



Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental ...

**Prof. Dr. José Luis de la Cuesta
Arzamendi**

*Catedrático de Derecho penal.
Universidad del País Vasco*

La instrumentación de una adecuada protección penal del ambiente, ampliamente reclamada desde sectores muy diversos, no deja de suscitar importantes controversias en el plano dogmático. Construidas sobre el modelo de los delitos de lesión contra bienes jurídicos de carácter individual, la aplicación de las herramientas dogmáticas tradicionales a los tipos penales que tutelan los nuevos bienes jurídicos colectivos –tipos de peligro, más que de lesión, que operan en áreas intensamente reguladas por el derecho administrativo y en las que intervienen regularmente las empresas y personas jurídicas– se enfrenta frecuentemente a dificultades. Aún más, en su función de vías de realización efectiva de los principios fundamentales del Derecho Penal liberal, la insistencia doctrinal en su estricto respeto llega a ser tenida hasta por contraproducente desde el prisma preventivo, al dificultar la persecución penal de hechos potencialmente delictivos y merecedores de sanción.

En la presente contribución se repasarán algunas de las principales cuestiones dogmáticas que suscita, en general, el delito de contaminación ambiental, regulado en sus formas básicas por el artículo 325 del nuevo Código Penal.

I. Bien jurídico protegido: ambiente, recursos naturales, sistemas naturales

Como ya sucediera con el artículo 347 bis, la generalidad de la doctrina proclama al ambiente como el bien jurídico principalmente protegido por el artículo 325 y entiende que –siendo un bien digno de la protección penal¹, por otra parte, exigida hasta constitucionalmente–, su nueva colocación sistemática (que tiende a la «unificación...del estatuto penal ambiental»², aun cuando no llegue a lograrlo plenamente) puede contribuir a su mejor configuración³. Ahora bien, si la identificación del bien jurídico protegido ha de servir no sólo para orientar la interpretación del tipo penal, sino también como límite a la propia intervención del legislador, la referencia al ambiente como bien jurídico protegido resulta insuficiente: es precisa una mayor concreción.

Son múltiples las concepciones existentes en cuanto a la extensión y contenido del concepto de ambiente. Mientras que desde perspectivas amplias y omnicomprensivas el ambiente llega a identificarse con el entorno (incluso el entorno cultural), para las posiciones más estrictas⁴, el concepto de ambiente debe referirse tan sólo a los

1. Al respecto, por todos, N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998.

2. C. BLANCO LOZANO, "Acerca de algunas cuestiones básicas del Derecho Penal ambiental en el nuevo Código Penal de 1995", *Cuadernos de Política Criminal*, 60, 1996, p. 707.

3. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, "La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes", *La Ley*, 1996, 2, p. 1.551.

4. Por todos, R. MARTÍN MATEO, "El delito ambiental. Reflexiones desde el Derecho Administrativo", en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain* (comp. por J. L. de la Cuesta, I. Dendaluze, E. Echeburúa), San Sebastián, 1989, pp. 812 y s.

«elementos fundamentales para la vida: la atmósfera, el suelo, las aguas terrestres y marítimas»⁵, excluyéndose del mismo la protección de la naturaleza (espacios naturales, flora, fauna). Posiciones intermedias postulan la integración del concepto de ambiente tanto a través de los elementos naturales, como con el resto de los recursos naturales (flora, fauna, gea) por cuya utilización racional obliga a velar a los poderes públicos el artículo 45,2 de la Constitución⁶. Esta última línea se acomodaba bastante bien al anterior Código Penal, cuyo art. 347 bis mencionaba explícitamente a los elementos naturales como objetos directos de la acción delictiva y exigía simultáneamente una afectación, bien de la salud de las personas, bien de las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, lo que claramente integraba a la flora entre los centros de atención de la protección ambiental.

La solución intermedia no es tan clara en el Código Penal de 1995: la rúbrica del Capítulo III del Título XVI no sólo se refiere al «medio ambiente», sino también a los «recursos naturales»: si ambos conceptos fueran plenamente identificables sería una repetición absolutamente innecesaria. Además, a pesar de la alusión explícita a los recursos naturales por el capítulo III, es el capítulo IV el reservado para la tutela de la flora y fauna (capítulo IV; arts. 332-337), lo que no hace sino aumentar la confusión⁷. La doble referencia al ambiente y a los recursos naturales en la rúbrica del capítulo III puede resultar, con todo, adecuada si se tiene presente que el citado capítulo no sólo se ocupa de los delitos de contaminación, sino que integra igualmente el delito de daño a espacios naturales protegidos (art. 330), supuesto en el que son los recursos naturales los objetos de protección.

Entrando en el delito de contaminación ambiental, el artículo 325 del Código Penal de 1995 mantiene la vía tipificadora seguida por el artículo 347 bis:

– Constatación, por un lado, de la provocación o realización directa o indirecta de un conjunto de conductas –aún más prolijamente descritas⁸– sobre los elementos naturales: atmósfera, suelo, subsuelo, aguas terrestres, marítimas o subterráneas.

– Exigencia, de otra parte, de una incidencia gravemente peligrosa sobre el equilibrio de los sistemas naturales (o, alternativamente, en la salud de las personas).

Ninguna duda cabe acerca de la protección directa y no meramente indirecta o «medial»⁹, a través del artículo 325, de los elementos naturales. Bien es cierto que esta protección no es absoluta e incondicional: para la intervención de la tutela penal la conducta típica ha de entrar en contradicción con la legislación protectora del medio ambiente –de aquí que también haya de incluirse a ésta entre los objetos jurídicos de protección del delito de contaminación– y alcanzar una virtualidad peligrosa para el equilibrio de los sistemas naturales¹⁰ o para la salud de las personas. El artículo 325, centrado en garantizar ese «equilibrio natural básico, necesario para el desarrollo de la vida en general y la humana en particular»¹¹, contempla a los elementos naturales no como elementos aislados y separados, sino interrelacionados entre sí como partes integrantes de los ecosistemas¹² o sistemas naturales –complejos «conjunto(s) geofísico(s) que conforma(n) la naturaleza»¹³– y en cuyo equilibrio se confor-

5. R. MARTÍN MATEO, *ibidem*, p. 816.

6. Por todos, F. LÓPEZ RAMÓN, "El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales", en J. M. Valle Muñiz (coord.), *La Protección Jurídica del Medio Ambiente*, Pamplona, 1997, p. 109.

7. M. POLAINO NAVARRETE, "Medio ambiente e incendios forestales en el sistema del Código Penal de 1995", en *El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado*, Sevilla, 1998, p. 256.

8. Emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos; así como las captaciones de aguas.

9. Respecto del artículo 347 bis, J. L. MANZANARES SAMANIEGO, "Los delitos contra el medio ambiente en el Código Penal español", *Actualidad Penal*, 1/3, 9 enero 1994, p. 6; M. V. SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA, "El bien jurídico protegido en el delito ecológico", *Cuadernos de Política Criminal*, 29, 1986, p. 341.

10. Expresión que para CONDE-PUMPIDO TOURÓN se identifica a efectos penales con el medio ambiente y viene a traducirse en "el mantenimiento de las propiedades del aire, el agua y el suelo, así como de las condiciones de vida de la flora y la fauna, de manera que el sistema ecológico no sufra alteraciones perjudiciales". "Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho Penal", en CGPJ, *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, 1997, p. 441.

11. A. COLÁS TURÉGANO, "Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el C.P. de 1995 (C.III del T.XVI del L.II)", *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, I, Valencia, 1997, p. 435.

12. Sistema compuesto por los seres vivos y el ambiente de un determinado lugar, así como por las relaciones recíprocas entre unos y otros.

13. J. A. DE VEGA RUIZ, "Delitos contra el medio ambiente", *La Ley*, núm. 4061, 19 junio 1996, p. 2.

ma aquel ámbito «vital idóneo y natural»¹⁴, condición de la vida animal y de las formas vegetales complejas del planeta. La nueva perspectiva acentúa la autonomía del bien jurídico ambiental al intensificar la nota «ecocéntrica»¹⁵.

Pero el artículo 325 no ha omitido la referencia antropocéntrica¹⁶: al lado del tipo básico relativo al equilibrio de los sistemas naturales, se encuentra la tipificación de los mismos comportamientos cuando su aptitud nociva se dirija hacia la salud de las personas, configurando así un nuevo tipo básico consistente en la provocación o realización directa o indirecta de emisiones, vertidos, etc., independiente del anterior. Estamos ante dos tipos básicos¹⁷ y no ante una forma cualificada de la modalidad básica de contaminación ambiental¹⁸: el tipo penal del artículo 325 se integra tanto si concurre la potencial peligrosidad grave para el equilibrio de los sistemas naturales, como si ésta se refiere a la salud de las personas, sin que para la aplicación de la pena más grave reservada para el segundo de los casos sea precisa la simultánea constatación de la existencia de una conducta apta para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. La presencia de esa segunda forma básica (que añade a la salud de las personas como bien jurídico igualmente susceptible de protección a través del delito tipificado por el artículo 325, lo que manifiesta una opción legislativa por la constitución de un bien jurídico intermedio)¹⁹ no debería teñir de antropocentrismo la configuración del bien jurídico ambiental, cuya autonomía conforme al primero de los tipos básicos es perfectamente clara.

II. Tipo de peligro: abstracto, hipotético, concreto

Al igual que en el anterior artículo 347 bis, el nuevo Código Penal no se conforma –para el delito de contaminación– con la provocación o realización de emisiones o vertidos, etc., en los elementos naturales aludidos. Para que esas emisiones o vertidos sean típicas con base en el artículo 325 han de presentar una cierta aptitud nociva: han de poder «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales» o «la salud de las personas»²⁰. El delito de contaminación se configura, por tanto, en el Derecho español como un tipo de peligro.

La determinación de la clase de peligro típicamente requerido dio lugar ya en el Código Penal anterior a una fuerte controversia²¹, agudizada por la propia redacción del artículo 347 bis, que hablaba de poner «en peligro grave la salud de las personas», mientras que para las condiciones de la vida animal, bosques, etc., bastaba con el mero poder «perjudicar gravemente». El incomprensible agravio comparativo derivado de la exigencia de un mayor nivel de peligrosidad (peligro concreto) para las conductas gravemente atentatorias contra la salud de las personas determinó que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia²² igualaran el nivel de peligro típicamente requerido en ambos casos, convirtiendo al delito de contaminación en un delito de peligro concreto. Otro sector doctrinal, en coherencia con el tenor literal del artículo 347 bis, sostuvo que eran dos los niveles de peligro exigidos para el delito de contaminación:

14. P. M. DE LA CUESTA AGUADO, "Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medio ambiente como bien jurídico", *Anales de la Universidad de Cádiz*, XI, 1996, p. 274.

15. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11.ª ed., Valencia, 1996, p. 502.

16. Sobre la tensión antropocentrismo-ecologismo en la formulación del bien jurídico ambiental y algunas de sus consecuencias dogmáticas, por todos, J. M. SILVA SÁNCHEZ, "Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente", en J. L. GÓMEZ COLOMER, J. L. GONZÁLEZ CUSAC (coords.), *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castellón de la Plana, 1997, pp. 157 y ss.

17. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995", *Actualidad Penal*, 14, 6-12 abril 1998, p. 292.

18. Ver, con todo, F. MORALES PRATS, "La estructura típica de peligro en el delito ambiental", en J. Picón Rísquez (Coord.), *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, Madrid, 1996, pp. 363 y s.; J. M. PRATS CANUT, en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1.527; J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 3.ª ed., Barcelona, 1996, pp. 716 y s.; A. M. SOLÁ IBARRA, M. C. COTELLO LÓPEZ, "Consideraciones en torno a los delitos relativos a la protección del medio ambiente en el nuevo Código Penal", *Revista de Derecho Ambiental*, 17, 1996, p. 35; J. TERRADILLOS BASOCO, "Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras", *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, p. 301.

19. R. MATAY MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997, pp. 27 y 84.

20. Esto es, la salud colectiva (concepto no idéntico al de salud pública). J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, cit., p. 1.599.

21. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La reciente historia del delito ecológico: del artículo 347 bis al proyecto de nuevo Código Penal de 1994", en J. M. Valle Muñiz, *La Protección Jurídica del Medio Ambiente*, Pamplona, 1997, pp. 190 y ss. (y la bibliografía allí citada).

22. Para un interesante repaso y comentario de la jurisprudencia derivada del artículo 347 bis, N. GARCÍA RIVAS, *El delito ecológico*, cit., pp. 139 y ss.; también M. C. FALCÓN CARO, "El delito ecológico en la jurisprudencia criminal española", *Cuadernos de Política Criminal*, 59, 1996, pp. 511 y ss.

peligro concreto (y grave) para la salud de las personas o peligro potencial o hipotético para las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

El artículo 325 mantiene la referencia, por un lado, al equilibrio de los sistemas naturales y, de otro, a la salud de las personas. Pero, corrigiendo y mejorando²³ al artículo 347 bis, equipara el nivel de peligro exigido en ambos casos, en torno al riesgo potencial de un grave²⁴ perjuicio: poder «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», limitándose a imponer la pena de prisión en su mitad superior «si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas». Claro es, a mi juicio, el nivel de peligro actualmente exigido para ambos supuestos: un peligro potencial de causación de grave perjuicio, en definitiva, un peligro hipotético²⁵ bien para el equilibrio de los sistemas naturales, bien para la salud de las personas.

La nueva redacción del artículo 325 en lo que se refiere a la aptitud nociva de los comportamientos típicos sobre los elementos naturales, no ha determinado cambio alguno para ciertos autores²⁶ en cuanto a la configuración del delito de contaminación ambiental como un delito de peligro concreto. La referencia al «riesgo de grave perjuicio» en el caso de la salud de las personas sería, a su juicio, una formulación más próxima del peligro concreto que del peligro hipotético, y puesto que

la pena imponible es la misma, pero en su mitad superior, también debería ser éste el nivel de peligro exigido para la concurrencia del hecho típico relativo al equilibrio de los sistemas naturales. A su vez, la presencia entre los tipos cualificados de un supuesto de peligro concreto consistente en el riesgo de deterioro irreversible o catastrófico (art. 326, e) abundaría en lo anterior, al acortar su distancia con los tipos básicos que, de otro modo, resultaría excesiva y dejaría sin previsión penal específica a supuestos intermedios en que la nocividad de los comportamientos típicos se hubiera traducido en riesgos concretos, aunque sin alcanzar el carácter irreversible o catastrófico.

La necesidad de un resultado de peligro concreto para la concurrencia del delito de contaminación ambiental restringe en exceso el ámbito de aplicación del artículo 325, sin que los argumentos esgrimidos en su apoyo puedan considerarse suficientes²⁷. La claridad del tenor literal en cuanto al efecto peligroso exigido para el equilibrio de los sistemas naturales es plena: poder «perjudicar gravemente», en modo alguno supone la presencia de un peligro concreto. Ningún dato permite fundamentar la necesidad de un mayor nivel de peligro cuando el artículo 325 se ocupa de la salud de las personas²⁸: por el contrario, lo lógico es entender que el «riesgo» aludido es «idéntico»²⁹ al descrito respecto del equili-

23. En contra, respecto del Proyecto de 1994, P. M. DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1995, p. 117.

24. El nuevo Código Penal sigue insistiendo en la gravedad del posible perjuicio, lo que deberá ser objeto de integración judicial (así, por ejemplo, S.T.S. 11 marzo 1992), a la vista de los hechos probados, de las circunstancias concurrentes en el caso concreto (inminencia, entidad del medio afectado... J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español*, p. 717) y atendiendo a la valoración que de todos ellos realizan los dictámenes periciales. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «La tutela...», *cit.*, p. 1.551; E. MOECKEL GIL, «Perspectivas del delito ecológico en el Código Penal de 1995. Su prueba en el proceso», *Cuadernos de Política Criminal*, 65, 1998, pp. 376 y s. Critica fuertemente el empleo de este tipo de «expresiones normativas indeterminadas», F. MORALES PRATS, «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley Penal en blanco y concepto de peligro», en J. M. Valle Muñoz (coord.), *La Protección Jurídica del Medio ambiente*, Pamplona, 1997, p. 231.

25. F. MORALES PRATS, «La estructura típica...», *cit.*, p. 362.; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 505. También, en sentido similar, TERRADILLOS BASOCO, el cual, si bien alude a «peligro abstracto», considera que es precisa una idoneidad lesiva. «Protección penal...», *cit.*, p. 319. Admite que tanto a partir del texto del artículo 347 bis como del nuevo artículo 325 cabe esta posibilidad, «al no exigirse taxativamente un peligro concreto», N. GARCÍA RIVAS, *El delito ecológico*, *cit.*, p. 136; igualmente, A. COLÁS TURÉGANO, «Algunas consideraciones...», *cit.*, pp. 439 y s. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ afirma que en 1995 el legislador ha renunciado en el artículo 325 «a la constatación de la existencia de un resultado de peligro». «Consideraciones teóricas generales...», *cit.*, pp. 153; 161 y ss.

26. Expresamente J. BOIX REIG, en T. S. Vives Antón, J. Boix Reig, E. Orts Berenguer, J. C. Carbonell Mateu, J. L. González Cu *recho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed., Valencia, 1996, p. 586; J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en T. S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, p. 1.598; C. BLANCO LOZANO, *La protección del medio ambiente en el Derecho Penal español y comparado*, Granada, 1997, p. 225; C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «La tutela...», *cit.*, p. 1.552; C. LÓPEZ CERÓN, «Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna», en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 5, Madrid, 1996, pp. 601 y ss.; J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, *cit.*, p. 716; R. DE VICENTE MARTÍNEZ, «Derecho Penal del Medio Ambiente», en L. Ortega Álvarez (dir.), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Valladolid, 1998, p. 471.

27. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos...», *cit.*, pp. 294 y s.

28. Distingue entre un peligro «de perjuicio potencial» (para el equilibrio de los sistemas naturales) y un peligro concreto (para la salud pública y calidad de vida), J. J. PÉREZ DE GREGORIO, «Los delitos...», *cit.*, p. 2.

29. F. MORALES PRATS, «La estructura...», *cit.*, p. 251.

brio de los sistemas naturales. En cuanto a la distancia entre los tipos básicos y el tipo cualificado consistente en la producción de un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, no es propiamente tal si se tiene en cuenta que el supuesto del artículo 326 e) se satisface ya con la presencia (en relación causal) de ese peligro concreto para cualquiera de los elementos o recursos naturales, cuyo peligro de deterioro de modo irreversible o catastrófico puede ser lo que precisamente determine la presencia de un peligro concreto para el equilibrio de los sistemas naturales. En definitiva, tipo básico y tipo cualificado se colocan en estadios diferentes: el primero se centra en el equilibrio de los sistemas naturales, mientras que al segundo le basta con la afectación (eso sí, de manera irreversible o catastrófica) de alguno de los elementos o recursos naturales.

Conviene en este punto subrayar que la sustitución de la referencia a las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles (art. 347 bis) por la nueva fórmula, más «indeterminada»³⁰, del «equilibrio de los sistemas naturales» —que en el artículo 339 se formula como «equilibrio ecológico»— agrava la «complejidad para la determinación del comportamiento»³¹ típico y permite múltiples interpretaciones, algunas claramente restrictivas del ámbito de aplicación del delito de contaminación ambiental³² al posibilitar la exclusión típica de múltiples supuestos, más allá de los casos de escasa relevancia: si ya no basta con la capacidad de afectación negativa y grave de un elemento o recurso natural, sino que es preciso que la grave aptitud nociva se re-

fiera al equilibrio de los sistemas naturales, habrá que examinar las interrelaciones existentes entre los elementos y los recursos naturales³³ y la capacidad de las emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, etc., para alterarlas. Exigir, además, la prueba de que esa aptitud nociva se haya traducido en un peligro concreto en relación de causalidad (con las dificultades que todo ello presenta)³⁴ podría llevar a la práctica inoperatividad del primero de los tipos básicos del delito de contaminación ambiental³⁵.

En cualquier caso, ninguna duda suscita la calificación como supuesto de peligro concreto del tipo cualificado del artículo 326 e), ya conocido en 1983 y consistente en la producción de un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico. El tipo penal alude con claridad a «que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico», lo que supone evidentemente la traducción del comportamiento en una conducta concretamente peligrosa. La indeterminación valorativa de términos como los empleados por el legislador, carentes de un «soporte normativo mínimo en el ámbito extrapenal»³⁶ es muy grande y merece ser criticada. Con todo, deterioro es sinónimo de «menosca-bo»³⁷. Éste se considerará irreversible si resulta irrecuperable de manera espontánea o natural³⁸, sin que medie la intervención humana, y tendrá carácter catastrófico cuando, de concretarse el peligro en un daño, con independencia de su recuperabilidad o no, éste habría de caracterizarse por su extremada gravedad, por la afectación de gran número de personas, flora o fauna o por la amplitud de su extensión geográfica³⁹.

30. J. M. PRATS CANUT, en *Comentarios...*, cit., p. 1.518. También, J. A. DE VEGA RUIZ, *Delitos...*, cit., p. 126. Para SILVA SÁNCHEZ la imprecisión de esta idea (equilibrio de los sistemas naturales) viene a agravar la propia indeterminación del tipo penal, de «contornos difusos». «Consideraciones teóricas generales...», cit., p. 160.

31. R. MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios...*, cit., p. 39, n. 81.

32. Por contra, para MORALES PRATS, el cambio terminológico no conlleva «un cambio sustancial» respecto del artículo 347 bis. Es más, a su juicio, la intensidad del peligro es ahora menor: «Basta con un peligro posible para el equilibrio de los sistemas naturales». «La estructura...», cit., p. 253.

33. LÓPEZ CERÓN suscita la cuestión de qué sucederá si por actos contaminadores anteriores no cabe apreciar ya la existencia de un mínimo equilibrio en los sistemas naturales de un determinado lugar. «Delitos...», cit., p. 601.

34. P. M. DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad...*, cit., pp. 118 y ss. También, sobre la prueba de los delitos contra el ambiente en el proceso, E. MOECKEL GIL, «Perspectivas...», cit., pp. 393 y ss.

35. Sobre los peligros desde el prisma garantista de la opción seguida, J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones teóricas generales...», cit., pp. 164 y ss.

36. F. MORALES PRATS, «La estructura...», cit., p. 232.

37. E. BELTRÁN BALLESTER, «El delito ecológico», *Poder Judicial*, núm. especial IV, 1986, p. 105, J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «Los delitos...», cit., p. 15.

38. J. M. PERIS RIERA, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1984, p. 41. También, J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «Los delitos...», cit., p. 15; A. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho Penal...*, cit., p. 283. A favor, sin embargo, de que sea la ineficacia en la recuperación de la posible intervención del sujeto activo el criterio definitorio de la irrecuperabilidad o no, J. BOIX REIG, *Derecho Penal*, cit., p. 588.

39. E. BELTRÁN BALLESTER, «El delito ecológico...», cit., p. 106. También sobre el concepto de irreversibilidad y carácter catastrófico, S.T.S. 30 noviembre 1990.

III. Peligro-daño

La calidad del tipo de peligro del delito de contaminación ambiental suscita la cuestión de la calificación que merezcan aquellos supuestos de contaminación ambiental en los que, junto a la peligrosidad típicamente requerida para la conducta punible, tengan lugar diversos resultados lesivos para las personas o las cosas, susceptibles igualmente de tipificación penal a través de otras figuras delictivas.

Siendo el tipo penal del artículo 325 un delito de peligro contra el ambiente, el tratamiento de las posibles lesiones o daños en modo alguno se contempla en su injusto típico, por lo que habrá de llevarse a efecto mediante las correspondientes figuras delictivas de lesión. Ahora bien, la entrada en juego de las figuras tipificadoras de las lesiones o daños, ¿cierra el paso al delito de contaminación ambiental? La pregunta es pertinente y lleva directamente al tratamiento penal de los delitos de peligro con verificación del daño, que no suscita una respuesta unánime en la doctrina⁴⁰. En principio, y a falta de toda disposición expresa en el Código Penal que resuelva la cuestión en los delitos que nos ocupan, la aplicación de las reglas del conflicto de normas sólo debería tener lugar allí donde los bienes jurídicos afectados (en el delito de peligro y de lesión) sean idénticos o, cuanto menos, si «uno es instrumental del otro» y «la acción peligrosa haya tenido como destinatarios a los mismos sujetos que sufren la lesión»⁴¹. Cuando éste no sea el caso, procede caminar a través de la vía concursal, aplicándose, en principio, el delito de peligro junto con la figura de lesión o daño (dolosa o imprudente) que, en su caso, proceda en concurso ideal. Ésta fue la solución más extendida en la doctrina⁴² para el delito de contaminación ambiental del artículo 347 bis. También parece la respuesta más adecuada para los supuestos de contaminación relativos al equilibrio de los sistemas naturales, dada la diferencia de bienes jurídicos protegidos por la figura de peligro y las correspondientes de lesión y daño.

Más discutible se presenta la solución del concurso ideal en los casos de delito de contaminación constituidos por emisiones, vertidos, radiaciones, etc., aptos para causar un grave perjuicio para la salud de las personas, a la vista de la clara relación de instrumentalidad entre este tipo básico y las figuras protectoras de la salud e integridad personal. También en éstos, a la peligrosidad potencial para la salud de las personas ha de añadirse la afectación negativa de los elementos naturales integrantes del ambiente, que de seguirse las reglas del conflicto de normas quedarían privados de toda protección, de aquí que –salvo si la potencial peligrosidad encontró una plena traducción en el daño o lesión personal⁴³– haya de propugnarse igualmente la aplicación de las reglas del artículo 77 del Código Penal.

Lo que no resulta en ningún caso de recibo es pretender sancionar los hechos a través del delito de contaminación, dejando la apreciación de los posibles daños para la responsabilidad civil. Esta opción, seguida en alguna ocasión por los tribunales⁴⁴, sólo será adecuada cuando los resultados producidos no correspondan a tipificación penal alguna.

IV. Ley penal en blanco

La necesidad de la constatación de una contravención administrativa caracteriza también, como en el artículo 347 bis, al delito de contaminación ambiental definido por el artículo 325 del Código Penal de 1995, para cuya concurrencia se precisa que los actos típicos sean provocados o realizados «contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente». Este empleo de la técnica de la ley penal en blanco –sin vaciar completamente en las disposiciones administrativas el núcleo de la prohibición o la definición de los comportamientos punibles, y remitiendo a aquéllas sólo la determinación de algunos aspectos complementarios– fue ya aceptado por el Tribunal Constitucional en su sentencia

40. Por todos, J. J. HERNÁNDEZ PLASENCIA, "Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 111 y ss. Véase también, A. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, pp. 124 y ss.

41. J. J. HERNÁNDEZ PLASENCIA, "Delitos...", *cit.*, pp. 118 y s.

42. Por todos, J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La reciente historia...", *cit.*, p. 211 (y bibliografía allí citada).

43. M. CORCOY BIDASOLO, "Resultado de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1987, ponente Marino Barbero Santos)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 339 y 356.

44. S. (AP Barcelona) 20 febrero 1988. J. M. PERIS RIERA, "La primera sentencia por delito ecológico: ¿una resolución histórica?", *Poder Judicial*, 11, pp. 95 y s.

127/1990, de 5 de julio⁴⁵. La doctrina sigue viendo en este tipo de remisiones una fuerte contradicción con el principio de legalidad⁴⁶ y múltiples «problemas técnicos»⁴⁷, debido a lo «ilimitado»⁴⁸ de la remisión y a la complejidad (y continua reforma) de la normativa administrativa en ésta y otras materias⁴⁹, y discute, asimismo, el sentido que debe atribuirse a la expresión «disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente»⁵⁰. Si bien se admite por lo común que disposiciones son las normas reglamentarias (por contraposición a los actos administrativos o reglas *ad hoc*)⁵¹, se ha llegado a suscitar si el término «general» obliga a que las normas infringidas sean normas generales protectoras del ambiente (y no las relativas a aspectos sectoriales del mismo)⁵², algo en modo alguno de recibo⁵³. También con base en la expresión «disposiciones de carácter general» se plantea desde algunos sectores la exclusión de las normas de alcance territorial limitado, en particular de las procedentes de las Comunidades Autónomas. Reconocida constitucionalmente la competencia de éstas en materia medioambiental para dictar normas adicionales de protección (art. 149.23 C.E.), la posibilidad de integración de los tipos penales a través de normas autonómicas fue considerada ya, respecto del anterior Código Penal, contraria al principio de legalidad —la materia penal es materia constitucionalmente reservada de manera exclusiva al Estado (art. 149-1-6 C.E.)— o, incluso, al principio de igualdad de los españoles ante la ley (art. 14 C.E.), al poder dar lugar a diferentes niveles de protec-

ción de los elementos ambientales en las diversas Comunidades⁵⁴. Tras la aprobación del nuevo Código Penal, si bien se ha querido encontrar en la referencia a las disposiciones de carácter general una ratificación de aquella posición⁵⁵, conviene seguir insistiendo en que son disposiciones generales las normas estatales, autonómicas (o, incluso, de la Administración local)⁵⁶ dictadas «con carácter general»⁵⁷, esto es, que se dirigen no a un grupo o zona o polígono particular, sino a la generalidad de los ciudadanos y que deben ser obedecidas por éstos siempre que se encuentren en su ámbito propio de aplicación. El hecho de que a través de normas no estatales se establezcan niveles específicos de protección para determinados bienes ambientales en modo alguno ha de reputarse contrario al principio de igualdad ante la ley; es más, puede estar perfectamente justificado por la propia naturaleza de los elementos ambientales, especialmente sensibles a las «diferencias locacionales»⁵⁸. Ésta es la razón de que hayan de introducirse «medidas jurídicas desiguales frente a necesidades de protección del medio ambiente también desiguales»⁵⁹, medidas que cualquier ciudadano, sea cual sea su procedencia, habrá de respetar⁶⁰. En consecuencia, siempre que se respeten los límites propios de la técnica de la ley penal en blanco —y que sea, por tanto, el propio legislador el que determine el marco de «la diversidad» y sus «límites tolerables»⁶¹— y, en especial, si concurre esa necesidad de protección desigual, la integración del tipo del artículo 325 mediante disposiciones autonómicas no debería ser problemática.

45. R.T.C. 1990, 127. Véase también S.T.C. 62/1994 (R.T.C. 1994, 62).

46. Por todos, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 504.

47. J. TERRADILLOS BASOCO, "Delitos relativos...", cit., p. 45.

48. M. POLAINO NAVARRETE, "Medio ambiente...", cit., p. 258.

49. Destaca también SILVA SÁNCHEZ el peligro que la técnica seguida supone de afectación "desigual" a las conductas contaminantes, particularmente en cuanto a los casos de "gran contaminación" en "sectores económicos estrechamente vinculados a las Administraciones Públicas". "Consideraciones teóricas generales...", cit., p. 168.

50. C. BLANCO LOZANO, *La protección...*, cit., pp. 147 y ss.

51. F. MORALES PRATS, "La estructura...", cit., p. 239.

52. A. CASQUERO SUBIAS, "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", *Cuadernos de la Guardia Civil*, 1996, núm. 15, p. 247.

53. J. TERRADILLOS BASOCO, "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en J. Terradillos Basoco (ed.), *Derecho Penal del medio ambiente*, Madrid, 1997, p. 44; también, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, "Complementariedad...", cit., p. 452.

54. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La reciente historia...", cit., pp. 192 y ss. (y la bibliografía allí citada).

55. J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, cit., p. 1.597, aunque indican: "al margen de otros problemas de fondo, constituiría una expresión muy imperfecta".

56. C. LÓPEZ CERÓN, "Delitos...", cit., p. 596; E. MOECKEL GIL, "Perspectivas...", cit., p. 388.

57. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, "Complementariedad...", cit., p. 452.

58. L. RODRÍGUEZ RAMOS, "Delitos contra el medio ambiente", en M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, T.V, vol. 2, Madrid, 1985, p. 833. También C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, "Complementariedad...", cit., p. 461.

59. F. MORALES PRATS, "La estructura...", cit., p. 236. En sentido similar, N. DE LA MATA BARRANCO, "Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente", *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, I, Valencia, 1997, p. 591.

60. A. COLÁS TURÉGANO, "Algunas consideraciones...", cit., pp. 426 y s; R. DE VICENTE MARTÍNEZ, "Derecho Penal...", cit., p. 469.

61. J. M. SILVA SÁNCHEZ, "¿Competencia 'indirecta' de las Comunidades autónomas en materia de Derecho Penal?", *La Ley*, 1993, 1, p. 978.

En cuanto a la normativa de la Unión Europea⁶², aceptada plenamente la posibilidad de integración del tipo penal de contaminación por medio de los reglamentos europeos, las controversias surgen en torno a las directivas⁶³, cuyos efectos para los particulares requieren la transposición de la directiva y su publicación en el Boletín Oficial del Estado, de aquí que en principio no deban tener trascendencia penal. Con todo, progresivamente, se extiende la opinión favorable a la eficacia para los particulares de las directivas no actuadas que amplíen con claridad, precisión e incondicionalmente la esfera de libertad del interesado, manteniéndose la inaplicabilidad de las directivas no actuadas que la restrinjan⁶⁴.

V. Accesoriedad administrativa

La exigencia de la contravención de la normativa medio-ambiental lleva a una accesoriedad «relativa»⁶⁵ del tipo penal, cuya plena efectividad queda sujeta a la constatación de la infracción administrativa. Distingue la doctrina⁶⁶ tres tipos de accesoriedad administrativa: la accesoriedad normativa-conceptual, la accesoriedad de derecho o de norma y la accesoriedad de acto. El tipo del artículo 325 se incardina, en principio, en la accesoriedad de norma o de derecho⁶⁷, técnicamente más adecuada y menos peligrosa⁶⁸ que la accesoriedad de acto: la dependencia se establece con la legislación administrativa protectora del medio ambiente y no con base en la presencia o no de un

acto administrativo de licencia o autorización.

En una materia tan intensamente sometida por la legislación a la necesidad de previa autorización administrativa de los comportamientos peligrosos, en no pocos casos la constatación de la concurrencia o no de la contravención administrativa acabará llevando, a la postre, al análisis de la existencia o no de autorización, con el riesgo de conversión en accesoriedad de acto de la que, en apariencia, venía a ser de derecho o de norma, y con lo que ello supone de complicación a la vista de «la propia incertidumbre sobre el instituto de la autorización (efectos, consecuencias de la misma, sobre todo en casos de error o defecto en su concesión atribuibles a la Administración) en el Derecho administrativo»⁶⁹.

En principio, la referencia explícita por el artículo 325 a la contravención de las leyes y disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente (que exige la consulta de ese sector del ordenamiento en su conjunto) debería bastar⁷⁰ para impedir que la mera presencia de un acto administrativo de autorización cierre el paso a la tipicidad de la conducta, prescindiendo de su validez y conformidad con el ordenamiento jurídico administrativo y hasta del propio alcance de la autorización: la Administración no debe poder convertir en tolerables determinados niveles de contaminación prohibidos de manera absoluta por las leyes, ni la autorización administrativa puede amparar la producción de daños contra las personas o las cosas, que exceden con mucho del contenido de injusto del delito de contaminación⁷¹.

62. M. MARQUÉS I BANQUÉ, "La aplicación del Derecho comunitario en la interpretación de los tipos penales. Especial referencia al delito ecológico", *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, núm. 2, 1998, pp. 360 y ss.

63. Véase, así, las sentencias recogidas al respecto por J. BOIX REIG, A. JAREÑO LEAL, en *Comentarios...*, cit., p. 1.597. Véase también, C. LÓPEZ CERÓN, "Delitos...", cit., pp. 595 y ss.; y en referencia al artículo 347 bis, por todos, A. MATEOS RODRÍGUEZ ARIAS, "La Unión Europea y su incidencia en los derechos penales nacionales", *La Ley*, II, 1995, pp. 961 y ss.; A. VERCHER NOGUERA, "La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente", *CGPJ, La nueva delincuencia*, II, Madrid, 1993, pp. 319 y ss.

64. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, "Complementariedad...", cit., pp. 454 y ss.; A. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 186 y ss.

65. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, "Complementariedad...", cit., p. 448; N. DE LA MATA BARRANCO, "Configuración...", cit., p. 585. A juicio de MORALES PRATS, sin embargo, la dependencia o accesoriedad es "elevada". "La estructura...", cit., p. 226.

66. N. DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996, pp. 74 y ss. También, J. M. PRATS CANUT, en *Comentarios...*, cit., pp. 1.519 y ss.

67. N. DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal...*, cit., p. 79.

68. Con todo, sobre las dificultades que suscita la técnica de la accesoriedad administrativa incluso para el propio bien jurídico protegido, J. M. SILVA SÁNCHEZ, "Consideraciones teóricas generales...", cit., pp. 170 y ss.

69. F. MORALES PRAT, "La estructura...", cit., p. 233.

70. Similarmente, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, "Complementariedad...", cit., p. 466.

71. De aquí que el Proyecto de Convención del Consejo de Europa no exija la infracción administrativa para considerar típicos los supuestos de vertidos, emisiones o introducción de sustancias o radiaciones ionizantes en el aire, suelo o agua que causen la muerte o lesión grave de una persona o creen un riesgo significativo de causación de muerte o lesión grave a una persona (art. 2,1 a), por entender que son resultados o niveles de peligro no "legalizables" mediante una autorización administrativa. G. HEINE, "El Derecho Penal ambiental alemán y español: un estudio comparado desde la perspectiva de consideración de la futura convención europea sobre el Derecho Penal del Medio ambiente", *Cuadernos de Política Criminal*, 63, 1997, pp. 653 y ss.

Tampoco ha de permitirse la impunidad de los casos de abuso de derecho o de fraude o graves irregularidades en la concesión de la autorización.

La fórmula empleada no sirve, sin embargo, para excluir de la sanción penal a quien realice comportamientos materialmente y formalmente autorizables (con sometimiento a ciertas medidas específicas de control), pero que no cuentan con un acto administrativo de autorización. En un «modelo de intervención penal equilibrado»⁷² —el cual evidentemente ha de partir de una adecuada y «mayor coordinación»⁷³ con un ordenamiento jurídico-ambiental suficientemente desarrollado y con criterios claros⁷⁴ (por ejemplo, con determinación de valores-límite) que permitan distinguir las actividades materialmente autorizables (y en qué condiciones) de aquellas que, en ningún caso, han de ser objeto de autorización— muchos de esos supuestos (por ejemplo, si la actividad cumple con todos los requisitos administrativos que permitirían la autorización, pero no se cuenta todavía con ésta) merecerían ser objeto del Derecho administrativo sancionador. Es por ello por lo que, frente a la técnica seguida por el legislador de remisión expresa a la contravención indiscriminada de la legislación administrativa, de *lege ferenda*, sería preferible —como en el art. 319,2⁷⁵— la inclusión como término típico del carácter jurídico-administrativamente no autorizable de las emisiones, vertidos, radiaciones, etc. Esto obligaría al juzgador a constatar si los actos realizados eran material y formalmente susceptibles o no de autorización conforme a la legislación vigente, evitando la sanción penal (a través del delito de contaminación) de conductas materialmente y formalmente autorizables, pero carentes de un acto formal de autorización⁷⁶; se impediría, al mismo tiempo, que la mera presencia de la autorización (eventualmente nula o anulable) pueda suscitar la cuestión de la aplicabilidad o no del tipo penal de contaminación; y se remitirían al plano de la antijuridicidad o culpabilidad (error de prohibición) todas las incidencias relativas a la concurrencia o no de la autorización (o de tolerancia administrativa) en comportamientos no autorizables.

Con todo, y de *lege lata*, el error en torno a la contravención o no de las leyes y disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, a pesar de su evidente conexión con la antijuridicidad global del comportamiento, deberá tratarse como un error de tipo y no como error de prohibición⁷⁷, y puesto que no compete a los administrados vigilar y controlar la actividad de la Administración, el principio de confianza en el funcionamiento regular de las instituciones habrá de ser siempre tenido en cuenta a la hora de la determinación del carácter vencible o invencible del error.

VI. Autoría y participación: las personas jurídicas

Como es ampliamente sabido, los actos más agresivos de contaminación ambiental no son producto de personas individuales que realizan emisiones o vertidos de los tipificados por el artículo 325, sino que tienen lugar con ocasión del ejercicio de actividades industriales o económicas, en el marco empresarial. Característico de este ámbito es la existencia de una compleja estructura y la distancia entre los órganos o personas que toman las decisiones relevantes (y hasta controlan el proceso en su conjunto) y quienes realizan materialmente los comportamientos directamente descritos por el tipo penal. Múltiples son las dificultades que este modo de funcionamiento presenta para la adecuada determinación de las responsabilidades penales de los sujetos intervinientes con las herramientas del Derecho Penal tradicional: en realidad, los que aparecen como autores directos de los comportamientos operan como instrumentos de quienes toman las decisiones relevantes, verdaderos dueños del proceso. Una aplicación estricta de las categorías tradicionales de la autoría y participación señalaría a los primeros como autores inmediatos, remitiendo a los segundos (los verdaderos dueños del proceso) a la categoría de partícipes, bien por inducción o por cooperación necesaria. El hecho de que en el Derecho español, inductores y cooperadores necesarios reciban la misma pena del autor no oculta

72. F. MORALES PRAT, "La estructura...", *cit.*, pp. 228 y s.

73. C. BLANCO LOZANO, "Introducción a la problemática de la protección jurídico-penal del ambiente", *Cuadernos de Política Criminal*, 66, 1998, p. 555.

74. N. DE LA MATA BARRANCO, "Configuración...", *cit.*, p. 593.

75. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995", *Actualidad Penal*, 15, 13-19 abril 1998, pp. 320 y s.

76. Para las que, si el tramamiento a través del Derecho Administrativo sancionador no se considera suficiente, podría preverse hasta una tipificación específica en el propio Código Penal.

77. En la línea propugnada por F. MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, Valencia, 1989, pp. 57 y ss.

lo absurdo de tal situación (se tiene por partícipes a quienes realmente dominan el hecho en su conjunto) e impulsa a la doctrina a la ampliación de los criterios de la autoría mediata, en particular, en los casos –tan frecuentes en este ámbito– de aparatos organizados o de instrumentos dolosos y sin intención, o a la reconsideración de los criterios que deben regir la coautoría, para dar cabida entre los autores a quienes realmente deben tenerse por tales.

Hace tiempo que el legislador comenzó a reaccionar en la Parte especial contra este tipo de situaciones, construyendo definiciones típicas de los sujetos activos de ciertos delitos que tienden a un concepto extensivo de autor. Figuras como el tráfico de drogas (art. 368) o el delito de blanqueo (art. 301), donde cualquier tipo de intervención –hasta accesoria– acaba realizando directamente el tipo penal, constituyen ejemplos paradigmáticos (y especialmente criticables) de lo anterior. Tampoco el delito de contaminación ambiental ha escapado a esta tendencia legislativa de orden más general. La definición típica de los hechos de contaminación con base en los verbos «provocar o realizar directa o indirectamente» –que el art. 325 toma del antiguo art. 347 bis– permite, en efecto, abarcar como directa realización del tipo penal todo tipo de comportamientos que, directa o mediatamente, den lugar a las emisiones, vertidos, radiaciones, etc., típicas y, por tanto, no sólo a casos de autoría mediata con instrumento doloso o de inducción, sino incluso a contribuciones accesorias de ayuda, favorecimiento o facilitación de los hechos de contaminación⁷⁸.

La ampliación del concepto de autor, aun cuando permita alcanzar más fácilmente a aquellos a quienes realmente pertenece el hecho delictivo (algo trascendental en cuanto a la responsabilidad funcional –objeto en el nuevo Código Penal del

artículo 329– y en el seno de la criminalidad de empresa), presenta muchos puntos criticables, en la medida en que puede llevar a difuminar la distinta relevancia de las diferentes contribuciones, sometiéndolas todas ellas a una misma sanción penal.

La lucha eficaz contra los hechos delictivos cometidos a través de las empresas requiere algo más: la aplicación de sanciones específicas a las empresas mismas, con base en el hecho punible cometido. El artículo 327 del Código Penal prevé en este orden de cosas, para el delito de contaminación⁷⁹, la imposición facultativa de ciertas consecuencias accesorias (clausura definitiva o temporal –hasta cinco años– de la empresa, sus locales o establecimientos; intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario con un máximo de cinco años). Dejando al margen el hecho de que podrían haberse contemplado igualmente otras consecuencias accesorias del artículo 129, la doctrina⁸⁰ discute, en general, sobre los requisitos de aplicación de las consecuencias accesorias –un hecho típico y antijurídico– y en cuanto a su naturaleza jurídica (medidas administrativas, medidas de seguridad, penas, nuevas sanciones penales), destacando la gran inseguridad jurídica que inspira su régimen⁸¹.

En realidad, la lucha contra la criminalidad económica y empresarial debería llevar en España bien a la revisión, como han hecho ya otros ordenamientos (v.gr. recientemente, el nuevo Código Penal francés) del principio tradicional *societas delinquere non potest*⁸², o, cuando menos, a instrumentar intervenciones penales efectivas sobre las propias personas jurídicas⁸³. Hace tiempo que la doctrina ha explorado vías dogmáticas que permiten la cobertura por medio de las categorías esenciales del delito de los hechos cometidos a través

78. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La reciente historia...", *cit.*, pp. 196 y s. (y bibliografía allí citada).

79. No resulta fácil de entender por qué no se contemplan consecuencias accesorias para los demás hechos delictivos del capítulo III.

J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Delitos...", *cit.*, p. 297.

80. L. GRACIA MARTÍN, *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, Valencia, 1998, pp. 367 y ss.; B. MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal", *Revista Penal*, 1, 1998, pp. 43 y ss.

81. A. JORGE BARREIRO, en G. Rodríguez Mourullo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 366.

82. Claramente a favor, S. BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, 1998; L. RODRÍGUEZ RAMOS, "Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", *La Ley*, 3 octubre 1996, p. 4; y, sobre todo, J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", *Cuadernos de Política Criminal*, 1994, pp. 613 y ss.; "Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)", *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 723 y ss.; "Las penas previstas en el art. 129 del Código Penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", *Poder Judicial*, 46, 1997.

83. L. ARROYO ZAPATERO, "Derecho Penal económico y Constitución", *Revista Penal*, 1, 1998, p. 14; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, "Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, *cit.*, pp. 202 y ss.; B. MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias...", *cit.*, pp. 43 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, "Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos", *Revista Penal*, 1, 1998, pp. 67 y ss.; C. SUÁREZ GONZÁLEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo", *Estudios del Ministerio Fiscal*, 1, 1994, pp. 843 y ss.

de las personas jurídicas. Algunos autores han propuesto igualmente instrumentos específicos de imputación para la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Destaca entre ellos, junto a la doctrina del «defecto de organización» de TIEDEMANN⁸⁴, la propuesta de HEINE⁸⁵, de especial aplicación en los delitos contra el ambiente, campo particularmente necesitado de instrumentos penales efectivos para hacer frente a los hechos delictivos procedentes de entidades públicas y privadas⁸⁶. Para HEINE, que afirma la posibilidad de culpabilidad por la dirección de la empresa, cabe construir dogmáticamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la imputación excepcional a la persona jurídica de las perturbaciones relevantes de su actividad, que supongan un incremento del riesgo, debido a una gestión empresarial defectuosa derivada del incumplimiento de obligaciones de aseguramiento, supervisión o control. También en el Derecho español merece tenerse en cuenta la propuesta de *lege ferenda* de S. BACIGALUPO⁸⁷.

En cualquier caso, debido a las especificidades de las personas jurídicas, lo procedente sería la apertura de una nueva vía penal, que –como las ya existentes del Derecho Penal de peligrosidad o del Derecho Penal de menores y jóvenes y sin alterar fundamentalmente el sistema de funcionamiento del Derecho Penal individual– pueda servir para intervenir penalmente sobre las personas jurídicas con respeto de los principios y garantías propias del Derecho Penal, y con respuestas sancionadoras específicas.

VII. Crisis económica y estado de necesidad

En el marco empresarial o industrial, resulta hasta cierto punto frecuente en la práctica que, frente a una eventual denuncia o actuación penal por el delito de contaminación ambiental, el imputado o imputados aleguen como posible justifi-

cación (o, al menos, exculpación) de su comportamiento típico las dificultades económicas de la empresa afectada, para quien el respeto de las normas penales y administrativas protectoras del ambiente podría hasta originar pura y simplemente su inviabilidad económica, con el consiguiente peligro de pérdida de los correspondientes puestos de trabajo. En definitiva, en una situación de crisis económica, a la hora de elegir entre dos males –la contaminación del ambiente o el cierre total o parcial de la empresa con despido de los trabajadores–, desde estas posiciones se defiende salvaguardar la continuidad de la actividad, entendiendo que la viabilidad de la empresa y los puestos de trabajo que garantiza son bienes, si no más valiosos, cuanto menos preferentes (en cuanto a su protección) a la tutela del ambiente.

La posibilidad de aplicación en estos supuestos de la circunstancia eximente (incluso incompleta) de estado de necesidad parece muy remota⁸⁸. De un lado, porque si tanto el ambiente como el pleno empleo son bienes constitucionalmente dignos de protección al más alto nivel, el conflicto absoluto de intereses entre Economía y Ambiente no es fácil de admitir con carácter general, cuando precisamente la tutela del ambiente, aun cuando haya podido aumentar los costes de producción de determinadas industrias, desde una perspectiva más amplia, ha abierto todo un nuevo sector económico, altamente desarrollado y creador de riqueza y de nuevos puestos de trabajo.

Para la apreciación jurídico-penal de un estado de necesidad lo que interesa no es tanto el posible conflicto entre bienes a un nivel general, cuanto el modo en que ese conflicto se manifiesta en una situación concreta. El estado de necesidad requiere, en este sentido, que el individuo se halle en una situación absoluta de necesidad, esto es, en una situación de conflicto sin salida, en la que, o elige lesionar un bien, o inevitablemente ha de soportar un mal propio o ajeno que jurídicamente no está obligado a sufrir. Ciertamente, hay quien considera que, en el caso del ambiente, toda posible si-

84. "Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado", en J. L. Gómez Colomer, J. L. González Cussac (coords.), *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castellón de la Plana, 1997, pp. 36 y ss. También, J. M. ZUGALDIA ESPINAR, "Capacidad...", *cit.*, pp. 623 y s.; y S. BACIGALUPO, *La responsabilidad penal...*, *cit.*, pp. 169 y ss.

85. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Baden Baden, 1995, pp. 311 y ss.

86. C. WALING, "La criminalidad medio-ambiental en el ámbito del Derecho Penal general. La responsabilidad de las personas jurídicas y sus representantes: la necesidad de definir límites", *Cuadernos de Política Criminal*, 62, 1997, p. 519.

87. *La responsabilidad penal...*, *cit.*, pp. 368 y ss.

88. J. C. CARBONELL MATEU, "Medio ambiente: crisis económica y justificación", en J. L. de la Cuesta y C. Fernández Casadevante (eds.), *Protección internacional del medio ambiente y Derecho ecológico*, Bilbao, 1987, pp. 189 y ss.; K. TIEDEMANN, "¿Conservación del puesto de trabajo como causa de justificación en el Derecho Penal del ambiente?", *ibidem*, pp. 197 y ss.

tuación de necesidad está ya resuelta previamente por el propio legislador (o por la Administración a la que corresponde fijar las condiciones de autorización), que ha decidido proteger (hasta penalmente) el ambiente frente a determinadas agresiones contaminantes, aun a sabiendas de que su tutela puede ser costosa para las empresas; desde esta perspectiva, el posible mal (sobrecoste económico) derivado de la tutela del ambiente no habrá de ser tenido como un mal que jurídicamente no se esté obligado a soportar.

No cabe descartar absolutamente supuestos concretos en los que el empresario (o hasta un trabajador) se encuentren ante el juez penal por haber preferido realizar los actos de contaminación en la alternativa anteriormente explicada. La aceptación en estos casos de un estado de necesidad requeriría partir de la prueba (nada sencilla) de la presencia de una situación de necesidad absoluta, esto es, que el único medio de proteger la viabilidad de la empresa o de garantizar los puestos de trabajo sea la realización de la conducta penalmente típica de contaminación: no bastará demostrar las posibles dificultades económicas derivadas para la empresa de los costes de ambientales, ni habrá situación

absoluta de necesidad si todavía quedan vías abiertas para lograr ayudas, negociar con la Administración, interponer recursos contra la denegación de la autorización... Afirmada, en su caso, la situación de necesidad, el juicio en torno a la condición completa o incompleta de la circunstancia eximente dependerá de la concurrencia de todos o parte de los requisitos establecidos por el artículo 20,5. Así, la ponderación de los males obligará a comparar, en concreto, los bienes en conflicto y el nivel de riesgo al que respectivamente se vean sometidos. Más fácil ha de ser la prueba de la no provocación intencionada de la situación de necesidad, sólo excluible en casos de dolo: ello no debería llevar a olvidar el examen de la posible causación culposa de la situación de necesidad (por falta de previsión suficiente o por la no adopción de las medidas adecuadas), susceptible hasta de originar una responsabilidad imprudente⁸⁹. Por último, si bien no se puede obligar al trabajador individual al sacrificio de su puesto de trabajo en aras a la protección del ambiente, el deber de sacrificio del empresario es claro en cuanto a la pérdida (sobre todo si es de carácter temporal) de posibles beneficios. ●

89. S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Barcelona, 1998, p. 476.