

# LA NUEVA PROTECCION PENAL DEL AMBIENTE

LUIS RODRIGUEZ RAMOS  
Catedrático de Derecho Penal y Abogado

## I. NOVEDADES AMBIENTALES EN EL CODIGO PENAL DE 1995

### 1. Prevalencia del principio de codificación.

El nuevo Código penal introduce importantes novedades en la protección del medio ambiente, siendo la primera una **exacerbación del principio de codificación** en detrimento de las leyes penales especiales. En este punto hay que señalar la derogación (Disposición derogatoria única, 1, letras e y f) de "los preceptos penales sustantivos de las siguientes leyes especiales": de 19 de septiembre de 1896 para la protección de pájaros insectívoros, de 20 de febrero de 1942 de pesca fluvial, de 31 de diciembre de 1946 de pesca con explosivos, y 1/1970, de 4 de abril, de caza, así como los artículos 84 a 90 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear.

La causa de tales derogaciones es la incorporación al nuevo Código penal de los siguientes **conjuntos de nuevas figuras delictivas de carácter ambiental**:

1. Título XVI "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", subdividido en los siguientes capítulos:
  - I. "De los delitos sobre la ordenación del territorio" (arts. 319 y 320).
  - II. "De los delitos sobre el patrimonio artístico" (arts. 321 a 324).
  - III. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente" (arts. 325 a 331).
  - IV. "De los delitos relativos a la protección de la flora y fauna" (arts. 332 a 337).
  - V. "Disposiciones comunes" (arts. 338 a 340).

2. Título XVII "De los delitos contra la seguridad colectiva", en los siguientes capítulos:

I. "De los delitos de riesgo catastrófico".

Sección primera: "De los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes" (arts. 341 a 345).

Sección tercera: "De otros delitos de riesgo provocados por otros agentes" (arts. 348 y 350).

II. "De los incendios".

Sección segunda: "De los incendios forestales" (arts. 352 a 355).

Sección tercera: "De los incendios en zonas no forestales" (art. 356).

Sección cuarta: "De los incendios en bienes propios" (art. 357).

Sección quinta: "Disposición común" (art. 358).

**2. Esquema de los nuevos delitos ambientales.**

Como luego se denunciará, la nueva regulación de los delitos contra el medio ambiente tiene graves defectos sistemáticos. Intentando racionalizar desde esta perspectiva sistemática el contenido de estos nuevos tipos penales, resultaría la siguiente clasificación:

1. Delitos de contaminación, daño o destrucción de los recursos naturales:

1.1. Delitos de contaminación:

1.1.1. Supuestos genéricos (arts. 325 a 327, 329 y 331).

1.1.2. Mediante vertidos tóxicos o peligrosos (arts. 328, 329 y 331).

1.1.3. En relación con la energía nuclear y radiaciones ionizantes (arts. 341 a 344).

1.1.4. Riesgos en relación con sustancias capaces de causar estragos (arts. 348 y 349).

1.2. Delitos de daños a elementos de un espacio natural protegido (arts. 330 y 331).

1.3. Delitos de incendios forestales, en zonas no forestales y en bienes propios (arts. 352 a 358).

2. Delitos de explotación irracional de los recursos naturales:

2.1. Contra la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319, 320 y 338).

2.2. Relativos a sectores o factores específicos:

2.2.1. De la gea (arts. 325 a 327, 329, 331 y 350).

2.2.2. De la flora y de la fauna (arts. 332 a 337).

2.2.3. De materiales nucleares o elementos radiactivos (art. 345).

3. Disposiciones comunes a algunos de los anteriores delitos (arts. 338 a 340).

**3. Sumaria descripción de los nuevos tipos penales.**

Siguiendo la sistemática expuesta en el anterior epígrafe, se dedica el presente a resumir el ámbito típico de los nuevos delitos ambientales, como punto de referencia para proceder después a la emisión de una valoración crítica de este conjunto.

**A. Delitos de contaminación, daño o destrucción del medio ambiente.**

En este primer grupo de delitos ambientales se incluyen las conductas consistentes, no en explotar irracionalmente los recursos naturales en una actividad socioeconómica determinada, sino más bien en utilizarlos como receptor de residuos sólidos, líquidos o gaseosos –contaminación–, o hacerlos objeto de daño o destrucción, supuesto este último que incluye los casos de incendio, en los que el fuego, que también puede estimarse como factor contaminante, no sólo deteriora o daña

los recursos naturales, sino que, potencial o actualmente, compromete inclusive su existencia.

a) *Delito de contaminación en general.*

Los artículos 325 y siguientes, excluyendo por su inadecuada intromisión la presencia de las "captaciones abusivas de aguas", se refieren a supuestos de contaminación de cualquier sector ambiental (suelos, aguas continentales —superficiales o subterráneas— y marítimas o atmósfera) por cualquier actividad de vertido o emisión directa o indirecta "contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente", "que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales". La verdad es que el artículo 325, configurador en su inciso primero del tipo básico de contaminación, es más profuso, redundante y en definitiva pleonástico, pues al referirse a las conductas típicas dice: "provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos..."; como se verá más adelante, la referencia a "extracciones o excavaciones" no parece muy adecuada, pues o bien la contaminación se produce como efecto de las mismas al efectuar luego depósitos de los áridos o líquidos extraídos (en cuyo caso ya se incluiría en la emisión o vertido tal conducta), o bien se tratará no ya de una conducta contaminante, sino más bien de un daño o explotación irracional de los recursos naturales, supuestos que ya están o deberían estar contemplados en otros preceptos penales.

Se trata de un delito doloso, si bien cabe la versión culposa por imprudencia grave (art. 331). Es un delito de resultado, en cuanto que exige que la conducta tenga un efecto de generación de peligro que, por su necesidad de prueba, debe considerarse concreto y causalmente conexo al comportamiento contaminante.

Las penas previstas "de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial de profesión u oficio por tiempo de uno a tres años", está previsto que se agraven imponiéndose "en su mitad superior" "si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas" (art. 325, último inciso), o la "pena superior en grado" si concurre en régimen alternativo alguna de las circunstancias del artículo 326: clandestinidad de la industria o actividad contaminante, desobediencia a órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad, falsedad u ocultación de información sobre los aspectos ambientales, obstruccionismo a la actividad inspectora administrativa o riesgo de deterioro irreversible o catastrófico; se incluye también como agravación específica "la extracción ilegal de aguas en período de restricciones", pero de esta circunstancia, así como de la conducta básica en la que incide, se habla más adelante.

b) *Depósitos o vertederos de residuos tóxicos o peligrosos.*

El artículo 328 castiga con penas inferiores a las previstas en los artículos anteriores la conducta contaminante más específica de "establecer depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas". Parece que se trata de una actividad de establecimiento o creación de lugares destinados a depositar o verter ese tipo de residuos (la referencia a los desechos es otro pleonasma) a los que se refieren la Ley 20/1988, de 14 de marzo, básica de residuos tóxicos y peligrosos, y el Real Decreto 833/1988, de 20 de julio, que reglamenta la ejecución de esa ley, y es también un delito doloso (comisible igualmente por imprudencia grave: art. 331), de resultado y de peligro concreto.

Al estar castigado por penas inferiores a las actividades de contaminación, parece que debe estimarse como un delito autónomo que puede concurrir con los anteriores, si a la con-

ducta de establecimiento de vertedero o depósito se acumula a la de efectuar actividades de vertido o emisión.

c) *Prevaricación de funcionarios ambientales.*

El artículo 329 configura una prevaricación agravada respecto a la común prevista en el artículo 404 para las autoridades o funcionarios públicos que hubieren concedido "licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores" (arts. 325 a 328) "o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulan", precisándose en ambos casos que tales conductas fueran dolosas ("a sabiendas"), sin que sea posible la versión culposa a pesar de lo dispuesto en el artículo 331, precisamente por la incompatibilidad de la misma con la presencia del indicado elemento subjetivo del injusto. El mismo artículo, en su apartado 2, impone las mismas penas (las del artículo 404 más las de prisión de seis meses a tres años o multa de ocho a veinticuatro meses) a los mismos sujetos específicos que también "a sabiendas de su injusticia", "por sí mismo o como miembro de un órgano colegiado, hubiese resuelto o votado a favor de su concesión".

d) *Contaminación derivada de energía nuclear o radiaciones ionizantes.*

En el siguiente Título XVII "De los delitos contra la seguridad colectiva", Capítulo I "De los delitos de riesgo catastrófico", Sección primera "De los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes", se castigan las siguientes conductas de riesgo de contaminación por energía nuclear o radiaciones ionizantes, excluyendo de este epígrafe el último artículo -345- de la sección por estimarlo más próximo a los supuestos de explotación irracional de estos recursos naturales:

a) Liberación de "energía nuclear o elementos radiactivos que pongan en peligro la

vida o salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión".

b) Perturbar "el funcionamiento de una instalación nuclear o radiactiva, o alterar el desarrollo de actividades en las que intervengan materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes, creando una situación de grave peligro para la vida o la salud de las personas".

c) Exponer "a una o varias personas a radiaciones ionizantes que pongan en peligro su vida, integridad, salud o bienes".

Estas tres conductas también serán punibles, reduciendo la pena prevista para la versión dolosa en un grado, "cuando se hayan cometido por imprudencia grave". Son todos ellos delitos de resultado y de peligro concreto.

e) *Riesgos derivados de sustancias capaces de causar estragos.*

En la Sección tercera del mismo capítulo y título que los delitos descritos en el anterior epígrafe, se castigan en los artículos 348 y 349 conductas que también han de estimarse de riesgo de contaminación del medio ambiente, encajando en cambio el supuesto del siguiente artículo -350- en el subconjunto de los contrarios a la explotación racional de los recursos naturales.

El primer precepto castiga "la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización (también este texto incurre en excesos pleonásticos) de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios (de nuevo la repetición de términos innecesaria: bastaría con decir «objeto» o «cosa») que puedan causar estragos, contraviniendo las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas o el medio ambiente".

El artículo 349 por su parte castiga "la manipulación, transporte o tenencia de organismos", contraviniendo "las normas o medidas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas o el medio ambiente".

Se trata también de delitos dolosos (no admiten versión culposa al no estar prevista en el Código), de resultado y de peligro concreto, con problemas de prueba al tener que acreditar la acusación tanto la existencia de tal peligro cuanto la relación causal del mismo con alguna de las conductas típicas descritas.

f) *Daños en espacio natural protegido.*

El artículo 330 castiga al que "en un espacio natural protegido dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo". Se trata de un delito de resultado, de lesión (no basta la mera puesta en peligro) y doloso, aun cuando quepa también su comisión por imprudencia grave (art. 331). Se trata de un específico delito de daños que está en claro concurso de normas con los delitos y faltas de daños previstos entre los contrarios al patrimonio (arts. 263 a 267, 625 y 626) y puede estarlo con otros también específicos (arts. 323, 557, etc.), con curso a resolver conforme a las normas previstas en el artículo 8º de este nuevo Código.

Aun cuando en este nuevo texto penal se haya introducido el artículo 357 castigando el incendio de bienes propios cuando perjudique a determinados recursos naturales, tal y como se describe en el siguiente epígrafe, respecto a los daños en cosa propia que no sea elemento de un espacio natural protegido pero que si perjudique el medio ambiente, no prevé el nuevo Código tipo alguno, si bien el artículo 289, en el Capítulo XII "De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural" del Título XIII -patrimonio y orden socioeconómico-, castiga al que "destruyere, inutilizare o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajere al cumplimiento de los deberes legalmente impuestos en interés de la comunidad", pudiéndose incluir entre tales intereses los relativos a la protección del medio ambiente previstos en el artículo 45 de la Constitución.

g) *Delitos de incendio.*

Las Secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II "De los incendios", del Ti-

tulo XVII, reúnen respectivamente los delitos de incendios forestales en zonas no forestales y en bienes propios (arts. 325 y ss.).

Como se trata de delitos en su mayoría ya existentes en el viejo Código, baste con destacar, en primer lugar, la novedad del delito de incendio en bienes propios que, como los restantes, también admite la versión culposa por imprudencia grave (art. 358), y que se tipifica en el artículo 357 castigando al "incendiario de bienes propios... si tuviere el propósito de defraudar o perjudicar a terceros, hubiere causado defraudación o perjuicio, existiere peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno o **hubiere perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales**". Delito de resultado, de lesión que viene a colmar un vacío, aun cuando su redacción pudiera ser más afortunada.

En segundo término merece también mención la medida prevista en el artículo 355 que permite al juzgador acordar "que la calificación del suelo en las zonas afectadas por un incendio forestal no pueda modificarse en un plazo de hasta treinta años. Igualmente podrá acordar que se limiten o supriman los usos que se vinieran llevando a cabo en las zonas afectadas por el incendio, así como la intervención administrativa de la madera quemada procedente del incendio". Se trata de evitar que se obtengan ventajas económicas del incendio, que muy probablemente o con seguridad han sido la etiología última del mismo.

**B. Delitos de explotación irracional de los recursos naturales.**

En este segundo subconjunto se agrupan los delitos que consisten, no ya en destruir, dañar o poner en peligro los recursos naturales con agresiones o contaminaciones, sino más bien en explotarlos irracionalmente, es decir, sin los criterios de conservación, renovación y restauración exigidos por las leyes y normas ambientales correspondientes.

Se han incluido en este capítulo los delitos contra la ordenación del territorio, porque se considera que el espacio es en si mismo un

recurso natural y, además, porque es una circunstancia —el “ubi”— ineludible en todos los demás recursos naturales, hasta el extremo de poder considerarle como el soporte de todos ellos que permite la interacción ecológica de los distintos elementos naturales.

a) *Delitos contra la ordenación del territorio.*

El primer capítulo del Título XVI se denomina “De los delitos sobre la ordenación del territorio”, y en sus dos artículos se castiga, en el primero, a los promotores, constructores y técnicos, y en el segundo a autoridades y funcionarios de las administraciones urbanísticas.

A los “promotores, constructores o técnicos directores” se les castiga cuando “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”. Igualmente se castiga con la misma pena (salvo la privativa de libertad, que es menor en un año en su límite máximo, las previstas para la anterior conducta son: prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años) a los mismos sujetos activos “que lleven a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable”. En uno y otro supuesto el juez o tribunal sentenciador podrá acordar la “demolición de la obra” como medida reparadora de responsabilidad civil.

Se trata de un delito doloso, sin posible comisión culposa, que parece limitar su ámbito típico a los supuestos en los que la “construcción” o la “edificación” se haya “llevado a cabo”, es decir, terminado o finalizado, pues por “llevar a cabo” habrá que entender “concluir” o “realizar”, planteándose en consecuencia la comisión del delito en grado de tentativa (art. 16) en los casos de ejecución incompleta. Así como en la primera conducta es elemento típico esencial el negativo de no haber obtenido “autorización” —licencia de

construcción—, en la segunda basta con que la construcción sea “no autorizable”, se haya o no obtenido dicha autorización, que siempre sería nula, sin perjuicio de que la obtención de la misma de buena fe destruiría el dolo.

El artículo 320 configura de forma análoga al ya referido artículo 329 una peculiar figura de prevaricación del artículo 404, agravada con la acumulación de la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de doce a veinticuatro meses, por una parte para “la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes”, y por otra a “la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de concesión o injusticia”. Se trata una cualificación de las prevaricaciones cometidas en el ámbito urbanístico en general, sin que estén circunscritas a las específicas circunstancias de las conductas descritas en el artículo anterior.

b) *Relativos a sectores o factores específicos medioambientales.*

La gea, la flora y la fauna, por una parte, y la explotación de los materiales nucleares y elementos radiactivos, por otra, son también objeto de limitación penal en el nuevo Código.

Respecto a la **gea**, aunque no esté expresamente incluida junto a la flora y la fauna en el Capítulo IV del Título XVI, lo cierto es que se protege parcialmente algún elemento perteneciente a tal sector, concretamente en el artículo 325 se contempla “la captación de aguas” que pueda “perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, como si de un delito más de los ya comentados de contaminación se tratara, con la agravación de la letra f) del artículo siguiente cuando se “produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones”; a este supuesto se han de estimar por reiteradas las consideraciones expuestas al comentar esos artículos y los concordantes.

Por otra parte, el artículo 350 castiga, “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 316”

relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores, a "los que en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción o demolición de edificios, presas, canalizaciones u otras análogas o, en su conservación, acondicionamiento o mantenimiento infrinjan las normas de seguridad establecidas cuya inobservancia pueda ocasionar resultados catastróficos y pongan en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas o **el medio ambiente**". Sin duda las conductas típicas a elemento que más afectan es a la gea y por tanto puede incluirse este precepto en el presente apartado.

La **fauna y la flora** sí están expresamente mencionados en el Capítulo IV del Título XVI, y los artículos 332 a 337 que componen dicho apartado tienen el siguiente contenido relativo a la explotación irracional de tales recursos:

a) Que afectan a la flora y a la fauna: el artículo 333 castiga al "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"

b) Atinentes sólo a la flora: el artículo 332 tipifica el delito del que "corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos o destruya o altere gravemente su hábitat".

c) Relativos a la fauna hay que diversificar tres delitos en el ámbito de la caza y de la pesca:

- La utilización para la caza o la pesca "de veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna", "sin estar legalmente autorizado" (art. 336)
- Respecto a especies amenazadas o en peligro de extinción, la caza, pesca o realización "de actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre", así como la comercialización o tráfico de tales especies o de sus restos (art. 334).

- Y, finalmente, también se castiga penalmente en el artículo 335 al "que cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia"

Son todos delitos dolosos, sin posible versión culposa.

### C. Disposiciones comunes a algunos de los anteriores delitos.

El Capítulo V del Título XVI contiene en sus tres artículos 338 a 340 "Disposiciones comunes" a todos los capítulos de este título y esquemáticamente disponen lo siguiente:

- Art. 338: "imposición de las penas superiores en grado" "cuando las conductas contenidas en este título afecten a algún espacio natural protegido".
- Art. 339: posibilidad durante la tramitación de estas causas como medida cautelar, o como medida concreta de responsabilidad civil en sentencia, de "ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado".
- Art. 340: atenuación de la pena en un grado inferior, por el comportamiento "post delictum" del sujeto activo consistente en proceder "voluntariamente a reparar el daño causado".

## II. VALORACION CRITICA DEL NUEVO DERECHO PENAL AMBIENTAL

### 1. ¿Infracción de normas penales ambientales?

El llamado "delito ecológico" que se introdujo como artículo 347 bis en el Código penal, por la reforma de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, mereció entre otras la crítica de incurrir en "inconstitucionalidad por omisión", al limitar y de modo incompleto la protección penal a los supuestos de contaminación, olvidando los de explotación irracional de los recursos naturales -gea, flora y fauna-, en

patente incumplimiento del mandato contenido en el artículo 45,3 de la Constitución. El nuevo Código penal plantea en cambio una hipotética crítica contraria, pues habiéndose ocupado ampliamente de criminalizar conductas de explotación irracional de recursos naturales, lo ha hecho generalmente sin diferenciar los injustos penales de los administrativos, planteando concursos de normas sancionadoras de uno y otro sector del ordenamiento jurídico, que pueden afectar a la seguridad jurídica de los ciudadanos, especialmente si se tiene en cuenta que gran parte de estos delitos son "menos graves" (arts. 13 y 33 del Código penal), su enjuiciamiento corresponderá por tanto a los Juzgados de lo Penal (artículo 14-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según redacción de la Disposición final primera del nuevo Código penal) y no será posible la unificación de los criterios interpretativos a través del recurso de casación ante la Sala segunda del Tribunal Supremo.

## 2. ¿Codificación o leyes especiales?

Ya el viejo Código penal preveía una tensión entre el llamado principio de codificación (art. 604) y el de especialidad de leyes penales frente al propio Código (art. 7º). El nuevo Código mantiene este principio de especialidad (art. 9º) y, además, en su exposición de motivos hace un canto laudatorio de tales leyes penales especiales, hasta el extremo de canonizarlas sin ninguna reserva.

Tipificar conductas como delictivas en el Código penal o en leyes penales especiales ha sido y sigue siendo una opción de política legislativa criminal, existiendo en Francia e Italia, por ejemplo, abundantes muestras a favor de la inclusión de tipificaciones penales en leyes de otro carácter. Precisamente tal praxis legislativa suele seguirse en ámbitos cuya regulación principal y básica corresponde a otras ramas del ordenamiento jurídico (civiles, mercantiles, administrativas, laborales), y en las que la tipificación de conductas delictivas suele ser un simple complemento de la protección que en tales sectores no penales ya se ofrece, circunscribiéndose los

sobreañadidos injustos penales a supuestos excepcionales y muy graves, perfectamente diferenciados de los más generales que sólo merecen "sanciones" no punitivas acordes con el carácter de la regulación jurídica específica de tales sectores socioeconómicos.

Pues bien, un repaso de los tipos penales contenidos en el nuevo Título XVI lleva a la conclusión de que no existen en muchos casos límites claros entre los injustos penales y los administrativos, al margen de que como ya se ha dicho pueda haber una injustificada "infracción de normas penales". Esta realidad conduciría a reconsiderar si la protección penal del medio ambiente debe realizarse en el seno del Código penal o, por el contrario, resultaría más funcional y segura en títulos específicos de la legislación sectorial ambiental administrativa, aun cuando tal inclusión exigiera conferir a tales leyes un carácter mixto de ley ordinaria y de ley orgánica, reservando este rango precisamente a los preceptos de naturaleza penal.

## 3. Cuestiones prejudiciales administrativas.

La solución "de lege ferenda" es obvio que exigirá una reconsideración de las precedentes opciones, aprovechando la experiencia de los primeros años de aplicación del nuevo Código penal. Sin embargo, en este como en otros ámbitos del Código en los que pueden verse abundantes denuncias y/o querellas no precisamente presididas por la lealtad y la buena fe procesal que exige el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es más, que sean expresión inclusive de auténticas extorsiones instrumentalizadoras del orden jurisdiccional penal, aprovechando los estrechos márgenes del delito de acusación o denuncia falsas y de la condena en costas en el procedimiento penal; en este y en otros sectores análogos del nuevo Código habrá que buscar fórmulas de defensa de los ciudadanos y de la propia jurisdicción criminal frente una infracción de procedimientos abusivos, y una de ellas es el cambio de criterio respecto al juego de la regla excepción en lo atinente a las cuestiones prejudiciales en los procedimientos penales.

En tal sentido habría que replantear la excepcionalidad de la cuestión prejudicial suspensiva planteada en un procedimiento penal prevista en el artículo 4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en detrimento de lo dispuesto como regla general en los artículos 3º y 114 de la misma ley y 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si el Derecho penal invade terrenos reservados hasta ahora a otras ramas del ordenamiento jurídico, renunciando a la vigencia del principio de mínima intervención, es lógico que el orden jurisdiccional penal espere a que, en otros órdenes jurisdiccionales, se resuelvan cuestiones de su competencia que condicionan esencialmente la existencia o inexistencia de delito.

#### 4. Crasos errores sistemáticos y gramaticales.

El nuevo Código penal ha incurrido en graves y numerosos errores sistemáticos, al agrupar los delitos contra **el medio ambiente**, que cabe resumir y esquematizar del siguiente modo.

##### A. Ausencia de racionalidad en la elección de títulos, capítulos y rótulos.

En primer lugar en el **Título XVI no están incluidos todos los delitos contra el medio ambiente**, pues como se ha visto los relativos a la contaminación derivada de la energía nuclear y radiaciones ionizantes, por una parte, y de los incendios destructores de recursos naturales por otra, figuran en otro título distinto, sin responder a criterio racional alguno semejante segregación.

En segundo término, en el propio Título XVI, sin entrar a discutir que se incluyan en el mismo sector la protección de los recursos naturales y los culturales histórico artísticos (arts. 45 y 46 de la Constitución), se distribuyen las figuras delictivas también sin criterios racionales y, además, con patentes errores en los rótulos también derivados de la ausencia de dichos criterios. Comparando la sistemática del Código con la ideal antes expuesta deben hacerse las siguientes críticas:

1. El rótulo del título es redundante, pues el espacio o territorio es un recurso natural o, mejor, el lugar donde se produce la confluencia y ubicación de todos los recursos naturales —gea, flora y fauna—, por lo que debe considerarse redundancia o pleonasma la especificación en el rótulo de tal término complejo —ordenación del territorio—, que incluye el más genérico y abstracto "medio ambiente".

2. Es más expresivo el término "patrimonio cultural" que "histórico", al ser el contrapunto del patrimonio natural o medio ambiente (conjunto de recursos naturales).

3. No tiene sentido tratar en el primer capítulo los delitos contra o relativos a (y no "sobre") "la ordenación del territorio", que en definitiva es como se ha visto un soporte de los recursos naturales, para intercalar en el capítulo segundo los delitos contra el patrimonio cultural.

4. Carece de justificación que en el Título XVII —siguiente— se incluyan nuevos delitos contra el medio ambiente, en su doble versión de contaminación (peligro, daño, destrucción) y de explotación irracional de recursos naturales.

5. Los tiempos de los verbos que describen la acción típica, unas veces siguen la pauta tradicional de utilizar el futuro imperfecto de subjuntivo, pero otras en cambio se opta por el presente o por el pretérito imperfecto del mismo modo verbal, incongruencia que carece de justificación, aun cuando encuentre su explicación en las prisas, en la falta de valoración de la perfección gramatical y, en fin, en la ausencia de un corrector de estilo en el Ministerio de Justicia o en la Cortes.

6. En idéntico sentido hay que criticar la abundancia de pleonasmos en las descripciones típicas que, al margen de su desvalor estético, pueden suponer complicaciones interpretativas.

7. Como error sistemático cabe también incluir la innecesaria política criminal de agravar las prevaricaciones previstas en los artículos 320, 329 y (aun cuando tal delito no se incluya en este comentario) 322, en atención a los siguientes argumentos:

a) Tal espacio incriminador está ya cubierto por la prevaricación general del artículo 404,

al que expresamente se remiten tales preceptos.

b) No tiene justificación que las administraciones urbanísticas y ambientales tengan semejante cualificación, cuando en el mismo Código penal carecen de referencia y cualificación expresa administraciones tales como la encargada de velar por la seguridad nuclear (Consejo de Seguridad Nuclear), por la seguridad e higiene en el trabajo, por la justa y eficaz recaudación de los tributos y de las cuotas de la Seguridad Social, por la seguridad del tráfico en carretera, por la seguridad del transporte terrestre, aéreo y marítimo, por la salud pública, etc.

### 5. Sumarias referencias a las concretas figuras.

Además de las críticas precedentes, que pueden afectar a las concretas figuras delictivas, en el presente apartado se van a hacer otras puntuales y sumarias a algunas figuras concretas antes descritas, obviando por razones de lugar y tiempo un estudio exhaustivo.

#### A. El delito de contaminación genérico

El delito básico de los de contaminación contenido en el artículo 325, y derivadamente todos los demás con él conexos o derivados en parte ya criticados "obiter dicta" en su descripción, padece graves defectos materiales (principalmente político criminales) y formales.

Los primeros se centran en no haber solucionado los problemas de prueba que el anterior artículo 347 bis planteaba, al haber configurado el tipo básico como delito de peligro concreto y por ende de resultado, lo que exigía probar tanto la conducta de contaminación, cuando la existencia del peligro concreto y, en fin, el nexo causal (o imputación objetiva) del mismo al autor de la contaminación. Es más, tales problemas no sólo se ha evitado superarlos, convirtiendo el tipo básico en delito de mera conducta o conductas concurrentes en los términos que luego se verán, sino que se ha agravado al configurar el objeto sobre el que recae la acción contaminante

en términos tan abstractos e inclusive misteriosos cual es el "equilibrio de los sistemas naturales". En efecto, en la versión del Código penal anterior el peligro concreto típico debía afectar alternativamente a "la salud de las personas,... las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles", realidades más concretas y, por tanto, más fácilmente constatables los efectos peligrosos, pero en la versión actual el alto nivel de abstracción del nuevo objeto específicamente protegido, "el equilibrio de los sistemas naturales", sin duda convierte en más difícil e incierta la constatación de la concurrencia de este elemento típico esencial, que es el efecto de la actividad contaminante.

Como ya se ha advertido, el legislador ha desaprovechado esta ocasión para convertir esta figura en delito de mera conducta, tal y como figuraba en el anteproyecto de ley de reforma del Código penal que terminó siendo la de 1983. El tipo básico estaba compuesto por dos conductas, la primera era la de contaminación que finalmente se mantuvo y sigue manteniéndose como conducta; y en segundo lugar cualquiera de las que figuran en el artículo 347 bis, segundo párrafo, del anterior Código que son en gran parte las ahora reproducidas en el artículo 326 del nuevo, resultando en cambio circunstancia cualificadora la concurrencia de los peligros que entonces terminaron siendo la segunda parte del tipo básico. Esta configuración del delito de contaminación como de meras conductas, sin problemas de nexo causal ni de probanza del peligro concreto, facilitaría la prueba de las acusaciones y por tanto la eficacia protectora del precepto. En 1983 se cambió la figura al pasar del anteproyecto a proyecto, precisamente para evitar que cinco mil alcaldes se sentaran en el banquillo, al existir entonces en España más de cinco mil vertidos de residuos líquidos urbanos a cauces, vertidos que merecían el calificativo de "clandestinos" al no contar con la correspondiente licencia, que ni siquiera había sido solicitada a la Confederación o Comisaría de Aguas correspondiente. Hoy posiblemente la situación fuera distinta y se pudiera haber configurado el tipo básico penal en estos términos más eficaces.

Pero las críticas de este precepto correspondiente al delito general de contaminación deben extenderse también a dos puntos más. El primero, a la sinfonía de pleonasmos en la descripción de las conductas típicas, inútiles en la mayoría de los casos. Y el segundo, a la inclusión en el ámbito de la contaminación del supuesto de explotación ilegal del recurso natural de la gea "agua subterránea" que debería haberse agrupado con los delitos contra la flora y la fauna, acompañado además del supuesto contenido en el artículo 350 y posiblemente algún otro ausente del Código y en concordancia con las infracciones de la ley de minas. En este mismo sentido sería razonable la supresión de las conductas de "excavar" y "extraer" de este artículo 325; más vinculadas con la explotación irracional.

#### **B. Figuras de explotación irracional.**

En este rápido repaso de la nueva protección penal del medio ambiente sólo resta aludir antes de emitir la conclusión global y también sumariamente, a los llamados "delitos relativos a la protección de la flora y la fauna" (arts. 332 a 337). Sin olvidar las omisiones ya denunciadas, relativas a la ausencia de los delitos contra la gea, y las restantes críticas generales también manifestadas con anterioridad, baste con referir la aberración que supone el delito de "caza o pesca de la mosca, el perro o el gato", por ejemplo, que consagra el artículo 335, y en segundo lugar las dificultades de interpretación de las conductas enunciadas como "cazar" y "pescar".

Que sea delito cazar o pescar un animal que no esté amenazado ni en peligro de extinción, ni figure en los artículos 4<sup>º</sup> de la Ley y del Reglamento de Caza (Ley 1/1970 y Decreto 505/1971) ni en el artículo 2<sup>º</sup> de la Ley de Pesca de 1994 (y no se cita la abundante legislación autonómica) carece de toda explicación en un planteamiento mínimamente racional de política criminal. Que el maltrato de animales pueda herir el sentimiento de

algunas personas y merezca ser falta (art. 632), o que puedan plantearse problemas de salud pública en la "caza" o "pesca" de ciertos animales cuyos restos no se hagan desaparecer convenientemente, ya son aspectos tratados convenientemente en otros ámbitos del Código; pero que sea delito cazar una mosca o un gato no tiene explicación y mucho menos justificación alguna.

Por otra parte, el uso de los términos "cazar" o "pescar", en vez de matar o capturar, por ejemplo, planteará problemas interpretativos que en ocasiones podrá suponer atipicidad de ciertas conductas que debieran ser típicas. Téngase en cuenta que por "cazar" entiende el artículo 2<sup>º</sup> de la citada Ley de Caza la acción "ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos en esta ley como piezas de caza, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por terceros", y por definición no se podría "cazar" un animal no incluido en la relación de los que pueden ser objeto de caza. Y por "pescar" se suele entender "capturar" o extraer del agua, y ante la ausencia de una definición legal la que se contiene en la acepción más genérica del Diccionario de la Real Academia es "sacar o tratar de sacar del agua peces y otros animales útiles al hombre", siendo atípico entonces matar y no capturar.

#### **6. Valoración global.**

El nuevo Código penal es obvio que amplía notablemente la protección penal del medio ambiente por el mero hecho de haber introducido nuevos delitos en protección de tal o tales bienes jurídicos. Sin embargo, las insuficiencias denunciadas con anterioridad aconsejan una revisión profunda de estos nuevos sectores del Código penal, partiendo de ideas más claras de política criminal y de política legislativa en general.