

ESTUDIOS

Los elementos objetivos del tipo básico del delito medioambiental contenido en el artículo 325.1 del Código Penal. La vinculación con el Derecho Administrativo

ALFREDO FERNÁNDEZ VÁZQUEZ

Juez Sustituto

En el presente artículo se estudian los elementos esenciales que objetivamente configuran el tipo básico del denominado delito ecológico a través, fundamentalmente, de las resoluciones que el Tribunal Supremo y Constitucional han dictado sobre la materia. Se realiza un especial análisis de la problemática derivada de la configuración del tipo penal como norma penal en blanco y de las normas de remisión que pueden ser tenidas en cuenta para su integración, y, también, de la evolución y significativo cambio de visión jurisprudencial producido respecto a uno de los elementos de la norma penal analizados como es el relativo a la situación de peligro.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La remisión a normas extrapenales: La especial vinculación con el Derecho Administrativo.—3. Acto de contaminación.—4. Situación de peligro.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 45 de la Constitución Española de 1978 (CE) establece que: «1.- Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2.- Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3.- Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

Una primera lectura del precepto ya permite conocer el especial amparo que se ha pretendido otorgar al medio ambiente al ser uno de los escasos bienes jurídicos a los que la Constitución señala, expresamente, como posible objeto de tutela penal, acogiendo la posibilidad de que el legislador formule su protección jurídica mediante la combinación de medidas y medios administrativos y penales. Además, la norma fundamental establece el mandato de que los poderes públicos velen por la utilización racional de los recursos naturales con el fin de «defender y restaurar el medio ambiente» y tiene en cuenta la acción social en este ámbito al referirse a la «indispensable solidaridad colectiva».

El citado artículo 45 CE se encuentra ubicado en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución bajo el epígrafe «De los principios rectores de la política social y económica» que, conforme es aceptado generalmente, es un capítulo que contiene normas que no acogen derechos subjetivos sino que refleja «normas de asignación de fines al Estado», como las denomina la doctrina alemana, o, dicho de otro modo, acoge principios informadores que cumplen una función orientadora del rumbo a seguir por los poderes públicos que, en todo caso, precisan del desarrollo legislativo para su efectividad ya que han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (artículo 53.3 CE).

A pesar de la señalada ubicación constitucional cada vez son más las resoluciones judiciales que perfilan y permiten vislumbrar, desde variadas perspectivas, una futura consideración del derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado como un auténtico derecho subjetivo indiscutible dada su frecuente vinculación con auténticos derechos fundamentales¹.

La acción de la actualmente denominada Unión Europea (UE) a favor de la protección del medio ambiente ha evolucionado rápida y fluidamente desde sus inicios en las últimas décadas del siglo xx siendo hoy en día la política medioambiental, conceptuada en un sentido amplio, una de las más relevantes y desarrolladas en el ámbito comunitario. Desde un enfoque más global la Organización de Naciones Unidas (ONU) también ejerce una importante actuación a favor del medio ambiente que ha dado lugar a importantes instrumentos de compromiso internacional como el denominado «Protocolo de Kioto» (firmado el 11 de diciembre de 1997, con entrada en vigor el 16 de febrero de 2005), aprobado para abordar e intentar solucionar un problema de alcance planetario como es el llamado «cambio climático» a través del compromiso de los estados vinculados para reducir la emisión de los principales gases causantes del efecto invernadero (dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, hidrofluorocarbonos, perfluorocarbonos y hexafluoruro de azufre)².

La actuación y políticas de la UE en materia medioambiental³ han dado lugar a la creación de un importantísimo cuerpo normativo, asumido muchas veces de forma

¹ Expresión de esta tendencia jurisprudencial es la nueva perspectiva abierta por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 119/2001, de 24 de mayo, que ha dado lugar, entre otras, a las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003 y 10 de abril de 2003, en las que se razona, en relación con el tema tratado, que un problema de contaminación medioambiental como es el ruido soportado en una vivienda puede afectar a derechos fundamentales, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, concretamente a los relativos a la vida personal y familiar en el ámbito domiciliario (arts. 18 de la Constitución y 8.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 o Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

² A pesar del optimismo que internacionalmente ha generado la entrada en vigor del Protocolo de Kioto no se puede ignorar que no han asumido sus compromisos muchos de los países más contaminantes del planeta como los Estados Unidos, China o la India.

³ Recordar que el Estado español forma parte de la UE desde el 1 de enero de 1986.

directa por los estados miembros (tal como ocurre con los Reglamentos), y, otras, la mayor parte, mediante la trasposición de las normas comunitarias a los diversos ordenamientos jurídicos internos mediante la aprobación y publicación de sus propias normas jurídicas (así ocurre de ordinario con las Directivas).

En el caso del Estado español con anterioridad a la publicación y entrada en vigor de la Constitución de 1978 el legislador había elaborado escasas normas, de naturaleza esencialmente administrativa, destinadas, directa o indirectamente, al control de actividades susceptibles de causar daño al medio ambiente (la primera norma estatal que expresamente contenía la denominación medio ambiente fue el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, conocido como RAMINP). Con posterioridad a la entrada en vigor del texto constitucional la incorporación a la UE ha supuesto la asunción y común desarrollo de un importantísimo cuerpo jurídico destinado a la protección del medio ambiente, estatal y autonómico, específico y sectorial, regulador de cuestiones medioambientales de forma directa o teniendo en cuenta el factor medioambiental en normativas en principio ajenas a la materia.

En el ámbito estrictamente penal será la reforma del antiguo Código Penal del año 1973 operada mediante la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, la que dé lugar a una primera protección penal general del bien jurídico medio ambiente mediante la introducción, en la rúbrica de la Sección 2.^a del Capítulo II (delitos de riesgo en general), Título V, Libro II del Código Penal, de la mención expresa «y el medio ambiente», junto a los «delitos contra la salud pública», y la inclusión en esta sección de un nuevo y único precepto destinado específicamente a la protección medioambiental, el artículo 347 bis, explicando la Exposición de Motivos de la ley la introducción de este precepto mediante estos elocuentes términos: *«La protección jurídico-penal del medio ambiente, a pesar del rango constitucional que este bien de todos tiene, era prácticamente nula. La urgencia del tema viene dada por lo irreversibles que resultan frecuentemente los daños causados. Sin duda, unos preceptos penales no han de poder por sí solos lograr la desaparición de toda industria o actividad nociva para personas o medio ambiente; pero también es evidente que cualquier política tendente a introducir rigurosidad en ese problema requiere el auxilio coercitivo de la Ley penal»*.

La entrada en vigor del Código Penal de 1995 supuso un notorio impulso a la protección penal del bien jurídico medio ambiente al incluir y encabezar su Título XVI del Libro II con la rubrica «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», acogiendo expresamente dos capítulos con un indudable contenido medioambiental como son el Capítulo III («De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente») y el Capítulo IV («De los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna», actualmente, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, denominado «De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos»), sin perjuicio de las disposiciones comunes contenidas en el Capítulo V⁴.

La reforma operada en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha mantenido la anterior

⁴ Además de esta protección específica en otros tipos incluidos en el Código Penal de 1995 se encuentran supuestos que indirectamente protegen el bien jurídico medio ambiente como, por ejemplo, los tipos penales relativos al delito de incendio,

redacción del tipo básico del delito medio ambiental contenido en el artículo 325 (si bien pasando a ser apartado 1) y la introducción de un apartado 2 en dicho precepto⁵, así como la reforma de otros artículos también protectores del medio ambiente (art. 328, 332, 333, 334, 335, 336 y 337), reformas que entraron en vigor el 1 de octubre de 2004 (conforme establecía la disposición final 5.ª de la señalada LO 15/2003).

El legislador, tanto en el antiguo Código Penal de 1973 como en el vigente de 1995, ha optado, para configurar el tipo básico del delito medio ambiental o ecológico acogido en el actual artículo 325.1, por acudir a la técnica de elaboración de normas penales en blanco, obligado por la creciente normativa medioambiental y complejidad de la problemática de este bien jurídico, así como por la evidente vinculación de la materia con abundantísimas normas del ámbito del Derecho Administrativo.

La dificultad de la protección penal del medio ambiente ya se pone en evidencia por el simple hecho de que el bien jurídico que se pretende amparar es usualmente calificado como concepto jurídico indeterminado o, según palabras del Tribunal Constitucional (STC núm. 102/1995, de 26 de junio), *«ha de calificarse como concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional y, por tanto, interdisciplinar», «cuya idea rectora es el equilibrio de los múltiples factores (físicos, culturales, económicos y sociales) que lo integran y que rodean a las personas, en el espacio y en el tiempo»*.

En las siguientes líneas se intenta analizar en profundidad, desde una perspectiva fundamentalmente jurisprudencial, cada uno de los elementos objetivos incluidos en el tipo penal básico de protección del medio ambiente contenido en el artículo 325.1 del Código Penal, prestando especial atención a su estrecha vinculación con normas extrapenales, esencialmente de carácter administrativo, procedentes de muy diversas fuentes.

Es necesario partir de la base de conocer el texto del precepto y los elementos objeto de estudio.

Respecto al texto, el artículo 325.1 del Código Penal de 1995, establece: *«Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones 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»*.

⁵ La reforma operada en el Código Penal de 1995, a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo un nuevo apartado 2 en el precepto, con el siguiente contenido: *«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»*.

Puesto que la jurisprudencia que se va a reseñar en las próximas líneas en ocasiones se refiere al antiguo tipo básico del delito medioambiental acogido en el derogado artículo 347 bis del Código Penal de 1973 es conveniente transcribir su contenido, concretamente su primer párrafo, (ya que en los siguientes se contenían supuestos agravados), que establece lo siguiente: *«Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles»*.

Respecto a los elementos objetivos esenciales que se van a analizar y que caracterizan el vigente tipo básico del delito ecológico acogido en el artículo 325.1 del Código Penal de 1995, (al igual que ocurría con el derogado artículo 347 bis del Código Penal de 1973), jurisprudencia reiterada ha indicado que son los siguientes: contravención de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, acto de contaminación y creación de una situación de peligro ⁶.

2. LA REMISIÓN A NORMAS EXTRAPENALES: LA ESPECIAL VINCULACIÓN CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El artículo 325.1 del Código Penal de 1995 ha sido configurado por el legislador con la estructura típica de una ley penal en blanco al exigir el precepto que la conducta típica se realice «contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente», es decir mediante la infracción de normas ajenas al propio código criminal.

El recurso a las leyes en blanco en textos punitivos tradicionalmente ha despertado grandes recelos ya que puede suponer la vulneración de un principio esencial en el ámbito penal como es el de legalidad, no obstante la doctrina mayoritaria admite su compatibilidad con el axioma legalista siempre que la llamada norma complementaria o fuente a la que se remite la norma penal se limite a especificar detalles técnicos del tipo, cuyo contenido de desvalor ha de estar enteramente delimitado por la ley en blanco.

⁶ Sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de fecha 17 de septiembre de 2001 (FJ 3.º): «... El comportamiento típico contenido en el artículo 325 conforma el supuesto básico en la tutela de los recursos naturales y del medio ambiente. El precepto presenta la misma estructura fundada en tres elementos que caracterizaba el anterior artículo 347 bis: infracción de una norma extrapenal, acto de contaminación y creación de una situación de peligro...»; de 22 de julio de 2004 (FJ 2.º): «Como es sabido el tipo objetivo del delito llamado ecológico –artículo 325 CP– requiere que: a) el autor haya realizado vertidos, emisiones, radiaciones, etc., en el suelo, la atmósfera, aguas, etc.; b) que éstos contravengan leyes u otras disposiciones obligatorias para el medio ambiente; y c) peligro de grave perjuicio del equilibrio de los sistemas naturales.»; o la de fecha 27 de septiembre de 2004 (FJ 1.º): «Ambos preceptos – 325 CP 1995 y 347 bis CP 1973– contienen los tres elementos objetivos que conforman el supuesto básico de la tutela de los recursos naturales y del medio ambiente, constituidos por el acto de vertido, la infracción de una norma extrapenal y la creación de una situación de peligro».

Las iniciales dudas que podría generar la constitucionalidad del artículo 325.1 del Código Penal, en su redacción actual, por articularse como una ley penal en blanco, entiendo que han de considerarse descartadas a la vista del contenido de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional (TC), que estudiando el problema de la posible vulneración del principio de legalidad del derogado artículo 347 bis del Código Penal de 1973, también configurado como norma penal en blanco, niegan su posible inconstitucionalidad. Concretamente me refiero a las Sentencias núm. 127/1990, de 5 de julio (FJ 3.º) y la posterior núm. 62/1994, de 28 de febrero (FJ 3.º) que, con cita expresa de la anterior, señala lo siguiente: «... el artículo 347 bis CP, como ya hemos dicho en la STC 127/1990, reúne los requisitos de «*lex praevia, certa y scripta*» exigido constitucionalmente, puesto que formula una remisión expresa y completa a normas específicas y define el núcleo esencial de la conducta prohibida (provocar o realizar emisiones o vertidos que pongan en peligro grave la salud o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, etc.) remitiéndose solamente para completar el tipo a una circunstancia, o sea, la de que aquellos actos se realicen contravieniendo leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, con lo cual queda definido asimismo de modo suficiente este elemento, consistente en una infracción administrativa de normas que tengan aquella finalidad».

Establecida, aunque sea de forma indirecta, la constitucionalidad del artículo 325.1 del Código Penal, es necesario referirse a la remisión que realiza a la contravención de las «leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente», expresión que constituye un elemento normativo del tipo penal.

La cuestión de qué normas se deben incluir en tal remisión se presenta compleja y ha suscitado diversas incertidumbres, en gran parte derivadas del hecho de que en la actualidad existe una abundante normativa administrativa protectora del medio ambiente que emana de fuentes comunitarias, estatales, autonómicas e incluso locales, siendo cuando menos dudoso que muchas de las normas dictadas desde esos ámbitos tengan el «carácter general» de protección del medio ambiente que exige el tipo penal.

En el seno de la UE las normas vinculadas a la protección del medio ambiente son numerosas debido a que la política medioambiental comunitaria es una de las de mayor relevancia y desarrollo fruto de una importante evolución en las últimas décadas. La creciente preocupación por cuestiones relacionadas con el medio ambiente ha ido provocando un progresivo y notable incremento de acciones y normas comunitarias que han generado un importantísimo cuerpo jurídico conformado en la actualidad por varios centenares de disposiciones relacionadas, directa o indirectamente, con esa materia (reglamentos y, sobre todo, directivas), siendo previsible que este conjunto normativo continúe incrementándose.

En un breve y sintético repaso histórico sobre la evolución y actual configuración de la amplia normativa de la UE se puede señalar que el origen del actual cuerpo jurídico comunitario medioambiental se sitúa en la Conferencia de Estocolmo celebrada en 1972, auspiciada por la ONU, ya que en ella nacerá la idea de establecer una política comunitaria común en la materia y, consecuencia de ello, fue la aprobación sucesiva de tres programas de acción comunitaria: los dos primeros, de 1973 y 1977, respectivamente, orientados, sobre todo, a la búsqueda de respuestas inmediatas y concretas a los graves problemas de la contaminación estableciendo límites a la emisión de determinados elementos contaminantes y normas sobre gestión de residuos; el tercero, de 1983, instaura una estrategia preventiva y global para la protección

del medio ambiente y de sus recursos (una de sus consecuencias es la aprobación de la importante Directiva 85/337/CEE sobre Evaluación de Impacto Ambiental). Posteriormente el tratado denominado Acta Única Europea, con entrada en vigor el 1 de julio de 1987, introduce, por primera vez, una base jurídica específica para el desarrollo de una política ambiental comunitaria y da lugar al cuarto programa de acción 1987-1992. El Tratado de la Unión Europea, suscrito en el año 1992, con entrada en vigor el 1 de noviembre de 1993, fijará definitivamente la existencia de una política común en materia medioambiental, estableciendo la preferencia e integración de dicha política en las demás políticas comunitarias y reforzando el poder de decisión de la Unión frente a los estados miembros en esta materia⁷. En el año 1992 se aprobó el Quinto Programa Comunitario en Materia de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible para el periodo 1992-2000 que ha constituido uno de los pilares y fundamentos de la actuación real frente a la problemática medioambiental y ha sido, en gran medida, precursor de la situación actual. En ese mismo año 1992 se aprobaron en el seno de la ONU dos acuerdos esenciales que se han convertido en hitos medioambientales de carácter global, concretamente las denominadas «Declaración de Río de Janeiro» y «Agenda 21». Con el Tratado de Ámsterdam, suscrito el 2 de octubre de 1997 y con entrada en vigor el 1 de mayo de 1999, el desarrollo sostenible (aquel que satisface las necesidades actuales sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer las suyas) se consolidó como misión de la UE junto con el principio de integración de la política medioambiental en las restantes políticas comunitarias. Por Decisión núm. 1600/2002/CE, de 22 de julio de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, se aprobó el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente para el periodo 2002-2012, que, al menos parcialmente, se configura como una continuación y revisión del anterior programa⁸. El proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa también contiene referencias expresas a la protección del medio ambiente.

⁷ El Tratado de la Unión Europea establece como objetivos de la política ambiental comunitaria los siguientes: A) la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente; B) la protección de la salud de las personas; C) la utilización prudente y racional de los recursos naturales; D) el fomento de medidas a escala internacional para hacer frente a los problemas medioambientales regionales y mundiales. También establece como principios básicos de la política ambiental comunitaria los de cautela y de acción preventiva, de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en su fuente, y «quién contamina paga».

⁸ Los principales aspectos del Quinto Programa fueron los siguientes: 1.º participación en la estrategia medioambiental de los principales agentes de la sociedad, es decir, los poderes públicos, las empresas públicas y privadas y población en general; 2.º selección de cinco sectores prioritarios para aplicación de la política medioambiental: industria, energía, transportes, agricultura y turismo; 3.º además del desarrollo sostenible, establecía una serie de problemas preferentes que era necesario abordar e intentar solucionar: cambio climático, acidificación y calidad de la atmósfera, protección de la naturaleza y diversidad biológica, gestión de los recursos hídricos, medio ambiente urbano, zonas costeras, gestión de residuos; 4.º se señalaban una serie de prioridades: gestión sostenible de los recursos naturales (suelo, agua, espacios naturales y zonas costeras), lucha integrada contra la contaminación y reducción del volumen de residuos, reducción del consumo de energías no renovables, gestión eficaz de transportes, mejora de la calidad del medio ambiente urbano, incremento de la salud y seguridad públicas, con especial mención de la necesidad de la evaluación de riesgos industriales, seguridad nuclear y protección frente a las radiaciones; 5.º se establecían los instrumentos de actuación para la consecución de los fines del programa que eran fundamentalmente normativos, de mercado, instrumentos horizontales de apoyo y mecanismos financieros (como por ejemplo los programas Life o los fondos estructurales Feder y otros como los fondos Fse y Feoga, entre otros).

El actualmente vigente Sexto Programa, sucesor del anterior, que acoge la estrategia de la UE en materia medio ambiental hasta el año 2012, parte de ideas ya consolidadas en la política comunitaria como son la necesidad de integración de la problemática medioambiental en todas las políticas comunitarias y de al-

El interrogante que inevitablemente se plantea es el relativo a si las disposiciones que integran el cada vez más amplio y complejo cuerpo jurídico de la UE sobre materias medioambientales, fruto de la evolución que se acaba de resumir, pueden ser normas a tener en cuenta para la calificación de un hecho como delictivo o, dicho de otra manera, si se pueden considerar normas incluidas en la remisión a disposiciones extrapenales efectuada por el artículo 325.1 del Código Penal.

Para una correcta visión de la cuestión es conveniente recordar que el ordenamiento jurídico comunitario se caracteriza por ser un conjunto de normas organizado y estructurado, que posee sus propias fuentes y está dotado de órganos y procedimientos aptos para producirlas, interpretarlas y sancionar su cumplimiento, y que, en la actualidad, es generalmente aceptado que el Derecho Comunitario constituye un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los estados miembros de la UE y que sus normas, una vez dictadas, adquieren automáticamente estatuto de derecho positivo en el ordenamiento interno de cada estado, es decir, se produce su aplicabilidad inmediata y conforme a los principios básicos que le caracterizan: eficacia directa y primacía (el ejemplo más claro de lo que se acaba de decir se encuentra en la aplicación de los Reglamentos comunitarios, los cuales se insertan inmediatamente y *per se* en el ordenamiento jurídico interno de los estados sin necesidad de ninguna medida de recepción por parte de estos). Por otra parte, la garantía mínima de los principios de efecto directo y de primacía del Derecho Comunitario determina que en caso de conflicto entre una norma interna, incluidas las propias constituciones de los estados miembros, y una norma comunitaria, ha de aplicarse de forma prevalente la norma comunitaria, dando lugar a la inaplicación de la norma interna incompatible. Esto supone que los órganos jurisdiccionales, en el supuesto de que una ley interna contradiga una norma comunitaria, deben de dejar inaplicada la ley nacional por su propia autoridad, es decir, sin esperar a que se derogue o modifique. La obligación de salvaguardar la primacía absoluta del Derecho Comunitario se extiende, además, a todas las administraciones de los estados miembros.

Establecido lo anterior se puede afirmar que las disposiciones comunitarias que adopten la forma de Reglamento comunitario, al tener como características principales su carácter general, obligatorio y aplicación directa a todos los estados miembros de la UE y a todos sus ciudadanos una vez publicados en el *Diario Oficial de la Comunidad Europea (DOCE)*, sin perjuicio de la *vacatio legis* que puedan establecer, pueden ser normas de referencia aptas para integrar el tipo penal. La cuestión se presenta mucho más dudosa respecto a las normas jurídicas que adopten la forma de

canzar un desarrollo sostenible, e, igualmente, establece prioridades clave y establece unos objetivos a alcanzar. Los campos prioritarios de actuación son: cambio climático, naturaleza y biodiversidad, medio ambiente, salud y calidad de vida, y, por último, la gestión sostenible de los recursos naturales y los residuos. Por otro lado, el Sexto Programa, para alcanzar los fines que se propone, establece los siguientes medios: desarrollo de la legislación comunitaria, aplicación y cumplimiento más efectivo de la normativa comunitaria, creación y desarrollo de planes de protección medioambiental en nuevos ámbitos o sectores, fomento de la participación y asociación de ciudadanos y organizaciones no gubernamentales, fomento de modelos sostenibles de producción y consumo con participación de empresas y consumidores, apoyo a la integración de aspectos medioambientales en el sector financiero, fomento de la utilización y gestión efectiva y sostenible de la tierra y el mar, creación de un régimen comunitario de responsabilidad ambiental y el establecimiento de estrategias temáticas en los ámbitos de acción señalados como prioritarios.

Directiva comunitaria dado que, en principio, son normas dirigidas a los estados, no a los ciudadanos, y necesitan ser traspuestas al ámbito interno.

Dejando el ámbito comunitario, a nivel interno o estatal inicialmente parece que sólo las disposiciones que emanan de los órganos del Estado con capacidad normativa pueden gozar del requisito de «generalidad» que exige el tipo básico del delito medioambiental y que, por ello, pueden ser incluidas en la remisión efectuada por la norma penal. La incertidumbre y controversia se ha planteado respecto a la inclusión o no, en el reenvío, de las disposiciones aprobadas por las Comunidades Autónomas, especialmente debido a que se alega que no cumplen el señalado requisito en cuanto que no son susceptibles de ser aplicables o aplicadas a todos los ciudadanos y territorios del Estado⁹. Similar cuestión se plantea en relación con las disposiciones dictadas por los entes locales.

Para un correcto conocimiento de la situación es preciso recordar que el legislador preconstitucional había elaborado y aprobado escasas normas de protección medioambiental, que se dictaron esencialmente en el ámbito administrativo y estaban destinadas, directa o indirectamente, al control de actividades susceptibles de causar daño al medio ambiente (usualmente mediante su sometimiento al requisito de la licencia o autorización administrativa) y que, con posterioridad a la vigencia del texto constitucional de 1978, la incorporación del Estado español a la UE ha supuesto la asunción y común desarrollo de un importantísimo cuerpo jurídico comunitario destinado a la protección del medio ambiente. Además, es imprescindible tener en cuenta que a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 se configura un estado complejo en el que se produce un reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas correspondiendo al Estado la competencia exclusiva para la promulgación de la legislación básica en materia de protección del medio ambiente, sin perjuicio de la facultad normativa adicional que corresponde a las Comunidades Autónomas con respeto, en todo caso, a la normativa básica estatal, y de sus funciones de ejecución de la normativa propia y la básica estatal (149.1.23.º CE). Por su parte el artículo 148.1.9 de la Constitución señala que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en «la gestión en materia de protección del medio ambiente» (tal posibilidad se extiende a otros ámbitos íntimamente relacionados con el medio ambiente como la ordenación del territorio, montes, pesca, caza, ...). Igualmente es nece-

⁹ En la Comunidad Autónoma de Galicia el Estatuto de Autonomía de 1981 reconoce expresamente la competencia de la Comunidad para dictar normas adicionales sobre protección del medio ambiente así como para legislar sobre materias relacionadas con el mismo sometidas a su exclusiva competencia en su ámbito territorial. Le corresponde, entre otras potestades, el ejercicio de las competencias en materia de medio ambiente y conservación de la naturaleza que se establecen en el artículo 27 núm. 10 (montes, aprovechamientos forestales, vías pecuarias y pastos), núm. 11 (montes vecinales en mano común), núm. 15 (pesca en rías y demás aguas interiores, marisqueo, acuicultura, caza, pesca fluvial y lacustre) y núm. 30 (normas adicionales sobre protección del medio ambiente y paisaje) del Estatuto, así como en su artículo 29.4 (ejecución de la legislación del estado en materia de vertidos industriales y contaminantes en el mar territorial del estado correspondiente al litoral gallego). Al igual que ha ocurrido en los ámbitos europeo y estatal en Galicia la elaboración y aprobación de normas administrativas de protección del medio ambiente ha sido grande en los últimos tiempos, a título de ejemplo de esta producción normativa citar las siguientes: Decreto 442/1990, de 13 de septiembre, de evaluación del impacto ambiental; Ley 1/1995, de 2 de enero, de protección ambiental; Ley 7/1997, de 11 de agosto, de protección contra la contaminación acústica; Ley 10/1997, de 22 de agosto, de residuos sólidos urbanos; Ley 8/2001, de 2 de agosto, de protección de la calidad de las aguas de las rías y de ordenación del servicio público de depuración de las aguas residuales urbanas; Ley 9/2001, de 21 de agosto, de conservación de la naturaleza; Ley 8/2002, de 18 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico; ...

sario indicar, por un lado, que en los ámbitos no normados por cada comunidad será de aplicación la normativa estatal en virtud del principio de supletoriedad contenido en el artículo 149.3 de la Constitución, y, por otro, que la distribución competencial relativa a otras materias en las que incide la normativa medioambiental provoca, con cierta frecuencia, conflictos de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas¹⁰.

En definitiva, la protección ordinaria del medio ambiente, en los diversos sectores que incide, ha sido regulada y está siendo regulada, a nivel estatal y autonómico, mediante normas generalmente de índole administrativa que, al igual que ocurre en el ordenamiento comunitario, y como consecuencia de la integración en el mismo, evolucionan y se incrementan, siendo necesario determinar cuales de esas normas puede ser objeto del reenvío efectuado por el tipo básico del delito ecológico.

La jurisprudencia constitucional y penal se han referido, inevitablemente, a las cuestiones que se han planteado, es decir las relativas a concretar si en la remisión efectuada por el artículo 325.1 del vigente Código Penal a normas extrapenales se pueden incluir las normas comunitarias, estatales, autonómicas o locales protectoras del medio ambiente.

A determinadas normas comunitarias y a las leyes autonómicas se ha referido el Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 120/1998, de 15 de junio. En esta Sentencia (FJ 4.º), en primer lugar, tras señalar que el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, y de recordar que las disposiciones comunitarias pueden invocarse ante el órgano jurisdiccional nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones, establece la validez de los Reglamentos comunitarios como complemento del tipo penal afirmando que: «... *la conclusión es que una norma del Derecho Comunitario, originaria o derivada, en atención a su primacía en el orden interno, es susceptible de integrar el supuesto de hecho de una norma penal, incluso si ésta exige para su complemento que tenga rango legal, como ocurre en el presente caso*».

A continuación se refiere a las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas en materia de protección medioambiental estableciendo que también pueden completar la ley penal incompleta aún a pesar del posible trato diferencial que se puede producir a en los diferentes territorios del Estado razonando, en síntesis, que: «... *nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado una estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir la legislación estatal y la legislación autonómica. La función que corresponde al Estado de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 149.1.1.ª CE), no puede ser entendida de tal manera que vacíe de contenido las competencias que las Comunidades Autónomas asuman al amparo del artículo 148 de la Constitución y de sus propios Estatutos de Autonomía, que han de ser respetadas en sus propios términos ...* . A partir de esta premisa, es posible que sea diferente la posición jurídica de los ciudada-

¹⁰ Un buen ejemplo de estos conflictos fue el provocado por la aprobación de la Ley de Aguas de 1985, frente a la cual interpusieron recursos de inconstitucionalidad varias comunidades autónomas por considerar, entre otras cosas, que vulneraba sus competencias, cuestión resuelta por la amplísima Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 227/1988, de 29 de noviembre, que, entre otras cosas, en lo que nos interesa, refiere (FJ 21.º) «... *que las competencias estatales de gestión en materia de aguas dejan expresamente a salvo el ejercicio de las competencias autonómicas sobre ordenación del territorio y protección ambiental, ...*».

nos en las distintas partes del territorio nacional ... la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.11 de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino que, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales. De estas consideraciones se desprende que el órgano judicial puede seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias. En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el artículo 25.1 de la CE y que no «introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio», doctrina que hemos reiterado en relación con la capacidad sancionadora de las Comunidades Autónomas. Puesto que de acuerdo con nuestra doctrina acerca de las leyes penales en blanco ... el núcleo del delito ha de estar contenido en la ley penal remitente, la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento inesencial de la figura delictiva».

La Sentencia concluye el amplio razonamiento jurídico referido de forma categórica señalando: *«Una vez sentada la validez de estos dos complementos -el Reglamento de Derecho comunitario y la Ley de la Comunidad Autónoma-, no resulta ya preciso examinar el resto de las normas mencionadas por la Sentencia impugnada».*

Desde el punto de vista constitucional, por tanto, se puede concluir que no existe obstáculo para la remisión a normas extrapenales efectuada por el artículo 325.1 del Código Penal y que dentro de las normas ajenas al texto punitivo a tener en cuenta para integrar el tipo penal se pueden incluir los reglamentos comunitarios y las normas de cada comunidad autónoma dictadas en el ámbito de sus competencias que se acomoden a las garantías contenidas en el artículo 25.1 de la Constitución y que no discrepen de forma irracional y desproporcionada respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio del Estado.

En el orden penal la Sentencia núm. 52/2003, de 24 de febrero, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (FJ 1.º), realiza un amplio y detenido estudio sobre la cuestión que nos ocupa, analizando qué normas extrapenales han de ser referente para la integración del tipo contenido en el artículo 325.1 del Código Penal, teniendo en cuenta la gran variedad de fuentes de las que emana la normativa de protección del medio ambiente. Así, considera que han de entenderse incluidas en la remisión o reenvío las siguientes normas: las leyes y reglamentos estatales (*«La reserva de Ley Orgánica en materia penal no impide, ha expresado el Tribunal Constitucional, la remisión a normas de rango inferior para integrar un tipo cuyo núcleo esencial se describa en el Código Penal, por lo que es perfectamente posible que la remisión se efectúe a Reglamentos y a Leyes estatales que no sean orgánicas ... »*); las leyes o disposiciones generales protectoras del medio ambiente dictadas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias (*«... si bien es cierto que corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar Leyes sobre Derecho Penal, dicho principio no sufre menoscabo cuando es la legislación estatal la que determina la pena y fija el núcleo esencial del injusto, limitándose a remitir a la legislación autonómica aquellos aspectos extrapenales que son de su competencia. Así el artículo 149.23 de la Constitución establece que el Estado tiene competencia exclusiva respecto a la legislación básica*

sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio, añade, de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. Es indudable, por tanto, que las Comunidades Autónomas tienen facultades para dictar «Leyes o Disposiciones Generales protectoras del medio ambiente», cuya infracción constituye un elemento normativo del tipo penal en el delito ecológico»; los reglamentos, ordenanzas y disposiciones municipales que sancionen como infracción administrativa determinadas conductas contra el medio ambiente si bien condicionadas a que tengan respaldo en una ley del Estado o de una Comunidad Autónoma («... teniendo en cuenta que el artículo 25.f) de la Ley de Bases de Régimen Local atribuye a la Administración local competencias para “la protección del medio ambiente”, podrá tipificar mediante ordenanzas la imposición de multas. La ordenanza local cumple un papel complementario indispensable de la ley sectorial protectora del medio ambiente que les da cobertura. Sería inconstitucional, por infracción del principio de reserva legal, la ordenanza local que sancionara como infracción los comportamientos que no tuvieran previo acomodo legal. Por el contrario es perfectamente lícito y acorde con la Constitución que reglamentos, ordenanzas y disposiciones municipales puedan sancionar como infracción administrativa determinadas conductas contra el medio ambiente siempre que tengan respaldo en una ley del Estado o de una Comunidad Autónoma»); las normas comunitarias de protección ambiental con rango de Reglamento («En cuanto a los Reglamentos el artículo 249 del Tratado de la CEE dispone que «el Reglamento tendrá valor general. Será obligatorio en todas sus partes y directamente aplicable a cada uno de los Estados miembros»; en consecuencia, las normas de protección ambiental dictadas por la Comunidad Europea con rango de Reglamento pueden integrar el tipo penal del delito ecológico, incluyéndose en la remisión que éste efectúa a las «disposiciones de carácter general»); por último, en relación con las Directivas comunitarias, para cuya aplicación, en principio, es necesaria la trasposición expresa a los ordenamientos jurídicos propios de cada estado, establece que únicamente pueden tener eficacia para restringir el tipo penal pero no para ampliarlo (la resolución judicial, tras analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las posiciones doctrinales existentes, concluye: «En consecuencia, para la integración del tipo penal del artículo 325 del Código Penal han de tenerse en cuenta, como normativa administrativa cuya infracción integra el tipo, los Reglamentos de la Comunidad Europea que tienen aplicación directa y primacía sobre el Derecho interno, mientras que las Directivas pueden tener eficacia exclusivamente para restringir el tipo pero no para ampliarlo.»)

Por último realizar una breve referencia al tipo de relación que obviamente existe entre el Derecho Penal y Administrativo en la protección del medio ambiente, que se refleja con claridad en la exposición realizada en los párrafos anteriores, en el propio texto constitucional (art. 45.3 CE), o en los supuestos agravados contenidos en el artículo 326 del Código Penal de 1995¹¹ y en la denominada prevaricación medio-

¹¹ Artículo 326 CP 1995: «Se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones; b) que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior; c) que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma; d) que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración; e) que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico; f) que se produzca una extracción ilegal de agua en período de restricciones.»

ambiental prevista en el artículo 329 del mismo texto punitivo¹². Son dos las posiciones doctrinales y jurisprudenciales principales, la tradicional, que afirma la accesoriidad del derecho penal respecto al administrativo, y otra, más moderna, que niega tal relación de accesoriidad o subordinación teniendo en cuenta la cada vez mayor relevancia e importancia del bien jurídico que se pretende amparar, el medio ambiente.

Para tener una visión de la relación entre ambas ramas del derecho hay que partir de que el artículo 325.1 del Código Penal establece como elemento fundamental para establecer la frontera entre el ilícito administrativo y el penal el de la gravedad del riesgo producido. Así, por ejemplo, lo afirma la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 1411/2003, de 25 de octubre (FJ 1.º): *«Ciertamente, el examen del artículo 325 del Código Penal revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”. La delimitación de los delitos de las infracciones administrativas viene determinada, pues, por la gravedad del riesgo producido, lo que exige un área de concreción que la jurisprudencia vendrá realizando caso por caso dado su carácter eminentemente circunstancial ...»*.

El tipo penal exige que las conductas tipificadas «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», y se configura como un tipo penal en blanco, como ya se ha indicado, en el que se exige, como elemento normativo del tipo, que la acción u omisión del sujeto activo contravenga normas extrapenales administrativas. Por otro lado, para el establecimiento de la protección más extrema, la penal, será necesario tener en cuenta y tomar como base la plena aplicación del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho Penal en un moderno Estado de Derecho, lo que se traduce en que sólo ante los ataques más intolerables contra el medio ambiente será legítimo el recurso a la ley criminal para su tutela coercitiva.

Teniendo en cuenta estos elementos se puede considerar que la protección inicial y ordinaria del medio ambiente, preventiva y sancionadora, corresponde al ámbito administrativo y que la acción del Derecho Penal se ha de reservar a aquellos supuestos en que, además de la infracción de la norma extrapenal, se produzca una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido.

Como se decía, la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado, en un principio, afirmando el carácter accesorio o subsidiario de la protección penal del medio ambiente respecto a la tutela dispensada por el Derecho Administrativo sobre la base de la idea de que si no existe infracción administrativa no existe infracción penal. Así, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 538/1992,

¹² Artículo 329 CP 1995: «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 refieren 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 (inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años) 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 hubiere resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.»

de 11 de marzo, (u otras, como la núm. 105/1999, de 27 de enero, ...), esgrime esta posición de forma expresa al señalar (FJ 3.º): «...Ciertamente que el Derecho Penal a virtud del principio de intervención mínima actúa de forma accesorio y subsidiario del Derecho Administrativo más en una materia como ésta tan sujeta a una compleja protección de este ordenamiento, lo que supone la previa infracción de normas administrativas antes de dar paso a la sanción penal que, por otra parte, supone atentados medio ambientales de cierta gravedad.»

En otras ocasiones, más recientes, la misma Sala ha matizado esa posición defensora del citado carácter subsidiario del Derecho penal respecto al Administrativo en la protección medio ambiental y ha puesto de manifiesto que esa supuesta accesoriedad tiene que ser tomada con reservas destacando que la intervención del Derecho Penal en la protección del medio ambiente, dada la cada vez mayor importancia de este bien jurídico, no siempre ha de realizarse desde la perspectiva prioritaria del principio de intervención mínima. En Sentencia núm. 96/2002, de 30 de enero, (citando expresamente las núms. 1705/2001 y 7/2002 de la misma Sala), se señala (FJ 3.º): «En la Sentencia 1705/2001 se dice que el medio ambiente que se puede considerar adecuado es un valor de rango constitucional puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el artículo 45.1 de la norma fundamental. La importancia de este valor aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de «intervención mínima» cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas a los que lo violan. El citado artículo 45 CE, en su tercer párrafo, proporciona una pauta a seguir en este sentido al prever que la ley establecerá sanciones penales o, en su caso, administrativas para los que violen el medio ambiente. Debe tomarse, en consecuencia, con ciertas reservas la afirmación -deslizada ocasionalmente en alguna resolución de esta misma Sala- de que el derecho penal actúa, en la protección penal del medio ambiente, de forma accesorio y subsidiario con respecto al derecho administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra el medio ambiente presuponga que sea grave el peligro para la salud de la personas o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal derivados de la acción típica y otra, completamente distinta y no acorde con la relevancia del bien jurídico protegido, es que la interpretación del artículo 347 bis CP 1973 y de los preceptos que lo han sustituido y ampliado en el capítulo III del título XVI CP 1995 haya de hacerse sistemáticamente bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima».

3. ACTO DE CONTAMINACIÓN

El derogado artículo 347 bis del Código Penal de 1973 sancionaba únicamente a quien provocare o realizare emisiones o vertidos. La acción definida con estas expresiones de emisiones o vertidos comprendía tanto la contaminación de la atmósfera como la del suelo o las aguas.

El que las conductas antiecológicas sancionadas penalmente se redujesen a estos supuestos se mostraba insuficiente y dio lugar a innumerables críticas, tanto de la doctrina penal como de las asociaciones ecologistas. El Código Penal de 1995 ha superado en gran medida los déficits que se apreciaban en una tutela coercitiva del medio ambiente ampliando notablemente los supuestos de hecho de aquel ya dero-

gado 347 *bis* del anterior Código Penal al introducir, de forma clara, nuevos supuestos de contaminación que tienen clara conexión con la normativa administrativa que regula los diversos aspectos y sectores medioambientales. El artículo 325.1 del CP 1995 concretamente tipifica como conductas punibles, siempre condicionadas a la contravención de leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, la provocación o realización, directa o indirecta, de actividades que se enumeran como: emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones, depósitos y captaciones de aguas.

El medio físico potencialmente contaminado o alterado se conceptúa de una forma amplia ya que el texto del artículo 325.1 se refiere a «atmósfera, suelo, subsuelo o aguas terrestres, marítimas o subterráneas».

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo tradicionalmente ha acogido una interpretación amplia de los verbos «provocar» y «realizar» contenidos en el tipo penal y definitorios de la conducta punible tanto en el antiguo artículo 347 *bis* del Código Penal de 1973 como en el vigente artículo 325.1 del Código Penal de 1995. Muestra de ello es la Sentencia núm. 105/1999, de 27 de enero, al establecer (FJ 5.º) que: *«La conducta típica del artículo 347 bis se centra en provocar o realizar directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, en el suelo o las aguas terrestres o marítimas que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente. Los dos verbos nucleares son los de provocar o realizar y no deben estimarse idénticos -semánticamente tampoco lo son- y empleados como recurso estilístico del legislador. Debe darse razón al Ministerio Fiscal en que provocar es equivalente a originar, facilitar o promover, pero entonces resultaría igual o parejo a realizar. Por ello debe reputarse que provocar puede comprender en su diferencia con realizar, la de mantener tales emisiones o vertidos, mucho más cuando la interpretación contextual da pie para ello al entender que ello puede hacerse directa o indirectamente y no sólo en el sentido subjetivo o personal, sino en el objetivo, finalista o direccional. Así resulta que la dicción utilizada en el precepto «provocar o realizar directa o indirectamente emisiones o vertidos» pretende abarcar toda acción humana que determine o un vertido o emisión contaminante de modo directo o indirecto.»*

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 822/1999, de 19 de mayo, refiriéndose expresamente al artículo 325 del Código Penal de 1995, mantiene esta concepción señalando (FJ 1.º): *«El tipo delictivo del artículo 325 del CP (anterior artículo 347 bis) viene configurado por la concurrencia de una acción típica de carácter positivo, consistente en un hacer de «provocar» o «realizar». La acción positiva de «provocar» o «realizar» se proyecta, «directa o indirectamente», sobre una variedad de conductas que se especifican en el texto legal como son emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos.»*

El artículo 325.1 del Código Penal de 1995 describe conductas activas para la comisión del delito, no obstante es conveniente señalar que no existen obstáculos para considerar su posible comisión por omisión. En este sentido, si bien refiriéndose al derogado artículo 347 *bis* del Código Penal de 1973, como se acaba de indicar, la STS núm. 105/1999, de 27 de enero (FJ 5.º) señala *«que la dicción utilizada en el precepto ... pretende abarcar toda acción humana que determine o un vertido o emisión contaminante de modo directo o indirecto»*, añadiendo que *«la conducta, pese a la*

*forma activa de las locuciones verbales descritas, alcanza sin duda a la comisión por omisión, cuando el sujeto deja, tolera, permite en suma, que se produzca un vertido y no pone los medios para impedirlo.»*¹³.

La posibilidad de comisión por omisión del delito tipificado en el derogado artículo 347 *bis* del Código Penal de 1973 incluso se ha aplicado en alguna ocasión a la falta de actuación de responsables municipales ante una situación de grave deterioro medioambiental. Así, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 1705/2001, de 29 de septiembre, condena por la comisión por omisión del delito señalado al alcalde y concejales de un ayuntamiento que, a pesar de ser conocedores de la situación de abandono de una depuradora y del gravísimo deterioro ambiental que estaba generando el vertido directo de las aguas residuales en un río, nada hicieron para remediar la situación, considerando que omitieron cumplir las obligaciones que sus cargos municipales les imponían (concretamente se les imputa desatender el mantenimiento del servicio de depuración de aguas en una determinada zona del término municipal, para cuya prestación le habían sido transmitidas al ayuntamiento las instalaciones necesarias) y que ello dio lugar a la producción del efecto devastador de los vertidos. Señala la Sentencia (FJ 3.º): «... la forma de autoría conocida por comisión por omisión, aun habiendo sido regulada, por primera vez entre nosotros, por el artículo 11 CP 1995, estaba admitida anteriormente por una constante jurisprudencia -SS., entre otras, de 31 de enero de 1986, 3 de diciembre de 1990, 31 de octubre de 91 y 18 noviembre de 1991, por citar sólo algunas de las dictadas antes de que los hechos tuvieran lugar- siempre que el resultado del delito –y resultado es tanto el perjuicio como el riesgo de que se produzca– tenga como causa la omisión de un deber específico que constituya al omitente en garante de que el resultado no se produzca. Garantes de que no sobreviniese en el lugar de autos la contaminación de las aguas fluviales, debieron ser considerados en la Sentencia recurrida los tres acusados a los que por ello se debió atribuir la comisión por omisión del delito cuestionado».

Terminar este apartado indicando que aunque el artículo 325.1 del Código Penal de 1995, como elemento subjetivo del tipo, exige del sujeto activo una actuación dolosa también es posible la comisión por imprudencia grave tal como establece el artículo 331 del texto punitivo, lo que conllevará la imposición de la pena inferior en grado a la señalada en el tipo básico del delito medioambiental.

4. SITUACIÓN DE PELIGRO

Entre las cuestiones que se suscitan en relación con la situación de peligro como uno de los elementos básicos del tipo penal contenido en el artículo 325.1 del Código Penal de 1995, al igual que lo era del derogado artículo 347 *bis* del Código Penal de 1973 (además de la infracción de una norma extrapenal y la concurrencia de un acto de contaminación), son de especial relevancia las relativas a la naturaleza del peligro que ha de concurrir para que, dándose los demás requisitos exigidos por el

¹³ Otras resoluciones que expresamente reconocen la posibilidad de comisión por omisión del delito tipificado en el actual artículo 325.1 del Código Penal son, por ejemplo, la ejemplar STS núm. 52/2003, de 24 de febrero, o las sentencias de 2 de mayo de 2000 y 4 de febrero de 2004, de la Audiencia Provincial de A Coruña y Audiencia Provincial de Barcelona, respectivamente.

tipo, pueda afirmarse que nos encontramos ante la comisión de un delito ecológico o medioambiental, y, por otro lado, la referente a la valoración de la posibilidad de que tal peligro cause grave perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales y, en su caso, a la salud de las personas, tal como exige el actual artículo 325.1 del Código Penal de 1995.

Entre las diferentes clasificaciones que realiza la doctrina de los delitos o tipos penales se encuentra la que distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro. Los de lesión suponen la efectiva lesión o menoscabo de un bien jurídico, los de peligro se consuman sin necesidad de que se produzca la lesión del bien jurídico, bastando su simple puesta en peligro.

Dentro de los delitos de peligro, a su vez, se suele distinguir entre los delitos de peligro concreto y los de peligro abstracto. Los primeros requieren que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima para algún bien jurídico protegido, los segundos únicamente exigen que la conducta sea peligrosa en general para el bien jurídico, aunque no llegue a ponerlo en ese riesgo de lesión inmediata o próxima.

Además, la doctrina ha elaborado otra calificación intermedia entre los delitos de peligro concreto y abstracto que es la de los denominados delitos de peligro hipotético o potencial (también denominados «delitos de peligro posible», «delitos de peligro abstracto-concreto», «delitos de peligro concreto *ex ante*», «delitos de peligro abstracto con idoneidad lesiva objetiva», ...) que se caracterizan, frente a los delitos de peligro concreto, en que no exigen, para su consumación, la prueba de producción de un peligro real o efectivo y concreto para el bien jurídico, y, frente a los de peligro abstracto, en que no basta con la infracción de la normativa administrativa sobre la materia para entender que concurre el peligro sino que es necesario que la acción sea apta o idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido en el caso concreto.

Sobre la naturaleza del peligro exigido por el tipo penal básico de protección del medio ambiente la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo ha evolucionado y se ha mostrado vacilante en los últimos años. Inicialmente calificó al tipo básico del delito ecológico como un delito de peligro concreto, posteriormente cambió ese criterio pasando a considerarlo como delito de peligro abstracto y, por último, en las más modernas resoluciones lo califica como delito de peligro hipotético. Por su parte el Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 42/1999, de 22 de marzo, en relación con el derogado artículo 347 *bis* del Código Penal de 1973, señalaba que ese precepto no establecía parámetro alguno que permitiese afirmar la exigencia de un peligro concreto para su aplicación¹⁴.

El tipo básico del delito ecológico acogido en el derogado artículo 347 *bis* del Código Penal de 1973 fue tradicionalmente considerado como un delito de peligro concreto. Así lo califica expresamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia núm. 538/1992, de 11 de marzo, (FJ 3.º) señalando que el citado

¹⁴ Señala esta STC núm. 42/1999 (FJ 5.º): «El demandante de amparo, utilizando la fundamentación de la Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal, sostiene la ausencia de un elemento del supuesto de hecho que cifra en el peligro concreto para la salud de las personas o para las condiciones de vida animal. Sin embargo, hay que precisar, en primer término, que el tenor literal de la norma no expresa textualmente la exigencia de un peligro concreto en los términos pretendidos por el recurrente. Esta disposición sólo requiere literalmente, además de la concurrencia de los otros elementos típicos no cuestionados, que los vertidos puedan, perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal ... ».

tipo básico, partiendo como elemento normativo de la infracción de normas extrape-nales, exige una actividad consistente en provocar o realizar, directa o indirectamen-te, emisiones o vertidos en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marinas y, además, que tales emisiones o vertidos pongan en peligro grave la salud de las perso-nas o perjudiquen gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios natu-rales o plantaciones útiles, con lo que *«el delito ha devenido así en un delito de peligro concreto para la salud pública, de perjuicios también para la vida animal o vegetal. Si el peligro o el posible perjuicio se actualizan estaremos, ya ante delitos de lesión que se castigarán separadamente, en tanto que el delito de riesgo tiene un alcance colectivo y el de lesión o resultado un alcance individual o específico (daños, lesiones, etc.) ...»*.

Análogos criterios, manteniendo esta línea jurisprudencial de afirmación de que el tipo básico del denominado delito ecológico constituye un delito de peligro con-creto, se contienen en otras sentencias de la misma Sala de fechas 5 de octubre de 1993, 26 de septiembre de 1994, 3 de abril de 1995, 16 de diciembre de 1998, 27 de enero de 1999, 19 de mayo de 1999, 9 de octubre de 2000, 21 de diciembre de 2001 o 30 de enero de 2002, aplicando tal calificación no sólo al artículo 347 *bis* del Código Penal de 1973 sino también al artículo 325.1 del Código Penal de 1995.

Será la Sentencia núm. 1828/2002, de 25 de octubre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo¹⁵, la que marque el cambio de la tradicional configuración juris-prudencial del tipo básico del delito ecológico como de peligro concreto al pasar a considerarlo como delito de peligro abstracto, tomando como base la diferente redac-ción y mandato del legislador contenidos, respectivamente, en el derogado artícu-lo 347 *bis* del Código Penal de 1973 y en el actualmente vigente artículo 325.1 del Código Penal de 1995, y realizando un interesante análisis de la jurisprudencia anter-ior a la propia Sentencia, razonando (FJ 1.º): *«... La resolución del motivo debe partir de un examen de la verdadera naturaleza del delito medioambiental, tal y como ac-tualmente lo configura el artículo 325 CP. Este precepto, del que es antecedente inme-diato el artículo 347 bis CP 1973, hace efectivo en el plano penal, el mandato de protección del medioambiente contenido en el artículo 45 CE, en el que se asume, como ha sostenido la doctrina y ha tenido ocasión de confirmar nuestra jurisprudencia, un concepto moderadamente antropocéntrico del medioambiente ... Sin embargo en el artículo 325 CP incorpora el legislador un planteamiento político-criminal diverso del contenido en la anterior regulación, pues opta por configurar el delito como una infracción de peligro abstracto: así, mientras que en el artículo 347 bis eran castigados los actos de vertido «que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles», la actual regulación renuncia a incorporar referencia alguna a la producción de un peligro concreto y extiende la punición a todas las actividades de vertido, emisión, etc, que «que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sis-temas naturales», previendo una agravación de la pena para aquellos supuestos en los que «el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas»... Y como ya se ha indicado, al argumento literal debe añadirse el teleológico: la interpretación acogi-da redunda indudablemente en una mayor eficacia en la protección del medioambien-te, especialmente en los supuestos de contaminación más graves, en los que resulta difícil, sino imposible, identificar con la certeza que requiere el proceso penal el origen de la contaminación cuando se trata de zonas sometidas a una intensa agresión, pues los delitos de peligro abstracto no exigen para su consumación la producción de un*

¹⁵ Ponente: Ilmo. Sr. Sánchez Melgar.

verdadero resultado de peligro como elemento del tipo objetivo, sino únicamente la comprobación del carácter peligroso de la acción. En cualquier caso, no debe perderse de vista que si bien la configuración del delito contra el medioambiente del artículo 325 CP permite eludir, en cierta manera, los problemas de causalidad, sí que resultará imprescindible la rigurosa comprobación de que la conducta desarrollada ha resultado adecuada e idónea para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales (cfr. STS de 3 de abril de 1995) ... La configuración del delito medioambiental como un delito de peligro abstracto determina que dicho «peligro abstracto no puede depender del peligro concreto generado, sino de la realización de la acción peligrosa en sí misma» (STS 31/5/2001, 15/12/2000, 13/3/2000, 4/10/1999). Es decir, bastará la constatación de la realización de la acción peligrosa de vertido prohibida para que el delito pueda entenderse cometido, sin que resulte relevante por ello la prueba de la causalidad respecto del peligro concreto creado ni la cantidad de tóxico finalmente presente en los acuíferos contaminados...».

La misma concepción fue seguida en la Sentencia núm. 52/2003, de 24 de febrero ¹⁶.

Esta línea jurisprudencial de configuración del tipo del artículo 325.1 del Código Penal de 1995 como delito de peligro abstracto fue matizada y concretada por una nueva línea jurisprudencial abierta por la Sentencia núm. 388/2003, de 1 de abril ¹⁷, que establece que nos encontramos ante un tipo delictivo intermedio entre los de peligro concreto y abstracto, calificándolo como de peligro hipotético y considerando que la situación de peligro no es elemento del tipo aunque sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado por el sujeto activo para producir el señalado peligro. Indica esta resolución (FJ 7.º): «No ha de olvidarse que la doctrina jurisprudencial más reciente (STS 1828/2002, de 25 de octubre; 52/2003, sobre contaminación acústica), al destacar la naturaleza como delito de peligro del tipo definido en el artículo 325 del CP de 1995, ya no califica el peligro como concreto, pues en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto. En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro ... En lo que se refiere al delito ecológico, la reiterada calificación jurisprudencial como delito de peligro concreto tenía la finalidad de poner de relieve la necesaria distinción entre el tipo delictivo y las infracciones administrativas correlativas, destacando para ello que el delito ecológico no podía configurarse como un delito de peligro abstracto stricto sensu. Ha de tenerse en cuenta que cuando esta configuración jurisprudencial se inició y conformó, la categoría intermedia de los delitos de peligro

¹⁶ La STS núm. 52/2003, de 24 de febrero, señala su fundamento jurídico primero que: «... La técnica más adecuada de protección del medio ambiente frente a las transgresiones más graves, que puedan constituir infracciones penales, es la de los delitos de peligro, pues la propia naturaleza del bien jurídico “medio ambiente” y la importancia de su protección exige adelantarla antes de que se ocasione la lesión. Y eso es lo que se infiere del tipo básico descrito en el artículo 325 del Código Penal en cuanto tras describir las manifestaciones de la conducta delictiva se añade que «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», por lo que es obvio que el tipo no requiere la producción del perjuicio, sino que basta con la capacidad de producirlo... En orden a la naturaleza del peligro en esta figura delictiva, la jurisprudencia de esta Sala se inclina por considerarla de peligro abstracto. De ello es exponente la Sentencia 1828/2002, de 25 de octubre, ...

¹⁷ De la que fue ponente el actual Fiscal General del Estado Ilmo. Sr. Conde-Pumpido Tourón.

hipotético no se encontraba todavía plenamente consolidada en la doctrina penal española. Pero, como ha señalado acertadamente esta doctrina, aunque nuestra jurisprudencia haya calificado formalmente hasta fecha reciente esta modalidad delictiva como de peligro concreto, en realidad los criterios utilizados para determinar la concurrencia del peligro en el delito ecológico eran desde hace tiempo más propios de los delitos de peligro hipotético o potencial que de los delitos de peligro concreto, en sentido estricto. Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial.»

Esta línea jurisprudencial se ha consolidado, entre otras, en sentencias posteriores del Tribunal Supremo como la núm. 821/2004, de 24 de junio¹⁸, y la núm. 1148/2004, de 25 de mayo¹⁹.

Por último, referirse al hecho de que el peligro exigido por el tipo penal básico de los delitos contra el medio ambiente ha de ser de «grave» perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales y, en su caso, a la salud de las personas, tal como señala el texto del actual artículo 325.1 del Código Penal de 1995, lo que plantea la cuestión de qué se ha de entender por peligro grave.

Sobre esta cuestión la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha señalado de forma reiterada e invariable, en esencia, que peligro grave es aquel que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, indicando que su apreciación supone en todo caso un juicio de valor que se ha de formular en cada caso concreto si bien, para evitar la inseguridad jurídica que pueden provocar apreciaciones meramente subjetivas, hay que acudir a los puntos de referencia de los propios parámetros del tipo penal y, especialmente, habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, por un lado las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que incluyen la gea, la fauna y la flora, y, por otro, la salud de las personas incluyendo la calidad de vida (SSTS núm. 538/1992, de 11 de marzo; núm. 105/1999, de 27 de enero; núm. 1828/2002, de 25 de octubre; núm. 52/2003, de 24 de febrero, ...).

La gravedad del riesgo producido, por tanto, ha de determinarse por los tribunales mediante la realización de la correspondiente actividad probatoria en el proceso, dentro de la cual, en la mayor parte de los casos, será esencial la prueba pericial de la que se obtendrán los imprescindibles informes técnicos que permitan deducir determinar la concurrencia o no del señalado elemento o requisito (SSTS núm. 1411/2003, de 25 de octubre; núm. 821/2004, de 24 de junio; núm. 849/2004, de 30 de junio, ...).

¹⁸ La STS núm. 821/2004 señala (FJ 6.º): «El delito contra el medio ambiente es un delito de peligro que no precisa de una lesión efectiva en el bien jurídico protegido. Después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial. De acuerdo con ello, es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido.»

¹⁹ La STS núm. 1148/2004, en su único fundamento jurídico, dice: «... la más reciente jurisprudencia ha calificado el tipo delictivo del artículo 325 del Código Penal vigente, no como un delito de peligro concreto ni tampoco abstracto *strictu sensu*, sino como un delito de peligro hipotético, no siendo bastante constatar la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa, lo que significa que habrá que analizar no sólo la composición y peligrosidad de los vertidos (administrativamente prohibidos), sino también si tales vertidos pudieran podido tener importantes efectos nocivos sobre el cauce del río y su caudal. O lo que es lo mismo, lo que debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta para poderla incardinar en el mencionado tipo delictivo.»