

MENDO ESTRELLA, Álvaro: *El delito ecológico del artículo 325.1 del Código penal*. Tirant lo blanch. Valencia, 2009, 241 páginas

I

Mi querida discípula, la profesora Avelina Alonso de Escamilla, catedrática de Derecho penal de la Universidad CEU San Pablo de Madrid, fue la directora de la tesis doctoral de Álvaro Mendoza que, parcialmente, en lo referido a los aspectos penales, se publica, cuidadosamente revisada, ahora. Fui altamente honrado en su momento con la designación de la presidencia de su correspondiente Tribunal y la obra –así lo manifesté públicamente sin empacho en aquella ocasión– me gustó entonces y la alabo hoy, cuando se da a la imprenta. La materia, siempre difícil, esta trabajada con rigor y seriedad, y las buenas conclusiones obtenidas lo han sido con limpio esfuerzo intelectual; no en balde Mendoza Estrella es un acreditado profesor de nuestra disciplina en la Universidad Católica de Ávila, extendiendo su docencia a asignaturas como el Derecho penal económico y el procesal, prodigándose también, como distinguido articulista y colaborador, en alguna de las más importantes y prestigiosas revistas científicas españolas, entre ellas el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, el de la Facultad de Derecho de Alcalá o La Ley Penal.

El prólogo de Belén Alonso (pp. 13 y 14), cariñoso y entregado, conocedor del tema, pensado para no restar protagonismo al autor, da cuenta afortunada de los méritos de su pupilo y representa un buen y claro resumen de sus meritorias ideas ofrecidas en el presente trabajo. Mi discípula le dio al suyo, que venía de sus vocacionados estudios entre la bruma salmantina, la luz, la orientación y el impulso necesarios para su superior investigación.

La problemática tratada se vislumbraba por los estudiosos especializados desde lejos, claramente acrecentada en los últimos tiempos. Los incontables abusos, puramente administrativos, en urbanismo y medio ambiente, tanto de particulares como de corporaciones locales, fundamentalmente en las postreras décadas, condujeron al legislador español de forma irremediable, para darles adecuada respuesta, a tipificar estas conductas ilegales, flagrantemente dañinas o destructoras del indispensable equilibrio ecológico, como graves delitos que pueden ser calificados, empleando la terminología tecnológica, de nueva generación. Ante el criterio de seguir manteniendo tales actividades, seriamente antisociales y particularmente lucrativas, en el marco del mero Derecho administrativo sancionador, y a diferencia de otras normativas punitivas comparadas, la comisión redactora ministerial y posteriormente las Cámaras parlamentarias, optaron por la técnica de su inclusión en el texto sustantivo frente a la otra alternativa de enmarcarlas en la ley especial. Es esta postrera posibilidad sistemática la seguida en otros países de nuestro círculo cultural, asimismo con singular fortuna. La unidad legislativa fue la opinión que primó con firmeza en nuestro país en el instante de la decisión final, plasmada después en el Código definitivo. Lo mismo acon-

tecerá, llegándoles su turno, con otras conductas criminales, cuyo crecimiento impune llamaba a escándalo, como los delitos societarios. La dicotomía se está volviendo a plantear hoy, por lo que alcanzo a ver, con la absoluta modernidad de la criminalidad informática que también, sin vacilación, hay que atajar, inclinándome por la revisión de las leyes orgánicas comunes y adjetivas correspondientes más que por el dictado de la precisa norma complementaria.

El contenido del libro de Mendo Estrella, como ya he apuntado, se ha concretado, por elección propia, en el tipo básico acerca de la protección de los recursos naturales y el medio ambiente, centrandó su detenida atención pues en el precepto correspondiente: el 325.1 del Código Penal (a partir de ahora: CP). Y el resultado logrado ha constituido un análisis inteligente y exhaustivo de todas las cuestiones que el tipo presenta, legales y jurisprudenciales, lleno de referencias doctrinales estudiadas, discutidas o tenidas en cuenta, posiblemente, en mi opinión, muy superior en consistencia a cuantos han visto la luz al respecto.

II

El desarrollo de la presente obra, en tres capítulos y anexos, comienza con los antecedentes históricos de la materia, exclusivamente administrativos en un principio, como ya he apuntado, para recalcar en el artículo 45 de nuestra Constitución y disposiciones nacionales y comunitarias concordantes (pp. 17 y ss.). Sin necesidad de remontarse a las contadas disposiciones y criterios lejanos existentes en el tiempo, el profesor Mendo se ha centrado en otros más numerosos, cercanos y específicos que atienden a nuestros Proyectos de Código penal y leyes de los años ochenta, que no han sido razonablemente dados de lado, y que vienen a transformar el conocido, por la inmensa mayoría de la doctrina científica, como «delito ecológico» del derogado artículo 347 bis. CP 1973 (reforma de 1983) «durante doce años (1983-1995) buque insignia de la protección penal del medio ambiente natural» (pp. 35 y 45), culminando en la redacción típica del momento en vigor, estudiado de esta forma con profundidad y conocimiento de causa.

Entre los abundantes temas dogmáticos tratados con amplitud y, en líneas generales, con gran acierto en el libro, quiero resaltar especialmente los siguientes: la cuestión acerca del bien jurídico y de la naturaleza de este delito, el planteamiento de la responsabilidad de las personas jurídicas y de la comisión por omisión, los relativos a la acción típica, al concurso de normas y a la participación criminal. Dejo conscientemente para el final una breve reflexión personal sobre el concurrente delito de prevaricación y su contenido material de injusto. Son los asuntos que más me han interesado o preocupado y, aunque en ellos veo y aprecio la indudable y correcta formación académica del autor, plasmada en todas estas líneas, entiendo que cabe, en relación a alguno de los mismos, la modesta discrepancia en aras del razonable debate que merece una publicación como la presente. Son simples obje-

ciones –a veces solo dudas– universitarias que de la atenta lectura detecto, hechas con espíritu positivo, pues en mí no cabe otro, máxime ante la gran categoría de la aportación presentada por Mendo Estrella.

En cuanto al bien jurídico, el profesor De Ávila distingue, con sumo acierto, entre el mediato y el inmediato que concurren en el presente delito, siendo el primero la protección de la salud de las personas y el segundo la del entorno natural (p. 54).

En segundo lugar, el profesor Mendo apuesta fuertemente por considerar el artículo 325.1 CP como delito de peligro concreto (p. 118), inclinándose de esta manera, tras larga elucubración, por rechazar tajantemente otras posibles y, asimismo, traídas a colación, calificaciones como de riesgo abstracto o hipotético (pp. 126 y ss.). Descartada la primera por contradictoria con la defendida, reserva el peligro hipotético para «las formas imperfectas de ejecución» (p. 142). Esta última categoría no cabe en el presente caso, pues parte de asumir la realidad genérica del *iter criminis* en los delitos de peligro, difícil de concebir cuando el tipo concreto expresa que a todas las acciones del culpable no se le exige la consumación convencional sino la anticipada o cortada, incompatible con la tentativa, significada en la frase «que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». En cambio, la opinión no es arriesgada en el núm. 2 de este mismo precepto, liberar o emitir radiaciones ionizantes –aquí no estudiado– pues estas conductas no plantean problema especial en relación a los dos aspectos legales de la tentativa, al requerirse la efectiva producción de la muerte o lesiones en alguna persona.

En tercer término, completamente de acuerdo me muestro con Mendo en relación a la no necesidad de invocar el artículo 31 CP para hallar la responsabilidad criminal de las personas sociales en este delito (p. 172), en su caso, pues el precepto citado de la parte general de nuestro Código no pasa de ser una simple guía interpretativa. De esta forma, el administrador o representante legal responderá de las conductas del artículo 325.1 CP a título de inductor, coautor, cooperador necesario o cómplice, siendo el autor ejecutor material el sujeto común, ente jurídico o físico, relacionado en el tipo. En cambio, lo que no veo tan claro es que quepa la comisión por omisión, como dice el profesor Mendo (p. 182). De lo que no cabe duda es que sí procede, sin necesidad de cuestionarla, la omisión propia o pura, que en otros delitos del mismo capítulo III del título VXI (Libro II CP) se enumera, pero vacilo al considerar una respuesta afirmativa en lo referente a la equivalencia a la causación por la posición directa de garante, pues yo entiendo, en primer lugar, que solo podría invocarse si a la persona jurídica le incumbiera legalmente el impedir las conductas activas del autor, lo cual es más que discutible; en segundo término, no debe dejar de significarse que el artículo 11 CP, que recoge aquella especial modalidad omisiva, solo es aplicable, en estricto criterio, a los delitos de resultado no a los de peligro ni a los de simple actividad, interpretación restrictiva que debe imponerse, en líneas generales, al tratar siempre de la omisión.

En cuanto al cuarto de los problemas enunciados, el profesor Mendo nos recuerda que el artículo 325.1 CP habla de provocar o realizar los vertidos,

emisiones, extracciones, etc. allí descritas. Y al estudiar los verbos mencionados acaba diciendo, con toda razón, que especialmente el enunciado en primer lugar no se identifica con la provocación contenida en el artículo 18 CP que es acto preparatorio sancionado (p. 57).

Es verdad que el legislador en ocasiones ha utilizado en la parte especial del Derecho penal conductas que han de ser configuradas como elementos normativos de carácter jurídico; por ejemplo, en la inducción y cooperación necesaria al suicidio (art. 143.1.2 CP) o en la inducción a un menor o incapaz a abandonar el domicilio familiar (art. 224 CP). En estos delitos no cabe la promoción genérica ni cualquier consejo, ayuda moral, apoyo verbal o confirmación de la idea decidida por el suicida o el menor, ni todo auxilio de poca monta o entidad que fácilmente puede obtenerse por aquél. El acto típico doloso de autor es incitar en concreto, hacer nacer en ellos de forma eficaz, o sea reiterada, e inmediata, es decir directa, el acto de suprimirse la vida o abandonar el lugar seguro, o bien colaborar conscientemente en la muerte decidida con instrumentos o medios, por lo corriente, no al alcance del que se mata. Es decir, cumplir el mandato indicado en el enunciado del artículo 28 *a*) y *b*) CP, no el del correlativo artículo 29 CP, complicidad impune en este caso. Por el contrario, en el presente artículo 325.1 CP provocar, unido a realizar o captar, es modalidad verbal que nada jurídico penal específico significa ni revela, tratándose pues de un mero elemento descriptivo, del comportamiento criminal en este supuesto, contrapuesto en la clásica teoría del delito a los antes mencionados.

III

Asimismo presenta especial enjundia otro tema, el quinto, advertido por el autor en el texto y cuyo enunciado ya he enumerado anteriormente entre otros.

En efecto, al analizar la concurrencia entre este precepto y el 329 CP, en lo que compete a la participación del funcionario o autoridad, Mendo defiende la tesis del principio de alternatividad de leyes entre ellos en vez del también posible de especialidad (p. 194). Con ello sigue a un importante sector doctrinal, es cierto; pero no menos verdad, sin embargo, es que puede objetarse que, en pura técnica jurídica, lo que asemeja o diferencia ambos criterios no es la literalidad de la igualdad de los artículos o su discrepancia, ni la estricta o discordante identidad material de las penas, sino el partir de la base de que ambos hechos tipificados abarquen, uno u otro (de ahí lo alternativo), toda la completa conducta delictiva del culpable. Si ello es así, en este supuesto la relación concursal del último precepto citado estaría planteada, en todo caso, con el artículo 404 CP, al que se remite, no con el tipo básico medio-ambiental, al tratarse de funcionarios públicos y recoger actividades delictivas estrictamente similares, castigándoles con la pena genérica de la prevaricación, a la que se añade la propia de prisión o multa (alternatividad resuelta por el castigo más grave). Por ello, a tenor de los

combinados criterios generales marcados en el artículo 8.1.^a4.^a CP, rige finalmente en este supuesto, por razón del autor, no por las acciones que son las mismas, el de lo especial, que es el artículo 329 CP, además de encontrarse más severamente penado, por la doble sanción especificada, con toda razón y sentido.

Otra cosa es que el funcionario o autoridad también lleve a cabo previamente las conductas del artículo 325.1 CP; pero entonces, aún a riesgo de salirme de la opinión generalizada de la doctrina, no veo, sinceramente, el problema: se aplicarán las reglas del concurso real de infracciones pues los preceptos violados lo han sido con una doble y diferente consideración (hay bis pero no idem), no compendiada la una en la otra, como responsable o partícipe del delito común y como autor del especial propio, pues las acciones son distintas («dos o más», dice el art. 73 CP): provocar o realizar los vertidos, emisiones, extracciones, etc. y, además, informar favorablemente a sabiendas acerca de su imposible y falsa legalidad, votarlos conscientemente o abstenerse de señalar la irregularidad conocida. En resumen: en los artículos 325.1 y 329 CP, entre sí, rigen las reglas del concurso real de delitos y entre éste y el 404 CP, las de especialidad de normas que vienen a resolver la alternatividad originaria.

Por lo que hace al postrer aspecto reseñado, el de la naturaleza del tipo, atendiendo a la autoría, la vieja cuestión de la participación de los extraños se contempla y castiga, con evidencia, a tenor del artículo 65.3 CP, según su última redacción procurada por Ley 15/2003, con la pena inferior en un grado a la señalada a la infracción de que se trate, estando de más otras soluciones como la igualdad de sanción, la búsqueda brillante de atenuante analógica o la impunidad.

Ya que he tocado el artículo 329 CP –aquí no estudiado, según confesión propia del autor (p. 166)– es decir, el delito cometido por la autoridad o funcionario público que informa favorablemente licencias ilegales, vota a favor de su concesión o silencia en la inspección de su competencia las palmarias infracciones, me parece de interés interpretarlo en relación con la prevaricación a la que se remite y especialmente con su conducta típica.

La esencia del artículo 404 CP, y por ende del citado precepto medio-ambiental, no es únicamente la resolución tomada a sabiendas de su injusticia, hay algo más: estamos hablando del dictado de una resolución, que le concierne al funcionario, manifiestamente arbitraria. Pues bien, en estos hechos delictivos –me refiero concretamente a los contemplados en el art. 329 CP– ha de darse contenido a la dicha y concordante arbitrariedad; y si esto es así, en mi opinión, la que exige el tipo y que pueden cometer los funcionarios y autoridades está localizada, precisamente, en dos modalidades: no sólo en la notoriamente burda decisión caprichosa sino que, además y especialmente, incluye el ignorar los dictámenes o las indicaciones técnicas motivadas de los especialistas y profesionales, sin ulteriores criterios contrapuestos, proveyendo el responsable político en un sentido contrario, a su antojo y según su particular y, en ocasiones, interesado criterio, despreciando o saltándose el preceptivo informe competente no contradicho. Entiendo que seguir esta

interpretación típica, según ley, no es algo forzado y acaba revistiendo al comportamiento ilícito de una naturaleza no solo formal, como hoy es aplicada, sino de antijuridicidad material, convirtiendo así los casos de prevaricación relacionados con el medio ambiente en algo mucho más real y deducible con sencillez de los hechos producidos.

En las partes zagueras de su monografía el profesor Mendo incluye un amplio anexo jurisprudencial (pp. 217 y ss.), referente para el texto, y un no menos extenso repertorio bibliográfico (pp. 233 y ss.), en su totalidad leído, manejado e incorporado al contenido del libro en las correspondientes notas a pie de página, actitud propia de todo buen jurista. Finaliza así, con clásica corrección académica, una obra sólida, bien escrita, digna de encomio, que suscita la meditación, que merece ser tenida muy en cuenta en nuestra literatura científica y que, por lo que a mi respecta, me ha satisfecho y cuya lectura recomiendo vivamente.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: *La valoración de la prueba electrónica*. Tirant lo blanch. Valencia, 2009, 124 páginas

I

Que la prueba es una de las claves del proceso penal no ofrece para nadie dudas. Los estudios a ella dedicados copan muchas de las mejores páginas de los más destacados procesalistas españoles y extranjeros. Si a la contemplación de los instrumentos probatorios genéricos se añade la valoración de las nuevas tecnologías, la temática se convierte en extremadamente interesante. Esto es precisamente lo que ha efectuado el autor en este libro: dedicar su investigación a este concreto aspecto, nuevo y sometido a debate entre la mejor doctrina. A ella se suma, a partir de ahora, la opinión de Eduardo Urbano.

Urbano Castrillo es un profesional de la magistratura. Le conozco desde que fue alumno del Centro de Estudios Judiciales cuando me cupo el honor de dirigirlo y hemos coincidido después en variadas ocasiones en oposiciones y tareas académicas. Después de diversos destinos jurisdiccionales, en la actualidad, y desde hace muchos años, es Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo donde desarrolla su valía y muestra sus conocimientos. Pero hay otra meritoria faceta en Eduardo Urbano que no se debe ni se puede ocultar. Su actividad y vocación docente universitaria que desempeña adecuadamente y de la que son frutos sus monografías y artículos en revistas especializadas.