiento de la normativa administrativa sobre utilización ordenada del suelo o el respeto por las normas que disciplinan su uso. Este sería el bien jurídico estrictamente considerado; de forma más amplia, la ordenación del territorio, que según STC 149/1991, de 4 de julio, se trata más de una política de enorme amplitud que de una concreta técnica, ya que requiere su compatibilidad con todas las actuaciones de los poderes públicos con incidencia territorial. También con estos tipos penales se protege el medio ambiente, pues no hay duda de su degradación por la actividad urbanística abusiva, la construcción puramente especulativa o la ocupación ilegal del suelo.

Construcciones ilegales (art. 319).

Castiga el Código en el artículo 319, primer párrafo, a los "promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una 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, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido

considerados de especial protección». En el segundo párrafo, se sancionan a las mismas personas que "lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo urbanizable".

En ambos casos, para que la conducta sea punible se requiere la concurrencia de dos elementos; uno formal, la inexistencia de autorización o licencia y otro material, consistente en que la construcción o edificación se realice sobre suelos considerados, desde un punto de vista urbanístico, como no aptos para edificar, por estar destinados a otros usos. La ausencia de uno u otro elemento impedirá la correcta integración en el tipo penal, constituyendo un ilícito administrativo sancionable de acuerdo con la LRS; por ejemplo, si existe autorización, aunque se construya sobre tales tipos de suelo, no habrá responsabilidad penal para quien construye, difiriéndose, en su caso, a quien haya informado favorablemente el proyecto o haya concedido la licencia, y recíprocamente, la construcción o edificación sin licencia en otro tipo de suelos, tampoco será objeto de sanción penal.

Es evidente que sujeto pasivo no puede ser cualquier persona; el responsable tiene que reunir la condición de **promotor, constructor o director técnico**; es un sujeto activo específico. En el caso de que cada uno de los tres grupos esté integrado por dos o más personas, la sanción recaerá de forma global sobre el grupo (STS, 3.^a, 19-2-92).

Así como la determinación de la figura del director técnico puede resultar clara ya que se tratará de profesionales del sector de la construcción, arquitectos o arquitectos técnicos (aparejadores), que ejerzan la actividad de dirección de la obra del proyecto aprobado, cuyas atribuciones profesionales vienen reguladas por el RDL de 27-12-1929 y la Ley 12/86, de 1 de abril, respectivamente, la determinación del "promotor" o "constructor" puede resultar más problemática debido a la carencia de una definición legal; "contratistas o subcontratistas pueden ser, en determinados supuestos, figuras que según su vinculación con la obra pueden participar a título de autor o cooperador necesario.

A la simple lectura del texto, nada obstaría a que pudieran ser responsables los particulares que, con sus propios medios y sin que su actividad profesional habitual esté relacionada con la construcción, se dediquen a promover o a construir. Sin embargo, la existencia de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, con que, además de las de prisión y multa, se castigan estos delitos, junto con la filosofía que preside el precepto de castigar las conductas objetivamente más graves, nos induce a pensar que las conductas punibles afectan a sujetos cuya profesión está en relación directa con el delito cometido, es decir, **profesionales de la construcción**. En definitiva, no creemos que encaje en el tipo penal, por ejemplo, la construcción sin licencia de una obra particular en la ribera del mar, sin perjuicio de que este hecho constituya una infracción urbanística grave que puede acarrear, de no obtener la preceptiva licencia, además de la correspondiente multa, su demolición, como luego veremos.

Respecto al elemento formal, con la exigencia de una autorización administrativa para construir o edificar se viene a reconocer expresamente la importancia capital que en nuestro derecho urbanístico tiene la **licencia municipal de obra**, como técnica de control y de seguridad jurídica que constituye la garantía firme para los que construyen amparados por ella.

De acuerdo con la LRS "todo acto de edificación requerirá la preceptiva licencia municipal" (art. 242.1), y "mediante su otorgamiento se adquiere el derecho a edificar, siempre que el proyecto presentado fuese conforme con la ordenación urbanística aplicable" (artículo 33.1). Con carácter general, la competencia para otorgar las licencias corresponde a los Ayuntamientos o Entidades locales (artículo 243) y el procedimiento de otorgamiento se ajusta a lo prevenido en la legislación de Régimen Local (art. 242.5).

Produce los mismos efectos la construcción o edificación sin licencia, por no haberse solicitado o haber sido denegada, que aquella que se realice sin cumplir sus condiciones o requisitos, en el que caso de que existiere. Por ello, no sólo afectará a las obras de nueva

planta, sino que se abarcará dentro del tipo penal a remodelaciones, reconstrucciones o reformas que exijan licencia y para las que no se haya obtenido.

Respecto al elemento material, el delito urbanístico tipificado en el artículo 319.1 requiere que la construcción ilegal se lleve a cabo en lugares especialmente protegidos, como son los destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público u otros de especial interés público o dignos de especial protección. Para reconocer y determinar si el suelo está destinado a alguno de los usos públicos que se citan, será preciso conocer el planeamiento urbanístico de la zona en cada caso y ver si, de acuerdo con la legislación sectorial o los concretos instrumentos de planeamiento existentes (Planes Generales, Planes Directores Territoriales de Coordinación, Planes Generales Municipales, Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, Planes Parciales de Ordenación, Planes Especiales), gozan de tal consideración. Fijémonos que, por ejemplo, no se trata de la construcción en un vial, supuesto que parecería imposible de suceder, sino que basta con que el terreno esté **destinado** a constituir un vial por estar así concebido en un Plan.

A estos efectos, hay que decir que en la LRS, el territorio se clasifica en urbano, urbanizable, o en su caso apto para urbanizar y no urbanizable. En esta materia, resultará decisivo el conocimiento del Plan General Municipal de Ordenación donde se determinan el trazado y características de la red viaria (viales), la delimitación de espacios libres o zonas verdes y, en general, los terrenos que constituyen suelo urbano o urbanizable, adecuado, en principio, para ser urbanizado.

Constituye **suelo no urbanizable**, los terrenos que el planeamiento general no incluya en ninguna de las clases de suelo anteriores (urbano o urbanizable) y, en particular, los espacios que dicho planeamiento determine para otorgarles una especial protección, en razón de su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, de las posibilidades de explotación de sus recursos naturales, de sus valores paisajísticos, históricos o

culturales, o para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico.

Si se carece de Plan General, el territorio se clasifica, exclusivamente, en urbano y no urbanizable; gozan de la consideración de suelo urbano, los terrenos que cuentan con acceso rodado, abastecimiento y evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica; los restantes espacios del término municipal constituyen suelo no urbanizable.

Este suelo no urbanizable constituye el elemento material del tipo penal previsto en el 2.º párrafo del artículo 319; se trata de un tipo privilegiado (véase que aunque las penas de multa e inhabilitación especial son iguales, la de prisión en su límite máximo es menor) por lo que goza de un menor reproche penal en consideración a que la edificación que aquí se lleve a cabo debe ser, en principio, "no autorizable", pues existe la posibilidad de que algunas obras realizadas sin licencia pueden ser, obteniendo la correspondiente autorización, legalizables con posterioridad, por ser conformes al planeamiento o legislación urbanística, o por la posibilidad de su inclusión en nuevos Planes de urbanismo.

En todo caso, para ser autorizables, la edificación debe ser destinada al fin previsto por la legislación urbanística, esto es, agrícola, forestal, ganadero, cinegético o, en general, vinculados a la utilización racional de los recursos naturales; las demás, por tanto, no serán autorizables, dando lugar al delito previsto.

El valor artístico, histórico o cultural será reconocido de acuerdo con los criterios sentados en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y el paisajístico o ecológico de acuerdo con la Ley 4/89, de 27 de marzo, de Conservación de Espacios Naturales, sin perjuicio de lo que se disponga en la legislación autonómica.

El tercer párrafo del artículo 319, establece que los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fé.

La medida pretende reparar o restaurar el equilibrio perturbado. La LRS, en los artículos

248 y 249, también prevé la posibilidad de proceder a la demolición, a costa del interesado, tanto de obras en curso de ejecución como terminadas, por haberse efectuado sin licencia, siempre que fueran incompatibles con el ordenamiento o planificación vigente; también, en la legislación administrativa, puede adoptarse su expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa. La resolución de demolición se adopta previa la instrucción del oportuno expediente y tras la suspensión inmediata de la obra, en su caso.

Por ello, cabe pensar que la Administración competente conocerá con anterioridad a los Tribunales la situación ilegal de la construcción o edificación, debiendo adoptar la medida cautelar de suspensión de la obra en ejecución y abstenerse de decretar la demolición si el caso está inmerso en un procedimiento penal. La resolución judicial deberá ser motivada, lo que significa que habrá sido objeto de contradicción y de discusión en la fase del juicio oral y en el supuesto de que, de acuerdo con la sentencia, proceda la demolición, se deberá requerir el auxilio o colaboración de los órganos de la Administración que corresponda.

Información o concesión de licencias ilegales (art. 320).

Se otorga especial relevancia a la actuación de los funcionarios que, aparentemente, hayan dado cobertura legal al delito urbanístico, diferenciándose dos tipos de conductas ilícitas: en la primera, la acción típica consiste en **informar favorablemente** proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas; en la segunda, se castiga la **resolución o votación favorable** en la concesión de la licencia.

En ambos supuestos, tanto en el trámite de información como en el de resolución final, se requiere que se efectúe **a sabiendas de su injusticia**, por lo que estamos ante la presencia de un delito doloso, que no podrá ser cometido en forma culposa.

El otorgamiento de licencias exige la previa formalización de un expediente que debe ajustarse, de acuerdo con el artículo 4.1 del

Reglamento de Disciplina Urbanística, a lo establecido en la legislación de Régimen Local. El citado expediente, que se inicia con la petición de la licencia, contiene el Proyecto y su documentación complementaria, cuenta con los informes técnicos y jurídicos de los servicios propios del Ayuntamiento acerca de la legalidad urbanística, y culmina con la denegación o concesión que, por regla general, corresponde al Ayuntamiento, según el artículo 6 del citado Reglamento.

Respecto a los sujetos activos del delito, sólo pueden ser responsables del mismo la **Autoridad o funcionario público**, cuyo concepto se recoge en el artículo 24 del actual Código. Pueden suscitarse como en todos los delitos cometidos por funcionarios, delitos de "propia mano", problemas de autoría mediata, cuando es un tercero que no reúne dicha cualidad quien realiza la acción típica.

En definitiva se trata de un delito de prevaricación especial en materia urbanística, que prevalecerá sobre la prevaricación genérica de Autoridades y funcionarios prevista en el artículo 404 del Código, con el que se ha pretendido diferir la responsabilidad del delito urbanístico a quienes hayan participado en el proceso de otorgamiento de la licencia, a efectos de que no quede sin penalización el supuesto de que la construcción fuera autorizada con la correspondiente licencia y ésta fuese ilegal por contravenir la reglamentación urbanística. Sin embargo, puede quedar impune el supuesto de una construcción ilegal por concesión de la licencia por un funcionario de forma imprudente ya que se exige, como se ha dicho, la existencia de dolo: existiría licencia sin posibilidad de imputar el delito al promotor o constructor ni al funcionario por no haberla concedido a "sabiendas de su injusticia".

En el artículo 57.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística, se prevé una infracción urbanística similar; evidentemente, en ambos supuestos, tanto en el ilícito administrativo como en el penal, se requiere, caso de adoptarse la resolución por un órgano colegiado, el voto favorable, lo que significa que no cometerán delito, quienes se abstengan o voten en

contra, pues en tales casos no se infringe ningún deber.

De todas formas, se trata de uno de los denominados tipos **penales en blanco**, que precisa para su integración la contravención de las normas urbanísticas vigentes y sobre cuya constitucionalidad haremos referencia al comentar el delito ecológico del capítulo III.

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO HISTORICO

El artículo 46 C.E. dispone que "los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que los integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y titularidad. La Ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio".

El legislador penal, respondiendo no solamente a este mandato constitucional sino al valor que tradicionalmente se ha venido dando a los bienes que integran el patrimonio histórico, ha ido introduciendo, paulatinamente, algunos preceptos que pretenden dotar de especial protección penal a los bienes que gozan del valor constitucional aludido. Así, en los artículos 506 y 516 del Código Penal ahora derogado, se tipificaban figuras agravadas del robo o hurto, respectivamente cuando el objeto del delito recayera sobre "cosas de valor histórico, cultural o artístico" o constituían delito de daños, sancionados en los artículos 558 y ss, ciertos atentados contra el patrimonio histórico artístico. Tales preceptos venían siendo objeto de crítica generalizada por la doctrina debido, fundamentalmente, a su dispersa sistematización, a la ausencia de definición legal de los tipos, a su escasa y en ocasiones desproporcionada penalidad para lograr la efectiva tutela reclamada y a los defectos de técnica legislativa que tal regulación fragmentaria presentaba.

Ahora, en el nuevo Código, sin perjuicio de seguir criminalizándose, determinadas conductas lesivas de bienes integrantes del patrimonio histórico como en los artículos 235.1 (hurto), 241.1 (robo), 250.5.^º (estafa) o 289 (sustracción de cosa propia de utilidad social

o cultural), se dedica, acertadamente, un Capítulo independiente para proteger de forma autónoma al citado Patrimonio.

Con esta tipificación se pretende hacer frente, penalmente, a la expoliación, entendida como toda acción que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social.

El **bien jurídico** protegido es el Patrimonio Histórico Español que, de acuerdo con el Preámbulo de la Ley 16/1985, de 25 de junio, (en adelante LPH) es el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea. Se trata de una riqueza colectiva, que engrandece el conocimiento de nuestro origen e identidad, que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal y que su protección sólo cobra sentido cuando conduce a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar de las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo.

Derribo o alteración ilegal (art. 321).

Se castiga en este artículo a "los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico artístico, cultural o monumental".

Sujeto activo puede ser cualquiera, **incluso el propietario particular**, ya que no rige el carácter de ajenidad del edificio dañado; el derecho a la propiedad privada queda limitado, en estos bienes, por la función social que representan. Sujeto pasivo es la **colectividad**; quien sufre el delito de forma más acusada es la comunidad que al verse privado de ellos ve coartado su disfrute y, consecuentemente, limitado el acceso a la cultura.

La acción consiste en "derribar o alterar gravemente". El derribo siempre constituirá delito; sin embargo, la alteración debe ser grave, concepto jurídico indeterminado, que debe ser apreciado por el Juzgador y no en razón del valor intrínseco del edificio sino del

valor que representa para la sociedad, que trasciende del simple valor económico y que debe ser estimado en función del sentir de una colectividad y de un determinado momento histórico ya que se trata de bienes, por su naturaleza, cambiantes.

El derribo o alteración supone su destrucción, inutilización, deterioro, menoscabo o cambio sustancial. Por tratarse de un delito de daños, caben las **formas imperfectas de ejecución**, siendo, asimismo, posible la **comisión por omisión**, cuando, por ejemplo la alteración se produzca por dejadez en las actividades de mantenimiento, conservación o custodia.

El objeto del delito recae sobre edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental. Por **edificios** habrá que entender los inmuebles que integran el Patrimonio Histórico Español que, de acuerdo con el artículo 1.2 de la LPH, son los de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico. Y por **inmuebles** se comprenden, además de los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y forman parte de los mismos o de su entorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder separarlos constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su reparación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos.

La enumeración de edificios que incluye el artículo 1.2 de la LPH resulta más amplia que la relación que se cita en el artículo 321 C.P. por lo que parece, en principio, que quedan desprotegidos cierto tipo de bienes; sin embargo, la expresión de "interés cultural" a la que alude el Código es omnicompresiva ya que, de acuerdo con el artículo 1.3 de la LPH, los bienes más relevantes del Patrimonio

Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de "interés cultural", por lo que bajo este concepto, se comprenderán casi todos.

Por tanto, resulta decisivo, más que las notas de antigüedad, valor económico o estado de conservación, el valor cultural. La declaración de interés cultural puede producirse, según el art. 9 LPH, por ministerio de la ley, por ejemplo, las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones del arte rupestre (art. 40.2), o los bienes que con anterioridad hayan sido declarados histórico-artísticos o incluidos en el Inventario del Patrimonio Artístico y Arqueológico de España (Disposición Adicional Primera) o mediante Real Decreto de forma individualizada.

Pero no son los únicos, ya que, en desarrollo de sus competencias, las Comunidades Autónomas han aprobado normas que tratan aspectos del patrimonio cultural, habiéndose dictado, por ejemplo, la Ley 4/1990, de 30 de mayo, de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha, la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco o la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, por lo que habrá que comprobar si el inmueble está singularmente protegido en el ámbito de la Comunidad Autónoma respectiva.

Para el T.S., no es necesario que exista el requisito de declaración administrativa previa para asignar a un bien el valor o interés histórico, artístico o cultural, sino que, en atención al espíritu del precepto constitucional y, en particular, a su letra ("cualesquiera que sea su régimen jurídico", reza el artículo 46 CE), pueden englobarse muchos otros casos aunque no haya una resolución expresa acerca de su carácter (STS, 2.ª, de 6-6-88).

El interés "monumental" se conocerá por su inclusión dentro de la categoría de Monumentos del artículo 15.1 de la LPH, que son aquellos inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería científico social u obras de escultura colosal; serían los monumentos que pudiéramos llamar artificiales. Pero también existen Monumentos Naturales que en la Ley 4/89, de protección de espacios naturales, se definen como espa-

cios o elementos de la naturaleza constituidos básicamente por formaciones de notoria singularidad, rareza o belleza, que merecen ser objeto de una protección especial, considerándose también entre los mismos a las formaciones geológicas, los yacimientos paleontológicos y demás elementos de la gea que reúnan un interés especial por la singularidad o importancia de sus valores científicos, culturales o paisajísticos.

Por otro lado, resulta indiferente quien sea el propietario; pueden ser de propiedad pública o privada, aunque no hayan sido calificados o inventariados, e incluso los edificios privados no abiertos al público; la protección penal que se les otorga proviene del carácter constitucional de estos bienes cualesquiera que sea su "titularidad".

De modo similar a como ocurría en el delito urbanístico, el segundo párrafo del artículo 321, prevé que "los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe".

Información o concesión de licencias ilegales (art. 322).

Se trata de un delito de prevaricación especial que sólo puede ser cometido por la Autoridad o funcionario público. Damos por reproducidos los comentarios efectuados al artículo 320 sobre prevaricación con ocasión del delito urbanístico, con la única diferencia que aquí, la información favorable o la resolución o la votación injustas, deben recaer sobre el expediente o licencia de derribo o de modificación del edificio protegido.

Daños (art. 323).

El nuevo Código otorga a determinados bienes cierta protección especial distinta a la que dispensa a los bienes que pudiéramos denominar normales o comunes, tutelados en el Capítulo IX bajo la rúbrica de "daños" dentro del Título XIII "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico" y así el artículo 263 castiga a "el que causare daños

en propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos de este Código..."; este supuesto del artículo 263 es uno de los no incluidos en aquel Título.

El objeto debe recaer sobre alguno de los bienes que se enumeran, cuya relación no es taxativa sino meramente ejemplificativa, pudiendo distinguirse tres supuestos:

a) **Archivos, registros, museos, bibliotecas, centros docentes, gabinete científico o institución análoga.** La relación ha ido ampliándose paulatinamente ya que antes de la reforma de 1963 sólo se protegían los archivos y registros, posteriormente se añadieron los demás objetos y ahora se amplía a los centros docentes.

Parece excesiva la inclusión como bienes del patrimonio histórico de algunos de los bienes citados. También pensamos que ya estarán suficientemente protegidos por su consideración como bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental del supuesto siguiente, pero quizás el legislador haya creído oportuno citarlos expresamente para que no surgan dudas acerca de su protección.

Los archivos, bibliotecas y museos que integran el patrimonio histórico están definidos en el artículo 59 de la LPH. No todos los centros docentes y gabinetes científicos estarán protegidos, sino aquellos que representen un interés científico o cultural; en este sentido, habrá que atender más al contenido que al continente.

b) **Bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental.** Se tratará, en general, de bienes muebles, ya que los daños en inmuebles, si suponen una alteración grave, se penalizarán de acuerdo con el artículo 321, resultando indiferente que estén incluidos dentro del Inventario General de la Administración del Estado o de los que hayan podido establecer las Comunidades Autónomas, ya que la protección, de acuerdo con el artículo 46 CE se extiende "cualquiera que sea su régimen jurídico o su titularidad".

c) **Yacimientos arqueológicos.** Forman parte del patrimonio arqueológico y por su relevancia estarán inventariados o declarados

de interés cultural. Pueden plantearse problemas concursales con el delito de alteración grave de edificio singularmente protegido, tipificado en el artículo 321, en el caso de que se trate de inmuebles situados en una Zona Arqueológica, definida en el artículo 14 de la LPH como lugar o paraje natural donde existan bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arquitectónica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas.

A fin de preservar los daños y demás exposiciones en el patrimonio arqueológico, la LPH somete a un estricto régimen de autorizaciones las excavaciones arqueológicas —con remoción del terreno— y las prospecciones arqueológicas —sin remoción del terreno—, obligando al beneficiario de la autorización a entregar los objetos obtenidos al Museo o centro que la Administración competente determine en el plazo que se fije, e incluso, cuando sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar (hallazgos casuales), el descubridor está obligado a comunicar a la Administración su descubrimiento en los plazos previstos.

Daños por imprudencia grave (art. 324).

Haciéndose eco de una de las importantes novedades que en la configuración general del delito ha introducido el Código Penal, y que se prevé en el artículo 12, como es la restricción del castigo de la imprudencia a los solos supuestos específicamente previstos, el artículo 324 sanciona los daños descritos en el artículo anterior cuando se hayan cometido por imprudencia grave y el valor de los mismos sea superior a 50.000 ptas.

La valoración e importancia de los daños que influye en la tipificación y en la penalidad no siempre será pacífica, debiendo acudir a efectos de tasación legal a las instituciones consultivas de la Administración del Estado en la materia, así como, recabar el asesoramiento preciso de otros organismos profesionales y entidades culturales.

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

La base constitucional para la protección penal del medio ambiente la encontramos en el artículo 45 C.E. Este artículo dice:

«1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.»

Frente a la escasa protección penal otorgada hasta ahora al medio ambiente, demostrada claramente insuficiente (delito ecológico, introducido tras la reforma de 1983; algunos delitos o faltas contra la salud pública; incendios forestales; ciertas leyes penales especiales que contienen tipos delictivos protectores del medio ambiente, como la Ley sobre Energía Nuclear, Ley de Caza, Ley de Pesca Fluvial, etc.) el nuevo Código Penal dedica dentro del Título XVI, los Capítulos III y IV, específicos, bajo las siguientes rúbricas: "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente" y "Delitos relativos a la protección de la flora y fauna", al margen de otros Títulos o Capítulos dispersos por el Código, como son los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, que no nos corresponde a nosotros analizar.

El bien jurídico protegido es el medio ambiente o el derecho al disfrute del mismo; se trata de un interés jurídico independiente, como se recoge en el texto constitucional y

de ahí el acierto del Código al reflejarlo en un Capítulo separado, que salvaría las posibles inconstitucionalidades por omisión, expuestas con anterioridad por la doctrina, por su no consideración como bien jurídico autónomo.

Desde la primera vez que se utilizó el término «medio ambiente» por el legislador, en el artículo 1.º del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas o Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, múltiples son las definiciones que del mismo se han dado; destacamos la otorgada por E. Bacigalupo, para quien el medio ambiente se presenta como "el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la flora y de la fauna 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"; el Tribunal Constitucional, después de reconocer el carácter complejo, polifacético y metafóricamente «transversal» por incidir en otras materias, en su reciente Sentencia de 26-6-95 (F.J.4), sintetiza, y dice que consiste en el "conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndolas un conjunto de posibilidades para hacer su vida".

Según la Resolución del XV Congreso Internacional de Derecho Penal (Río de Janeiro, 4-10 de septiembre de 1994) sobre delitos contra el medio ambiente e infracciones informáticas, el término "ambiente" engloba todos los componentes del planeta, bióticos y abióticos, e incluye el aire y todas las capas de la atmósfera, el agua, la tierra, incluido el suelo y los recursos minerales, la flora y la fauna y todas las interrelaciones ecológicas entre sus componentes.

Delito ecológico (art. 325).

El artículo 325 ha venido a sustituir el antiguo artículo 347 bis incorporado al Código por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de Junio. El legislador ha mantenido —y mejorado— su estructura básica, pues el tiempo transcurrido ha demostrado que es razonablemente apto para el fin y que si la persecución no es más

ágil o eficaz no es debido a defectos del tipo, sino a otras causas, alguna de las cuales se pretende atajar.

Respecto a su naturaleza jurídica, el delito ecológico es una **norma penal en blanco** ya que para la completa integración de la conducta típica es preciso que las acciones ilícitas contaminantes, se efectúen "contravinriendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente". Es decir, en principio, la acción delictiva sólo resulta relevante si está prevista y prohibida por alguna otra norma de naturaleza medioambiental. El derecho penal se sujeta en este campo al derecho administrativo más apto para determinar cuáles son los niveles y límites, en cantidad y calidad, a que deben someterse los vertidos, las emisiones..., en definitiva las actividades potencialmente contaminantes.

Se acude en este tipo a la técnica del reenvío legislativo, posiblemente ante la inexistencia de una Ley General Protectora del Medio Ambiente, reiteradamente reclamada por la doctrina científica y por la imposibilidad material de recoger en una norma penal de esta naturaleza, con la necesaria concreción, todas las formas de comisión imaginables debido a la diversidad de los sectores con incidencia medio ambiental.

Sobre el problema de las normas penales en blanco, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de manifestarse recientemente en su Sentencia de 28 de febrero de 1994 dictada, además, con ocasión de una causa medioambiental, donde por su interés reproducimos el F.J. 3.º:

«Las leyes penales en blanco son constitucionalmente admisibles siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificada en razón del bien jurídico protegido; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, de suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la

norma a la que la Ley penal se remite y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

En consecuencia con ello, es de apreciar que el artículo 347 bis del Código Penal, como ya hemos dicho en la sentencia del T.C. 127/1990, reúne los requisitos de la lex praevia, certa y scripta exigido constitucionalmente»

El principal problema radica en el complejo entramado de disposiciones normativas sectoriales con repercusión medioambiental y las consiguientes dificultades para buscar y hallar la norma aplicable. Evidentemente, cualquier normativa protectora del medio ambiente no será suficiente para formar parte del tipo delictivo; es necesario que se trate de una "disposición de carácter general" (antes se hablaba de "Leyes o Reglamentos") es decir, debe reunir, entre otros, el requisito general de publicidad necesario para producir efectos jurídicos que se obtiene mediante su publicación en el Diario Oficial correspondiente.

En esta materia el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación básica para protección del medio ambiente, de acuerdo con el artículo 149.1.23 C.E., sin perjuicio de las facultades que se reconocen a las CC.AA,s de establecer normas adicionales de protección, y su actividad normativa la ha desplegado en multitud de sectores medioambientales que, a título meramente de ejemplo citamos: Leyes y Reglamentos protectores del Medio Ambiente Atmosférico, Aguas, Costas, Suelo, Caza, Pesca, Espacios Naturales, Residuos sólidos urbanos, Residuos tóxicos y peligrosos, Actividades clasificadas, etcétera.

Reúnen las características de constituir disposiciones de carácter general, los Tratados internacionales válidamente celebrados que, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (artículo 96.1 C.E.) y los instrumentos legislativos dictados en el ámbito de la Unión Europea, especialmente los Reglamentos y

las Directivas. Los Reglamentos tienen alcance general, siendo obligatorios en todos sus elementos, directamente aplicables en cada Estado miembro y se publican en el D.O.C.E., Diario Oficial de las Comunidades Europeas; sin embargo, las Directivas, que obligan a los Estados miembros destinatarios en cuanto al resultado, para formar parte del derecho interno, deben ser transpuestas mediante su publicación en el B.O.E., dando libertad a los Estados en cuanto a la forma y medios para alcanzar el resultado previsto. (Un interesantísimo trabajo sobre la incidencia del derecho comunitario ha sido realizado por A. Vercher Noguera, en la obra que se cita en la Bibliografía específica sobre el tema). En 1991, el Parlamento europeo facilitó el dato que se habían dictado 445 normas de contenido medioambiental, de ellas 196 Directivas y 40 Reglamentos y en el 10 Informe Anual sobre la aplicación del derecho comunitario se hizo constar el alto grado de transposición de las Directivas donde nuestro país figuraba con un índice de incorporación del 91 por 100.

Pero como hemos dicho, también las CC.AA.s pueden establecer normas sobre medio ambiente y tras la entrada en vigor de la L.O. 9/92, de 23 de diciembre, de transferencia a las CC.AA.s y las correspondientes modificaciones de sus respectivos Estatutos que se produjo por las L.O.s de 24 de marzo de 1994, hay que constatar que, desde la perspectiva legislativa, **todas las CC.AA.s** están hoy día equiparadas en cuanto a competencias en materia de medio ambiente, hecho confirmado por la jurisprudencia del T.C., y así, tras la reciente Sentencia de 26 de junio de 1995, se puede extraer la conclusión de que, en materia de medio ambiente, gozan de competencias para el desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica estatal y para dictar normas adicionales que proporcionen una protección más intensa del medio ambiente.

Por otro lado, hay que decir que no es preciso que la normativa que se contravenga sea específica de medio ambiente; aunque la normativa sea sectorial, por ejemplo, de sanidad, higiene, urbanismo, etc., podría ser elemento integrante del tipo cualquier norma o disposi-

ción particular de la misma con contenido medioambiental.

En definitiva, no puede concretarse con mayor precisión cuáles son las disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente. Habrá que analizar cada caso en concreto, y sobre todo conocer la legislación autonómica, a cuyo efecto, la información facilitada por las Consejerías o Departamentos competentes de cada Gobierno autonómico podrá sernos de gran utilidad. Piénsese, para valorar la dificultad del problema, que el Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil —SEPRONA— tiene clasificadas del orden de 2.000 disposiciones del rango exigido con incidencia medioambiental.

Respecto a la naturaleza jurídica del delito, la generalidad de la doctrina admite que se trata de un **delito de peligro**, concreto o abstracto, o de riesgo. La conducta consiste en "provocar" o "realizar directa o indirectamente...". Hasta aquí, estaríamos ante una infracción de mera actividad, sancionable en vía administrativa. Sin embargo, cuando las emisiones, vertidos, radiaciones, ruidos, etc., tienen capacidad para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas, la conducta sancionable se transforma en un delito de peligro, **concreto** (STS, 26-9-94), cuestión que afecta a la competencia jurisdiccional cuando el delito, se comete en un determinado lugar y sus efectos lesivos se producen en otra demarcación judicial.

La determinación del sujeto activo no presenta mayores problemas; "**el que...**" dice el artículo, por lo que, en principio, puede serlo cualquiera, sin exigir la concurrencia de ninguna otra cualidad o condición. Pero, en ecología, las empresas industriales suelen ser, con sus emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, excavaciones, etc., frecuentes sujetos activos de agresiones contaminantes. Hacia ellos parece dirigirse el artículo 327, cuando prevé que el Juez o Tribunal pueda acordar la clausura de la empresa o la intervención de la misma. En todo caso, las estructuras organizativas de las empresas suelen ser muy diferentes, por lo que antes de determinar, de forma indiscriminada, la

responsabilidad colectiva que puede afectar a todo un órgano o consejo de dirección, fórmula de la que los Tribunales huyen y se muestran reacios a utilizar, por la vigencia del principio "societas delinquere non potest" que exige aplicar el artículo 30 y sancionar a quien actué en nombre o representación de la industria, habrá que concretar el directivo responsable de la acción contaminante en la fase del proceso industrial de que se trate, debiendo procurar aquilatar la culpabilidad y tratar de probar la participación real, por acción u omisión, de la persona física responsable.

El sujeto pasivo, titular del interés jurídico protegido es la **colectividad**. "Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado...", dice el artículo 45 CE.

El Código ha corregido el anterior desequilibrio del artículo 347 bis donde se castigaba por igual la creación de un peligro grave para la salud de las personas que el perjuicio, también grave, de las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, atribuyéndosele el mismo valor a la especie humana que a la vegetal. Ahora, si el riesgo de grave perjuicio, fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior, predominando una concepción antropocéntrica del medio ambiente.

La acción contaminante consiste en **provocar**, que en este caso no es sinónimo de estimular, inducir, incitar o instigar, o **realizar directamente o indirectamente...**, cuya redacción quiere significar que la emisión, vertido, radiación, etc., es en sí misma contaminante o se vuelve nociva por su contacto con otros elementos u otros productos también contaminantes —por efecto sinérgico—, hecho muy frecuente en contaminación atmosférica o hídrica.

Con la expresión "indirectamente", se quiere también penalizar los vertidos que, por ejemplo, no arrojan directamente a un cauce o lecho o al mar, sino que, por filtración o arrastre pueden llegar a producir la contaminación de un determinado medio. Por otro lado, basta con una única acción contaminante para que el delito se produzca, resultando

técnicamente más sencillo a efectos de comprobación del daño y de su nexo o relación de causalidad con la conducta contaminante, la medición de las **emisiones** que se efectúan en la boca o foco de producción que la de las **inmisiones** que se miden directamente en la atmósfera o en las aguas terrestres o marítimas.

Se ha ampliado el catálogo de acciones contaminantes; no sólo emisiones y vertidos, como antes, sino radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, para tratar de recoger los supuestos que se habían planteado en los Tribunales, con lo que queda expedita la vía penal a la contaminación acústica o sonora, así como, a la desecación o desertización producto de aterramientos o depósitos en marismas o zonas húmedas, que resultaban difíciles de incardinar.

Para evitar las dudas sobre si las aguas subterráneas estaban incluidas en las terrestres, también se ha ampliado el sustrato material sobre el que se apoya el recurso natural afectado y sobre el que incide la acción contaminante, recayendo, ahora, no sólo sobre la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, sino que también pueden verse afectados el subsuelo, las aguas subterráneas o los espacios transfronterizos, ya que las agresiones al medio hídrico o atmosférico, carecen de fronteras geográficas.

El tipo básico contiene un concepto jurídico indeterminado, ¿que se entiende por **perjuicio "grave"**? La gravedad es un criterio subjetivo que debe apreciarse por el Juez o Tribunal y que, en ocasiones, puede conducir a indeseables consecuencias para la seguridad jurídica. La STS, 2.^a, 11-3-92, sobre delito ecológico nos ofrece alguna luz. Grave es aquello que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas; la gravedad que aquí se predica es una gravedad que pudiéramos denominar de tipo medio, ya que si no es grave, la agresión medioambiental sería sancionable en vía administrativa, mientras que si se produce un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, la conducta excedería del tipo básico, incardinándose en el tipo agravado del artículo 326 e). En todo

caso, su apreciación implica un juicio de valor que corresponde efectuar al Juzgador, para lo cual los dictámenes e informes técnicos y periciales deben ser objeto de extremada atención.

En definitiva, la gravedad se erige en el elemento diferenciador entre sanciones administrativas y penales y su determinación corresponderá al órgano que inicie o siga la investigación. Si es la Autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, una vez comprobado que el hecho no reviste la suficiente gravedad para ser considerado delito, las actuaciones deberán remitirse a la autoridad administrativa e idéntica obligación incubre a los agentes de la autoridad. Los factores que conducen a la gravedad y a la estimación como delictiva de la conducta son indeterminados y de difícil concreción, debiendo ponderarse, entre otros, según los criterios sentados por la Circular 1/90, de 26 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, el grado de contaminación, el alto valor contaminante del producto, la mayor o menor dificultad en el posterior restablecimiento del equilibrio ecológico perturbado e incluso la actitud contumaz del infractor ante los requerimientos de las autoridades administrativas.

Tipos agravados (art. 326).

El Código prevé la imposición de la pena superior en grado cuando concorra alguna de estas circunstancias: funcionamiento clandestino de la industria, desobediencia a órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades contaminantes, falsedad u ocultación a la actividad inspectora, riesgo de deterioro irreversible o catastrófico y, la últimamente añadida, de extracciones ilegales de agua en período de restricción, supuesto no previsto en el antiguo artículo 347 bis.

El funcionamiento clandestino ha originado sentencias de los Tribunales de instancia y de apelación en algún caso hasta contradictorias. La cuestión, a la vista de la doctrina jurisprudencial sentada por las STS, 2.ª, 2-3-92 y 26-9-94, puede haber quedado resuelta, debiendo entenderse que, aunque la actividad

industrial sea conocida e incluso tolerada por la Administración no es causa suficiente para dejar de apreciar la clandestinidad —que en este sentido no es sinónimo de secretismo u oscurantismo— y que resulta decisivo que la industria carezca de las preceptivas autorizaciones o licencias exigidas por la normativa administrativa medioambiental, que habitualmente se otorgan por el organismo competente de Industria de la CC.AA., al margen de la genérica autorización, aprobación o licencia que se exige para todo tipo de actividad industrial.

Para apreciar desobediencia a las órdenes de la autoridad administrativa se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: órdenes expresas (no tácitas o presuntas), procedentes de las autoridades administrativas con competencia material y que la persona física o jurídica tenga conocimiento del requerimiento. A pesar del delito de desobediencia grave a la Autoridad previsto en el artículo 556, el legislador ha querido establecer un tipo específico que, en esta materia, subsumirá a aquél.

A pesar de alguna sentencia de Audiencia que se alinea con un concepto de irreversibilidad excesivamente literal considerando que en el actual nivel tecnológico siempre es posible volver al estado anterior a la degradación, estimando que el conocimiento humano no conoce límites para reparar los daños ecológicos, el T.S. en Sentencia de 30-11-90, estima que los daños causados pueden alcanzar los caracteres de riesgo catastrófico en función de su entidad y efectos y la irreversibilidad se demuestra por las costosísimas acciones tendentes a devolver el equilibrio ecológico perturbado.

Para saber si existe extracción ilegal de aguas en período de restricciones, habrá que ver el acuerdo de la autoridad administrativa competente, generalmente las Confederaciones Hidrográficas, por el que se decreta el período y condiciones de la restricción.

Estas conductas agravadas se sancionarán "sin perjuicio de las que pudieran corresponder con arreglo a otros preceptos del Código", con los que pueden concurrir, por ejemplo, con delitos de falsedad o de desobediencia.

Sin embargo, al ser preceptos alternativos y no acumulativos, resulta sorprendente que se castigue por igual a la industria clandestina que además causare deterioros irreversibles o catastróficos que a aquella que simplemente funcione clandestinamente o siendo su funcionamiento regular, origine deterioros de tal carácter.

Depósitos o vertederos ilegales (art. 328).

En el artículo 328 se castiga a quienes "establecieron depósitos o vertederos de deshechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas".

La legislación básica estatal en esta materia está contenida en la Ley 20/86, de 14 de mayo, sobre residuos tóxicos y peligrosos y en el R.D. 833/80, de 20 de julio, por el que se aprueba su Reglamento. La Ley 20/86 tiene su antecedente básico en la Ley 42/75, sobre recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, en donde ya se reconocía que determinadas categorías de residuos, los tóxicos y peligrosos, entrañaban graves riesgos para la salud humana, los recursos naturales y el medio ambiente.

En el tipo recogido en el artículo 328 se eleva a la categoría de delito lo que hasta ahora venía siendo una infracción administrativa muy grave contenida en el artículo 50.1.c) del Reglamento citado: "El abandono, vertido o depósito incontrolado de residuos tóxicos y peligrosos".

Para la integración del tipo delictivo se exige la concurrencia de dos requisitos; en primer lugar, que el depósito o vertedero sea de residuos tóxicos o peligrosos y en segundo lugar, que pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Se trata, en definitiva, de un delito de peligro que sólo se consuma cuando se puede perjudicar gravemente cualquiera de ambos bienes jurídicos.

Por residuos tóxicos y peligrosos se entienden, según el artículo 2.º de la Ley, los materiales sólidos, pastosos, líquidos, así como los gaseosos contenidos en recipientes, que,

siendo el resultado de un proceso de producción, transformación, utilización o consumo, su productor destine al abandono y contengan en su composición alguna de las materias que figuran en el Anexo, en cantidades o concentraciones tales que representen un riesgo para la salud humana, recursos naturales y medio ambiente. En el Anexo figura una relación donde se citan hasta 29 sustancias o materias tóxicas peligrosas.

La expresión residuos comprende también a los recipientes y envases vacíos que los hayan contenido y se excluyen los residuos radiactivos, los residuos mineros y las emisiones a la atmósfera y los afluentes, cuyo vertido al alcantarillado, a los cursos de agua o al mar, esté regulado por la normativa vigente.

En el delito se tipifican sólo los residuos sólidos o líquidos, excluyendo los pastosos o los gaseosos; exclusión, esta última, que no acabamos de comprender, sobre todo cuando los gases y sus recipientes constituyen fuentes de toxicidad, si cabe más peligrosa, por las propiedades fisicoquímicas de los elementos que se encuentran en tal estado natural.

El perjuicio grave es un concepto jurídico indeterminado cuya valoración corresponde efectuar al Juez o Tribunal sentenciador, sirviendo aquí lo que se ha dicho con anterioridad acerca de la determinación de la gravedad en el delito ecológico básico; si el perjuicio no ha sido grave, el hecho constituirá la infracción prevista en el artículo 50.2.a) del R.D. 833/80.

Resulta criticable la equiparación establecida a efectos de pena entre el perjuicio grave al equilibrio de los sistemas naturales y el causado a la salud de las personas, al margen de que la expresión **equilibrio de los sistemas naturales** puede, en el orden práctico, suscitar problemas probatorios. También podría considerarse que es un precepto innecesario porque en el delito ecológico del artículo 325 ya se castigan los vertidos; aunque, quizás, con el establecimiento de este precepto específico se haya querido sancionar la contumacia o persistencia en los vertidos que dan lugar a vertederos permanentes frente a aquellos otros considerados ocasionales, ya

que la conducta no consiste en "emitir" o "verter" sino en "establecer".

Llamamos la atención de que el precepto penal utiliza la disyuntiva "o" distinguiendo entre residuos tóxicos y residuos peligrosos, por lo que si se ha querido referir a los conceptos contenidos en la Ley 20/86, se tratará de un error, ya que estos son los que representan un riesgo para la salud, los recursos naturales y el medio ambiente.

El tipo penal se dirige, principalmente, a castigar el establecimiento de los depósitos o vertederos clandestinos que son los que no hayan sido previamente autorizados por el órgano competente de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentren ubicados.

Los depósitos o vertederos no clandestinos se denominan controlados, están sometidos a un severo régimen de autorización, control e inspección de actividades y en el supuesto de que se causen los perjuicios graves citados la responsabilidad se difiere, de acuerdo con el artículo siguiente, a la Autoridad o funcionario público que hubiere informado favorablemente de la concesión de la licencia manifiestamente ilegal o hubieren silenciado la infracción de las leyes o disposiciones normativas con motivo de las inspecciones.

En orden a determinar las personas responsables, interesa saber que el residuo tóxico o peligroso debe tener siempre un titular, cualidad que corresponde al productor o al gestor del residuo y cuya identificación se desprenderá de documento fehaciente en donde conste la transferencia de responsabilidad, no resultando inusual que, al margen de la falta de escrúpulos de los particulares e industrias que convierten en práctica generalizada el abandono incontrolado de desechos, la actividad contaminante se genere por la dejadez de ciertos Municipios o entidades menores que, por la falta de recursos económicos suficientes, no puedan costear el establecimiento y mantenimiento de un sistema de recogida, transporte y tratamiento.

Respecto a la toma de muestras y análisis habrá que asegurar su representatividad, debiendo seguirse el procedimiento establecido en el artículo 45 del R.D. 833/88, a fin de

que sirva como prueba fehaciente en el procedimiento penal.

Prevaricación especial de la Autoridad o funcionario público (art. 329).

De modo similar a como se regula en el delito urbanístico ya comentado, en el artículo 329 se castiga la conducta de "la Autoridad o funcionario público que, a sabiendas, haya informado favorablemente la concesión de licencias ilegales, hubiere silenciado, en su actividad de inspección, la existencia de infracciones o disposiciones de carácter general protectoras del funcionamiento regular de industrias o actividades contaminantes" o quienes, "por sí mismo, o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de la concesión a sabiendas de la injusticia".

No nos extendemos en el análisis de estas figuras, valiendo lo dicho al comentar el artículo 320; únicamente hacer notar las siguientes cuestiones: en primer lugar que, este delito de prevaricación especial extiende sus efectos, no solamente a las acciones que se susciten con ocasión del establecimiento de depósitos o vertederos ilegales, sino también a las derivadas de la contaminación objeto del delito ecológico básico; en segundo lugar, que, quizás, el bien jurídico medio ambiente haya resultado favorecido frente a otros bienes jurídicos para cuya tutela no se ha previsto una figura de prevaricación especial, y por último, que contiene un supuesto típico de omisión propia ("hubiere silenciado").

Daño grave de los elementos que hayan servido para calificar un espacio natural protegido (art. 330).

Para tipificar correctamente el delito contenido en el artículo 330 habrá que determinar previamente qué se entiende por espacios naturales protegidos y que elementos se han tenido en cuenta para otorgarles tal calificación, cuyo daño grave constituye la conducta punible.

La Ley 4/89, de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales y de la flora y

fauna silvestres, en su artículo 12, establece que los espacios naturales protegidos se clasificarán en alguna de las siguientes categorías: Parques, Reservas Naturales, Monumentos Naturales y Paisajes protegidos, otorgándoles distinto nivel de protección en función de sus características, que, al propio tiempo, deben servir para clasificarlas en una u otra categoría, de acuerdo con las definiciones contenidas en los artículos 13 (Parques), 14 (Reservas Naturales), 15 (Monumentos Naturales) y 16 (Paisajes Protegidos).

La declaración como espacio natural protegido, en cuyo expediente se contendrán los elementos que hayan servido para catalogarlo en una de las categorías citadas, corresponde efectuarla a la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial se encuentre ubicado e incluso, tras la STC de 26-6-95 que resolvió varios recursos de inconstitucionalidad sobre la Ley 4/89, también cuando estén situados en el territorio de dos o más Comunidades Autónomas o tengan por objeto la protección de bienes señalados en el artículo 3 de la Ley 22/88, de 28 de julio, de Costas (bienes de dominio público marítimo-terrestre); sin embargo, la declaración corresponde al Estado cuando se trata de Parques cuya conservación sea de interés general para la Nación (Parques Nacionales). Por otro lado, habrá que tener en cuenta que también las CC.AA.s pueden crear otros espacios protegidos distintos de los citados.

Respecto a los elementos cuyo daño grave configura el delito, deben contenerse en la declaración y, a grandes rasgos, se referirán a medios o sistemas de valor ecológico estético, educativo o científico, cuya conservación merece una atención preferente; a ecosistemas, comunidades o elementos biológicos que, por su rareza, fragilidad, importancia o singularidad merecen una valoración especial; también a formaciones de notoria singularidad, rareza o belleza que merecen ser objeto de protección especial, así como, formaciones geológicas, yacimientos paleontológicos y otros elementos de interés especial y por último, a otros elementos con cierto valor estético o cultural.

Imprudencia grave (art. 331).

Todos los supuestos previstos en el Capítulo III se castigan con la pena inferior en grado cuando se cometan por imprudencia grave. Se trata de un delito atenuado o privilegiado.

DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCION DE LA FLORA Y FAUNA

Una vez superada la tradicional consideración de la fauna, cuya protección se ligaba íntima y exclusivamente con el interés y actividad cinegética y a la que se dotaba de escaso contenido ecológico o medioambiental, bajo este Capítulo se tipifican diversas conductas cuyo bien jurídico protegido está constituido por determinadas especies de flora o fauna en su indiscutible condición de recursos naturales cuya supervivencia debe garantizarse.

Aquello que hasta hace poco constituía una inquietud para la comunidad científica o grupos minoritarios se ha convertido hoy día en un reto acuciante para la acción del hombre. La explotación económica incontrolada, el trance de extinción y desaparición en que se encuentran determinadas especies, el desarrollo del comercio ilegal de animales y plantas, casi tan lucrativo (sobre todo el primero) y menos peligroso que el de drogas o de armas, así como la progresiva degradación de hábitats y entornos naturales, son causa del agotamiento de estos recursos naturales, lo que obliga a admitir, sin discusión, que la política para su conservación debe ser uno de los ejes rectores y uno de los principales cometidos de los poderes públicos.

Siguiendo el criterio inspirador del Código de recoger en un texto único los comportamientos susceptibles de tipificación penal, se incorporan ahora al Código, bajo este epígrafe, determinados preceptos sustantivos previstos en leyes penales especiales. Con ello se pretende lograr cierta unificación en el tratamiento de las conductas y de las sanciones, se trata de evitar dispersiones innecesarias y, posiblemente, se aumenta la eficacia como medida de protección por su mayor conoci-

miento por los aplicadores jurídicos. También se elevan a la categoría de delito determinadas conductas hasta ahora constitutivas de meros ilícitos administrativos.

Protección de la flora amenazada (art. 332).

El artículo 332 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 sus hábitats".

El objeto del delito recae sobre especies o subespecies de flora amenazada o de sus propágulos. Para conocer si la especie o subespecie de que se trate esta amenazada habrá que acudir al Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, aprobado por R.D. 439/1990, de 30 de marzo, registro público de carácter administrativo, en cuyos Anexos I y II se incluyen especies y subespecies catalogadas "en peligro de extinción" y "de interés especial", respectivamente, todas ellas amenazadas. Hay que tener en cuenta, también, que de acuerdo con el artículo 30.2 de la Ley 4/89, las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos territoriales, pueden establecer, asimismo, catálogos de especies amenazadas.

Propágulo es un término que en botánica sirve para designar, con carácter general, a los órganos o parte de un vegetal; diríamos que son los elementos que forman parte del proceso de reproducción o propagación, donde habrá que incluir las semillas, los brotes, las raíces y los esquejes.

Pensamos que a las acciones delictivas, como cortar, talar, quemar, arrancar, recolectar, habría que haberles puesto alguna limitación, resultando desmedido el interés criminalizador. Pueden presentarse problemas concursales con la acción de "quemar" por su posible incardinación en un delito de incendios forestales de los comprendidos en los artículos 352 y ss, cuando el incendio afecte a un monte o masa forestal de especies protegidas, que deberá resolverse de acuerdo con las normas que regulan los concursos, a cuyos efectos habrá que tener en cuenta el artículo 77.2, previsto para cuando un mismo

hecho constituya dos o más infracciones, en donde se aplica en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave.

El tráfico ilegal que incluye cualquier actividad de comercio, incluso su posesión o tenencia para tal fin, puede también, por aplicación de la legislación de contrabando, resultar problemático en la vertiente de comercio exterior (importación o exportación), a cuyos efectos, nos remitimos a los comentarios al artículo 334 referentes al comercio o tráfico ilegal de especies de fauna amenazadas, ya que la principal casuística y el verdadero negocio clandestino se da en los animales y no en las plantas, salvo algún supuesto de tráfico de maderas nobles.

Introducción o liberación de especies de flora o fauna autóctonas (art. 333).

Así como en el artículo anterior se protege a la flora amenazada, con este tipo se trata de proteger no solamente a la flora sino también a la fauna y además a una categoría de aquella como es la autóctona. Castiga el Código en el artículo 333 a "el que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona, de modo que perjudique el equilibrio biológico, contraviniendo las Leyes o Disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna".

La razón es la preservación de la diversidad genética, evitando la introducción y proliferación de especies o subespecies distintas a las autóctonas que puedan competir con éstas alterando su pureza genética, su estado sanitario o el equilibrio ecológico.

Se trata, como en otros tipos penales que ya hemos visto, de un delito de peligro, en donde la acción delictiva se consuma cuando se perjudique el equilibrio biológico; la mera introducción o liberación de especies no autóctonas sin autorización constituye un ilícito administrativo sancionable de acuerdo con las prescripciones de la Ley 4/89 y del R.D. 1118/1989, de 15 de marzo, por el que se determinan las especies objeto de caza y de pesca comercializables. También se trata de una "norma penal en blanco" ya que se exige la contravención de la leyes o disposi-

ciones de carácter general protectoras de las especies de flora y fauna; la normativa estatal básica en esta materia está constituida por las dos normas citadas pero habrá que tener en cuenta que las CC.AA.s han podido establecer, en virtud de sus competencias, normas adicionales de protección.

Por flora o fauna autóctona habrá que entender aquella que ha nacido o se ha asentado en nuestro país, por el que el delito se consumará por la introducción o liberación en el territorio nacional de especies alóctonas (no autóctonas).

En las disposiciones protectoras de la flora y fauna citadas se exige para la importación de ejemplares vivos, autorización del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación que incluirá el pertinente certificado zoonosanitario. Esta autorización sólo podrá concederse cuando existan garantías de control para que no se extiendan por el medio natural o, en el caso, de que se pretenda liberar en este, cuando se acredite que no existen riesgos de competencia biológica con las especies autóctonas que puedan comprometer su estado de conservación y no existan riesgos de hibridación que alteren su pureza genética. La existencia de una autorización de introducción o liberación constituye una conducta impune por ausencia de antijuricidad.

Caza o pesca de especies amenazadas (art. 334).

Las conductas que aquí se sancionan provienen de la traslación al Código de algunos de los preceptos penales sustantivos contenidos en leyes penales especiales protectoras de animales como la Ley de protección de pájaros insectívoros, de pesca fluvial, de pesca con explosivos y de caza, que por obra de la Disposición Derogatoria 1, han quedado sin vigor, así como de la elevación a la categoría de delito de ciertas infracciones administrativas sancionables de acuerdo con los criterios de la Ley 4/89.

Resultaba irrisorio, de acuerdo con la conciencia social dominante que, por ejemplo, en el artículo 43.1.j) de la Ley de Caza, se considerase como falta de caza la conducta

consistente en "comerciar con especies protegidas o con piezas de caza cuya edad o sexo, en el caso de que sean notorias, no concuerden con las legalmente permitidas o sin cumplir con los requisitos reglamentarios" o que en el artículo 42.1.f), constituyese delito de caza, sancionable con arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 ptas., "la caza, sin el debido permiso, en terrenos sometidos a régimen cinegético especial, cuando el valor cinegético de lo cazado exceda de 2.500 ptas".

En el nuevo CP se castiga a quien "cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, contraviniendo las Leyes o Disposiciones de carácter general o trafique con ellas o con sus restos". También a quien realice las mismas acciones tratándose de "especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción", imponiéndose, en este caso, la pena en su mitad superior.

La acción consiste en **cazar o pescar** sin que sea preciso para la consumación del delito el haber capturado o logrado pieza alguna, bastando la posibilidad de lograrlo mediante el uso de los medios adecuados y en los lugares apropiados; caben las formas imperfectas de ejecución, aunque no puede reputarse como delito las meras sospechas; por prácticas tendentes a impedir su reproducción o migración habrá que entender las dirigidas a la destrucción o alteración de su hábitat y en particular de sus lugares de reproducción, anidamiento, invernada, reposo, alimentación, etc., así como el expolio de huevos, larvas o crías.

El objeto del delito recae sobre **especies amenazadas o en peligro de extinción**. Tales especies figuran en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, aprobado por R.D. 439/1990, de 30 de marzo, que, como ya dijimos, contiene dos Anexos; el Anexo I se refiere a las "especies catalogadas en peligro de extinción" que integrarán el objeto del tipo agravado y el Anexo II incluye las "especies y subespecies catalogadas de interés especial" que integrarán el objeto del tipo básico.

Pero no es suficiente con que se trate de una especie amenazada o en peligro de extinción, sino que es preciso que las accio-

nes se efectúen "contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre". En el ámbito interno la Ley 4/89, en su artículo 26.4, prohíbe, con carácter general, el dar muerte, dañar, molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres, incluyendo su captura en vivo y la recolección de sus huevos o crías, así como alterar y destruir su vegetación. También están prohibidas la posesión, tráfico y comercio de ejemplares vivos o muertos o de sus restos, incluyendo el comercio exterior. Tales prohibiciones se reproducen si cabe en forma más amplia, en el artículo 31.1 b) y c) de la propia Ley.

Excepcionalmente, la caza o pesca de estas especies, puede permitirse previa autorización administrativa del órgano competente (de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con el artículo 6 del R.D. 1095/89, de 8 de septiembre), cuando de la prohibición resultaran efectos perjudiciales para la salud y seguridad de las personas, para otras especies protegidas, para prevenir perjuicios importantes a los cultivos, el ganado, los bosques, la caza, la pesca y la calidad de las aguas, cuando sea necesario por razón de investigación, educación, repoblación o reintroducción o cuando se precise para la cría en cautividad, así como para la prevención de accidentes en relación con la seguridad aérea.

En definitiva, la contravención se produce cuando se carece de autorización, hecho que excluye la antijuricidad y que dará lugar al tipo delictivo.

Respecto al comercio o tráfico, donde en un sentido amplio se incluyen la posesión, la naturalización, el transporte, la venta o exposición para la misma, la importación o exportación, además de la Ley 4/89 habrá que tener en cuenta el Convenio sobre comercio internacional de especies de flora y fauna amenazadas de extinción, conocido como CITES -Convention on International Trade of Endangered Species-, al que España se adhirió en 1986, entrando en vigor el 28 de agosto de 1986, y el Reglamento CEE número 3626/82, relativo a la aplicación en la Unión Europea del Convenio CITES, así como el Reglamento CEE número 3418/83, sobre dis-

posiciones relativas a la expedición y a la utilización uniforme de los documentos requeridos para la aplicación en la CEE del Convenio CITES.

El comercio o tráfico ilegal no sólo se produce con especies vivas, sino también con naturalizadas (disecadas) y con sus restos, sean pieles, trofeos, colmillos, plumas, etc.

El Convenio no establece prohibiciones en sí, sino que controla, regula y restringe el comercio internacional, a efectos de lograr una más eficaz protección en orden a la exportación o importación de la especie de que se trate (especimen, según el Convenio), exigiendo una serie de requisitos muy estrictos. A tal efecto, se establecen tres listas que constituyen sendos Anexos: en el Anexo I, se incluyen una serie de especímenes amenazadas de extinción cuyo comercio se autoriza solamente bajo circunstancias excepcionales, en el Anexo II, se citan otros especímenes cuyo comercio está restringido porque pueden estar amenazadas de extinción si no se adoptan medidas compatibles con su supervivencia y en el Anexo III se incluyen otras especies que cada país puede incluir por estar amenazadas en su territorio y que necesitan de la cooperación internacional con otros países para controlar su comercio. En el Reglamento de la Unión Europea se establecen dos Anexos más, el C1 y el C2, que implican un mayor nivel de protección.

Por tanto, la "contravención" se producirá cuando se carezca de los correspondientes permisos de exportación o importación y de la correspondiente documentación -documentación CITES- que debe acompañar a las especies. Existe un régimen de exenciones para animales criados en cautividad, o que formen parte de zoológicos o circos, etc., ya que se piensa que en estos casos su existencia está más garantizada.

Al constituir objeto de **contrabando** las especies CITES, se pueden suscitar problemas concursales. En efecto, la reciente L.O. 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, tipifica, en su artículo 2 como delito de contrabando la "realización, sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos, de operaciones de importación, expor-

tación, comercio, tenencia o circulación de especímenes de flora y fauna silvestres, y sus partes o productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, y en el Reglamento CEE número 3626/82, del Consejo, de 3 de diciembre de 1982", siempre que el valor de los bienes sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas. También, aunque el valor de los géneros o efectos sea inferior a 3.000.000 de pesetas, cuando el objeto del contrabando sean otros bienes cuya tenencia constituya delito o cuando el contrabando se realice a través de una organización.

La anterior Ley de Contrabando no recogía singularmente como objeto del mismo a las especies CITES aunque, sin embargo, se venía aplicando artificiosamente, con múltiples problemas en los Tribunales, cuando el valor de las especies superaba la cuantía de 1.000.000 de pesetas o cuando sin exceder de tal cantidad era cometido por una organización, en razón a su consideración como géneros de ilícito comercio.

Como vemos, se ha pasado, casi simultáneamente, de no disponer de una norma penal precisa para sancionar el comercio internacional de especies protegidas, a disponer de dos: el nuevo Código Penal y la nueva Ley de Contrabando. Además, debemos hacer notar que, ahora, la tipificación como contrabando no depende del valor de la especie (siempre difícil de cuantificar), ni de la forma de comisión, sea o no a través de una organización (también difícil de probar) puesto que, en razón del objeto, por aplicación del artículo 3 a) de la L.O.12/85 se considera siempre contrabando cuando se trate de bienes cuya **tenencia constituye delito**, expresión que incluye, de acuerdo con el nuevo Código Penal, la tenencia con destino al tráfico de especies amenazadas.

Para la aplicación de la legislación de contrabando, salvo que el supuesto resulte muy claro, habrá que atender, entre otras cuestiones, al bien jurídico protegido (intereses de la Hacienda Pública) y a la consideración actual de fronteras exteriores de acuerdo con el Tratado de Maastricht. No se pueden dar reglas fijas, debiendo estudiarse cada caso

concreto en función de la actividad ilícita desarrollada, de la finalidad perseguida, de la inclusión en uno u otro catálogo o en ambos, de los lugares de procedencia, destino o incautación, etc. En todo caso, y para supuestos concursales, habrá que tener en cuenta las reglas para su resolución que se fijan en los artículos 8 y 9 del Código.

Caza o pesca de otras especies (art. 335).

Dos diferencias esenciales existen entre este delito y el anterior. Aquí, el objeto del delito debe recaer sobre especies **distintas de las amenazadas o de las catalogadas en peligro de extinción**, y respecto a la acción sólo se castiga la caza o la pesca, no las actividades relacionadas con la reproducción o migración ni el comercio o tráfico ilícito.

Se contempla en el Código la conducta de quien "cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por la norma específica sobre la materia". Para saber si está autorizada o prohibida hay que acudir al artículo 33 de la Ley 4/89 que establece que "la caza y la pesca en aguas continentales sólo podrá realizarse sobre las especies que reglamentariamente se declaren como piezas de caza o pesca, declaración que en ningún caso podrá afectar a especies catalogadas".

El término reglamentariamente nos conduce al R.D. 1095/1989, de 8 de septiembre, donde se relacionan en los Anexos I y II las especies que puedan ser objeto de caza o pesca. En el Anexo I se recoge una relación, dividida en especies cinegéticas -mamíferos y aves- y especies objeto de pesca -peces e invertebrados- que puede ser reducida por las CC.AA.s; en el Anexo II se cita otra relación de mamíferos, aves y peces, que pueden ser objeto de caza o pesca si así se autoriza por las CC.AA.s. Sin embargo, tras la STS de 26-6-95, que estimó varios recursos de inconstitucionalidad promovidos por gobiernos autonómicos contra la Ley 4/89 y sus Reales Decretos de desarrollo, la determinación de las especies objeto de caza y pesca no corresponde efectuarla a la Administración

del Estado, como se había efectuado, mediante los Anexos citados, sino que corresponde a las CC.AA.s.

Excepcionalmente, las especies citadas pueden cazarse o pescarse con una autorización expresa del órgano competente de la CC.AA, que, caso de que la hubiere, excluirá la acción típica.

Tanto las exclusiones como las autorizaciones pueden tener vigencia temporal, puesto que las CC.AA.s pueden establecer moratorias temporales o prohibiciones especiales cuando existan circunstancias excepcionales de orden climatológico o biológico que afecten o puedan afectar localmente a una o varias especies objeto de caza o pesca.

La expresión "no estando expresamente autorizada su caza o pesca por la normativa específica en la materia", elemento integrante del tipo penal, nos remite de nuevo a la normativa administrativa por lo que será preciso conocer la legislación de las CC.AA.s relativa a las épocas y periodos de veda o lugares de caza o pesca (cotos) con diferencias sustanciales según el ámbito territorial de aplicación; por otro lado, se trata de infracciones habituales que originarán, quizás, excesos de punibilidad, en contra del principio de intervención mínima inspirador del Código.

Empleo de artes prohibidas para la caza o la pesca (art. 336).

La caza o la pesca tiene otra limitación y así aunque esté permitida debe realizarse con la utilización de medios adecuados. Se trata de una medida más, tendente a la protección de la fauna, ya que, con carácter general, en la normativa administrativa, se prohíbe la utilización de procedimientos masivos o no selectivos, como ya venía siendo tradicional en esta materia.

El artículo 336 castiga al "que sin estar legalmente autorizado emplee para la caza o la pesca venenos, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva". Existe un tipo agravado, en donde la pena privativa de libertad se impone en su grado máximo, cuando "el daño causado fuera de notoria importancia". La expresión

"sin estar legalmente autorizado" nos remite al R.D. 1095/89, de 8 de septiembre, donde su Anexo III relaciona los procedimientos prohibidos para la captura de animales, distinguiéndose según se trate de especies cinegéticas o especies objeto de pesca, cuya determinación por el Estado también ha sido declarada contraria a la Constitución, de acuerdo con la STS de 26 de junio de 1995, ya citada, correspondiendo fijarlos a las Comunidades Autónomas, por lo que medios de similar eficacia destructiva podrán ser prohibidos o autorizados en distintos ámbitos territoriales autonómicos. En todo caso, son medios prohibidos los explosivos y las sustancias venenosas, cuyo empleo constituía hasta ahora delito de la Ley de caza (empleo de cebos envenenados sin la debida autorización) o falta (utilización de explosivos con fines de caza) y delito a la Ley de Pesca Fluvial (tenencia o uso de explosivos con fines de pesca), así como delito de daños, cuando el empleo de explosivos y sustancias venenosas o la tenencia ilícita con igual finalidad, se produzcan en las aguas del mar (artículo 1 de la Ley 31-12-46).

En el Código se citan el veneno y los explosivos, pero la relación no es exhaustiva ya que comprende otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva a aquéllos, concepto indeterminado que deberá ser apreciado por los Tribunales. Una definición legal de explosivo la encontramos en el Reglamento de Explosivos en donde se considera toda sustancia o mezcla de sustancias que, por liberación súbita de su energía, produce o puede producir en ciertas condiciones una sobrepresión en sus alrededores, acompañada generalmente de llama y sonido, con independencia del mecanismo fisicoquímico de liberación de energía. Dentro del concepto de veneno se encuentran aquellas sustancias citadas en el artículo 60 de la Ley de Pesca Fluvial, consideradas tradicionalmente nocivas para la pesca, como el gordolobo, torvisco, coca, beleño, cloruro, carburo u otras sustancias tóxicas, pero no son las únicas, pues de acuerdo con la jurisprudencia del T.S. que ha tenido ocasión de manifestarse en reiteradas ocasiones, es evidente que deben comprenderse tanto las sustancias que maten a la

población piscícola, como todas aquellas que alteren profundamente sus funciones fisiológicas e instintivas defensas, trastornándolas y haciendo viable la ocupación sin habilidad y que sin su ingestión no se hubiera producido.

El delito se consuma por el mero empleo de los medios a los fines de caza y pesca destructivos, siendo independiente el resultado en orden a lograr o cobrar piezas de caza o pesca.

Inhabilitación especial para cazar o pescar (art. 337).

Además de las penas previstas en los artículos anteriores relativos a la caza o la pesca (arts. 334, 335 y 336) se impone en este artículo la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de 3 a 8 años. Con ello se resuelve un problema importante que, en cierta medida, afectaba al principio de igualdad, ya que en las leyes penales especiales se sancionaba con la retirada de la licencia o permiso que, al ser otorgadas por los órganos competentes de las respectivas Comunidades Autónomas, de acuerdo con el artículo 35.2 de la Ley 4/89, producía efectos solamente en aquella en cuyo territorio se hubiera cometido la infracción, con lo que se podría estar inhabilitado para la caza en unas CC.AA. y en otras no, careciendo de eficacia la medida sancionadora.

DISPOSICIONES COMUNES (arts. 338, 339 y 340)

El artículo 338 prevé la imposición de la pena superior a las respectivamente previstas para las conductas ilícitas definitivas en todo el título XVI cuando afecten a algún espacio natural protegido. Este supuesto sólo será aplicable cuando el espacio natural protegido no constituye elemento del tipo, pues la vigencia en nuestro ordenamiento del principio "non bis in idem" impide que un mínimo elemento sirva, a la vez, para tipificar y para agravar la conducta punible.

Además de las medidas restauradoras específicas que tienden a reponer las cosas a

su estado original, por ejemplo, la reconstrucción o restauración del edificio integrante del patrimonio histórico derribado (art. 321) o la restauración de daños (art. 323), se habilita en el artículo 339 a que los Jueces o Tribunales puedan ordenar la adopción, a cargo del autor, de otras medidas restauradoras del equilibrio ecológico perturbado y las demás cautelas que sean precisas para la protección de los bienes tutelados.

En el artículo 340 se prevé una minoración de la pena cuando el culpable haya procedido voluntariamente a la reparación del daño causado. Se trata de un arrepentimiento específico y cualificado, distinto de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo prevista en el artículo 21. 4.^ª, que puede proceder no sólo antes, sino en cualquier fase del procedimiento que al efecto se esté instruyendo.

CONCLUSION

Hemos analizado, aunque sucintamente dadas las características de nuestro trabajo, las modificaciones más notables que se han producido en el nuevo texto punitivo, pero aún es pronto para enjuiciar los resultados de la bondad de la reforma aunque parte, inicialmente, de un dato favorable, cual es, que las leyes se dictan para mejorarlas, adaptarlas a la realidad social o para llenar lagunas o vacíos normativos apreciados.

Sí nos ha quedado claro que, en este Capítulo, se confirma la acusada dependencia del derecho penal respecto del derecho administrativo que cumple, en esta materia, una función de carácter auxiliar. Lo deseable hubiera sido disponer en el campo del derecho administrativo de una normativa completa, clara, expeditiva y eficaz que, además de haber excitado y sensibilizado a la conciencia ciudadana en el respeto y protección de tan importantes bienes jurídicos, hubiese hecho superflua la intervención del derecho penal.

No nos resistimos a la tentación de traer a colación los comentarios que en el pasado siglo hacía un ilustre jurista. Decía PACHECO, comentando el Código Penal de 1848, cuando se refería, precisamente, a los fre-

cuentas y lamentables daños sobre estatuas y monumentos:

"En el día va remediándose algún tanto este mal. Pero debemos confesarlo: no serán las leyes penales las que de todo punto lo curen. Es menester educar a los pueblos en el amor a las artes, aunque sea inflexivo, ciego, sin verdadero conocimiento propio. Esta es obra de la administración, de los particulares, de las corporaciones. La ley penal puede completar su obra: suplirla del todo le sería imposible."

BIBLIOGRAFIA

- DE LA CUESTA ARZAMENDI.-«Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente», en *Documentación Jurídica*, Madrid, 1983.
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis.-«Los delitos urbanísticos en el proyecto de Código Penal», en *Revista Jurídica La Ley*.
- MARTIN MATEO, Ramón.-«La protección de zonas húmedas en el ordenamiento español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 96.
- VERCHER NOGUERA, Antonio.-«El Convenio de Washington y el nuevo delito contra el medio ambiente», en *R.J.D., Información y Debate* núm. 12, 1991.
- HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe.-«El Tráfico ilegal de especies protegidas de fauna silvestre».
- NODAR MONTES, M.^a Luz de la Mercedes.-«Aspectos medioambientales de la legislación española», en *Cuadernos de Política Criminal* núm. 53.
- BOIX REIG, Javier.-«Protección penal del medio ambiente.- Intervención en el Curso del Consejo General del Poder Judicial sobre «Intereses difusos y Derecho penal», Madrid, 14 a 16 de noviembre de 1994.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan.-«El delito ecológico», Editorial Trotta, S.A., 1992.
- VERCHER NOGUERA, Antonio.-«Consejo de Europa y protección penal del medioambiente», en *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 1991.
- VERCHER NOGUERA, Antonio.-«El delito ecológico: aplicación y problemas prácticos», en *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 1989.
- MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Antonio.-«Observaciones críticas a la configuración de los delitos contra el medio ambiente en el Proyecto de Código Penal de 1992», en *Revista J.P.D., Información y Debate* núms. 16-17.
- GARCIA MATOS, Ignacio.-«El concepto medio ambiente en el ordenamiento jurídico español», en *La Ley* 1993.
- PEREZ DE GREGORIO, José I.-«El tráfico de especies animales protegidas y su persecución penal en España», en *La Ley*, 1992.
- DE VEGA RUIZ, José Augusto.-«El presente y futuro del delito ecológico», en *La Ley*, 1992.
- VERCHER NOGUERA, Antonio.-«La incidencia del derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente.-La nueva delincuencia II.-C.G.P.J. 1993.
- VARIOS.-«Derecho del medio ambiente», en *Revista del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, Cursos, núm. 16.
- VARIOS.-«Medio ambiente», *Poder Judicial* número especial IV.
- VARIOS.-«Documentación del SEPRONA en las «Primeras Jornadas Internacionales de protección de la naturaleza y el medio ambiente», Madrid, 1995.
- FERNANDEZ ALBOR, Agustín.-«El patrimonio artístico y su protección penal», Universidad de Santiago de Compostela.
- CIRCULAR 1/90, de 26 de septiembre, de la F.G.E., sobre contribución del Ministerio Fiscal a la investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente.