

LOS DELITOS MEDIOAMBIENTALES TRAS LA ÚLTIMA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

CARLOS DE MIGUEL PERALES

Abogado*

Los delitos medioambientales tras la última reforma del Código Penal: una oportunidad perdida

Se analizan en este artículo, desde una perspectiva crítica, las cuestiones más relevantes que se han introducido en el Código Penal respecto de los delitos medioambientales tras la última modificación operada por la Ley Orgánica 5/2010. La conclusión es que se incide en las líneas seguidas en anteriores modificaciones, ampliando las acciones punibles y endureciendo las penas, con una técnica legislativa muchas veces deficiente. Todo ello abunda en una mayor inseguridad jurídica, de especial preocupación para los agentes económicos. La última modificación del Código Penal representa así una oportunidad perdida para haber regulado debidamente un área tan relevante como esta.

The environmental crimes after the last amendment of the Penal Code: a lost opportunity

This article analyses, with a critical view, the main questions introduced in the Penal Code by virtue of the Basic Law 5/2010, in respect of the environmental crimes. The conclusion is that the guidelines of former amendments are followed in this case as well, widening the actions that may be punished and increasing the sanctions, together, in many cases, with a poor legislative technique. This leads to a greater legal uncertainty, of which the economic stakeholders should be specially worried. The last amendment of the Penal Code is, thus, a lost opportunity to have governed properly an area as relevant as this one.

1 · INTRODUCCIÓN

El 23 de junio de 2010 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley Orgánica 5/2010, por la que se modifica el Código Penal. De entre las muchas modificaciones que se recogen, me voy a centrar en las relativas a los delitos medioambientales.

Desde la primera vez que se introdujo en nuestro texto penal el delito medioambiental, allá por los años setenta del pasado siglo, el número de artículos dedicados a este campo ha ido aumentando cada vez más. Este aumento en la cantidad no parece haber tenido, en mi opinión, un paralelo similar en la calidad de las nuevas normas introducidas. Prueba de ello es esta última modificación a la que me voy a referir: se puede tener una cierta sensación de «amontonamiento» de delitos, más que un esquema lógico y sistemático de conductas punibles. Ello, aparte de cuestiones más opinables, como las sanciones que se imponen en determinados casos, o incluso la penalización de ciertas conductas.

No es objeto de este artículo, sin embargo, hacer un análisis crítico desde una óptica de política legislativa. Más bien pretendo, sobre la base de la norma

hoy aplicable, analizar algunos de sus aspectos que pueden resultar controvertidos para los operadores económicos y, cuando sea posible, proponer interpretaciones razonables.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 explicita la única razón de la modificación del Código Penal en lo que a los delitos contra el medio ambiente se refiere: «la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la Unión Europea en este ámbito», que exigiría «una agravación de las penas» y que se incorporen al Código Penal los supuestos previstos en la Directiva 2008/99, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal.

En la transposición de la Directiva 2008/99 se puede apreciar, como en otras ocasiones similares (al menos en lo que a normas medioambientales se refiere), una ausencia de criterio del legislador español, que se limita a (casi) copiar la Directiva, sin pretensión de armonizar, aprovechar o mejorar lo ya existente en nuestra normativa nacional. Por otro lado, como cuestión concreta, relevante, hay que destacar que la Directiva no exige realmente una agravación de las penas, sino unas «sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias» (artículo 5).

Hechas las afirmaciones generales que preceden a modo de introducción, corresponde ahora entrar en el análisis detallado de algunas (solo algunas,

* Abogado del Grupo de Derecho Público y del Medio Ambiente de Uría Menéndez (Madrid).

por limitaciones de espacio) de las principales novedades introducidas por la Ley Orgánica 5/2010.

2 · EL NUEVO ARTÍCULO 328

El artículo 328 del Código Penal es el que ha sufrido más cambios dentro de los dedicados al medio ambiente. Este artículo pasa de tener un único párrafo a siete apartados, no todos ellos relacionados entre sí. Este hecho, aparte de demostrar una deficiente técnica legislativa, nos obliga a diferenciar aquellos apartados que merecen comentarios más sustanciales.

2.1. El apartado 1 del artículo recoge el mismo tipo que existía antes de la reforma (establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos tóxicos o peligrosos), pero con dos modificaciones relevantes. Por un lado, se aumenta la pena de prisión: antes era de cinco a siete meses, y a partir de la modificación es de seis meses a dos años; por otro lado, se introduce la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio por un tiempo de uno a dos años.

Estas modificaciones no han ido acompañadas de otras probablemente más necesarias. Así, de acuerdo con el tenor literal del apartado (y, en esa línea, alguna sentencia del Tribunal Supremo, como la de 21 de diciembre de 2001), se mantiene la posibilidad de castigar con prisión a quien ha actuado conforme a la legalidad administrativa; se mantiene igualmente la inadecuada terminología: sigue sin estar claro qué significa «*establecer un depósito o vertedero*», y siguen utilizándose expresiones en materia de residuos superadas hace más de una década (así, la distinción entre «*desechos*» y «*residuos*», y la referencia genérica a «*tóxicos y peligrosos*»).

Sobre la primera de estas cuestiones, es útil recordar que la Directiva 2008/99, cuya transposición se pretende con la Ley Orgánica 5/2010, impone a los Estados miembros (artículo 3) la obligación de asegurar que las conductas que cita son constitutivas de delito «*cuando sean ilícitas*» (lo que sea «*ilícito*» viene definido en el artículo 2 de la Directiva; para evitar transcripciones innecesarias, podemos asumir que «*ilícito*» es lo que comúnmente se acepta como tal, esto es, lo contrario a la norma aplicable). Este inciso, junto con otros básicos de nuestro Derecho Penal (entre otros, el de antijuricidad de la conducta punible), debe servir para interpretar, de cara al futuro, este artículo 328.1 en

el sentido de que sí se requiere una conducta ilícita. Se podrá entonces criticar un posible desajuste sistemático con el artículo 325. En mi opinión, esta situación, aunque no deseable, es mejor que castigar penalmente a una persona que desarrolla una actividad autorizada y controlada por la Administración.

A partir de este apartado 1, se han introducido toda una serie de novedades en el artículo 328. Paso a continuación a comentar las que me parecen más destacadas a los efectos de este trabajo.

2.1. El apartado 2 castiga con las mismas penas previstas en el apartado 1 a los que contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos y que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas.

Lo primero que sorprende a quien lee este nuevo tipo es que se exige la contravención de «*leyes u otras disposiciones de carácter general*». Basta pues con que el sujeto incumpla, por ejemplo, la normativa del impuesto de sociedades en lo que se refiere a la explotación de su instalación, para que este requisito pueda darse por cumplido.

Se dirá —con razón— que este ejemplo es un sentido. Pero podrá decirse, también con razón, que donde la ley no distingue, tampoco podemos distinguir nosotros. Resulta obvio, al menos para mí, que el tipo se refiere a leyes u otras disposiciones de carácter general *que tengan por objeto la protección del medio ambiente* (la Directiva 2008/99, artículos 2 y 3, resulta en este punto un apoyo interpretativo indudable); dejar que sean los tribunales los que lleguen a esta conclusión, caso a caso, no parece admisible desde un punto de vista de unas correctas política y técnica legislativas.

Aún cabe hacer otro comentario más sobre la deficiente delimitación de este tipo. Se hace referencia a «*actividades peligrosas*», y cabe preguntarse qué es exactamente una actividad de este tipo. Podríamos intentar referirnos a lo que por tal se entiende en el Decreto 2414/1961, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas; no parece, sin embargo, que esta sea la solución más deseable, si se tiene en cuenta que este Decreto no se aplica ya hoy en casi ninguna de nuestras diecisiete comunidades autónomas. Esto,

entonces, puede llevarnos a que «*actividad peligrosa*» será la que por tal se tenga en la normativa autonómica que pudiera resultar de aplicación, si es que tal normativa existe.

Si se tiene en cuenta que con este artículo se transpone el artículo 4.d) de la Directiva 2008/99, pudiera entenderse, con mayor fundamento, que «*actividades peligrosas*» (y «*sustancias o preparados peligrosos*») son aquellas reguladas específicamente por algunas de las normas que se recogen en el anexo A de la Directiva 2008/99, como por ejemplo la Directiva 96/82, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.

La última cuestión a destacar de este apartado 2 del artículo 328 se refiere a la propia acción a que se refiere: se trata de explotar instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos, y que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves, o ciertos daños sustanciales. Como puede observarse, a diferencia del tipo general recogido en el artículo 325, en el 328.2 no hay referencia alguna a emisiones, vertidos o acciones similares. La mera explotación de instalaciones, o el mero almacenamiento o uso de sustancias o preparados peligrosos, es suficiente para integrar el tipo. Se trata, por tanto, de una anticipación de la protección penal del medio ambiente: antes de que haya un vertido, emisión o acción similar, el ordenamiento jurídico-penal puede ya reaccionar. Será la aplicación práctica de esta opción de política legislativa la que nos indique su acierto.

2.3. El apartado 3 del nuevo artículo 328 castiga con la pena de prisión de uno a dos años a los que en la recogida, el transporte, la valorización, la eliminación o el aprovechamiento de residuos, incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos, pongan en grave peligro la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

El principal comentario que cabe hacer respecto de este apartado se refiere a las acciones que recoge: parece que no hace falta que se desarrollen con infracción de las normas administrativas aplicables; sin embargo, la última de las acciones consiste en «*la omisión de los deberes de vigilancia*», lo que precisamente nos lleva a la idea del ilícito.

Este es un buen ejemplo de la mala transposición de la Directiva 2008/99: se ha copiado (mal) el artículo

3.b) de la Directiva, ya que se ha olvidado (como se ha indicado ya, para el caso del artículo 328.1) el carácter ilícito a que se refiere en general la Directiva para todas las actividades que contempla, dando lugar a este resultado anómalo. En línea con lo que he dicho anteriormente, la interpretación más correcta es, en mi opinión, entender que debe haber una infracción de la normativa medioambiental aplicable como elemento integrante de este tipo.

2.4. El apartado 4 del artículo que vengo comentando castiga con prisión de uno a dos años al que contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general traslade una cantidad importante de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados.

Como ocurre en el apartado 2 de este mismo artículo, nos encontramos de nuevo con una genérica referencia a la contravención de «*leyes u otras disposiciones de carácter general*». Misma crítica merece por tanto este inciso, sobre el que, con ser de enorme importancia, no debemos detenernos más en este momento.

Con ser lo anterior muy relevante, en este apartado se ha cometido otro despropósito que no le va a la zaga: la acción consiste en trasladar una cantidad «*importante*» de residuos. Cuando se trata de que una persona vaya o no a la cárcel, no cabe entender cómo puede el legislador permitirse tamaña indefinición. Quizás quiera buscarse una excusa en la Directiva 2008/99, que se refiere a una cantidad «*no desdenable*» de residuos. Frente a esto, dos ideas deben bastar: (i) si bien es cierto que la Directiva podría haber sido más concreta, no lo es menos que el error de la Directiva no justifica su repetición en la ley española; y (ii) aún podría defenderse ese tipo de redacción inconcreta en la Directiva, puesto que para la mayor concreción ya están, precisamente, las normas de los Estados miembros.

Un último error debe destacarse en este artículo: para la comisión del tipo no se requiere ningún daño a nadie ni nada, y ni siquiera el riesgo de que tal daño pueda llegar a producirse. La mera infracción de la norma (no olvidemos: de cualquier norma, no necesariamente de protección del medio ambiente) basta para integrar el tipo. Resulta así imposible distinguir el ilícito administrativo del ilícito penal, salvo que la distinción quiera basarse en la «*importancia*» de la cantidad de residuos que se traslade, lo cual nos remite al problema al que acabamos de referirnos.

3 · OTROS DELITOS MEDIOAMBIENTALES MODIFICADOS POR LA LEY ORGÁNICA 5/2010

3.1. Empecemos con el artículo 325, que es el que he venido denominando en otros trabajos como delito ambiental general, tanto por su propio dictado como por su mayor aplicación (al menos hasta ahora) respecto del resto de artículos.

En este artículo las modificaciones han sido pocas, y no todas negativas. Destaca en este sentido la supresión del número 2 del antiguo artículo 325, referido a emisión o introducción de radiaciones ionizantes u otras sustancias, que podría haberse incluido en otros artículos del Código Penal —para empezar, en el mismo artículo 325, en el párrafo que se ha mantenido tras la modificación, ya que ahora incluye como conducta típica, además de las muchas que ya había antes, la provocación o realización, directa o indirecta, de radiaciones—.

La modificación del artículo 325 que puede resultar más cuestionable se refiere a las penas de prisión que pueden imponerse, que son, tras la modificación, de prisión de dos a cinco años (antes eran de seis meses a cuatro años), con las consecuencias que esto puede tener para la suspensión de la ejecución de la pena.

La Directiva 2008/99 exige (artículo 5) que los delitos medioambientales se castiguen con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias. De este tenor, y de la modificación operada en el artículo 325, cabe deducir que el legislador español ha entendido que las penas hasta ahora existentes no tenían esas características. Cabe también preguntarse, sin embargo, si el endurecimiento de las penas llevará a una efectiva reducción en la comisión de este tipo de delitos o si, por el contrario, se trata quizás de encubrir el fracaso de la política de protección medioambiental en el plano administrativo, castigando acciones con penas muy severas, cuando lo realmente importante no es tanto el castigo como conseguir que la acción dañosa para el medio ambiente no tenga lugar.

Por lo demás, la modificación ha desaprovechado la ocasión para corregir algunas de las carencias del artículo 325, notablemente la delimitación del concepto del peligro, tanto en lo que se refiere a su gravedad, como en cuanto a su naturaleza (peligro concreto, abstracto, hipotético, etc.), según ha venido siendo analizada, con un criterio cambiante a lo largo de los años, por nuestros tribunales.

3.2. Pasando al artículo 329, se mantiene el tipo específico de prevaricación de funcionario en materia medioambiental (sigo sin llegar a entender por qué se presume más inclinado a la prevaricación a este tipo de funcionarios que a cualquier otro), pero ampliando ahora las conductas punibles, para incluir también la no realización de inspecciones de carácter obligatorio. También se castiga a partir de ahora a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

3.3. También se amplían las conductas que se castigan en el artículo 334, referido a especies de fauna amenazadas, de tal modo que ahora también constituye delito la destrucción o alteración grave de su hábitat (sin que se tenga idea cierta, por otro lado, de qué pueda ser una alteración «grave», de modo similar a la incertidumbre en la aplicación del artículo 325 respecto de la posibilidad de perjudicar «gravemente» el «equilibrio» de los «sistemas naturales»).

Además, con carácter general, la pena se impondrá en su mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción.

3.4. Dentro de las disposiciones generales aplicables a los artículos 325 a 337, se ha modificado el artículo 339. Este artículo, en su anterior redacción, facultaba a los jueces o tribunales para ordenar la adopción de medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados. A partir de ahora los jueces y tribunales están obligados a adoptar tales medidas. Resulta una modificación acorde con el conjunto de nuestro ordenamiento medioambiental, empezando por el artículo 45 de la Constitución (en conexión con su artículo 53.3), y coherente con nuestra normativa administrativa, especialmente la Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental.

3.5. Para finalizar este breve análisis de las modificaciones más relevantes del Código Penal sobre cuestiones medioambientales, voy a referirme a dos artículos que, aun estando en un título distinto del que se dedica a la protección del medio ambiente, entran de lleno en este ámbito. Me refiero a los

artículos 343 y 345 (me centro en concreto en el apartado 1 de cada uno de ellos).

Por el artículo 343.1 se castiga con la pena de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años, al que mediante el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes, o la exposición por cualquier otro medio a dichas radiaciones ponga en peligro la vida, integridad, salud o bienes de una o varias personas. La misma pena se impondrá cuando mediante esta conducta se ponga en peligro la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas.

Aparte de lo que dije anteriormente (ver Introducción), en el sentido de que el contenido de este artículo podría tener cabida en el 325, pueden aún destacarse dos cuestiones.

En primer lugar, el tipo se refiere al vertido, emisión o introducción de una «*cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes*», sin mayor precisión. Podría de nuevo intentar justificarse esta deficiencia en la Directiva 2008/99, que tiene la misma redacción. Sin embargo, en este caso, además de rechazar esta excusa por las mismas razones indicadas antes al referirnos al artículo 328.4, podemos ahora añadir otra: la redacción de la Directiva, con no ser la mejor pensable, no es tan criticable como la de la ley española; en aquella se hace referencia a una «*cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes que cause o pueda causar*» determinados daños. Se liga así la cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes con su posible consecuencia, lo cual ya es una indicación de que no cualquier cantidad es suficiente para entender cometida la acción típica.

Esta interpretación debe servirnos para aplicar debidamente este artículo 343.1: habrá que alejarse de peligros abstractos o hipotéticos, y centrarse en peligros concretos.

El segundo aspecto a destacar en el artículo 343.1 ya ha sido comentado respecto de otros artículos: no se exige una contravención de normas administrativas. Podría por tanto tratarse, teóricamente, de una actividad sujeta a todos los controles administrativos y, aun así, punible penalmente. Creemos que esta interpretación debe descartarse sobre la base ya indicada del artículo 3 de la Directiva 2008/99, que al relacionar las acciones que merecen ser constitutivas de delito, predica respecto de todas ellas su carácter ilícito.

Destaco brevemente, para finalizar, la modificación operada en el apartado 1 del artículo 345, referido a ciertas acciones con materiales nucleares u otras sustancias peligrosas. En la anterior redacción este apartado, respecto de estas actividades, podía apreciarse que el bien jurídico a proteger era la seguridad colectiva. Tras la última modificación, parece más bien que los bienes jurídicos directamente protegidos son las personas y los elementos del medio ambiente que se citan (aire, suelo, aguas, animales y plantas).

Igualmente, se ha ampliado el elenco de acciones que pueden integrar el tipo.

4 · CONCLUSIÓN

A la vista de estos breves comentarios, puede concluirse que con la última reforma del Código Penal, al menos en lo que a los delitos medioambientales se refiere, se incide en las líneas seguidas en anteriores modificaciones: se amplían las acciones punibles y se endurecen las penas, todo ello con una técnica legislativa muchas veces deficiente. A ello se añade el hecho de que se criminalizan conductas que deberían ser, más propiamente, objeto de represión administrativa. Todo ello abunda en una mayor inseguridad jurídica, que no por generalizada es menos preocupante. Se ha perdido, otra vez, una oportunidad para regular debidamente este ámbito del Derecho Penal.