

EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

Judit García Sanz
Universidad de La Laguna

RESUMEN

El delito de contaminación ambiental requiere la contravención de la normativa ambiental y que se derive un grave peligro para el equilibrio de los sistemas naturales. En estas páginas se analiza este delito; en especial, los casos de vertidos de aguas residuales. Asimismo, se estudia el delito de prevaricación ambiental aplicable en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario público no vela por el cumplimiento de la legalidad ambiental.

PALABRAS CLAVE: delitos contra el medio ambiente, vertidos, principio de *non bis in idem*, prevaricación.

ABSTRACT

«The offence of environmental pollution». In order to perpetrate the offence of environmental pollution (i.e., offences against environment) two requirements are needed: on the one hand, the conduct of disregarding the environmental regulations; and, on the other hand, as a result of such a conduct, the balance of the natural systems would be put into a serious risk. In this article, the just mentioned offence of environmental pollution will be analysed, paying particular attention to those cases involving discharges of wastewater. Furthermore, this article will study the offence of breaching of an official duty regarding environmental matters that applies to the cases in which a civil servant infringes environmental law.

KEY WORDS: Offences against environment; discharges; principle of *non bis in idem*; offences of breaching of official duty.

I. PROBLEMÁTICA GENERAL¹

El progresivo deterioro ecológico y, en especial, la contaminación de las aguas continentales y marítimas han motivado la aprobación de diferentes disposiciones normativas protectoras del medio ambiente (estatales, autonómicas, comunitarias, etc.), así como la tipificación como delito de las conductas más graves.

En nuestro país, el punto de partida de la evolución legislativa en materia ambiental cabe situarlo en la Constitución española de 1978², cuyo art. 45 impone a los poderes públicos la obligación de velar «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente». En aras de dar cumplimiento a este mandato consti-



tucional, se han aprobado un ingente número de leyes protectoras del medio ambiente. Uno de los pasos más relevantes en esta evolución cabe situarlo en la entrada en vigor del CP de 1995, que endurece las penas del delito ecológico y tipifica otras conductas (captación ilegal de aguas, delitos contra la flora y fauna...). Especial mención merece el art. 329 del CP que tipifica por primera vez una modalidad de prevaricación ambiental con el objeto de hacer frente a la incorrecta actuación de la Administración en este ámbito.

En nuestra opinión, en la actualidad contamos con un acervo normativo mejorable pero suficiente, por lo que los esfuerzos no se deben centrar tanto en la elaboración de nuevas leyes como en lograr una mayor eficacia, en el sentido de que las leyes existentes se apliquen, se castiguen penalmente las conductas más graves y se acabe con la excesiva tolerancia de la Administración³, sin renunciar por ello al crecimiento económico⁴. Para lograr estos objetivos se hace necesaria la especialización de los encargados de velar por el cumplimiento de la normativa ambiental y, en especial, la existencia de fiscalías especializadas en medio ambiente⁵.

¹ Abreviaturas más utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales; AJA: Actualidad Jurídica Aranzadi; AP: Actualidad penal; art./arts: artículo (s); CE: Constitución española; Cfr: Confrontese; CGPJ: Consejo General del Poder Judicial CP: Código penal; LO: Ley Orgánica; LRJAPPAC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común; REPCP: Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STJCE: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; RD: Real Decreto.

² Se refieren al medio ambiente en sentido similar al art. 45 de la CE, entre otras, la Constitución italiana (art. 9) y la alemana (art. 20). Aborda el estudio del Derecho comparado: DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona, 1996, p. 21 ss.

³ En este sentido, JORGE BARREIRO, «El bien jurídico en los delitos contra el medio ambiente», en *Estudios sobre protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 2005, p. 9, afirma que «se constata, lamentablemente, la falta de contundencia por parte de la Administración, en ciertas ocasiones, a la hora de defender valores ambientales, así como cierta permisividad y excesiva tolerancia de la Administración respecto a los presuntos infractores de la normativa medio ambiental, afectando de forma negativa a una deseable tutela eficaz del medio ambiente».

⁴ La protección del medio ambiente en muchas ocasiones entra en conflicto con el crecimiento económico, de modo que las políticas ambientales deben conciliar ambos aspectos a través del tan nombrado «desarrollo sostenible» que implica un desarrollo equilibrado que permita cumplir razonablemente con las necesidades del presente sin comprometer el futuro de las generaciones venideras. Son muchas las críticas al inadecuado uso de este término y también se afirma que el objetivo de sostenibilidad es incompatible con los modelos actuales de desarrollo económico. Así, CORCOY BIDASOLO, «Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica», en VV.AA., *Problemas criminológicos de las sociedades complejas*, Navarra, 2000, p. 56.

⁵ La modificación de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, incorpora una reforma de la Ley reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en los siguientes términos: «El Fiscal General del Estado nombrará, tras escuchar al Consejo Fiscal, como delegado, un Fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales». Con anterioridad existía una Red de Fiscales Especialistas en

Si bien el presente estudio versa sobre la protección penal del medio ambiente, cabe resaltar que ésta también se articula a través de otros mecanismos de Derecho público y privado⁶. Por su parte, los instrumentos de Derecho público se concretan, en primer lugar, en instrumentos de *carácter preventivo* (estudios de impacto ambiental, régimen de autorizaciones, etc.); en segundo lugar, por medio de *medidas de fomento* (subvenciones y ayudas que incentiven la protección ambiental); y, en última instancia, las de *carácter represivo*, que a su vez pueden consistir en sanciones administrativas (multa, clausura de actividades, etc.), que se impondrán conforme a los principios informadores del Derecho administrativo⁷ o en sanciones penales.

No obstante, no cabe aplicar de forma conjunta una sanción penal y otra administrativa sino que deben delimitarse ambas sanciones. En este sentido, el ilícito administrativo quedará plenamente constituido en el momento en que se incumpla la normativa administrativa y el castigo como infracción muy grave, grave o leve vendrá determinado en las diferentes leyes ambientales⁸, mientras que aquellos casos en que además de la infracción de la normativa quepa apreciar, en una perspectiva *ex ante*, un grave perjuicio para el medio ambiente, tendrá preferencia el orden jurisdiccional penal sobre el administrativo.

En consecuencia, en los supuestos en que se den los presupuestos tanto del ilícito penal como del administrativo, el sujeto responderá únicamente por el delito o falta que corresponda, sin que pueda imponerse de forma conjunta la sanción penal y administrativa⁹, pues ello supondría una quiebra del principio de legalidad (art. 25.1

Medio Ambiente que se formó espontáneamente con el apoyo de la Fiscalía General, sin embargo, no había determinado la creación de esta figura en todas las provincias. Sobre el papel del ministerio fiscal en este ámbito, V. SIERRA HERRERO, *El papel de la Fiscalía en los delitos contra el medio ambiente con responsabilidad de la Administración, en Estudios Judiciales del Ministerio Fiscal*, 2002-II, p. 110; VERCHER NOGUERA, «Ministerio Fiscal y medio ambiente: Nuevas perspectivas de actuación», en *La Ley*, 1993, p. 944 y ss.

⁶ El Derecho privado tendrá relevancia en aquellos casos en que se causen daños ambientales individuales que serán indemnizables en la vía civil. Se alude brevemente a esta cuestión *infra* apdo. II.2.4.

⁷ Arts. 127 ss. de la Ley 30/1992 (LRJAPPAC) y RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

⁸ Se plantea el criterio de delimitación de ambas sanciones en la STS de 25 octubre 2003, que no aprecia un ilícito penal y aplica sólo una sanción administrativa, pues no considera probado que los vertidos realizados por encima de lo permitido legalmente pudieran poner en peligro el equilibrio natural.

⁹ Sobre este principio y su aplicación en los supuestos de infracción de la normativa ambiental, MUÑOZ LORENTE, «La nueva configuración del principio *non bis in idem*», en *La Ley*, Madrid, 2001. Por su parte, la STS de 2 junio 2003 declara la procedencia de aplicar sólo la sanción penal en aras de salvaguardar el principio *non bis in idem* con expresa mención de la doctrina del Tribunal Constitucional, en un caso en que la descoordinación de la Administración hace que en un supuesto de contaminación ambiental por vertido continuado durante varios años de aceites usados fuera sancionada administrativamente y sometida a posterior enjuiciamiento penal pese a apreciarse una identidad de sujeto, hecho y fundamento.



CE), en concreto, del principio *non bis in idem*¹⁰, que impide la aplicación de la doble sanción en los casos en que concurra lo que el Tribunal Constitucional denomina *triple identidad* (de sujeto, de hecho y de fundamento)¹¹. En estos casos la actuación sancionadora de la Administración se debe paralizar dando preferencia a la jurisdicción penal en aplicación del denominado principio de preferencia del orden penal¹².

En resumen, la aplicación del principio de *non bis in idem* y la preferencia del orden penal comporta tres importantes efectos: a) La actuación sancionadora de la Administración debe ceder ante la de los tribunales penales, de manera que no podrá intervenir aquélla hasta que no se hayan pronunciado éstos; b) Si la jurisdicción penal estima la existencia de delito o falta, no cabrá aplicar de forma conjunta la sanción administrativa; c) En caso de que no se condene penalmente, podrá continuarse el expediente sancionador administrativo pero se debe respetar la de-

¹⁰ Esta prohibición de doble sanción o principio de *non bis in idem* supone un límite al *ius puniendi* y, como ha declarado el Tribunal Constitucional, se configura como una exigencia del principio de legalidad recogido en el art. 25.1 CE, lo que ha permitido que este Tribunal haya entrado a conocer sobre este principio por la vía del Recurso de amparo y se haya consolidado la doctrina constitucional sobre esta materia. El Tribunal Constitucional lo concibe como una «exigencia derivada del principio de legalidad consagrado en el 25.1 CE» en virtud de la cual «no cabe duplicidad de sanciones a un mismo sujeto, por un mismo hecho si las sanciones tienen un mismo fundamento» y añade «...el principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.— que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración...» (STC 2/1981).

¹¹ Aborda con detalle la cuestión de la triple identidad: PÉREZ MANZANO, «El Derecho fundamental a no padecer *ne bis in idem* y las sanciones en protección del medio ambiente», en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 2005, p. 81 ss.

¹² El Tribunal Constitucional ha exaltado el principio de preferencia del orden penal en numerosos pronunciamientos, entre otras, STC 77/1983, de 3 de octubre, en la que parece haberse inspirado el Real Decreto antes citado, entiende este tribunal que «la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial, exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera». Sin embargo, en la criticada STC de 11 de octubre de 1999, en la que un empresario fue sancionado doblemente por la realización de unos vertidos contaminantes, relativizó este principio al dar preferencia a la sanción administrativa sobre la penal. En la referida Sentencia 177/1999, el Tribunal Constitucional declara que «la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental». Comenta esta sentencia y otras sobre este principio: JAÉN VALLEJO, «Principio constitucional '*non bis in idem*' (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003)», en *AJA*, 2003, p. 1 ss.). No obstante, esta línea se corrigió con posterioridad y se reafirmó nuevamente el principio de preferencia penal en el sentido antes expuesto.

claración de hechos surgida en el proceso, pues no es posible admitir una valoración doble y discrepante sobre los mismos elementos probatorios.

Por último, debemos matizar que, si bien nos aproximaremos a la respuesta que da el legislador al problema de la contaminación de las aguas en general, se incidirá especialmente en los vertidos que afectan a los ecosistemas marinos, que es donde se concentra la mayor parte de la biodiversidad, sobre todo en las zonas costeras que son las más castigadas tanto por la deficiente situación de los sistemas de saneamiento de los residuos urbanos e industriales como por las graves repercusiones de los vertidos directos. En este contexto se analizará con detalle el denominado delito de contaminación ambiental tipificado en el art. 325 CP y su posible aplicación en los casos de vertidos de aguas residuales sin depurar, en especial, a partir del 31 de diciembre de 2005, fecha en la que finalizó el calendario fijado para el cumplimiento de la normativa comunitaria sobre tratamiento de aguas residuales¹³.

II. EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL (ART. 325 CP)

El denominado delito ecológico o de contaminación ambiental previsto en el art. 325 del CP dispone:

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones 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, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

2. El que dolosamente libere, emita o introduzca radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles, será castigado, además de con la pena que corresponda por el daño causado a las personas, con la prisión de dos a cuatro años.

II.1. REQUISITOS DEL TIPO BÁSICO

En la configuración de este delito el legislador se basa en tres requisitos fundamentales: en primer lugar, describe de forma detallada la conducta que puede

¹³ Sobre ello, v. *infra* apdo 2.1.2.



perjudicar el medio ambiente; en segundo lugar, utiliza la técnica de leyes penales en blanco y hace depender su tipicidad de que constituya una infracción de la normativa administrativa del respectivo ámbito en el que se realiza y, por último, exige la idoneidad de la conducta para perjudicar gravemente el equilibrio natural¹⁴.

II.1.1. Conducta típica: provocar o realizar vertidos

Como se ha señalado, el artículo 325.1 CP incluye un amplio elenco de conductas contaminantes, por lo que, a diferencia de lo que ocurría en el anterior artículo 347 bis) que establecía una cláusula abierta «las emisiones o vertidos que fueran de cualquier clase»¹⁵, la nueva redacción del precepto garantiza el cumplimiento del principio de legalidad y rellena el núcleo esencial de la conducta típica al referirse a toda una variedad de conductas prolijamente enumeradas, si bien nos centraremos en el problema de los vertidos de aguas residuales.

La conducta típica descrita en el art. 325.1 CP consiste en «*provocar o realizar vertidos*». En opinión de Boix Reig y Jareño Leal¹⁶, cabe interpretar el término «*provocar*» como intervención mediata en dicha ejecución, es decir, realización de actividades previas, en ocasiones necesarias a la ejecución inmediata. Por su parte, Lesmes Serrano¹⁷ lo concibe como sinónimo de originar, facilitar o promover. En consecuencia, mientras que «*provocar*» sería la acción mediata, el verbo «*realizar*» vendría referido a las acciones inmediatas o directas de verter. También se admite por parte de la doctrina y jurisprudencia la realización de este delito por omisión en la modalidad de comisión por omisión por parte de aquellos sujetos que tengan una posición de garante que les confiera un deber de evitar el vertido y, no obstante, no actúen¹⁸.

¹⁴ Este último requisito permite diferenciar este delito del mero ilícito administrativo.

¹⁵ Ofrece una visión crítica del Derecho penal ambiental antes del CP de 1995 y, en especial, del art. 347 bis) del CP de 1973: COLÁS TURÉGANO, «Art. 347 bis ¿ruptura con el principio de legalidad?: comentario a la sentencia 173/91 del Juzgado de lo Penal número 3 de Valencia», en *PJ*, 1992, p. 213 ss.; CONDE-PUMPIDO TOURON, «Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales», en *PJ*, núm. especial IV, 1988; BELTRÁN BALLESTER, «El delito ecológico», *PJ*, núm. especial IV, 1988, p. 91 ss.; DE VEGA RUIZ, «Presente y futuro del delito ecológico», en *La Ley*, 1992, p. 1.035 ss.; EL MISMO, «Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna», Colex, Madrid, 1996, p. 11 ss.; MANZANARES SAMANIEGO, «Los delitos contra el medio ambiente en el Código penal español», en *AP*, 1994-1, p. 1 ss.; POLAINO NAVARRETE, «La criminalidad ecológica en la legislación penal española», en *Política criminal y reforma penal (Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal)*, Madrid, 1993, p. 855 ss. Por lo que se refiere a la aplicación jurisprudencial de este delito, v. DÍAZ PALOS, «El delito ecológico en la jurisprudencia», en *AP*, 1994, p. 405 ss.

¹⁶ BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en AA.VV (Coord. Vives Antón), Comentarios al Código penal de 1995 II, Valencia, 1996, p. 153 ss.

¹⁷ LESMES SERRANO, «Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en LESMES SERRANO *et al.*, *Derecho penal Administrativo (ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente)*, Granada, 1997, p. 292 ss.

¹⁸ Así, STS de 25 octubre 2002, que castiga por el delito del art. 325 CP en comisión por omisión al director técnico, presidente y secretario del Consejo de Administración por no haber





Por lo que respecta al alcance del término «vertidos», el Diccionario de la Real Academia lo define como «derramar o vaciar líquidos o cosas menudas»; según el Diccionario de la Naturaleza¹⁹, consiste en la «descarga de residuos al medio», entendiendo por residuo «cualquier material o forma de energía descargada al medio ambiente por el hombre y susceptibles de producir contaminación». La jurisprudencia integra en este concepto las conductas de «verter, emitir, depositar, arrojar...», en el suelo, subsuelo o las aguas marítimas o subterráneas, cualquier sustancia líquida, sólida o gaseosa». Desde esta perspectiva, este término también abarcaría el depósito de sustancias sólidas en el suelo, así como la emisión de sustancias por lixiviación²⁰, por infiltración, etc²¹.

La referencia a «vertidos» en plural originó ya en la vigencia del CP de 1973 la discusión sobre si bastaba un único vertido para que resultara aplicable este delito o si, por el contrario, eran necesarios dos o más. Esta interpretación gramatical se ha de salvar examinando este precepto en su globalidad e interpretándolo de forma acorde con los principios del Derecho penal, de manera que lo relevante será si el vertido puede perjudicar gravemente el medio ambiente y no si es uno o varios, pues de ceñirnos a la interpretación gramatical más estricta llegaríamos al absurdo de no poder castigar aquellos casos en los que se produce un solo vertido que conlleva un grave peligro e incluso la lesión efectiva de los ecosistemas²².

No obstante, se discute la solución aplicable para los casos de pluralidad de vertidos, pues mientras que para un sector doctrinal y jurisprudencial se debería castigar como un único delito, otros plantean la posibilidad de castigar estos casos como concurso real (acumulación de penas) o al menos apreciar la continuidad

adoptado las medidas necesarias para evitar un vertido tóxico al sistema de alcantarillado y a campos de cultivo cercanos a la empresa infractora.

¹⁹ *Diccionario de la Naturaleza*, Espasa Calpe, 1993.

²⁰ La STS 12 de diciembre de 2000 estima como vertido indirecto los lixiviados y matiza que por tal hemos de entender «la acción de arrastre de los metales procedentes de los residuos sólidos existentes en los terrenos de la empresa causante de la contaminación, por efecto de la lluvia, hasta la correspondiente corriente fluvial».

²¹ Sobre este tema ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que en su Sentencia 22.301/1999, de 29 de septiembre de 1999, que integra en el concepto de vertido todo acto imputable a una persona por el cual, directa o indirectamente, se introduce en las aguas alguna de las sustancias peligrosas enumeradas en las Listas I y II del Anexo de la Directiva Comunitaria 76/464.

²² Tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por esta interpretación extensiva e integran en el tipo los casos de un único acto de vertido o de depósito siempre que a su vez infrinja la normativa y quepa apreciar la potencialidad lesiva. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, p. 51. Este posicionamiento también ha sido acogido por la jurisprudencia, por ejemplo, en la STS 17 de mayo de 2003, que estima que «para configurar el delito basta un solo vertido o emisión de sustancias contaminantes si uno solo es capaz de producir el efecto típico exigido por la ley punitiva, integrado por el alto riesgo de causar un perjuicio grave para el equilibrio de los sistemas naturales». En este sentido, también STS de 2 noviembre 2004, que integra en este término tanto los supuestos de vertido único como aquellos en los que se produce una pluralidad de emisiones de la misma actividad industrial.

para aplicar el art. 74 CP y castigarlo en virtud de la regla de la absorción agravada prevista para el delito continuado. No obstante, como pone de manifiesto Choclán Montalvo²³, la dificultad para apreciar el delito continuado es la necesidad de que «en cada caso individual se constate la realización del tipo y la culpabilidad del autor», extremo de difícil demostración en este campo en el que en la mayoría de los casos la repetición de los vertidos o emisiones, es decir, el efecto acumulativo, es lo que determina la peligrosidad de la conducta y no un vertido aislado.

Pese a que el art. 325.1 CP se refiere a «vertidos» sin más, el precepto será aplicable sólo en los supuestos en que el vertido sea contaminante, es decir, de cualquier tipo de sustancias nocivas que supongan un peligro para el equilibrio de los sistemas naturales²⁴.

Por otra parte, se castigan tanto los casos en que el vertido se realiza de forma «directa», como aquellos otros en los que no exista un vertido directo al mar o corriente de agua, pero sí constituya una provocación o realización «indirecta» de vertidos²⁵. En el caso de vertidos de aguas residuales muchas veces se realizan directamente al mar (dominio público marítimo-terrestre²⁶), exista o no emisario submarino, si bien tendrán la consideración de vertidos indirectos las filtraciones que se produzcan, por ejemplo, a través de pozos negros o fosas sépticas²⁷.

Por lo que se refiere a los espacios en los que se realiza el vertido, el art. 325.1 CP alude expresamente a «las aguas terrestres o marítimas o subterráneas» y hace referencia expresa a los «espacios transfronterizos», con esta última alusión se pretenden incluir aquellos supuestos en que el resultado de peligro para el medio ambiente se produce fuera de nuestras fronteras (por ejemplo, el caso *Prestige*²⁸).

²³ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, Madrid, 1997, p. 194 ss.

²⁴ La STS 19 de enero de 2002 aplica este delito en un caso de vertidos al río de aguas residuales procedentes de un proceso industrial, siendo altamente tóxicos para los seres vivos. En este sentido, entre otras, STS 23 noviembre 2001, STS 24 de septiembre 2002, STS 24 de mayo de 2003 y STS 16 diciembre 2004.

²⁵ Se castiga por la realización de un vertido de forma indirecta en la STS de 12 diciembre 2000, en un supuesto de depósito al aire libre de los restos de fundición derivados del proceso productivo de la empresa, que por la acción de arrastre de los metales procedentes de los residuos sólidos, por efecto de la lluvia, hasta el cauce del río. También se aprecia este efecto indirecto en la STS 1994, en la que se condena al gerente de la Empresa Municipal (SMASSA) de Aparcamientos y Servicios, contratado por el Ayuntamiento de Barcelona, dedicada a la retirada y desguace de coches para chatarra, que realizó de forma continuada vertidos de residuos líquidos (gasolina, gas-oil, aceites, anticongelantes, etc.) a una acequia que desembocaba en una laguna declarada Reserva Natural por la Generalitat de Cataluña, con envenenamiento de aguas.

²⁶ El dominio marítimo terrestre comprende las playas, terrenos ganados al mar y acantilados (art. 3 y 4 de la Ley de Costas).

²⁷ La STS de 13 marzo 2000 afirma que «una fosa séptica es normalmente una ilegalidad, y no es una instalación a través de la cual son evacuadas las aguas residuales, siendo algo absolutamente anormal dado que el planeamiento urbanístico exige con carácter a las construcciones el establecimiento de una adecuada infraestructura urbanística...».

²⁸ V. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «El caso Prestige: perspectiva-jurídico penal», en *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, núm. 18, 2002.

En definitiva, este delito abarcará un amplio abanico de conductas contaminantes de todo tipo aunque en la mayoría de los casos será la actividad industrial²⁹ y las aguas residuales urbanas³⁰ las que provoquen estos vertidos aunque también plantean problemas los residuos procedentes de la actividad agrícola³¹.

II.1.2. Contravención de la normativa ambiental

Las conductas descritas en el apartado anterior sólo serán típicas si contravienen «las Leyes u otras disposiciones protectoras del medio ambiente»³². Esta remisión supone la configuración de este delito como una *ley penal en blanco*. La utilización de esta técnica es indispensable en los delitos contra el medio ambiente y lleva consigo que parte de la definición del supuesto de hecho de la norma no se contenga en la propia ley penal, sino que se produce una remisión a una norma extra penal, muchas veces de rango inferior a la ley orgánica³³ (leyes ordinarias, reglamentos...) ³⁴ e incluso pueden rellenar el supuesto de hecho normas no estatales.

Además de la posible vulneración del principio de legalidad, la utilización de esta técnica puede acarrear otros problemas. Piénsese, por ejemplo, en la variabilidad de la normativa medioambiental a la que se remite el Código Penal, que puede suponer que la puesta en marcha de los tribunales penales por lo que en principio era constitutivo de delito, no desemboque en una sentencia condenatoria al aplicarse retroactivamente la nueva disposición más favorable³⁵.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la utilización de esta técnica legislativa. En concreto, en su sentencia 127/1990 de 5 de julio, considera

²⁹ Entre otras, aplica el art. 325 CP por realizar vertidos procedentes de la actividad industrial, la STS 23 de noviembre 2001, 19 de enero 2002 y 16 diciembre 2004.

³⁰ Así, por ejemplo, la STS 29 de septiembre 2001, en la que se plantea un caso de vertidos de aguas residuales domésticas a un arroyo por encontrarse en estado de abandono la depuradora existente.

³¹ V. STS 17 de septiembre de 2001, STS 24 de mayo 2003 y SAP de Segovia, 24 mayo 2005, en las que se aplica este delito en supuestos de vertido de purines.

³² La referencia a disposición de carácter general debe ser entendida en contraposición a una actuación administrativa singular, dictada para la resolución de un caso particular.

³³ El art. 81 de la Constitución impone la reserva de Ley material (ley orgánica) en materia penal. Sobre ello, v. ARROYO ZAPATERO, «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista de Estudios de Derecho Constitucional*, 1983, núm. 8, p. 9 ss.

³⁴ Por ejemplo, en el ámbito estatal servirán para completar el supuesto de hecho del art. 325 CP diferentes disposiciones generales de rango inferior a la ley orgánica como la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas o el Real Decreto Ley 11/95, de 28 de diciembre, por el que se establecen normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas.

³⁵ A diferencia que el resto de los sectores del ordenamiento jurídico en los que se aplica la regla del art. 2.3 del Código Civil «Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario», con las correcciones introducidas por le 9.3 CE. En el orden penal impera el principio de irretroactividad salvo que sea favorable al reo (art. 2.2 CP). Sobre ello, CERESO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General I, Introducción*, Madrid, 2004, p. 176 ss.

correcta la remisión a leyes o reglamentos protectores del medio ambiente a que aludía el art. 347 bis) del CP de 1973, pues estima que «la remisión a otras normas no infringe el principio de legalidad siempre que queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta». Esto es lo que sucede la regulación de los delitos contra el medio ambiente, pues no se produce una remisión *in totum*, sino que el legislador penal determina los elementos esenciales de dicha infracción, ya que, si bien se remite a la normativa medioambiental, delimita la conducta típica utilizando un amplio elenco de conductas (emisiones, vertidos, radiaciones...) y, además, exige el tipo que dichas conductas pongan en peligro el equilibrio natural, por lo que se describiría lo que el Tribunal Constitucional denomina «núcleo esencial del hecho punible».

Por lo que respecta a los vertidos de aguas residuales³⁶ en el dominio público marítimo-terrestre, la normativa aplicable se contiene en diferentes cuerpos normativos de entre los que cabe destacar la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, que impone la necesidad de autorización previa de las actividades susceptibles de provocar la contaminación del mar y, en especial, en el caso de vertidos³⁷.

La Unión Europea también ha jugado un papel fundamental en este ámbito. En concreto, se ocupa de este problema la Directiva 91/271/CEE, del Consejo, de 21 de mayo, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, en la cual se establece la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para garantizar que dichas aguas son tratadas correctamente antes del vertido. La transposición de esta directiva a nuestro ordenamiento jurídico interno se llevó a cabo por Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establece las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas³⁸ y constituye la legislación básica, correspondiendo su ejecución a las Comunidades Autónomas. El Real Decreto Ley 11/1995 impone la obligación de someter dichas aguas residuales a tratamientos (primario, secundario e incluso terciario), fijando un calendario para su cumplimiento y atendiendo para ello principalmente al número de habitantes, y cuyo plazo final era el 31 de diciembre de 2005³⁹.

³⁶ Si el vertido se produjera en aguas continentales (dominio público hidráulico), sería aplicable la Ley de Aguas de 1985.

³⁷ En el art. 57 de la Ley de Costas se prevé la posibilidad de autorizar vertidos al dominio público marítimo-terrestre con arreglo al procedimiento previsto en los art. 92 ss. de la misma ley.

³⁸ Este RD 11/2005 distingue entre aguas residuales domésticas (procedentes de zonas de viviendas por metabolismo humano y actividades domésticas) y aguas residuales industriales (vertidas por locales comerciales o industriales). Este RD es desarrollado por el Real Decreto 509/96, de 15 de marzo. En el caso de aguas residuales de origen industrial, el art. 8 de este último RD, obliga a un tratamiento previo de tales aguas antes de ser vertidas al sistema de alcantarillado, cuyo cumplimiento debe observarse por la Administración antes de otorgarse la licencia de actividades clasificadas.

³⁹ No obstante, como declara la STS de 29 septiembre 2001, «una cosa es la posibilidad que tienen los municipios de no cumplir las normas que impongan un determinado nivel de depuración mientras no transcurran los plazos legales, y otra muy distinta es que esa no obligación se transforme en un derecho a contaminar mediante vertidos de aguas residuales por encima de los límites máximos fijados en la legislación».

En consecuencia, desde el 1 de enero de 2006 no se pueden realizar vertidos de aguas residuales sin los tratamientos previstos; sin embargo, la realidad es que en la mayoría de los municipios no se está cumpliendo esta normativa⁴⁰, lo que pone de relieve el incumplimiento de los deberes de inspección y control de las autoridades competentes⁴¹.

II.1.3. Grave peligro para el equilibrio de los sistemas naturales

El principio de intervención mínima que rige el Derecho penal determina que sólo puedan castigarse penalmente aquellas conductas más graves. En cumplimiento de este principio, para que resulte aplicable el art. 325 CP no basta con la infracción de la normativa ambiental sino que este precepto exige expresamente que dichas conductas «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», de manera que aquellos casos en que se incumpla la normativa pero no se aprecie tal peligro potencial, dichas conductas podrán ser objeto sólo de sanción administrativa.

Por lo que se refiere a la naturaleza de este delito, la doctrina mayoritaria considera que es de peligro abstracto⁴², de modo que no es necesario que se verifique un resultado material externo⁴³ ni tampoco que se haya puesto en *peligro con-*

⁴⁰ Especialmente grave es el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, donde un reciente informe encargado por el Gobierno de Canarias pone de manifiesto que la mayoría de los vertidos de aguas residuales que se producen (en concreto, el 80%) en este litoral por el desarrollo de diversas actividades no cuentan con la preceptiva autorización, y que incluso las autorizadas no cuentan con un sistema de saneamiento adecuado. Este informe evidencia que el 76% de estos residuos va directamente al mar por desagües, mientras que el 20% lo hace por emisarios.

⁴¹ Así, por ejemplo, el RD 509/96 impone a la Administración la obligación de realizar unos controles periódicos (art. 9).

⁴² Algunos autores diferencian, además de los delitos de peligro concreto y abstracto, un tercer grupo de delitos a los que denominan de «peligro hipotético» o de «aptitud para la producción de un daño», en los que se exige la realización de una acción que lleve implícita la posibilidad de producir determinado resultado. No obstante, son en realidad delitos de peligro abstracto, por lo que no cabe aceptar una tercera categoría de delitos de peligro sino que cuando el tipo requiera la verificación de un resultado de peligro concreto serán de peligro concreto y, en cambio, cabrá clasificarlos como de peligro abstracto cuando no se requiera la constatación de un resultado de peligro concreto sino se castigue la conducta porque desde una perspectiva *ex ante* cabe afirmar su peligrosidad, ya que generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. En este sentido, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general II, Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1999, p. 112, considera que en realidad estos delitos de aptitud la producción de un daño, son delito de peligro abstracto. No obstante, gran parte de la doctrina ha dado acogida a esta tercera categoría. Aborda en profundidad esta discusión: TORIO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», en *ADPCP*, 1981, p. 825 ss, en especial, p. 846. Acogen también esta categoría: BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho penal español*, t. I, vol. 2, 2005, Barcelona, 2005; DE LA CUESTA AGUADO, «Imprudencia y energía nuclear», *La Ley*, 2000-2, p. 1.790 ss. También disponible en internet: <<http://inicia.es/de/pazenred/nuclearindex.htm>>; RAFOLS PÉREZ, «Vertidos contaminantes y delito contra el medio ambiente», en *Revista jurídica de Castilla y León*, 2004-4, p. 231.

⁴³ Si se produjera, además del vertido potencialmente peligroso, un grave daño para un elemento de un espacio natural, sería aplicable, además del art. 325, el art. 330 CP, que castiga con

creto el medio ambiente o, en su caso, la salud de las personas sino que basta con que en un juicio *ex ante* quepa afirmar la peligrosidad de la conducta⁴⁴.

Este adelantamiento de la intervención penal es necesario debido a que en la mayoría de los casos la modificación del medio natural se debe a varias acciones que conjuntamente producen el daño ambiental (efecto acumulativo) y, en consecuencia, se hace indispensable acudir a la técnica de los delitos de peligro⁴⁵.

La exigencia de que el peligro sea «grave» debe entenderse en el sentido de relevante, importante o de notoria intensidad⁴⁶. Como pone de manifiesto la doctrina y jurisprudencia, la determinación de la gravedad se hará conforme a un juicio de valor eminentemente circunstancial que habrá de ser ponderado conforme a las circunstancias concurrentes, atendiendo en especial a la «potencialidad lesiva de los vertidos»⁴⁷. En consecuencia, este requisito deberá ser interpretado por los jueces y tribunales en cada caso, ponderando las circunstancias concurrentes⁴⁸ y las pruebas periciales practicadas⁴⁹. Así, la idoneidad de la composición del vertido para poner en peligro el medio ambiente se acreditará por medio de los diferentes medios de

pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a «quien en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo». Como pone de manifiesto MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte especial, Valencia, 2004, p. 593, entre ambos preceptos cabe apreciar un concurso ideal de delitos y no de leyes, pues el art. 330 incorpora un injusto adicional constituido por el concreto daño causado en los elementos del espacio natural protegido.

⁴⁴ En la vigencia del CP de 1973 la jurisprudencia lo consideró como delito de peligro concreto (entre otras, STS de 8 noviembre 2004). Tras la entrada en vigor del CP de 1995, si bien en un primer momento consideró a este delito como de peligro concreto siguiendo la línea del CP de 1973, STS de 14 febrero 2001, esta línea se abandonó en sentencias posteriores, que lo califican como delito de peligro abstracto. Así, entre otras, STS de 25 octubre 2002; STS de 24 febrero 2003. No obstante, algunas sentencias lo califican de «Delito de peligro hipotético» (STS de 27 septiembre 2004; STS de 1 abril 2003) o «Delito de peligro potencial» (STS de 2 noviembre 2004). Analiza con detalle la línea seguida en este punto por el TS, MUÑOZ LORENTE, «El cambio de criterio jurisprudencial en relación con la calificación del peligro exigido para la consumación del tipo básico de los delitos contra el medio ambiente: el artículo 325 del Código Penal y su estructura de peligro hipotético», en *Revista Interdisciplinaria de Gestión ambiental*, 2003, núm. 54, p. 70 ss.

⁴⁵ Abordan la problemática de los delitos de peligro en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales como el medio ambiente: CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*, Valencia, 1999; HERNÁNDEZ PLASENCIA, «Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?», en ADPCP, 1994, p. 111 ss.; SESSANO GOENAGA, «La protección penal del medio ambiente», RECPC, 2002, disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-11.pdf>.

⁴⁶ En este sentido, STS 17 de mayo de 2003.

⁴⁷ STS 24 de octubre 2003.

⁴⁸ Como factores determinantes de la gravedad la jurisprudencia señala la mayor dificultad en restablecer el equilibrio ecológico, proximidad de hábitats humanos al foco medioambiental afectado, la posible aparición de efectos posteriores. Entre otras, v. las SSTS de 11 marzo 1992, 5 de octubre 1993, 4 marzo 1995 y 27 enero 1999.

⁴⁹ V. DE LA CUESTA AGUADO, *La prueba en el delito ecológico*, Madrid 1995, p. 47 ss.

prueba (testificales, etc.) y, en especial, a través de la toma de muestras del vertido⁵⁰ para su análisis⁵¹.

II.2. TIPO SUBJETIVO: LA IMPRUDENCIA GRAVE

El delito de contaminación ambiental se castiga tanto en su modalidad dolosa como cuando el vertido se produce por imprudencia grave, en cuyo caso será aplicable este precepto en relación con el art. 331 CP⁵².

El dolo puede ser tanto directo como eventual, aunque en estos casos por lo general la conducta contaminante no se realizará con la finalidad de perjudicar el medio ambiente (dolo directo o de primer grado) sino que el fin perseguido será otro (ahorro de costes...) y, en consecuencia, en la mayoría de los casos cabrá apreciar un dolo eventual⁵³ o a lo sumo dolo directo de segundo grado.

Por lo que se refiere a la imprudencia, el art. 331 CP exige que sea «grave», lo que impedirá en muchos casos castigar supuestos en los que los deberes de diligencia y control se han infringido pero no llegan al nivel de gravedad exigido en el art. 331 CP (por ejemplo, el caso de la rotura de la presa de Aznalcóllar)⁵⁴.

⁵⁰ Se discute si la recogida de pruebas tiene el carácter de prueba preconstituida y, en consecuencia, debe darse la posibilidad de contradicción, lo que determinará la presencia del imputado, información del porqué de la recogida, entrega de muestra para el posible contraanálisis. En la práctica la notificación previa a los titulares de las depuradoras de la fecha de la toma de la muestra puede dar lugar a la manipulación. En este sentido, la SAP de 9 de diciembre de 1999 manifiesta que, al solicitar la pericia y toma de muestras, deberán adoptarse todas las medidas necesarias encaminadas a evitar la manipulación. No obstante, aunque en sentencias de Audiencias se ha estimado la impugnación del valor probatorio de la toma de muestras al considerar que se realizó con vulneración del principio de contradicción, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han declarado que la toma de muestras no tiene el carácter de prueba preconstituida sino que son diligencias policiales que carecen de valor probatorio que para que puedan tener valor probatorio deben ser incorporadas al proceso mediante un medio probatorio, que será la prueba testimonial de los agentes intervinientes en el acto de juicio oral con sometimiento a los principios de publicidad, contradicción e inmediación. En este sentido, la STS 19 enero 2002 califica la recogida de muestras como una «actuación de prevención e investigación que carece en sí misma de valor probatorio». En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional que declara que la toma de muestras de aguas residuales «no integran efectivamente prueba sino que forman parte del atestado y como tal tienen exclusivamente valor de denuncia» (STC 42/1999 de 22 de marzo).

⁵¹ El análisis de estas muestras se realiza por lo general en el Instituto de Toxicología de la provincia correspondiente o al Área de Salud Pública de la Consejería de Sanidad de la CCAA.

⁵² Se aprecia imprudencia grave, entre otras, en la STS de 9 octubre 2000, SAP de la AP de Asturias, de 19 de enero de 2006.

⁵³ La jurisprudencia ha apreciado dolo eventual en reiteradas ocasiones, así, por ejemplo, en la STS 28 de marzo de 2003 manifiesta que «como sucede en la generalidad de los casos y en éste también, no consta la intencionalidad de perjudicar el medio ambiente o de crear un riesgo. En esos casos, las reglas de la lógica, de la experiencia y el recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades y, pese a ello, ejecuta la acción».

⁵⁴ En el caso de la presa de Aznalcóllar no se ha estimado que concurriera imprudencia grave y se ha archivado el caso en la vía penal (auto de archivo es de 22 de diciembre de 2000).



II.3. TIPOS AGRAVADOS

Además del tipo básico expuesto, el legislador diseña unos tipos agravados con base en los siguientes factores:

En primer lugar, el último inciso del art. 325.1 CP prevé una agravación de la pena (pena de prisión en su mitad superior) para los casos en que el grave perjuicio fuese para la salud de las personas.

Otro factor de agravación se recoge en el apdo 2 del art. 325 CP, que prevé una pena de prisión de dos a cuatro años para los casos en que se libere, emita o introduzca radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles.

El art. 326 CP agrava la pena a la mitad superior de las previstas en el art. 325 CP, «sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos del código», en aquellos casos que se actúe sin licencia (clandestinidad)⁵⁵, se haya desobedecido órdenes de las autoridades⁵⁶ o se haya falseado información⁵⁷.

Por último, es de especial interés la agravación prevista en el art. 326 apdo e), que agrava la pena en caso de que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico⁵⁸, que en opinión de la jurisprudencia existirá cuando «el daño en

Comenta este caso: BETANCOR RODRÍGUEZ/MUÑOZ LORENTE, «El caso Aznalcóllar», en *Revista Interdisciplinar de Gestión ambiental*, 2001.

⁵⁵ La jurisprudencia ha venido estableciendo que la clandestinidad no se refiere a que la Administración ignore totalmente la existencia de dicha industria. En este sentido, la STS de 11 marzo 1992 apreció la agravante de clandestinidad a la actividad carente de licencia municipal pese a haberse solicitado la misma y sido denegada. Con idéntico planteamiento la STS de 26 septiembre 1994 hay clandestinidad cuando se ha solicitado sin que se haya concedido. La jurisprudencia aprecia la clandestinidad también en aquellos supuestos en los que se obtuvo la autorización a posteriori de los vertidos enjuiciados y estima que una autorización de funcionamiento industrial no legitima los actos llevados a cabo sin la existencia de la misma (STS de 11 marzo 1992). En consecuencia, resulta indiferente que la Administración conozca o no la existencia de la empresa o que se haya solicitado autorización, de manera que no cabe entender el término de clandestinidad como funcionamiento oculto o escondido. En este sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2004, p. 587; PÉREZ DE GREGORIO, «La agravante de clandestinidad en los delitos contra el medio ambiente», en *La Ley*, 1993, p. 910 ss. No obstante, la jurisprudencia no aprecia la clandestinidad en aquellos casos en que la actividad cuenta con la licencia de apertura de sus instalaciones pero carece de la licencia específica de vertidos (STS 1 de abril 2003).

⁵⁶ Esta agravación será independiente de aquella en la que se pueda incurrir por el delito de desobediencia del art. 556 CP, siempre que la desobediencia sea grave, pudiendo apreciarse un concurso de delitos. Se aprecia esta agravante en la STS de 23 octubre 2002 y en la SAP de Valladolid, 20 de diciembre 2005, en ambas se aplica este tipo agravado por haber desobedecido las órdenes expresas de suspensión o corrección de las actividades.

⁵⁷ En caso de que los hechos sean también constitutivos de delito de falsedad documental cabrá apreciar también un concurso de delitos.

⁵⁸ Mientras que la referencia a catastrófico atiende a su gravedad en sentido cuantitativo, la irreversibilidad hace referencia a criterios cualitativos a la imposibilidad de volver al estado inicial.



el medio ambiente pueda ocasionar las emisiones o vertidos contaminantes alcancen tal profundidad que no pueda ser remediado por la capacidad regeneradora de la propia naturaleza, haciéndose necesaria una intervención activa del hombre; y que existirá deterioro catastrófico cuando el daño revista una intensidad y una extensión más que considerable con el número de elementos naturales destruidos, la población humana afectada y la duración de los efectos de la actividad contaminante»⁵⁹.

II.4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

El delito de contaminación ambiental puede conllevar la aplicación de consecuencias jurídicas específicamente penales (penas y medidas de seguridad) y otras no específicamente penales como la responsabilidad civil y las consecuencias accesorias del delito.

En cuanto a las penas previstas para este delito en el art. 325 CP, ya hemos adelantado han sido considerablemente aumentadas en comparación con el art. 347 bis) del CP de 1973. En concreto, el art. 325 CP prevé pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años. Además, estas penas deberán ser elevadas en su mitad superior en aquellos casos en que se ponga en peligro también la salud de las personas⁶⁰.

En muchos supuestos la pena de prisión será superior a dos años y, por lo tanto, supondrá el ingreso en prisión al superar el mínimo permitido para la suspensión (art. 80 ss. CP) o sustitución de la pena (art. 88 CP). Además de la pena de prisión, se impondrá de forma conjunta la de inhabilitación especial y la multa.

Además de las penas referidas, también pueden resultar aplicables otras consecuencias no específicamente penales como las consecuencias accesorias y la responsabilidad civil. Al primer grupo de consecuencias se refiere el art. 327 CP al remitirse a las medidas previstas en el art. 129 CP, que serán aplicables en los casos en que los delitos contra el medio ambiente sean cometidos a través de personas jurídicas⁶¹. Por lo tanto, entendemos que estas medidas tienen naturaleza de consecuencias accesorias⁶² aplicables a las personas jurídicas y pueden con-

Para apreciar esta última agravación la jurisprudencia acude a criterios valorativos como lo costoso o paulatino del proceso de reparación (STS 19 noviembre 1990).

⁵⁹ STS 19 de enero de 2002.

⁶⁰ Respecto a la prisión, esto supondría la aplicación en todo caso de una pena superior a dos años.

⁶¹ Sobre ello, V. BACIGALUPO, «Las sanciones del Código penal aplicables a personas jurídicas en los delitos contra el medio ambiente», en *Estudios sobre protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 2005, p. 151 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Empresa y delitos contra el medio ambiente*, en *Estudios sobre protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 2005, p. 214 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, p. 142 ss.

⁶² La doctrina discute la naturaleza de estas medidas que han sido calificadas como: consecuencias accesorias «especiales» que, como el comiso, privan a la persona de un instrumento peligro-

sistir en la clausura (temporal o definitiva) de la empresa, así como el resto de medidas previstas en el art. 129 CP.

Otra consecuencia no específicamente penal es la responsabilidad civil que se orienta a la reparación del perjuicio ocasionado. Al respecto cabe diferenciar entre los daños causados por un particular a otro particular, que originará una responsabilidad civil de naturaleza extracontractual, y, por otro lado, los daños al medio ambiente como bien jurídico supraindividual cuyo titular es la sociedad en su conjunto y cuya restauración implicará la aplicación de medidas de Derecho público.

Por lo que respecta a los mecanismos de Derecho privado para indemnizar los daños causados a otras personas⁶³, será aplicable el art. 1902 del Código civil (responsabilidad civil extracontractual)⁶⁴ y el art. 1908 del mismo cuerpo legal (acción por inmisiones).

En los casos de daños causados al medio ambiente como interés jurídico público, tanto el Código penal (art. 339 CP⁶⁵) como las previsiones de Derecho administrativo (art. 130.2 LRJAPPAC⁶⁶), tienden a la restauración de la situación al momento anterior a la producción del daño⁶⁷.

III. EL DELITO DE PREVARICACIÓN AMBIENTAL (ART. 329 CP)

El CP de 1973 no abordaba de forma expresa la responsabilidad del funcionario por el otorgamiento de licencias contrarias a la normativa ambiental o por su pasividad al no velar por el cumplimiento de la legalidad ambiental⁶⁸, por lo que

so (MIR PUIG *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 2004, p. 789); como consecuencias jurídicas preventivo-reafirmativas desprovistas de la naturaleza de sanción (GRACIA MARTÍN, BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOVÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2004, p. 438 ss.) e incluso un sector doctrinal las considera como verdaderas penas (ZUGALDÍA ESPINAR, *Las «consecuencias accesorias» aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP español*, disponible en Internet: <unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/pdf/Zugaldia.pdf>.

⁶³ V. SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, p. 146 ss.

⁶⁴ Pese a lo dispuesto en el art. 1902, la jurisprudencia tiende a objetivizar la responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente. Así, entre otras, SSTs de 7 abril 1997 y 16 enero 2002.

⁶⁵ El art. 339 confiere a los Jueces o Tribunales la posibilidad de ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección del medio ambiente.

⁶⁶ El art. 130.2 de la LRJAPPAC contempla la posibilidad de imponer, junto a la sanción administrativa en sentido estricto, la obligación de restaurar el daño causado al infractor de la normativa administrativa.

⁶⁷ Sobre la reparación del daño ambiental, v. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La reparación de los daños causados a la Administración. Análisis administrativo, civil y penal*, Madrid, 1998; POZUELO PÉREZ, «Reparación del daño al medio ambiente», en *Estudios sobre protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 2005, p. 253 ss.

⁶⁸ Ya antes de la entrada en vigor del CP, la doctrina planteaba la posibilidad de castigar los supuestos de pasividad de los funcionarios o autoridades en este ámbito como delito contra el medio ambiente en comisión por omisión. Aborda esta cuestión en profundidad: DE VICENTE MARTÍNEZ,

sólo cabía aplicar la prevaricación genérica⁶⁹ que no abarcaba la mayoría de los casos dado lugar a su impunidad⁷⁰.

El art. 329 del CP de 1995 intenta colmar esta laguna legal denunciada por la doctrina al introducir una modalidad de prevaricación específica⁷¹. Este precepto dispone:

Art. 329.1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refie-

Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente, Madrid, 1993. En esta línea, la STS de 29 septiembre 2001, aplica en el art. 347 bis) del CP de 1973 en comisión por omisión y castiga a un alcalde y a dos concejales municipales por unos vertidos de aguas residuales contaminantes a un cauce público provocado por la falta de funcionamiento de una depuradora de titularidad y gestión municipal, ya que «omitieron cumplir con una obligación que sus cargos en el Ayuntamiento les imponían» (posición de garante).

⁶⁹ La prevaricación genérica no abarcaba la mayoría de estas conductas, dado que este delito, tanto en su antigua regulación como en el vigente art 404 CP, requiere que se dicte una resolución injusta. Por tanto, quedaban fuera del alcance de este delito la emisión de informes y también el silenciar en las inspecciones la infracción de la normativa medio ambiental. Sólo los supuestos de concesión de licencias por una resolución quedaban abarcados por el delito de prevaricación.

⁷⁰ En este contexto, son escasos los supuestos en los que se condenó a funcionarios o autoridades por conductas relacionadas con el medio ambiente y, además, en muchos casos tampoco se condenó al particular o empresa que realizó el vertido contaminante por contar dicha actividad contraria a la normativa ambiental con autorización administrativa. Así, la Sentencia de la AP de Murcia, de 27 de mayo de 1994, absuelve a la empresa Portman pese a que realiza vertidos de residuos de plomo, cadmio y zinc al mar Mediterráneo que colmatan la bahía y destruyen la flora y fauna en varias millas marítimas a la redonda, apreciándose además el riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, pues entiende que siempre actuaron con la autorización de los órganos administrativos. En cambio, la STS de 30 noviembre 1990 que enjuicia un supuesto de contaminación causada por la Central térmica Cerc en el que la Administración le había autorizado a contaminar por niveles superiores a los permitidos y manifiesta la sentencia que «La presencia de autorización no excluye la tipicidad del hecho». En esta misma línea se pronuncia también la STS de 19 enero 2002, en la que se afirma que «La autorización administrativa permitiendo verter durante un tiempo por encima de los máximos legalmente permitidos no convierte en lícita una actividad típicamente antijurídica».

⁷¹ Abordan con detalle este delito: ALCALÉ SÁNCHEZ, «La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el título XVI del Código Penal: especial referencia al art. 320», en *PJ*, 1997, p. 115 ss.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «Comentario al artículo 329», en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.) *et al.*, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1997, p. 3.263 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente»: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995, en *AP*, 1998, p. 287 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, *La responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente. Una contribución al estudio de la responsabilidad penal omisiva de los funcionarios públicos por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 1993; LA MISMA: Responsabilidad penal del funcionario público o autoridad en materia ambiental», en *Revista electrónica de Derecho penal*, 1999; FALCÓN CARO, «La responsabilidad penal del funcionario: art. 329 del Código penal», *Cuadernos de Política Criminal*, 1998, p. 673 ss.; PRAT CANUT, «Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en materia ambiental», en *Cuadernos Jurídicos*, 1995, núm. 27, p. 32 ss.; VIRTO LARRUSCAIN, «El delito de prevaricación del funcionario público», en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Bilbao, 1997, p. 121 ss.



ren los Artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el Artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

Con la introducción del delito de prevaricación ambiental tipificado en el art. 329 CP, el legislador pretende forzar la intervención de los funcionarios para que cumplan con sus deberes de control e inspección y así poner fin a la situación de pasividad o connivencia que supone la impunidad de conductas que contribuyen a la degradación del medio ambiente (actividades sin licencia, incumplimiento de la normativa...) ⁷².

Sin pretender hacer un estudio exhaustivo de este delito, a continuación haremos una breve referencia al mismo, resaltando aquellas cuestiones más problemáticas que se han planteado en la interpretación del art. 329 CP.

La prevaricación ambiental se diseña como delito de mera actividad sin que sea preciso que se verifique un resultado material externo, de modo que la concesión o no de la licencia sería una cuestión irrelevante al no exigirse en el tipo, siendo suficiente que se informe, vote o resuelva a favor de la concesión o se silencie el incumplimiento de la normativa ambiental por aquellos que deben velar por el cumplimiento (posición de garante).

Pueden ser sujetos activos de este delito la autoridad o funcionario público de las diversas administraciones (estatales, locales y autonómicas) con competencias medioambientales. El alcance del concepto de autoridad o funcionario debe ser entendido en los amplios términos del art. 24 del CP. En caso de que se trate de un miembro de un órgano colegiado requiere que se haya votado a favor de la concesión de la licencia (art. 329.2 CP).

La conducta presenta básicamente dos modalidades: la concesión indebida de licencias y el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la actividad inspectora. En este sentido, se castiga tanto la acción (informar, resolver, votar favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales), como la omisión o mera pasividad (silenciar la infracción de la normativa ambiental).

Por lo que se refiere a conducta activa cabe destacar que, a diferencia de la situación anterior ⁷³, queda abarcado en el tipo la emisión de *informes*. Al respecto,

⁷² La realidad pone de manifiesto que la mayoría de las actividades que están contaminando nuestras aguas no cuentan con la preceptiva autorización (instrumento fundamental de control de estas actividades) o incumplen las condiciones de la misma. Esta situación se debe en gran medida a que la Administración no está cumpliendo los deberes de inspección y control, por ello haremos una breve referencia a este problema.

⁷³ La prevaricación genérica se refería sólo a «resolver», por lo que se requería un acto de contenido resolutorio no teniendo esa consideración los informes técnicos, etc.



se cuestiona si cualquier informe resulta ya típico o si es imprescindible que sea un informe preceptivo dentro de un concreto procedimiento administrativo. A tenor del art. 329 CP, sólo serían típicos los informes para la concesión de licencia.

El art. 329.2 CP castiga también el «resolver» o «votar» a favor de la concesión de licencias. La expresión «resolver»⁷⁴ es aplicable en aquellos casos en que el funcionario o autoridad actúe por sí solo, aunque en ocasiones nos encontremos con resoluciones de carácter colegiado. Mientras que el término «votar» irá ligado a la actuación de un órgano colegiado. En tal caso bastará con votar a favor de la concesión a sabiendas de su injusticia, aun cuando la tesis mantenida en la votación no prospere⁷⁵.

Especialmente problemático en estos casos es el tratamiento del particular que actúa amparado por una autorización ilícita y el régimen que deben seguir estas licencias⁷⁶. La discusión se centra sobre todo en aquellos casos en que el beneficiario de la misma no sólo conoce la irregularidad de la que adolece el acto, sino que la concesión de la licencia encuentra su origen en su actuación (por ejemplo, se han falseado datos) o en aquellos casos en que existe connivencia con el funcionario, en los que, además, se podría incurrir en un delito de cohecho o tráfico de influencias. En estos casos en los que la licencia se ha concedido debido a la conducta delictiva de quien pretende ampararse en ella, además de la posible responsabilidad por los delitos cometidos, la licencia sería nula⁷⁷.

En cuanto a la prevaricación omisiva, el art. 329.1 CP pone de manifiesto la especial preocupación del legislador en esta materia, ya que mientras que no se prevé expresamente el castigo de la omisión en la prevaricación urbanística o la referida a patrimonio histórico, en la prevaricación ambiental se alude expresamente a ello⁷⁸. En concreto, el art. 329.1 CP castiga a los funcionarios o autoridades que

⁷⁴ Resolver a tenor del DRAL significa «tomar una determinación fija y decisiva y por votar dar uno su voto o decir su dictamen en una reunión o cuerpo deliberante».

⁷⁵ La redacción del tipo se refiere claramente a resolver o votar, de ahí que las abstenciones o los votos nulos o en blanco, son conductas atípicas, aun cuando se tenga certeza de que con dicha actitud se favorezca la concesión de licencias de actividades que contravengan la normativa medio ambiental.

⁷⁶ Sobre ello, v. DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996; GÓMEZ RIVERO, *El régimen de las autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Valencia, 2000.

⁷⁷ El art. 62 LRJAPPAC declara que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas «que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta». En este sentido, GÓMEZ RIVERO, *El régimen de las autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Valencia, 2000, p. 38 ss.

⁷⁸ La posibilidad de apreciar el delito de prevaricación en comisión por omisión ha sido admitida ya en la vigencia del art. 347 bis del CP73. En este sentido, la STS de 29 septiembre 2001 estima el recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal y condena al alcalde y dos concejales como autores de un delito contra el medio ambiente, en comisión por omisión, con base en el incumplimiento por parte de éstos de las obligaciones propias de su cargo, pues conocían el deficiente funcionamiento de una depuradora que produjo unos vertidos de aguas residuales susceptibles de perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales.

«con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de las Leyes o disposiciones normativas de carácter general»⁷⁹. En estos supuesto el funcionario incurre en responsabilidad penal por omisión en el momento que debiendo ejercer una actividad inspectora no la ejercita con el celo suficiente, pues los funcionarios encargados de la inspección ambiental están obligados a denunciar cuantas infracciones a las leyes o reglamentos ambientales presencien o lleguen a su conocimiento.

La referencia que hace el tipo a «*con motivo de sus inspecciones*» ha planteado la discusión sobre si sólo cuando se produce una inspección cabe aplicar el precepto, de modo que quedan fuera del tipo aquellos casos que aun conociendo la existencia de la actividad no se hace nada en absoluto ni se realiza inspección alguna. Entiendo que el tipo debe abarcar ambos supuestos, pues sería absurdo que se castigaran los casos en que se iniciara una inspección y quedaran impunes aquellos otros en que, pese a conocer el incumplimiento de la normativa, no se hiciera nada en absoluto⁸⁰.

Además de los problemas interpretativos ya aludidos, la introducción de este precepto ha originado algunas críticas sobre todo por parte de aquellos autores que consideran que se produce un favorecimiento injustificado de pena al permitir aplicar al funcionario o autoridad una pena más benigna que la que le correspondería como autor o partícipe conforme al art. 325 CP. No obstante, no creemos que se dé tal situación sino que consideramos que en los casos en que el funcionario actúa en connivencia con el responsable de la actividad contaminante la condición de funcionario no puede tener un efecto atenuante sino que debería ser un factor de agravación.

En consecuencia, el art. 329 CP será aplicable en aquellos casos en que pese al riesgo *ex ante* no llegara producirse la conducta típica del 325 CP, de manera que cabría hacer responsable al funcionario por el art. 329 CP y el particular podría responder como inductor. En cambio, en aquellos casos en que sí resulte aplicable el art. 325 del CP y quepa hacer responsable al funcionario (cooperador necesario), debería responder tanto por el delito de prevaricación por la lesión al correcto fun-

⁷⁹ Estaríamos ante este supuesto cuando industrias o actividades contaminantes no respetan los niveles de emisión reglamentariamente establecidos, no cumplen la normativa sobre tratamiento de aguas residuales, etc.

⁸⁰ Esta solución ha sido acogida por el TS en la Sentencia de 24 mayo 2003, en la que se analiza un supuesto de prevaricación omisiva por parte del alcalde que omitió la realización de las funciones de inspección y control. En ella se condena a un alcalde a siete años de inhabilitación y multa de doce meses por no inspeccionar las instalaciones en que se produjeron vertidos ilegales de purines. En la sentencia se declara que «Partiendo del hecho de que, en ningún momento, se realizó la inspección como señala la sentencia recurrida, lo cierto es que después del reproche a esta inactividad, llega a la consideración de que, esta conducta omisiva, no encaja en el tipo del art. 329 CP. Con ello entra en la paradoja, señalada acertadamente por el Ministerio Fiscal, de penalizar conductas activas, como es llevar a cabo la inspección, cuando el funcionario que la realiza se supone que por motivos ilícitos, silencia la infracción de normas reguladoras del medioambiente y sin embargo la tolerancia, consentimiento e inactividad ante una industria contaminante resultaría impune».

cionamiento de la Administración (art. 404 CP), como por el delito de contaminación ambiental del art. 325 CP⁸¹.

⁸¹ En consecuencia, en estos casos debería apreciarse un concurso ideal de delitos entre la prevaricación del art. 404 y 325 CP, siendo aplicable el art. 329 en los supuestos residuales antes expuestos. Se inclinan por esta solución: BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en AA.VV (Coord. Vives Antón), *Comentarios al Código penal de 1995 II*, Valencia, 1996, p. 153 ss. p. 1.606; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente»: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995, en *AP*, 1998, p. 302; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2004, p. 592; SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, pp. 166-7. En la STS de 25 septiembre 2003, se castiga a un alcalde por prevaricación activa del art. 329.2 CP en concurso con un delitos contra el medio ambiente del art. 325 CP; no obstante, estimo que garantiza en mayor medida el principio *non bis in idem* la aplicación del concurso entre el 404 y el 325.