La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el Código Penal español

MANUEL CANCIO MELIÁ

Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

1. A primera vista, pudiera parecer que el tema del que este texto se ocupa, «la responsabilidad del funcionario en delitos contra el medio ambiente», es de menor interés para reflexiones de carácter sistemático-dogmático —es decir, de Parte General—, por ser una cuestión superada por la regulación positiva, en la que no hay mucha necesidad de construcción dogmática al margen de la interpretación del texto introducido en la Parte Especial por decisión del legislador. Dicho de otro modo: podría pensarse, en todo caso, que de lo que se trata al abordarlo es de realizar reflexiones relativas a la Parte Especial de nuestro vigente Derecho penal, por estar «resuelta» la problemática fundamental en el Código Penal.

En este sentido, el precepto cuya existencia puede dar lugar a esa impresión es el artículo 329 CP, que dispone que

«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 y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.»

Este precepto, introducido en el Derecho positivo en el CP de 1995, constituye, como se verá, un supuesto –por lo demás, bastante raro en la legislación española– de muestra de sensibilidad del legislador frente a demandas político-criminales de la doctrina. Sin embargo, como se observará en lo que sigue, debe concluirse que en este caso el hecho de que el legislador atendiera las sugerencias formuladas por la doctrina no puede producir la satisfacción que cabría esperar, ya que la forma en que se ha producido la introducción del precepto genera –por defectos sistemáticos graves– más problemas de los que resuelve.

En todo caso, con este artículo 329 del CP 1995 queda incorporada la tipificación específica de las conductas de funcionarios en relación con los delitos contenidos en los «artículos anteriores», es decir, los artículos 325/326 y 328 CP, que constituyen sin duda alguna el núcleo del Derecho penal medioambiental español: en particular, en cuanto figuras delictivas sustantivas (1), el delito de contaminación contenido en el artículo 325 (2), además (3) de la infracción relativa al estableci-

(1) Puesto que el artículo 326 CP tipifica agravantes de la infracción prevista en el artículo 325 CP –*vid. infra*–, mientras que el artículo 327 CP contiene la autorización para que se impongan en estos casos algunas de las medidas previstas en el artículo 129 CP.

(2) Precepto que cabe calificar de heredero del artículo 347 bis CP 1973, y que dispone lo siguiente: «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.»

(3) *Vid.* el artículo 328 CP en la nota que sigue. Sin embargo, en realidad, la figura común de referencia ha de ser el delito de contaminación del artículo 325 CP. Sin pretender entrar aquí en profundidad en la cuestión, basten las siguientes consideraciones: en lo que se refiere a la delimitación frente al artículo 325 CP, nada facilitada por una redacción poco clara (*vid.* en sentido crítico, por ejemplo, PÉREZ DE GREGORIO, *LL* 1996, p. 1792; LESMES SERRANO, en ídem *et al.*, *Derecho penal administrativo*, pp. 358 s.; DE LA GÁNDARA VALLEJO, en BACIGALUPO [ed.], *Curso de Derecho penal económico*, p. 322; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP* 1998, pp. 300 s., con ulteriores referencias), parece que habrá que entender que en la infracción del

miento de vertederos incorporada a la regulación *ex novo* en el artículo 328 CP (4).

Por lo demás, ha de señalarse que el modelo del artículo 329 CP queda reproducido —con algunas variantes que, si bien son susceptibles de crítica (5), no afectan a lo esencial del modelo de regulación— también en los capítulos dedicados dentro del título XVI a la ordenación del territorio [art. 320 CP (6)] y al patrimonio histórico [art. 322 CP (7)]. Por otra parte, sin embargo, en el capítulo relativo a la protección de la flora y fauna no aparece un precepto de similares características.

artículo 328 CP se pena no la realización de vertidos en sí misma —ya abarcada y castigada con pena mucho más grave en el artículo 325—, sino la ocasión de riesgo generada por la mera habilitación de los lugares en cuestión como depósitos o vertederos (así, por ejemplo, SUÁREZ GONZÁLEZ, *ComCP*, p. 935; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP* 1998, pp. 300 s.). Ahora bien, queda claro que en realidad, el «establecimiento» de depósitos o vertederos suele coincidir, o ser idéntico, con la efectiva realización de vertidos, abarcada en todo caso por el amplio elenco de medios comisivos enumerados en el artículo 325. En definitiva, tan sólo quedará un muy estrecho margen de aplicación de la presente infracción frente a la del artículo 325, que es el verdadero punto de referencia básico en este contexto; en este sentido, por ejemplo, ya ha manifestado su «sorpresa» frente a la incomprensible relación de penas el Fiscal General del Estado, *Memoria 1998*, p. 491. Esta discutible delimitación frente al ámbito del artículo 325 CP, como se verá, también introduce un factor de complicación en la interpretación de las relaciones del artículo 329 CP con ambos preceptos.

(4) Que dispone lo siguiente: «Serán castigados con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses y arresto de dieciocho a veinticuatro fines de semana quienes establecieren depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.»

(5) En particular, las diferencias en las penas, injustificadas, como señala GÓMEZ RIVERO, *LL* 1996, p. 1243, y la ausencia de la modalidad de «silenciamiento», contenida en el artículo 329 CP, en los otros dos preceptos.

(6) Que dispone lo siguiente: «1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce 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 haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.»

(7) Que dispone lo siguiente: «1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce 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 haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.»

Como antes se ha dicho, aquí se pretende exponer en lo que sigue que la introducción de una de las modalidades de la así llamada «prevaricación específica (8)» en el artículo 329 CP no sólo no ha «resuelto» la problemática de la responsabilidad jurídico-penal de los funcionarios en materia de medio ambiente, sino que ha complicado su establecimiento de manera notable, de modo que cabe incluso formular la opinión de que hubiera sido preferible que no se crease la figura. Aún así, a pesar de las complicaciones generadas por este nuevo precepto, como se verá, desde la perspectiva aquí adoptada es necesario llegar a la conclusión de que el artículo 329 CP no agota el ámbito de posible punibilidad de actuaciones de funcionarios públicos en este contexto.

2. Con lo acabado de exponer queda prácticamente delineado el esquema conforme al cual debe desarrollarse el presente trabajo: en primer lugar, a modo de breve introducción, han de hacerse algunas breves reflexiones acerca de la evolución histórica y de la relevancia político-criminal de la responsabilidad de los funcionarios en materia de delitos contra el medio ambiente en el ordenamiento jurídico-penal español (*infra* II.). Cabe esperar que estas consideraciones arrojen una luz reveladora sobre el modo más adecuado de entender la regulación actual. En segundo lugar, debe determinarse, mediante un análisis de la conducta incriminada en el artículo 329 CP, si puede existir responsabilidad penal de los funcionarios en materia de medio ambiente más allá de lo dispuesto en este precepto (*infra* III.). Como se acaba de anunciar, aquí se llegará a una respuesta positiva a esta cuestión –y, al mismo tiempo, a una valoración crítica del artículo 329 CP–. Despejado así el camino para una responsabilidad más amplia de los funcionarios públicos en este contexto, más allá de lo dispuesto en el artículo 329 CP, puede ya entrarse en la última cuestión que aquí interesa: las bases de tal responsabilidad (*infra* IV.). Como se verá, en relación con esta responsabilidad se alcanzará, en primer lugar, la convicción de que ha de procederse a una determinación unitaria de las bases de la responsabilidad de los funcionarios: pues no toda intervención en este ámbito –sea activa u omisiva– puede razonablemente dar lugar a responsabilidad del funcionario; por el contrario, debe concurrir, en ambos casos, una posición de garantía específica, tanto en supuestos

(8) Cfr. el uso de esta terminología, por ejemplo, por BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *COMCP 1995*, pp. 1605 s.; PRATS CANUT, *ComNCP*, p. 1535; CARMONA SALGADO, en: *Curso PE II*, p. 69; VIRTO LARRUSCAIN, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, pp. 128 ss.; DE LA MATA BARRANCO, *ibídem*, p. 404; HERNÁNDEZ ALONSO, *AP*, 1999, pp. 179 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP*, 1998, p. 301.

de intervención activa como de intervención omisiva. Por otro lado, en segundo lugar, en la fundamentación de tal posición de garantía, se concluirá que debe abandonarse el marco conceptual tradicional propio de los delitos de omisión, centrado en la distinción entre garantes de protección y garantes de control, para explorar nuevas vías de fundamentación de la responsabilidad.

3. En todo caso, no puede concluirse esta introducción sin llevar a cabo un reconocimiento: el reconocimiento de las dudas que sufre cualquiera que se enfrente con esta problemática, dudas acerca de la posible utilidad de su trabajo. En efecto, a pesar de la evidente relevancia de la conducta de los funcionarios en este contexto, a pesar del número creciente de sentencias en materia de delitos contra el medio ambiente, y, más concretamente, a pesar de las quejas que respecto del funcionamiento de la Administración pública española que han venido formulándose, lo cierto es que ni bajo la vigencia del Código Penal de 1973 –en aplicación de las reglas generales de responsabilidad– ni una vez introducido el delito del artículo 329 CP en el CP 1995 se ha producido, hasta el momento y en lo que se alcanza a ver, una condena de algún funcionario en este contexto. Y difícilmente cabe pensar que ello sea debido a que no se haya cometido ninguna infracción.

II. LA NUEVA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 329 CP

A. Antecedentes

La historia de la determinación de la responsabilidad de los funcionarios públicos por delitos contra el medio ambiente en el ordenamiento jurídico-penal español es, esencialmente, la historia de una demanda de criminalización, de una demanda de criminalización formulada insistentemente por la doctrina desde los inicios de la intervención penal en materia de medio ambiente. En esta posición favorable a la introducción de un precepto especial (9), aparte de la

(9) Vid. con carácter general sobre el artículo 329 CP –también respecto de las demás cláusulas de incriminación específicas–, con una valoración positiva y ulteriores referencias, ACALE SÁNCHEZ, *PJ*, 47 (1997), pp. 117 ss., 119 ss.; a pesar de enunciar críticamente las deficiencias del precepto, también lo valora positivamente DE LA MATA BARRANCO, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Los delitos contra la Administración pública*, p. 405; igualmente adoptan una posición aprobatoria, por ejemplo, BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *ComCP* 1995, pp. 1605 s.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Código*

convicción de que debía producirse una reacción de específica penalidad (10) frente a las conductas de los funcionarios, sin duda alguna también influían, por un lado, el hecho de que se percibía que en la *praxis* no se estaba produciendo una aplicación de los preceptos ya existentes a estos comportamientos (11), por otro lado, la consideración de que esa inaplicación se debía también a considerables dificultades teóricas para encuadrar la conducta de los funcionarios en los delitos comunes (12), y, finalmente –pero, con seguridad, como argumento de gran peso–, la evidencia de que, en contraste con la falta fáctica de reacción penal, muchas infracciones en materia medioambiental sólo eran posibles por una crónica desidia de las Administraciones públicas (13). Esta demanda de criminalización específica, desatendida hasta ese momento, finalmente se ha visto satisfecha en el Código Penal de 1995. En este sentido, se ha llegado a decir, con una evidente valoración positiva del nuevo precepto –y partiendo de argumentaciones a las que se hará referencia brevemente a continuación– que «...una

penal II, p. 3263; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, pp. 714 s.; PÉREZ DE Gregorio, *LL* 1996, p. 1790; DE LA GÁNDARA VALLEJO, en BACIGALUPO (ed.), *Curso de Derecho penal económico*, p. 322; antes de la aprobación en el CP, en sentido similar, por ejemplo, RODAS MONSALVE, *Protección penal y medio ambiente*, p. 272.

En sentido más crítico se han manifestado, sin embargo, por ejemplo, CARMONA SALGADO, en: *Curso PE II*, p. 30 (desde una perspectiva de comparación con otros sectores del ordenamiento); *vid.* también TERRADILLOS BASOCO, *EPCr XX* (1997), pp. 313 ss.; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, pp. 67 ss.; respecto del PLOCP, ya RODRÍGUEZ RAMOS se había pronunciado a favor de una tipificación general en forma de agravante para la intervención de funcionarios en delitos comunes –y, por consiguiente, en contra de la cláusula específica–, en: *Derecho y medio ambiente*, pp. 253 ss.

(10) Sobre esta cuestión habrá de volverse más adelante en el texto.

(11) Cfr. en este sentido, por ejemplo, PRATS CANUT, *ComNCP*, p. 1535; PÉREZ DE GREGORIO, *LL* 1996, p. 1794; DE VICENTE MARTÍNEZ, *REDP* 1 (1999), I., texto correspondiente a las notas 5 y 6; FALCÓN CARO, *CPC* 1998, p. 676.

(12) DE LA MATA BARRANCO, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, p. 404.

(13) En este sentido, por ejemplo, las manifestaciones críticas de la memoria del Fiscal General del Estado de 1998, pp. 497 ss. *Vid.* también DE VEGA RUIZ, *Delitos*, pp. 27 ss.; PÉREZ DE GREGORIO, *LL*, 1996, p. 1794; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, p. 65; cfr., por lo demás, las referencias de manifestaciones jurisprudenciales –en particular, el duro diagnóstico vertido por el TS en la famosa sentencia de la central térmica de Cercs, STS 30.11.1990– en este sentido recogidas, por ejemplo, por DE VICENTE MARTÍNEZ, *REDP* 1 (1999), I., texto *in fine*; TERRADILLOS BASOCO, *EPCr XX* (1997), p. 316; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, pp. 65 s.

tutela penal eficiente y rigurosa del medio ambiente parecía demandar una tipificación expresa de estas conductas» (14).

La posición favorable a la incriminación específica —que cabe considerar como ampliamente mayoritaria en la doctrina española— de las conductas de los funcionarios (15) tuvo reflejo a lo largo del lento proceso de reforma penal en España después del restablecimiento de la democracia. En este sentido, tanto el PLOCP de 1980 —art. 324— (16) como la PANCP de 1983 —art. 311— (17), así como los Proyectos de 1992 —art. 313— (18) y 1994 —art. 311— (19), contenían normas que preveían la tipificación expresa de las conductas punibles de los funcionarios públicos en este ámbito.

En lo que se refiere a la *conducta* incriminada se advierte en estos preceptos —aparte de diversas diferencias, sometidas a discusión en la doctrina (20), que ahora no son de interés (21)— una amplia coinciden-

(14) CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Código penal* II, p. 3263.

(15) Respecto de la posición paralela en la doctrina alemana, *vid.* últimamente por todos GÜRBÜZ, *Strafbarkeit*, pp. 231 ss., 255.

(16) Con el siguiente contenido: «Si las industrias a que se refiere el artículo anterior hubieran obtenido la licencia que autorice su funcionamiento en las condiciones causantes de la contaminación, cuando aquella sea manifiestamente contraria a lo preceptuado en las leyes o reglamentos en vigor, los funcionarios o facultativos que dolosamente hubieran informado favorablemente el proyecto, hubieran concedido la licencia o con motivo de sus inspecciones hubieran silenciado la infracción de aquellas normas, serán castigados con la misma pena de prisión y multa, y, además con la inhabilitación especial para el desempeño de cargos públicos por tiempo de ocho a doce años.»

(17) Con idéntica —aparte de alguna modificación de estilo de carácter menor— regulación a la del PLOCP.

(18) Con el siguiente contenido: «Si las industrias a que se refiere el artículo anterior hubieran obtenido la licencia que autorice su funcionamiento en las condiciones causantes de la contaminación, cuando aquella sea manifiestamente contraria a lo preceptuado en las Leyes o Reglamentos, los funcionarios o facultativos que, a sabiendas, hubieran concedido la licencia o con motivo de sus inspecciones hubieran silenciado la infracción de aquellas normas, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año o multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años.»

(19) Con el siguiente contenido: «Los funcionarios o facultativos que, a sabiendas de su manifiesta ilegalidad, hubieren informado favorablemente la concesión de licencias 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 las Leyes o Reglamentos que las regulen, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año o multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años.»

(20) Sobre la discusión de las distintas propuestas, *vid.* sólo las referencias en HERNÁNDEZ ALONSO, *AP*, 1999, pp. 180 ss.

(21) *Vid. infra* III. 2.

cia con la ahora tipificada en el artículo 329 CP: sucesivamente, van apareciendo en los diversos textos –en un proceso de ampliación– la conducta de conceder –en caso de que ello sea «manifiestamente» contrario a las normas extrapenales– la licencia que da lugar a la contaminación, la emisión del informe favorable, como, finalmente, la vertiente omisiva de silenciar la infracción de las normas administrativas (22). En este sentido, puede decirse que el artículo 329 CP es el resultado de una ampliación de las conductas contempladas en los diversos textos prelegislativos (23).

Sin embargo, hay una diferencia esencial que reseñar respecto de los dos primeros entre estos textos prelegislativos (PLOCP 1980 y PANCP 1983) y el modelo introducido en el Proyecto de 1992 (24), incorporado también al de 1994 y a la actual regulación: mientras que en el PLOCP y en la PANCP la *pena prevista es la del delito común* correspondiente *más* una pena de inhabilitación, en estos otros textos la pena es distinta a la de los delitos comunes –en el CP vigente, los artículos 325 y concordantes, 328–, y viene fijada por referencia a la del artículo 404 CP (prevaricación común) *más una pena adicional específica*: pena de prisión de seis meses a tres años o multa de ocho a veinticuatro meses. Como se observará a continuación, este cambio de orientación (25) resulta de relevancia central a la hora de interpretar las relaciones de esta infracción con otras modalidades delictivas.

B. El marco político-criminal

1. Como paso previo al análisis de esta última cuestión, es decir, la cuestión acerca del papel que debe jugar el artículo 329 CP respecto

(22) Cfr. las diversas enmiendas y demás avatares del proceso de aprobación del actual artículo 329 CP reproducidos en BLANCO LOZANO, *La protección del medio ambiente*, pp. 180 ss.

(23) Al incorporar en su apartado segundo la conducta de «votar a favor» de la concesión de una licencia injusta.

(24) Si se lee el contenido del artículo 313 del Proyecto de 1992, se observa que es en este texto en el que aparece por primera vez la pena autónoma –y, por lo tanto, como ahora se verá, el problema principal–; por ello, no se entiende por qué GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, p. 1240, lo considera «prácticamente idéntico» a las regulaciones del PLOCP y de la PANCP.

(25) Hasta el punto de que DE VICENTE MARTÍNEZ, REDP 1 (1999), II., texto posterior a la nota 25, ha podido afirmar con razón –como se observará más adelante– que «...el legislador del 95 tenía (...) en el proyecto de Código Penal de 1980 y en la propuesta de 1983, todas las respuestas a los problemas que plantea el actual artículo 329».

de la posible incriminación de la conducta de los funcionarios por otros títulos de imputación, es conveniente, como antes se decía, realizar alguna reflexión sobre el significado político-criminal de esta infracción. En este sentido, en cuanto al sector de los delitos contra el medio ambiente en su conjunto, puede decirse que en el debate jurídico-penal desarrollado en los últimos años en España y en los países de nuestro entorno, las cuestiones de política criminal relacionadas con los delitos contra el medio ambiente han ocupado una posición central. Aparte de significativas voces en contra del recurso al Derecho penal en este contexto —cabe citar entre ellas, en Alemania, a la escuela de Frankfurt en torno a la teoría personal del bien jurídico (26)—, puede decirse que existe en la doctrina un consenso fundamental en torno a la necesidad de una intervención decidida del ordenamiento penal en defensa del medio ambiente (27). Por otra parte, tampoco parece aventurado afirmar que en los últimos años se ha producido un progresivo aumento de la conciencia en el común de los ciudadanos acerca de la importancia vital de la preservación del medio ambiente. Partiendo de esta situación, como es sabido, en el marco del nuevo Código Penal español de 1995, se ha producido un giro más que radical, introduciéndose múltiples tipos adicionales al (único) delito de contaminación que existía como artículo 347 bis CP desde la LO 8/1983 en nuestro ordenamiento. Entre ellos se encuentra, como se decía al principio, el artículo 329. Este precepto parece encontrar un sólido apoyo en la disposición constitucional del artículo 45 CE, que aparte de instruir al

(26) Sin pretensión de exhaustividad, *vid.* las referencias respecto de estas voces críticas contenidas en los trabajos, formulados desde diversas perspectivas, de MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pp. 222 ss., 224; MÜLLER-TUCKFELD, en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, pp. 461 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (ed.), *La reforma de la justicia penal*, pp. 151 ss., 158 s.

(27) Como representante de esta posición cabe citar la apasionada defensa —en contraposición con los autores del grupo de Frankfurt acabados de citar— de la intervención del ordenamiento penal en este contexto llevada a cabo por SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, pp. 201 ss., 207, con ulteriores referencias. Cabe destacar, por otro lado, que el intenso debate político-criminal acerca del «si» de la intervención del Derecho penal no se ha producido con parecida intensidad en España; muy posiblemente, la existencia de la declaración del artículo 45 CE ha tenido alguna relevancia al respecto. Por lo demás, *vid.*, por todos, las referencias en torno a la cuestión de la legitimidad del Derecho penal del medio ambiente en DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente*, pp. 21 ss., 26 ss.; en todo caso, que el recurso al ordenamiento penal no puede ser la panacea en este contexto se subraya también desde la Administración de Justicia; así, por ejemplo, el Fiscal General del Estado, *Memoria 1998*, p. 484, habla de una «huida al Derecho penal» en materia de medio ambiente.

legislador ordinario para que llegue a una protección adecuada del medio ambiente, proclama la obligación de los poderes públicos de velar por tal protección.

2. De hecho, como antes se ha anticipado, a nadie se le escapa la relevancia fundamental que ha de corresponder a la intervención de la Administración pública en este contexto. Y ello no sólo por el mandato constitucional al que se acaba de aludir (28), sino porque en este ámbito, por un lado, la frontera de lo lícito –del riesgo permitido, de la inevitable afectación al medio ambiente que las sociedades industriales conllevan– y de lo ilícito, de la afectación del medio ambiente que incluso puede ser constitutiva de una infracción criminal, depende de manera directa de la actuación de la Administración en concreción de las normas generales a través del otorgamiento de licencias y autorizaciones (29). Por otro lado, en la *praxis*, es la Administración encargada de los cometidos de control de posibles actividades contaminantes la que de hecho se encuentra en situación de abrir la puerta (30) a la persecución penal (31). En este sentido, la necesidad de reaccionar –y ello, por medio del Derecho penal, una vez que se parte de la conveniencia y legitimidad de la intervención del Derecho penal en el ámbito de la protección del medio ambiente– frente a actuaciones incorrectas de quienes ocupan una posición clave en este contexto parece clara. Pues es evidente que es éste un ámbito en el que *nothing works* sin una actuación administrativa efectiva y rigurosa. Incluso se ha dicho, colocando la cuestión en un plano más amplio, que la creación de preceptos específicos de este tipo responde de manera muy

(28) Cfr., por lo demás, sobre las funciones de la intervención administrativa en materia de medio ambiente sólo DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad penal del funcionario*, pp. 64 ss.

(29) Vid. sólo RODAS MONSALVE, *Protección penal y medio ambiente*, pp. 269 s., con ulteriores referencias. Además, claro está, de la capacidad normativa de las Administraciones, y dejando aquí fuera de consideración la otra vertiente de la intervención de las Administraciones públicas en este contexto, a través de las sanciones administrativas; acerca de las relaciones entre éstas y la intervención del ordenamiento penal –en torno al principio de *non bis in idem*– se ha pronunciado recientemente el TC –con una impronta restrictiva de la intervención del Derecho penal– en STC 14.10.1999.

(30) Pues en la gran mayoría de las ocasiones, será a través de su actividad de control o incluso a través de la iniciación de un procedimiento sancionatorio como puede reunirse la base fáctica para una eventual persecución penal. En este sentido, por ejemplo, fracasó una eventual condena por un delito de contaminación por una deficiente recogida de muestras por parte de la Administración competente en los casos enjuiciados en las SAP Orense 16.2.1998; SAP Barcelona (secc. 2.ª) 19.6.1997; SAP Pontevedra (secc. 1.ª) 15.2.1996; SAP Barcelona (secc. 6.ª) 21.2.1995; SAP Córdoba 18.1.1995.

(31) Cfr. por lo demás sólo las consideraciones formuladas por el Fiscal General del Estado en *Memoria 1998*, pp. 497 ss.

especial, de manera muy significativa, al sentimiento colectivo de inseguridad y de desconfianza que marca la política criminal –no siempre por vías legítimas, desde luego– de las infracciones propias –como éstas– de la era postindustrial (32).

3. La cuestión, entonces, en un primer plano de análisis, se plantea en los siguientes términos: ¿puede pensarse que la disposición del artículo 329 CP colma las necesidades/aspiraciones político-criminales en relación con la responsabilidad penal de los funcionarios respecto de los delitos contra el medio ambiente? Como se observará a continuación, la respuesta es: no, sino todo lo contrario: precisamente, la introducción de este precepto puede generar dificultades para una adecuada responsabilidad de los funcionarios en materia de delitos contra el medio ambiente. Sin embargo, como también se observará, las dificultades más severas son susceptibles de ser superadas, una vez sometido a un análisis algo más detenido el cuadro normativo del CP 1995.

III. ¿LA «PREVARICACIÓN ESPECÍFICA» DEL ARTÍCULO 329 CP COMO ÁMBITO EXCLUSIVO DE PUNICIÓN DE LOS FUNCIONARIOS?

A. El problema

Podría parecer, como se acaba de decir, que esta necesidad político-criminal de tipificación a la que se aludía estaría cubierta por la introducción del artículo 329 CP (33), que se convertiría así en la «clave de bóveda» (34) de la protección jurídico-penal del medio ambiente, de modo que lo que procedería, como se decía al principio, sería exclusivamente un análisis específico de las distintas conductas incluidas en este precepto (35).

(32) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 45 con nota 65.

(33) Así, DE VICENTE MARTÍNEZ, REDP 1 (1999), I., *in fine*, considera que «el Código Penal de 1995 pone fin a esta [la existente con la regulación anterior] caótica situación al contemplar expresamente la responsabilidad penal de los funcionarios públicos o autoridades en materia ambiental».

(34) Como ha dicho, elogiosamente, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, pp. 714 s.

(35) Análisis en el que hay mucho que discutir y mucho de discutible; *vid.* las referencias *infra* en el texto III.2.

Sin embargo, ello, lamentablemente, no es así. Si algún sentido tenía la demanda de criminalización, como es lógico, era y es el de prever para el funcionario una responsabilidad penal *agravada* respecto de las conductas comunes (36), dada, en primer lugar —como antes se ha expuesto—, su importante posición en este contexto, y, en segundo lugar, el evidente carácter pluriofensivo (37) de una conducta inadecuada por su parte, al lesionar ésta no sólo el medio ambiente mediante su contribución, sino también el correcto funcionamiento de la Administración pública. Pero la sorpresa del intérprete es mayúscula al comprobar que la pena que corresponde a las conductas del funcionario en el artículo 329 CP (la inhabilitación prevista en el artículo 404 CP más una pena alternativa de seis meses a tres años de prisión o pena de multa de ocho a veinticuatro meses) es significativamente menos severa que algunas de las que pueden llegar a imponerse a los autores de las figuras comunes a la que esta infracción se conecta (especialmente, el delito del artículo 325 CP: seis meses a cuatro años de pena de prisión y pena de multa de ocho a veinticuatro meses, más sucesivas agravaciones en función de diversas circunstancias: dentro del mismo artículo 325 CP, la concurrencia de un riesgo de grave perjuicio para las personas [la pena en su mitad superior], o, más aún, en virtud de lo establecido en el artículo 326 CP (38), que enumera algunas otras situaciones (39) [pena superior en grado]).

Pues, como se indicaba antes, a diferencia de lo que sucedía en el modelo de regulación del PLOCP y de la PANCP, la infracción del

(36) Así, por ejemplo, GÓMEZ RIVERO, LL, 1996, p. 1239; GARCÍA HERNÁNDEZ, en: MARTOS NÚÑEZ (ed.), *Protección penal*, p. 66.

(37) Cfr., por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC, en ídem (dir.)/CGPJ (ed.), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, p. 44; DE LA MATA BARRANCO, en: ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, p. 401; LESMES SERRANO, en ídem *et al.*, *Derecho penal administrativo*, p. 364; FALCÓN CARO, CPC, 1998, p. 683; GIMBERNAT ORDEIG, en ídem, *Ensayos penales*, p. 355.

(38) Si bien parece que habrá que excluir la aplicación a supuestos de intervención de funcionarios mediante otorgamiento de licencia (art. 329.2 CP) o emisión de informes (art. 329.1 CP, primera alternativa) de la agravante del artículo 326 a) CP —precisamente, referida al funcionamiento clandestino—; *vid.* en sentido similar POLAINO NAVARRETE, en Heine (ed.), *Umweltstrafrecht*, p. 520.

(39) Que son las 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 aguas en período de restricciones.»

artículo 329 CP no se configura como modalidad de intervención en un delito contra el medio ambiente «común» (cometido por el particular) –añadiendo a la pena de éste la de inhabilitación como agravación por la especial posición del interviniente funcionario–, sino como un delito *sui generis* (40), con una pena específica.

Partiendo de esta situación jurídico-positiva, autores como Muñoz Conde (41) o Suárez González (42) se han lamentado ya de que, en virtud del principio de especialidad, la existencia del artículo 329 CP supone de hecho una situación de privilegio para la actuación de los funcionarios, ya que aquellas conductas que pudieran, estando incluidas en el ámbito del artículo 329 CP, constituir respecto de los delitos «comunes», en particular, respecto del delito del artículo 325 CP, formas de participación (43), o aquellas omisiones que pudieran dar lugar a responsabilidad en comisión por omisión (44), quedarían sujetas a penas inferiores. Dicho en palabras de Terradillos Basoco: «el efecto real de la criminalización específica del funcionario es el favorecimiento de la prevaricación en materia ecológica» (45). Por otro lado, en este mismo sentido, –aunque con una valoración distinta, positiva, en este caso, de la situación jurídico-positiva–, Gimbernat Ordeig ha tomado la relación de penas existente entre el artículo 329 CP y una hipotética responsabilidad en comisión por omisión del funcionario por el correspondiente delito común como la confirmación de que, de hecho, no puede haber comisión por omisión del funcionario en este ámbito (46).

Se daría entonces la paradoja, en todo caso –y por lo demás, no del todo infrecuente en los últimos tiempos de apresuramiento y poca meditación en la legislación penal española (47)– de que una innovación legislativa introducida con la pretensión –al menos verbal– de

(40) Así, por ejemplo, GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, pp. 1240 s.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Código penal* II, p. 3264.

(41) *PE*¹¹, p. 511; adopta otra posición –siguiendo la propuesta de GÓMEZ RIVERO–, sin embargo, en *PE*¹² p. 562, en la línea de una delimitación que conduce a una aplicación sólo «residual» del precepto; *vid.* más adelante en el texto.

(42) *ComCP*, p. 936.

(43) En sentido similar POLAINO NAVARRETE, en Heine (ed.), *Umweltstrafrecht*, p. 520.

(44) GÓMEZ RIVERO, *LL* 1996, p. 1241.

(45) *EPCr* XIX (1996), p. 323.

(46) GIMBERNAT ORDEIG, en: *ídem*, *Ensayos penales*, p. 356 con nota 245.

(47) Cfr. lo sucedido en relación con el delito de acoso sexual tipificado en el artículo 184 en relación con las infracciones de amenazas condicionales; *vid.* sólo CANCIO MELIÁ, *LL* 1996 (5.12.1996), pp. 3 s.

contar con una resupuesta penal más severa (48) resulta en un trato más beneficioso para el infractor. Estaríamos, entonces, ante un supuesto «de libro» de Derecho penal simbólico (49): lo único relevante es la aprobación del precepto, el acto simbólico de la promulgación de la Ley penal; todo lo demás –la aplicabilidad de la infracción– carece de importancia.

De hecho, esta impresión en relación con las intenciones del legislador (50) se ve confirmada en varios sentidos: por un lado, por los trabajos parlamentarios al Código vigente: cuando en el Senado el Grupo Parlamentario de CiU presentó una enmienda en la que se demandaba la supresión del precepto, por entender que no hacía más que establecer una modalidad de prevaricación (51), el grupo parlamentario entonces mayoritario rechazó esta posición por entender que de lo que se trataba era de dar mayor protección al medio ambiente (52). Por otro lado, ya por la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992 –en el que, como se ha señalado antes, tiene su origen el desorden de penas–, en la que se dice, precisamente, que uno de los sentidos de la introducción de la figura específica está en «contribuir a la eficacia de la persecución» de los delitos medioambientales (53).

Puede parecer, entonces, que el artículo 329 CP significa materialmente un privilegio para las intervenciones de los funcionarios en delitos contra el medio ambiente. Sin embargo, ello no debe ser así, y, en buena dogmática penal, como muestra un análisis algo más detenido,

(48) Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, REDP 1 (1999), I., texto correspondiente a la nota 6: «la inclusión de este nuevo precepto pretende acabar con la actitud tolerante de la Administración ante las conductas atentatorias contra [el medio ambiente]»; en sentido similar POLAINO NAVARRETE, en Heine (ed.), *Umweltstrafrecht*, p. 525.

(49) Vid. sólo sobre este concepto en relación con el Derecho penal del medio ambiente PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, pp. 365 s. y en la doctrina española HORMAZÁBAL MALARÉE, en: TERRADILLOS BASOCO (ed.), *El delito ecológico*, pp. 51 ss.

(50) Precisamente en este aspecto ve GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, p. 1243 –después del acertado análisis crítico del precepto hecho *ibidem*, pp. 1239 ss.– el único elemento positivo de la infracción, por el cual en su opinión «...la sola presencia de esta cláusula específica de responsabilidad es ya digna de elogio en cuanto expresión de la preocupación por asegurar y agravar la responsabilidad de los funcionarios en un ámbito de importancia tan creciente como la materia medioambiental...»; parece, sin embargo, que para poder formular un «elogio» a un legislador tan aquejado de desidia y precipitación hace falta algo más que buenas intenciones.

(51) Vid. la enmienda núm. 208 en *Trabajos parlamentarios*, tomo II, p. 1741.

(52) Cfr. *Trabajos parlamentarios*, tomo II, p. 2175, refiriéndose el portavoz del Grupo Parlamentario Socialista a la discusión en la ponencia.

(53) Vid. la edición del Ministerio de Justicia, p. 40.

de hecho no es así (54). El funcionario puede llegar a responder, a pesar de la existencia del artículo 329 CP, por la intervención delictiva en los tipos comunes de los artículos 325 ss. CP (55).

B. Las conductas incriminadas en el artículo 329 CP

Para poder llegar a realizar ese análisis de las relaciones entre los títulos de responsabilidad jurídico-penal del funcionario derivados de la aplicación de los preceptos «comunes» (es decir, en lo que aquí interesa, los delitos de los artículos 325 y 328 CP), procede ahora un breve examen del contenido de las alternativas de conducta que prevé la infracción del artículo 329 CP. Como antes se señalaba, la descripción típica positivada finalmente en el CP 1995 es la que más alternativas de conducta contempla, en relación con los textos prelegislativos en los que se basa; esta ampliación implica, además, como se verá a continuación, que resulta imposible identificar la infracción como una modalidad de prevaricación.

1. ELEMENTOS COMUNES DE LAS DIVERSAS ALTERNATIVAS DE CONDUCTA

En cuanto a las cuestiones comunes que deben tenerse en cuenta para poder delinear adecuadamente el alcance de las concretas alternativas típicas (56), han de destacarse las siguientes:

a) el referente objetivo-material de las conductas típicas está en que se apartan del correcto ejercicio de la función pública, al realizar conductas «manifiestamente ilegales» o respecto de las cuales cabe predicar «injusticia» (57).

Más allá de que esta descripción típica merece alguna crítica –por lo indeterminado que es la ilegalidad «manifiesta»– (58), el concepto

(54) GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, p. 1239.

(55) En esta dirección el análisis de GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, pp. 1239 ss.; también CARMONA SALGADO, en *Curso PE II*, pp. 32, 70; MUÑOZ CONDE, *PE*², p. 562; parece que también BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *ComCP* 1995, p. 1605.

(56) Respetto de las –poco justificadas– diferencias de formulación en los artículos 320, 322 y 329 CP, *vid.* sólo ACALE SÁNCHEZ, *PJ*, 47 (1997), pp. 123 ss.

(57) *Vid.*, respectivamente, artículo 329.1 y 2. CP.

(58) Pues si puede determinarse lo que es ilegal, mucho más difícil es lo que lo es «manifiestamente»; *vid.* VIRTO LARRUSCAIN, en ASÚA BATARRITA, *Delitos contra la Administración pública*, pp. 153 s.; ACALE SÁNCHEZ, *PJ*, 47 (1997), p. 125; hasta el punto de que TERRADILLOS BASOCO (EPCr XX [1997], p. 324) prefiere entender la cláusula en sentido subjetivo, como reiteración de «a sabiendas»; *vid.*, en todo caso, lo dicho a continuación en el texto en relación con la doctrina jurisprudencial del TS.

de ilegalidad debe ser el común para el delito de prevaricación, es decir, de contradicción objetiva con el ordenamiento, concepto en el que, como resume la doctrina del TS, ya se hallaba presente de alguna manera la consideración de que la ilegalidad a efectos de prevaricación debía reunir características de particular intensidad –para distinguirla de la «mera ilegalidad»– que pueden identificarse con la caracterización de «manifiesta»:

«... es la naturaleza injusta de la resolución el que plantea mayores problemas. La injusticia puede provenir de la absoluta falta de competencia por parte del sujeto activo, por la inobservancia de esenciales normas de procedimiento o por el propio contenido sustancial de la resolución, de modo tal que suponga ésta un «torcimiento del Derecho» o una contradicción con el ordenamiento jurídico tan patente y manifiesta... que pueda ser perfectamente apreciada por cualquiera, dejándose de lado, obviamente, la mera ilegalidad producto de una errónea interpretación, equivocada o discutible, que en tantas ocasiones ocurre en el mundo jurídico... para definir el carácter injusto, intrínsecamente hablando, de la resolución, se impone la perspectiva objetiva, conforme a la cual no habrá decisión injusta cuando ésta se acomode a la legalidad o cuando siendo ilegal se encuentre justificada por error o equivocación en la interpretación de la norma, habida cuenta que no se genera responsabilidad criminal por el solo hecho de que un órgano superior, competente para dilucidar los recursos correspondientes, declare que la resolución impugnada no es conforme a Derecho. Es necesario que la ilegalidad, o aquel «torcimiento del Derecho», sea tan grosero y evidente que revele de por sí la injusticia, el abuso y el «plus» de antijuridicidad... En conclusión, vendrá determinada la injusticia si no existe ningún método de interpretación racional que permita sostener el criterio adoptado...» (59); «... la sola y pura ilegalidad... no entraña por sí mismo un ilícito penal o infracción punible... pues no toda infracción de las normas legales, bien en la decisión o en la tramitación de un asunto, acarrea de inmediato la responsabilidad penal, teniendo en cuenta que el elemento normativo del tipo penal es la resolución injusta, no la simple resolución ilegal» (60); por otra parte, el TS ya ha declarado aplicable a la nueva redacción del artículo 404 CP 1995 esta doctrina –sentada bajo la vigencia del anterior CP–: «El nuevo Código Penal (artículo 404) ha venido a clarificar el tipo objetivo del delito, no innovando sino recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, calificando de “arbitrarias” las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir, como actos contrarios a la justicia, la razón o las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho.

(59) STS 27.5.1994.

(60) STS 23.11.1993.

Esta ausencia de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad del autor y su manifiesta contradicción con la justicia, es lo que caracterizan el acto arbitrario, por lo que no basta la mera ilegalidad sino que se precisa un “plus” de antijuridicidad, que es lo que justifica la intervención del Derecho penal más allá del control de legalidad propio de la jurisdicción contencioso-administrativa.» (61)

Por otro lado, quizás la caracterización típica como «manifiesta» de la ilegalidad responda a la conciencia del legislador de que, como es sabido, el elenco de las normas administrativas que han de servir de complemento a la determinación de la tipicidad en el ámbito relacionado con el medio ambiente se encuentra enormemente fragmentado (62).

En este sentido, incluso puede decirse que si respecto de los delitos contra el medio ambiente la accesoriidad de las normas administrativas plantea enormes dificultades, en el caso concreto del artículo 329 CP estaríamos ante una «doble accesoriidad» o «accesoriidad escalonada»: en primer lugar, debe comprobarse la tipicidad de la conducta —con su correspondiente complemento administrativo— del particular a la que se refiere el artículo 329 CP; en segundo lugar, debe comprobarse también más específicamente la infracción de las normas administrativas que rigen la conducta del funcionario en cuanto a la emisión del informe (art. 329.1 CP primera alternativa), de la resolución (art. 329. 2 CP) o al desarrollo de la actividad de control concretada en las «inspecciones» (art. 329.1 CP, segunda alternativa de comportamiento).

b) Respecto del tipo subjetivo, hay que subrayar que —como sucede en el CP 1995 con la prevaricación común (63)— el legislador ha optado —mediante la utilización de la cláusula «a sabiendas»— por excluir la posibilidad de la comisión de la infracción por imprudencia (64), requiriéndose, incluso, la presencia de dolo directo.

(61) STS 5.6.1998; en este sentido también, por ejemplo, la STS 24.11.1998. En la misma línea, *vid.*, por todos, la argumentación de FEIJÓO SÁNCHEZ, *ComCP*, pp. 1089 s.; ídem, *LL*, 1997 (18.3.), p. 1, con ulteriores referencias acerca del estado de la cuestión.

(62) En un primer momento —*vid.* a continuación en el texto—, a través de la remisión a normas extrapenales como complemento indispensable del tipo del artículo 325 CP: «Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente»; sobre esta problemática *vid.* en la doctrina española, últimamente, solo MORALES PRATS, en: VALLE MUÑIZ (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*, pp. 225 ss., 229 ss.; DE LA MATA BARRANCO, en EM Casabó I, pp. 569 ss., y DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad penal del funcionario*, pp. 68 ss.

(63) *Vid.* sólo FEIJÓO SÁNCHEZ, *ComCP*, pp. 1091 s.

(64) *Cfr.* sólo, respecto de las infracciones de los artículos 320, 322 y 329 CP, ACALE SÁNCHEZ, *PJ* 47 (1997), pp. 140 ss.

c) En lo que se refiere, finalmente, a los *sujetos activos* (65), conviene tan sólo destacar que frente a otros textos (prelegislativos) se ha suprimido la mención al funcionario «facultativo», que podía hacer entender que se dejaba fuera «funcionarios políticos» (alcaldes, etc.), lo que no tendría sentido (66). Por otra parte, como resulta claro, quedan fuera del alcance típico las conductas de aquellos que realicen informes sin ser funcionarios a efectos penales, como puede llegar a suceder en múltiples procedimientos administrativos en los que el órgano decisor está facultado para requerir cualesquiera informes (externos) que estime necesarios.

2. ALTERNATIVAS DE CONDUCTA

a) *Emisión de informes*

En primer lugar, queda incriminada la emisión de *informes* favorables a «la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores».

El texto no especifica a qué tipo de informes se alude, de modo que habrá que entender que se refiere tanto a informes preceptivos, sean vinculantes o no, como a informes facultativos (67) o que puedan requerirse (68) *ad hoc* (69). «Informes» son, en el ámbito del procedimiento administrativo, «actuaciones administrativas, normalmente, de órganos especializados, que sirven para ilustrar al órgano decisor» (70). Parece, en todo caso, que el legislador tenía presente

(65) Vid. ACALE SÁNCHEZ, *PJ* 47, (1997), p. 127; FALCÓN CARO, *CPC*, 1998, pp. 678 ss.; De VICENTE MARTÍNEZ, REDP 1 (1999), II. Cfr. lo dispuesto por el artículo 24 CP: «1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.»

(66) DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad penal del funcionario*, pp. 118 s.

(67) Téngase en cuenta que la regla es que los informes —a menos que se especifique lo contrario— sean facultativos y no vinculantes; cfr. lo dispuesto en el artículo 83.1 LRJAP-PAC.

(68) Vid. artículo 82 LRJAP-PAC.

(69) Así, por ejemplo, LESMES SERRANO, en ídem *et al.*, *Derecho penal administrativo*, pp. 365 s.

(70) PARADA, *Derecho administrativo PG*, p. 240.

el cuadro criminológico del sujeto especialista que con su informe tiene una gran influencia en la resolución del funcionario competente que no es experto en la materia en cuestión, sea jurídica o técnico-científica.

Es evidente, por otra parte, que se trata de una conducta no incluida dentro del ámbito de la prevaricación, ya que la emisión del informe no constituye «resolución» (71), es decir, que desde el punto de vista del desarrollo de cualquier procedimiento administrativo, se trata de un acto muy anterior a la resolución –y también, como es evidente, de menor relevancia jurídico-administrativa que ésta–, que es la que genera efectos (72).

Por otro lado, del tenor literal del precepto («licencias... que autorizan el funcionamiento») –y también del carácter de anticipación que tiene la inculminación– se deduce que es necesario que el órgano decisor haya seguido la posición favorable a la concesión del informe (73).

Finalmente, parece que no podrán estimarse incluidas en esta alternativa típica las declaraciones de impacto ambiental que tanta relevancia tienen en el proceso de toma de decisión acerca de la autorización de actuaciones lesivas para el medio ambiente, pues por razones de legalidad parece que no puede considerarse incluida esta actuación ni en el presente contexto del «informe» –pues, por un lado, en el plano del lenguaje, la declaración de impacto ambiental no es propiamente un «informe», es decir, una «noticia... que se da de un negocio o suceso» (74), y, por otro, en el plano material, tampoco se corresponde con la característica del informe de ser, como acaba de señalarse, un análisis sobre cuya base se resuelve por parte de otro sujeto–, ni tampoco, como es claro, en el de la «resolución» (75). Por otro lado, tam-

(71) Vid. el artículo 404 CP: «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.»

(72) En este sentido, VIRTO LARRUSCAIN señala (en ASÚA BATARRITA [ed.], *Delitos contra la Administración pública*, pp. 130 s.) que no debería haberse producido la equiparación con las otras alternativas, en particular, con el hecho mismo de dictar (o votar a favor de) la resolución, teniendo además en cuenta la insoportable incoherencia que se produce respecto de la importancia secundaria que le atribuye el ordenamiento disciplinario administrativo a la conducta (*ibidem*, p. 132); también en sentido crítico POLAINO NAVARRETE, en Heine (ed.), *Umweltstrafrecht*, pp. 522 s.; LESMES SERRANO, en: ídem *et al.*, *Derecho penal administrativo*, p. 366.

(73) LESMES SERRANO, en ídem *et al.*, *Derecho penal administrativo*, p. 367.

(74) Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

(75) En este sentido, por todos, PRATS CANUT, *ComNCP*, p. 1536; TERRADILLOS BASOCO, *EPCr XX* (1997), p. 324.

poco –igualmente, por razones de legalidad– podrá estimarse incluido en este ámbito el caso de la «propuesta de resolución» (76) hecha por el instructor del expediente administrativo, pues no se trata técnicamente de un informe –y tampoco de una resolución, claro está–, y ello, como señala Lesmes Serrano (77), a pesar de que esta propuesta de resolución en muchos casos tendrá más peso sobre la decisión final que alguno de los informes, incluidos, como se ha visto, de manera indiscriminada –en lo que se refiere a su peso en el proceso de toma de decisión del órgano que resuelve– en el ámbito típico.

b) *Concesión de licencias*

En segundo lugar –atribuyéndose aquí esta posición desde el punto de vista lógico de la dinámica de actuación, ya que el legislador ha colocado esta alternativa de conducta, por alguna razón ignota, en el número segundo del precepto, es decir, en tercer lugar de orden de las descripciones típicas– se incrimina la conducta nuclear de la prevaricación (78), que es también aquella que también guarda una relación más directa con la comisión de delitos contra el medio ambiente (79), teniendo en cuenta el alto nivel de penetración del control administrativos en las actividades en cuestión: el otorgamiento de una licencia que autoriza conductas lesivas (80), debiendo ser ésta, como antes se ha señalado, «manifiestamente ilegal».

Hay que destacar aquí que, además, se introduce en la regulación una variante de conducta que es, más allá de la de «resolver» por sí mismo el funcionario, la de quien «como miembro de un organismo colegiado hubiese... votado a favor» de la concesión de la licencia en cuestión; de todos modos, esta precisión (81) parece innecesaria,

(76) Cfr., por ejemplo, artículo 84 LRJAP-PAC.

(77) En ídem *et al.*, *Derecho penal administrativo*, p. 366.

(78) Así, por ejemplo, GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, p. 1241; LESMES SERRANO, en ídem *et al.*, *Derecho penal administrativo*, p. 368.

(79) En sentido similar GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, p. 1239.

(80) En este ámbito es en el que resulta especialmente llamativo que no exista un precepto análogo a los artículos 320, 322 y 329 CP en el sector de la protección de flora y fauna, pues si bien puede pensarse que aquí carecen de relevancia tanto la emisión de informes como –aunque menos– la actividad de control («inspecciones»), está claro que las «resoluciones» sí tienen importancia práctica en esta materia –vinculada, por otra parte, de modo nuclear al bien jurídico «medio ambiente»–; cfr. la STS 24.11.1998 (LL 22.2.1999), en la que se condena por prevaricación a una autoridad –diputado foral de Vizcaya– al haber dictado éste una resolución autorizando una determinada modalidad de caza careciendo de competencia para ello.

(81) Estimada perturbadora por oscura por parte de algún autor, así, por ejemplo, PRATS CANUT, *ComNCP*, p. 1536.

puesto que viene aplicándose en el ámbito de la prevaricación (82) la figura a este tipo de supuestos de resoluciones adoptadas en órganos colegiados (83).

c) *Silenciamiento de infracciones*

En tercer lugar, como especialidad dentro de las «prevaricaciones específicas» (84), queda inculpada la conducta del funcionario que «con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que» regulen las actividades delictivas a las que se refieren los artículos anteriores.

Queda claro, por un lado, que el precepto no se refiere a cualquier infracción de esas normas, al estar presidido todo el artículo 329 CP por la referencia a que las actividades en cuestión son las que quedan abarcadas por «los artículos anteriores», es decir, son actividades constitutivas de delito (85). Por otra parte, la utilización del verbo «silenciar» indica que se trata de una conducta que va más allá del mero omitir una reacción (86) —aunque ésta sea debida— por parte del funcionario. También aquí, por otro lado, resulta evidente que no se trata de una conducta de prevaricación, de modo que la determinación de la pena a través de la del artículo 404 CP debe entenderse como una mera remisión, precisamente, a efectos de fijación de la pena (87).

3. CONSECUENCIAS PARA LA CONCEPCIÓN DEL PRECEPTO

Sintéticamente, puede decirse que las conclusiones que cabe extraer del breve análisis de las modalidades típicas del artículo 329

(82) Y más allá de que la definición del artículo 24 CP —en particular, la de la autoridad, que alude expresamente a la posibilidad de que el sujeto integre un órgano plurisubjetivo—; *vid.* sobre el concepto de autoridad y de funcionario sólo, por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *ComCP*, pp. 157 ss.

(83) *Vid.* últimamente STS 20.4.1995; respecto del delito de prevaricación judicial, en el mismo sentido, por ejemplo, STS 4.7.1996; sin embargo, POLAINO NAVARRETE, en Heine (ed.), *Umweltstrafrecht*, pp. 521 s., estima que se trata de conductas de «evidente desigualdad axiológica».

(84) Respecto de esta cuestión, afirma que la ausencia de la alternativa de conducta del «silenciamiento» en los artículos 320 y 322 CP no tiene sentido TERRADILLOS BASOCO, *EPCr XX* (1997), pp. 326 s.

(85) Alcanzan esta misma conclusión apelando al principio de intervención mínima BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *ComCP 1995*, p. 1605; TERRADILLOS BASOCO, *EPCr XX* (1997), p. 327.

(86) *Vid.* en este sentido TERRADILLOS BASOCO, *EPCr XX* (1997), p. 327.

(87) Como ha señalado, en particular, GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, p. 1239; *vid.* en el mismo sentido ACALE SÁNCHEZ, *PJ* 47 (1997), p. 123; GARCÍA HERNÁNDEZ, en MARTOS NÚÑEZ (ed.), *Protección penal*, p. 67.

CP son las siguientes: por un lado, en contra de lo que pudiera hacer pensar la terminología más extendida en la doctrina que se ha ocupado de la infracción, no se trata de una «prevaricación», como se ha visto, porque las conductas descritas típicamente desbordan, con mucho, el ámbito de esta figura.

Pero, por otro lado, sí estamos ante una infracción muy «específica», en comparación con lo que resultaría de la aplicación de las reglas especiales: en efecto, las modalidades incorporadas —en particular, la de «silenciamiento con ocasión de las inspecciones»— sólo recogen una parte muy concreta del espectro de posibles intervenciones.

Dicho en una frase: el precepto va más allá del ámbito de la prevaricación, pero se queda muy corto como disposición tipificadora genérica de la intervención de funcionarios en la comisión de delitos contra el medio ambiente.

C. La relación entre la infracción del artículo 329 CP y los «delitos comunes»

Una vez llevado a cabo el breve análisis de las conductas tipificadas en el artículo 329 CP que antecede, puede pasarse a delinear la relación concursal que debe existir entre el ámbito de este precepto y posibles modalidades de responsabilidad del funcionario derivadas de otros títulos de imputación. Como se verá, esta relación se encuentra plagada de dificultades, dificultades debidas a un extraordinario déficit de previsión por parte del legislador, y que justifican la conclusión de que *de lege ferenda* habría que introducir significativas modificaciones en el precepto o, incluso, suprimirlo, como alternativas más adecuadas que la actual regulación.

Sin embargo, como cuestión previa, hay que reseñar que es presupuesto de estas reflexiones, como resulta evidente, que se parte de la base de que los funcionarios en cuestión puedan —al menos en una hipótesis— resultar responsables por su intervención como tales en alguno de los «delitos comunes». Pues si ello no fuera así, obviamente el artículo 329 CP tendría valor constitutivo en cuanto a la incriminación, y la discusión se acabaría en este punto. De hecho, como antes se señalaba, se tiende a decir que el nacimiento del artículo 329 CP debe interpretarse como mecanismo para eludir las dificultades a la hora de utilizar otros títulos de imputación para el funcionario.

Sin embargo, como se habrá percibido por todo el texto que antecede, aquí se parte de que sí cabe imaginar supuestos en los que pueda establecerse —al menos idealmente, es decir, a salvo de los resultados que arroje el análisis de la cuestión concursal respecto del artículo 329 CP—

responsabilidad de los funcionarios por intervención en los delitos comunes: piénsese en supuestos de intervención a título de cooperador necesario o, también, a título de autor en comisión por omisión (88).

Lo que procede antes de abordar las diversas posibilidades de configurar las relaciones entre los delitos comunes y las conductas del artículo 329 CP es, entonces, el planteamiento de diversas hipótesis:

1. HIPÓTESIS

Desde la perspectiva de las penas que pudieran resultar y de la implicación de los correspondientes preceptos, cabe plantear las siguientes tres hipótesis:

a) En primer lugar, puede suceder que la conducta sólo pueda encuadrarse en el ámbito típico del artículo 329 CP: así, por ejemplo, cuando uno de los funcionarios que pueden ser sujetos activos concede una licencia manifiestamente ilegal cuya ejecución daría lugar a la realización de una conducta del artículo 325 CP.

b) En segundo lugar, puede suceder que la conducta sólo pueda ser encuadrada en el ámbito típico de uno de los preceptos comunes: así, por ejemplo, cuando el funcionario en cuestión se pone de acuerdo con el autor de un delito del artículo 325 CP para que las inspecciones de su organismo no alcancen a la industria del autor: posible calificación de cooperación necesaria en la infracción del artículo 325 CP.

c) Finalmente, en tercer lugar, puede suceder que la conducta del funcionario pueda, en principio, calificarse tanto con arreglo al precepto común como al artículo 329 CP, es decir, que el hecho «sea susceptible de ser calificado con arreglo a dos o más preceptos de este Código» (89).

Dentro de este sector de intersección de los hipotéticos ámbitos de aplicación de los delitos comunes y de la infracción del artículo 329 CP, pueden suceder, a su vez, *dos hipótesis*: puede que, en primer lugar –y en la mayoría de los casos (90)–, la pena que corresponda a la conducta del funcionario de acuerdo con el artículo 329 CP sea *más leve* que la que correspondería de aplicarse el correspondiente precepto común: así, por ejemplo, si el funcionario emite una resolución en la que se autoriza una actividad industrial que cumple los requisitos típi-

(88) Vid. el análisis *infra* IV.

(89) Art. 8 CP.

(90) Dado lo estrecho del margen de aplicación que queda, a causa de una defectuosa delimitación, para la infracción del artículo 328 CP, como se exponía *supra* en nota 3.

cos del artículo 325 CP, y, además, para la realización del hecho se han falseado, por ejemplo, información respecto de su relevancia ambiental (art. 326 c) CP), la pena sería –calificando la conducta de cooperación necesaria– de la de cuatro años a cinco años y ocho meses de prisión y multa de 24 a 30 meses más inhabilitación de tres a cinco años (91), mientras que la prevista para la conducta del artículo 329 CP es, como se ha dicho, la de inhabilitación prevista en el artículo 404 CP más una pena alternativa de seis meses a tres años de prisión o pena de multa de ocho a veinticuatro meses. Sin embargo, en segundo lugar, puede que la pena correspondiente a la conducta en virtud del artículo 329 CP sea [al menos potencialmente (92)] *más grave* que la que correspondería aplicando los correspondientes preceptos comunes: así, por ejemplo, si la conducta del funcionario consiste en la emisión de un informe –imaginemos que no vinculante, y, por lo tanto, que no diera lugar a la calificación de la conducta de cooperación necesaria, sino sólo de complicidad– para el establecimiento de un depósito típico en virtud de lo dispuesto en el artículo 328 CP: multa de 12 a 18 meses y arresto de fin de semana de 18 a 24 fines de semana.

2. CRITERIOS DE SOLUCIÓN

Teniendo presentes las hipótesis acabadas de formular, puede pasarse a un igualmente breve análisis de las diversas soluciones que cabría dar al concurso de leyes planteado.

a) *Incompatibilidad - relación de especialidad*

En primer lugar, cabría pensar que el legislador, al tipificar la infracción del artículo 329 CP, ha querido fijar en su conjunto el alcance de la responsabilidad jurídico-penal del funcionario en materia de medio ambiente. La relación que existiría entre las figuras comunes de delitos contra el medio ambiente y la del artículo 329 CP sería, entonces, la de *especialidad*.

En efecto, respecto de esas (93) figuras comunes se darían los requisitos conceptuales de la especialidad, es decir, que entre «los pre-

(91) Cfr. artículos 325, 326, 28 b) y 70.1 y 70.2 CP; ello sin tener en cuenta, de momento, lo que pudiera resultar además de un concurso ideal con la infracción del artículo 404 CP –sobre lo que se volverá más adelante en el texto.

(92) Pues como se verá inmediatamente, los marcos penales se solapan.

(93) Respecto de la otra figura común, es decir, el delito de prevaricación del artículo 404 CP –respecto de aquellos casos en los que las conductas del artículo 329 CP integrarían tal figura, es decir, respecto de la alternativa de conducta doble del

ceptos aparentemente concurrentes uno de ellos contempl[e] más específicamente el hecho que los demás» (94). En efecto, pareciera que el elemento de las diversas conductas que debe realizar en el artículo 329 CP concretamente el funcionario aporta una descripción más específica que la contribución que pudiera realizarse uno de los sujetos activos de las infracciones comunes contra el medio ambiente. Éste es el entendimiento que parece estar en la base de las voces doctrinales antes citadas de acuerdo con las cuales la existencia del artículo 329 CP cerraría la posible aplicación de otros preceptos que prevén penas potencialmente más graves.

Sin embargo, desde la perspectiva aquí adoptada, no existe relación de especialidad entre la infracción del artículo 329 CP y las figuras comunes. En lo fundamental, son cuatro los argumentos a emplear en este contexto:

En primer lugar, debe llevarse a cabo una reflexión de *sistemática legislativa* dentro del conjunto del título: como antes se ha señalado, el legislador no ha previsto la cláusula específica —aparte de otros sectores normativos en los que ésta no aparece, siendo igualmente relevante la intervención de la Administración pública (95)— ni respecto de los delitos contenidos en el capítulo dedicado a la protección de la flora y fauna ni respecto de la infracción del artículo 330 CP, recogida en el mismo capítulo de los delitos contra el medio ambiente a los que se refiere el artículo 329 CP.

Si la regulación del artículo 329 CP fuera excluyente respecto de la intervención de los funcionarios en el ámbito del artículo 325 ss. CP, se daría la paradoja de que el funcionario que, por ejemplo, autorice el ingreso en España de una especie de flora o fauna no autóctona sea penado, como cooperador necesario, con la misma pena del particular que la libere (más la correspondiente, en su caso, a la prevaricación) (96), mientras que en el ámbito del artículo 325/326 CP, por ejemplo, la pena del funcionario que realice una contribución similar, será siempre sensiblemente inferior a la del particular.

Esta hipótesis indica que el legislador no puede haber previsto un régimen de privilegio precisamente para las infracciones más graves (las relativas a los recursos naturales y medio ambiente en general

artículo 329.2 CP, única que cumple los elementos del delito de prevaricación, como antes se ha señalado— parece claro que, en principio, existe tal relación de especialidad; *vid.*, en este sentido sólo FEJÓO SÁNCHEZ, *ComCP*, p. 1092.

(94) MIR PUIG, *PG*⁵, 27/69.

(95) Esto lo resalta, críticamente, CARMONA SALGADO, en *Curso PE II*, p. 30.

(96) Cfr. artículo 333 CP.

frente a las que se refieren a la flora y fauna), infracciones en las que, por otra parte, y como resulta obvio, la intervención de la Administración pública es especialmente relevante (97).

En segundo lugar, procede un análisis del *alcance típico* de las alternativas de comportamiento recogidas en el artículo 329 CP. Como ha señalado, por ejemplo, Gómez Rivero (98) –y antes se ha ejemplificado–, las modalidades de intervención tipificadas en el artículo 329 CP no son las únicas que podrían dar lugar a la calificación de cooperación necesaria respecto de los correspondientes delitos comunes. Así, por ejemplo, el funcionario o autoridad que «silencia» la comisión de un acto de contaminación que pudiera dar lugar a un delito del artículo 325 CP, y, por ello, a la aplicación del artículo 329 CP, pero *no* lo hace «con ocasión de sus inspecciones», no ingresa en el ámbito típico del artículo 329 CP (99), en virtud de elementales consideraciones en relación con el principio de legalidad (100). O, como ha sido señalado reiteradamente por la doctrina (101), quien en vez de votar a favor de una concesión se abstiene, o emite voto nulo o en blanco –sabiendo que con ello se asegura materialmente el acuerdo favorable–, tampoco realiza la infracción del artículo 329 CP. Si puede afirmarse que estas conductas constituyen una modalidad de comisión por omisión, o de cooperación necesaria, ¿van a recibir pena más grave que la prevista para las correspondientes conductas que sí integran el artículo 329 CP? O, incluso, llevando el argumento de la especialidad

(97) Pues con carácter general cabe decir que mientras en el ámbito de la protección de la flora y la fauna en muchas ocasiones no existe una intervención mediante autorización/licencia de un funcionario público, sino que es el propio ciudadano el que debe interpretar las normas sectoriales, parece claro que en materia de vertidos, etc., al menos en el plano industrial, siempre debería intervenir la Administración pública.

(98) *LL*, 1996, pp. 1239 ss., *vid.* también DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP*, 1998, p. 303.

(99) De modo que si se considera acertado estimar que, respecto de las hipótesis de omisión, sólo existe la posibilidad de hacer responder al funcionario por esta alternativa de conducta tipificada –y no por comisión por omisión del correspondiente precepto común–, como hace GIMBERNAT ORDEIG (en: ídem, *Ensayos penales*, p. 356 con nota 245), al considerar que no puede haber comisión por omisión del funcionario por no existir equivalencia entre la comisión y la omisión –cuestión en la que ahora no cabe entrar–, se está aceptando una tipificación al menos altamente discutible: el funcionario directamente encargado de la vigilancia de una planta potencialmente peligrosa que sencillamente omite toda inspección de esa planta no responderá penalmente, mientras que el que silencia con ocasión de una inspección puede ser incluso sometido a pena privativa de libertad.

(100) DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP*, 1998, p. 303.

(101) Cfr., por ejemplo, LESMES SERRANO, en ídem *et al.*, *Derecho penal administrativo*, p. 369; DE VICENTE MARTÍNEZ, *REDP* 1 (1999), II., texto correspondiente a la nota 15.

hasta su última consecuencia: ¿van a quedar impunes por no quedar abarcadas por el alcance típico del artículo 329 CP?

En tercer lugar, otro aspecto del alcance típico lo constituye la cuestión de la *incriminación de la imprudencia*. Como antes se ha señalado, la cláusula de punición de la imprudencia en el artículo 331 CP («en su caso... artículos anteriores») resulta inaplicable a los supuestos de conductas previstas en el artículo 329 CP, como deriva no sólo de la estructura misma de la prevaricación en sentido estricto a la que se remite el artículo 329 CP, sino, sobre todo, de la mención expresa «a sabiendas» (102).

Tampoco esta restricción de la punibilidad –si pensamos en la fenomenología que con mayor frecuencia puede aparecer en este contexto– resulta explicable si partimos de que el artículo 329 CP sea el único modo de generar responsabilidad de los funcionarios públicos.

Finalmente, en cuarto lugar –y sobre todo–, ha de recordarse aquí la relación existente entre las *penalidades* previstas para los correspondientes delitos comunes con las que se asignan a las conductas previstas y penadas en el artículo 329 CP (103) en la mayoría de los supuestos (pena más grave para el delito común). La desproporción es de tal magnitud que constituye un indicio relevante de que el artículo 329 CP no es la única respuesta del ordenamiento penal frente a la intervención de funcionarios en delitos contra el medio ambiente.

b) *Compatibilidad - concurso ideal*

En el polo opuesto a la solución acabada de referir se encuentra la idea de que no sólo no existe relación de especialidad entre las infracciones comunes y el delito del artículo 329 CP, sino que éstas son perfectamente compatibles, por no interferir de ninguna manera entre ellas.

Conforme a este entendimiento, el objeto de la introducción del artículo 329 CP sería el de dotar a determinados actos administrativos de una seriedad especial, jurídico-penalmente garantizada, en el ámbito de la actividad de control de la Administración pública en materia de medio ambiente. Se trataría, entonces, de una verdadera «prevaricación específica» –tanto por la materia como por la formulación típica, que, como se ha visto, no coincide con la de la infracción común del artículo 404 CP–, no de un delito contra el medio ambiente. En favor de ello también podría hablar que, como se ha señalado en la doctrina y antes se ha expuesto, sólo algunos de los comportamientos

(102) GÓMEZ RIVERO, LL, 1996, pp. 1242 s.

(103) De «punto neurálgico» de esta figura la califica DE VICENTE MARTÍNEZ, REDP 1 (1999), II., texto a continuación de la nota 17.

descritos sean realmente constitutivos de prevaricación, mientras que otros, en realidad, se refieren a irregularidades situados *antes* o al margen de una verdadera prevaricación (104). Como se ha dicho, podría entenderse, que se quiere dotar, entonces, de una especial protección penal al correcto desarrollo de la actividad administrativa.

De acuerdo con este punto de vista, cuando concorra una responsabilidad del funcionario por autoría directa o por participación en los delitos contra el medio ambiente, si *además* realiza con esas conductas el delito del artículo 329 CP, deberá apreciarse un concurso ideal o medial, en su caso, entre ambas infracciones.

Sin embargo, parece claro que ésta no es la concepción adecuada. A pesar de que proporcionaría una solución de sencilla aplicación para todos los supuestos, lo cierto es que al preguntar cuál es la razón por la que se habría producido esta tipificación específica, la respuesta no puede ser otra que en atención a la especial relevancia de los bienes medioambientales.

Y, entonces, la cuestión es evidente: un castigo en concurso ideal entre el delito común contra el medio ambiente y la infracción del artículo 329 CP incurriría en un *bis in idem*. Debe encontrarse, por consiguiente, otra solución.

c) *Relación de subsidiariedad*

1. JUSTIFICACIÓN

Las consideraciones acabadas de efectuar, sin embargo, desde la perspectiva aquí adoptada, no deben llevar a lamentar el apresuramiento o los pocos conocimientos técnicos del legislador y a aceptar la existencia de una relación de especialidad sin sentido material, sino al intento de hallar sentido a ley. Y ese sentido tan sólo puede estar en atribuir un carácter diferenciado a la infracción prevista en el artículo 329 CP y a las otras modalidades de intervención de los funcionarios en este contexto, sea a través de modalidades de participación, sea a través de modalidades de autoría directa.

De hecho, entre la (escasa) doctrina que se ha ocupado del precepto, después de iniciales lamentaciones en torno a una aparente rela-

(104) En efecto, como antes se ha dicho, en el caso de la primera alternativa de conducta (informar favorablemente) es evidente que no se dicta una resolución; en el caso de la segunda alternativa, la diversidad frente a la prevaricación es aún más evidente. En este sentido, *vid.* sólo GONZÁLEZ CUSSAC, en ídem (dir.)/CGPJ (ed.), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, pp. 45 s.; GÓMEZ RIVERO, LL, 1996, pp. 1239 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, REDP 1 (1999), texto previo a la nota 20.

ción de especialidad materialmente inconveniente, son mayoría las propuestas de solución que van en esta dirección, que –al menos implícitamente– implica asumir la existencia de una relación *tácita de subsidiariedad* entre el artículo 329 CP y los correspondientes preceptos comunes (105).

Como es sabido, la existencia de una relación de subsidiariedad es aquella situación de concurso de normas que más intensamente viene marcada por consideraciones valorativas (106) –en lugar de argumentos lógicos–; y las reflexiones antes expuestas en relación con la imposibilidad –valorativa– de aceptar la existencia de una relación de especialidad son la base para asumir también aquí este punto de vista, que conduce, como es natural, a una aplicación tan sólo residual del precepto.

2. SOMBRAS

Sin embargo, es necesario subrayar que ésta es una solución que, siendo la más adecuada, genera también considerables dificultades, que pueden condensarse en torno a tres cuestiones:

En primer lugar, y sobre todo, la solución de la subsidiariedad –cosa que, en lo que se alcanza a ver, no se ha señalado aún en las manifestaciones de la doctrina al respecto– no puede servir para todos los supuestos concursales. En efecto, como antes se ha expuesto, entre las situaciones de concurrencia posibles no sólo hay supuestos en los que la pena prevista para la comisión de delitos comunes es *superior* a las establecidas en el artículo 329 CP –si bien parece que ello sucederá en la mayoría de los casos–, sino que también existen supuestos en los que la intervención en el delito común –en particular, si se trata de la figura residual del artículo 328 CP– genera una pena menor a la que prevé el artículo 329 CP. Pues bien, si el argumento central de la tesis de la subsidiariedad es –como acaba de señalarse– que desde el punto de vista valorativo no puede entenderse que el legislador haya previsto un régimen de privilegio para el funcionario, resulta completamente inaceptable que de esa misma relación de subsidiariedad derive la situación que se trata de evitar, es decir, de privilegio. De modo que en estas otras situaciones, no queda otra vía que afirmar una resucitación del precepto desplazado –el art. 329 CP–, construyendo la aplicación

(105) En esta línea la delimitación funcional –es decir, sin posibilidad de concurso– que ha propuesto entre ambos ámbitos GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, pp. 1239 ss.; *vid.* también, aunque sin mayor fundamentación, BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *COMCP* 1995, pp. 1605 s.; TERRADILLOS BASOCO, *EPCr* XX (1997), pp. 331 s.; MUÑOZ CONDE, *PE*¹², p. 562; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, p. 68; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP*, 1998, p. 303.

(106) *Vid.*, por todos, GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*», pp. 339 s.

de las penas previstas en el artículo 329 CP como una mera remisión a efectos de pena. No hace falta subrayar especialmente lo insatisfactorio que resulta tener que propiciar una solución tan poco armónica –subsidiariedad sólo sectorial con elementos de alternatividad–. Pero consideradas las posibilidades normativas, parece que no hay otra. La insatisfacción a la que acaba de aludirse, por otra parte, no deriva sólo de una percepción de las imperfecciones «estéticas» de tal solución mixta. Por el contrario, se debe a un malestar de mayor calado: dicho con toda sinceridad, el malestar que deriva de la convicción que una solución tan complicada cuenta con pocas posibilidades de ser aplicada en la *praxis* por los órganos judiciales, que se suma a la mala conciencia a la que se aludía en la introducción a este texto, en el sentido de estar contribuyendo –a la vista de la realidad judicial– a una suerte de dogmática-ficción.

No se acaban aquí los puntos débiles de la solución propuesta –si bien el acabado de reseñar es, sin duda, el más importante–. En efecto, en un orden decreciente en importancia, debe señalarse ahora que el resultado que se obtiene en cuanto al alcance típico de la infracción del artículo 329 CP con la interpretación propuesta es altamente insatisfactorio. En efecto, la mención en la doctrina favorable a la subsidiariedad tácita de que se reservaría con su aplicación sólo un «alcance residual» para la infracción del artículo 329 CP olvida (107) que este alcance residual generará –en caso de producirse la aplicación efectiva del precepto– resultados altamente insatisfactorios desde el punto de vista político-criminal: se estarán penando supuestos –especialmente en el caso de las alternativas de conducta primera y segunda–, valga la redundancia, de «anticipación de la anticipación» (108), en los que la conexión con el bien jurídico es tan tenue que se trata de delitos que no cabe calificar de otro modo que como puramente formales.

Finalmente, hay un último efecto negativo que subrayar: es evidente que el legislador ha tomado una decisión –criticable, como antes se ha reseñado– en el sentido de equiparar en términos de pena diversas conductas en el artículo 329 CP que están en escalones bastante distintos de valoración en el resto del Código. Pues bien, mediante la solución de la subsidiariedad se deconstruye esta equiparación: en efecto, menos para el sector residual de aplicación efectiva del artícu-

(107) Aparte de que estos autores, como antes se indicaba, en lo que se alcanza a ver, no han percibido la problemática que se genera por la existencia de supuestos en los que la aplicación de los preceptos comunes conlleva penas más leves que las del artículo 329 CP.

(108) Es decir, de delitos de peligro –que puede ser muy remoto– de la realización de un delito de peligro (el común contra el medio ambiente).

lo 329 CP, los supuestos de las alternativas primera y segunda –al aplicarse directamente los correspondientes delitos comunes– quedan sin esa consideración específica de pena –al no constituir infracciones comunes–, mientras que respecto de la alternativa de conducta tipificada en el número segundo del artículo 329 CP vuelve a resurgir –en concurso ideal– la punición por el delito de prevaricación común del artículo 404 CP.

Por lo tanto, queda claro que se deshace lo hecho –con buenas o malas razones– por el legislador en cuanto a la equiparación: algo que siempre debe producir incomodidad en el dogmático.

3. CONCLUSIÓN

Queda entonces así despejado –aunque con notables dificultades, como se acaba de mostrar– el camino para fundamentar la posible responsabilidad de los funcionarios por la comisión de delitos contra el medio ambiente de los artículos 325 ss. CP, incluida la posibilidad de aplicar a estas infracciones la cláusula de punición de la imprudencia establecida en el artículo 331 CP.

IV. BASES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE GARANTÍA DEL FUNCIONARIO: UN BREVE ESBOZO

1. Una vez descartado que lo dispuesto en el artículo 329 CP sea el único camino para fundamentar la responsabilidad de los funcionarios por delitos contra el medio ambiente, puede pasarse a las bases de su responsabilidad por intervenciones en otras infracciones (comunes). En lo que sigue, tan sólo se pretende llevar a cabo un esbozo muy somero de tales bases.

Las constelaciones de casos que pueden ser relevantes en este contexto son, sobre todo, tres: en primer lugar, alguna de las conductas de intervención activa que se recogen en el artículo 329 CP, o comportamientos próximos a éstas: el otorgamiento de una licencia, la votación a favor de ésta, como supuestos recogidos en el artículo 329 CP, o el suministro de determinada información necesaria para burlar ciertos procedimientos de control o de supervisión desarrollados por otros órganos administrativos, etc. En segundo lugar, la conducta omisiva consistente en no revocar una autorización respecto de la cual se descubre *ex post* que, aunque otorgada de modo ajustado a Derecho, infringe materialmente las normas de protección aplicables. En tercer lugar, la omisión

del funcionario que tiene conocimiento de la realización de infracciones medioambientales, pero no interviene para impedir su comisión.

A efectos de las presentes consideraciones esquemáticas, bastará con que tomemos en consideración el tercero de los supuestos enunciados, el más conocido y debatido en la doctrina al respecto, y, sin duda alguna, el que mayores dificultades plantea para la fundamentación de la responsabilidad del funcionario.

Es ésta una hipótesis de responsabilidad que se ha enumerado como uno de los supuestos de posible aplicación de los delitos comunes a los funcionarios por parte de algunos autores entre quienes se han pronunciado —al igual que se hace aquí— por la solución de la relación de subsidiariedad han mencionado (109). Sin embargo, se trata de una posibilidad respecto de la cual en el marco del nuevo CP 1995 se generan dificultades por otro flanco. En efecto, como es sabido, la comisión por omisión se halla ahora expresamente tipificada en la cláusula del artículo 11 CP, refiriendo la figura a aquellos delitos que «consistan en la producción de un resultado». Pues bien: esta redacción ha hecho pensar a algunos autores (110) que sólo podrá ser aplicada la cláusula de la comisión por omisión a los llamados delitos «prohibitivos de causar», es decir, aquellas infracciones que, implicando la producción de un resultado material, no se hallan limitadas a determinados medios comisivos, ya que un entendimiento «jurídico», ampliado de «resultado» parece difícilmente conciliable con el tenor literal del artículo 11 CP (111).

Entonces, en lo que se refiere a la cuestión que aquí interesa, el presupuesto para la solución es saber si la infracción del artículo 325 CP es de peligro abstracto —o de peligro abstracto-concreto, o de idoneidad—; pues entonces no cabrá aplicación de la cláusula del artículo 11 CP, o, por el contrario, es de peligro concreto —en cuyo caso sí podría predicarse la aplicabilidad de la cláusula del artículo 11 CP (112).

2. La doctrina dominante en materia de posiciones de garantía (113), como es sabido, las configura —y aunque pudiera parecer que

(109) Así expresamente, por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO, EPCr XX (1997), pp. 331 s. CARMONA SALGADO, en *Curso PE II*, p. 70.

(110) Vid. sólo SILVA SÁNCHEZ, en ídem, *El nuevo Código Penal*, p. 74 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *ComCP*, pp. 57 s.

(111) En esta línea, sin emargo, GIMBERNAT ORDEIG, en ídem, *Ensayos penales*, pp. 355 s., nota 243.

(112) Vid. sobre esta cuestión, aún controvertida, como es natural, en la interpretación del nuevo precepto del artículo 325 CP, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP*, 1998, pp. 293 ss., con ulteriores referencias.

(113) Vid. sobre el estado de la cuestión sólo la exhaustiva exposición —centrada en la doctrina alemana— de GIMBERNAT ORDEIG, en ídem, *Ensayos penales*, pp. 257 ss.

el legislador español no lo ha percibido, con la introducción del extraño híbrido del artículo 11 CP (114)– en atención al modelo llamado «teoría de las funciones», debido en su origen a Armin Kaufmann, a la hora de establecer la existencia de posiciones de garantía que permitan atribuir relevancia a una conducta de omisión de la evitación de un determinado resultado. En este sentido, frente a la antigua teoría formal –precisamente, podría pensarse que la es ésta la doctrina inspiradora del artículo 11 CP al que antes me he referido–, basada en el origen (formal) de la obligación de actuar (ley, contrato, actuar precedente), la teoría de las funciones propone clasificar las posiciones de garantía –en virtud de una clasificación *material*– en atención a que el garante se encuentre obligado a la vigilancia de determinadas fuentes de peligro, por un lado, o a la protección de determinados bienes jurídicos.

En lo que se refiere al problema que aquí nos interesa, a la posición de garantía del funcionario en materia de medio ambiente, puede decirse –sin entrar en la controvertida discusión desarrollada, sobre todo en la doctrina alemana (115)– que esta categorización ha sido aplicada, en nuestra doctrina en particular por De Vicente Martínez (116), en el sentido de considerar que el funcionario se encuentra en una posición de garantía de *protección*.

Así, se afirma, al ser incapaces, como es lógico, de defenderse a sí mismos los bienes medioambientales, estarían llamados los funcionarios competentes en este ámbito a defenderlos. Ello, en el caso español, vendría confirmado por el mandato expreso de protección del artículo 45 CE.

Sin embargo, resulta significativo que precisamente Rudolphi (117), uno de los autores más relevantes en el contexto de la teoría de las posiciones de garantía, se haya opuesto a esta solución. En su opinión, sólo puede afirmarse la existencia de una posición de garantía de protección cuando exista una atribución expresa, una asunción de esa protección. Ello, sin embargo, no es, para Rudolphi, el caso en el ámbito del medio ambiente en los casos de omisión que aquí nos ocupan. Por el contrario, el bien jurídico del medio ambiente está en titularidad de todos, y las normas penales en la materia precisamente

(114) Así, GIMBERNAT ORDEIG, en: ídem, *Ensayos penales*, p. 258, formula el siguiente diagnóstico: «El artículo 11 CP 1995 regula la comisión por omisión optando por una determinada dirección que parece anclada en el Mezger de 1933».

(115) Sobre el estado de la cuestión, cfr. por todos, las exposiciones de ROGALL, *Strafbarkeit*, pp. 217 ss., y, más recientemente, GÜRBÜZ, *Strafbarkeit*, pp. 145 ss.

(116) *Responsabilidad penal del funcionario*, pp. 73 ss.

(117) *Vid.* FS Dünnebier, pp. 578 ss.; ídem, SK, § 13 n.m. 54 a ss.

persiguen afianzar la protección que incumbe a todos, correspondiendo a la Administración tan sólo tareas sectoriales de protección. De este modo, faltaría el elemento característico de la posición de garantía de protección, la protección omnicomprendiva atribuida al garante de protección, como sería el caso en el supuesto paradigmático de la madre respecto de su hijo de corta edad.

Esta discusión, de hecho, es reveladora de una debilidad congénita de la teoría de las funciones. Esta apreciación crítica respecto de la teoría de las funciones, encabezada últimamente sobre todo por Jakobs (118) en la doctrina alemana, señala que el punto insatisfactorio de la teoría de las funciones está en que consiste más que en una fundamentación de las posiciones de garantía, en una descripción fenomenológica de éstas. Conforme a esta opinión, no se estaría enunciando el verdadero motivo material de la atribución de responsabilidad. En este sentido, es significativo que una de las afirmaciones críticas de Rudolphi en contra de la afirmación de una posición de garantía de protección sea la de que de este modo, se estaría introduciendo por una puerta (garante de protección) lo que no se ha dejado entrar por la otra momentos antes (garante de control). Ello revela que, en efecto, las funciones en cuanto descripción fenomenológica no son más que descripciones intercambiables: depende del punto de vista adoptado que se afirme que el funcionario debe controlar la fuente de peligro constituida por las actividades contaminantes de los ciudadanos o que se diga, por el contrario, que el funcionario debe proteger el medio ambiente. Siendo esto así, sin embargo, sufre mucho la función de fundamentación que debe tener la teoría de las posiciones de garantía. De hecho, en muchas ocasiones la argumentación de fundamentación dan la impresión de estar muy cerca de la teoría formal de las fuentes. Parece que citada la norma –en el caso español, sobre todo el artículo 45 CE– cualquier otra consideración huelga. Y ello puede contribuir a un establecimiento expansivo de posiciones de garantía que precisamente por ello, por ese carácter omnicomprendivo, será muy poco efectivo.

3. Frente a la teoría de las funciones, como es sabido, Jakobs ha desarrollado un punto de partida que, por un lado, sí busca el fondo material en la fundamentación de las posiciones de garantía, y, por otro, podría permitir una armonización de la dogmática tradicional de la comisión por omisión con evoluciones más recientes en la teoría del tipo. De hecho, es aquí donde está la explicación de que Jakobs man-

(118) Para una crítica –rotunda– de la aproximación de JAKOBS y de otros autores que se mueven en la misma línea, cfr. sólo las exposiciones de SCHÜNEMANN, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Omisión e imputación objetiva*, pp. 11 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, en ídem, *Ensayos penales*, p. 364.

tenga que también es necesaria una *posición de garantía en los delitos de acción* (119). Pese a su aparente extrañeza, esto no es más que una manifestación de la diferenciación que Jakobs propugna, distinguiendo entre delitos producidos por la creación o administración de un riesgo común (delitos derivados del *status* general de ciudadano: delitos en virtud de *organización*) y aquellos otros que derivan de deberes especiales establecidos por el ordenamiento jurídico frente a determinado bien [delitos en virtud de una *institución* (120)]. Esta diferenciación es distinta de la subdivisión tradicional entre delitos de omisión y de comisión, ya que ambas categorías abarcan tanto delitos de comportamiento activo como de comportamiento pasivo (121). Se trata, en definitiva, de distinguir no sobre la base de la apariencia externa de la conducta, sino con base en la razón normativa de la responsabilidad penal, y es dentro de la teoría de la imputación objetiva en donde se lleva a cabo la determinación de la existencia de una posición de garantía; puede suceder que aún concurriendo un comportamiento activo, evitable y con efectos causales no se pueda imputar: no toda causación evitable cumple el tipo objetivo, no todo es asunto de todos (122), y por ello ha de concurrir una posición de garantía aun en los comportamientos activos; la determinación de esa posición de garantía es equivalente a la afirmación de que el comportamiento es objetivamente imputable (123), es decir, al primer escalón de la imputación objetiva, la imputación objetiva del *comportamiento*.

En este contexto podría situarse también la determinación de las posiciones de garantía del funcionario en el ámbito del medio ambiente. Habría que determinar cuándo esa protección da lugar a una verdadera institución, un elemento social configurador básico, una infracción institucional (124), y cuándo, por el contrario, la actuación del funcionario no es más que una aportación común, un delito de dominio (125).

(119) Cfr., por ejemplo, JAKOBS, *AT*², 7/56 ss., 7/58.

(120) Que JAKOBS reconoce haber tomado del desarrollo de ROXIN en la categoría de los «delitos de deber»; cfr. *AT*², 7/70, núm. 120, 21/119; cfr. sobre la concepción de JAKOBS sólo *AT*², 7/70 s., 21/115 ss.; ídem, La competencia por organización en el delito omisivo, *passim*; recientemente ídem, *Tun und Unterlassen, passim*.

(121) Cfr. sobre esto JAKOBS, *AT*², 1/7, 28/14.

(122) JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), p. 30.

(123) Así ya se insinúa en *ZStW* 89 (1977), p. 35.

(124) Sobre la cuestión acerca de si esa responsabilidad se produce a título de autor en todo caso o de sí, por el contrario, cabe responsabilidad también a título de partícipe del autor, *vid.* solo, últimamente, SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, pp. 147 ss., con ulteriores referencias.

(125) En esta línea existe ya el desarrollo monográfico de HÜWELS, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug, passim*, respecto del ordenamiento alemán.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María, «La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el título XVI del Código Penal: especial referencia al artículo 320», en *PJ*, 47 (1997), pp. 115 ss.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *La protección del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, Granada, 1997 (cit. BLANCO LOZANO, *La protección del medio ambiente*).
- BOIX REIG, Javier, y JAREÑO LEAL, Ángeles, «Comentarios a los artículos 328 a 331», en: VIVES ANTÓN (dir.) *et al.*, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996 (cit.: BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *ComCP 1995*).
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», en *LL*, 1996, núm. 4181 (5.12.1996), pp. 1 ss.
- CARMONA SALGADO, Concha, «Delitos contra el medio ambiente», en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. PE II*, Madrid, 1996 (cit. CARMONA SALGADO, en *Curso PE II*).
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, «Comentario al artículo 329», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.) *et al.*, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1997, pp. 3263 s. (cit. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Código Penal II*).
- Cortes Generales (ed.), *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos parlamentarios*, tomo II, Madrid, 1996 (cit. *Trabajos parlamentarios*, tomo II).
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995», en: *AP* 1998, pp. 287 ss.
- DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz, «Delitos contra el medio ambiente», en Enrique BACIGALUPO (ed.), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 1998, p. 321 ss.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996 (cit. DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente*).
- «Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente», en: Universitat de Valencia/Institut de Criminologia (ed.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. José Ramón Casabó Ruiz*, primer volumen, Valencia, 1997, pp. 569 ss. (cit. DE LA MATA BARRANCO, en: EM Casabó I).
- «La obligación de control de la Administración en relación a delitos cometidos por particulares. El ejemplo de los delitos contra el medio ambiente», en: Adela ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Bilbao, 1997, pp. 397 ss. (cit. DE LA MATA BARRANCO, en: ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*).
- DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y flora y fauna en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1996 (cit. DE VEGA, *Delitos*).

- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente. Una contribución al estudio de la responsabilidad penal omisiva de los funcionarios públicos por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 1993 (cit. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad penal del funcionario*).
- «Responsabilidad penal del funcionario público o autoridad en materia ambiental», en REDP 1 (1999) (cita con relación a las notas a pie de página).
- FALCÓN CARO, María del Castillo, «La responsabilidad penal del funcionario: artículo 329 del Código Penal», en CPC 1998, pp. 673 ss.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, «Comentario al artículo 404», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 1086 ss. (cit. FEIJÓO SÁNCHEZ, en *ComCP*).
- «Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en LL 1997 (17.3./18.3.).
- Fiscal General del Estado (Jesús Cardenal Fernández), *Memoria elevada por el Fiscal General del Estado al Gobierno*, Madrid, 1998.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995 (cit. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*»).
- GARCÍA HERNÁNDEZ, María Yolanda, «Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en Juan Antonio MARTOS NÚÑEZ (ed.), *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*, Sevilla, 1997, pp. 51 ss. (cit. GARCÍA HERNÁNDEZ, en MARTOS NÚÑEZ (ed.), *Protección penal*).
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», en ídem, *Ensayos penales*, Madrid, 1999, pp. 257 ss. (cit. GIMBERNAT ORDEIG, en ídem, *Ensayos penales*).
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, «Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental», en LL 1996 (10.7.1996), pp. 1239 ss.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», en ídem (dir.)/CGPJ (ed.), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1996, pp. 11 ss. (cit. GONZÁLEZ CUSSAC, en ídem [dir.]/CGPJ [ed.], *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*).
- GÜRBÜZ, Sabahat, *Zur Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, Frankfurt am Main etc., 1996 (cit. GÜRBÜZ, *Strafbarkeit*).
- HERNÁNDEZ ALONSO, Roberto J., «Prevaricación específica del funcionario público en el área medioambiental», en AP 1999, pp. 179 ss.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, «Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal», en Juan TERRADILLOS BASOCO (ed.), *El delito ecológico*, Madrid, 1992, pp. 51 ss.
- HÜWELS, Herrmann, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung. Die Organisationszuständigkeit und die institutionelle*

- Zuständigkeit des Amtsträgers, dargestellt an Beispielen aus dem Umweltschutzrecht*, Berlin, 1986 (cit. HÜWELS, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug*).
- JAKOBS, Günther, «Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich zur Begründung der strafrechtlichen Haftung bei Begehung», en *ZStW* 89 (1977), pp. 1 a 35 (= «La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión» [traducción de Manuel Cancio Meliá], en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997).
- *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2.ª ed., Berlín, etc., 1991 (cit. JAKOBS, AT²) (= *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* [traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo de la segunda edición alemana], Madrid, 1995).
- *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996 (cit. JAKOBS, *Tun und Unterlassen*).
- LESMES SERRANO, Carlos, «Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en ídem, et al., *Derecho penal administrativo (ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente)*, Granada, 1997, pp. 292 ss. (cit. LESMES SERRANO, en ídem, et al., *Derecho penal administrativo*).
- MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1998.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 5.ª edición, Barcelona, 1998 (cit. MIR PUIG, PG⁵).
- MORALES PRATS, Fermín, «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro», en José Manuel VALLE MUÑOZ (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*, Pamplona, 1997, pp. 225 ss. (cit. MORALES PRATS, en VALLE MUÑOZ (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*).
- MÜLLER-TUCKFELD, Jens-Christian, «Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts», en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a. M., 1995, pp. 461 ss. (cit. MÜLLER-TUCKFELD, en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia, 11.ª edición, 1996; 12.ª edición, 1999 (cit. MUÑOZ CONDE, PE¹¹, PE¹²).
- MÜSSIG, Bernd J. A., *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz (Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament - am Beispiel der Rechtsgutsbestimmung für die §§ 129, 129 a und 324 StGB)*, Frankfurt am Main etc., 1994 (cit. MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*).
- PARADA, Ramón, *Derecho administrativo I. Parte General*, 11.ª edición, Madrid, 1999 (cit. PARADA, *Derecho administrativo PG*).

- PÉREZ DE GREGORIO, José Joaquín, «Los delitos contra el medio ambiente», en *LL* 1996, pp. 1790 ss.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Landesbericht Spanien» (traducción de Günter Heine y Markus Hoffmann), en HEINE (ed.), *Umweltstrafrecht in mittel- und südeuropäischen Ländern*, Freiburg im Breisgau, 1997, pp. 497 ss. (cit. POLAINO NAVARRETE, en HEINE (ed.), *Umweltstrafrecht*).
- PRATS CANUT, José Miguel, «Comentario al artículo 329», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 1534 ss. (cit. PRATS CANUT, *ComNCP*).
- PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., 1993 (cit. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*).
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español. Parte Especial*, 3.^a edición, Barcelona, 1997 (cit. QUERALT JIMÉNEZ, *PE*).
- RODAS MONSALVE, Julio César, *Protección penal y medio ambiente*, Barcelona, 1993.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «Comentario al artículo 11», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 57 ss. (cit. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *ComCP*).
- «Comentario al artículo 24», en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 157 ss. (cit. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *ComCP*).
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España», en *Derecho y medio ambiente*, Madrid, 1981, pp. 243 ss.
- ROGALL, Klaus, *Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltbereich*, Berlín, 1991 (cit. ROGALL, *Strafbarkeit*).
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen», en HANACK *et al.* (ed.), *Festschrift für Hanns Dünnebieber zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982*, Berlin, New York, 1982, pp. 561 ss. (cit. RUDOLPHI, *FS Dünnebieber*).
- Comentario al § 13, en *idem, et al., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. Allgemeiner Teil (§§ 1 a 37)*, 6.^a edición, Neuwied, etc., 1995 (cit. RUDOLPHI, *SK*).
- SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlín, 1999 (cit. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Unterlassen*).
- SCHÜNEMANN, Bernd, «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania» (traducción de Silvina Bacigalupo), en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal. Jornadas hispano-alemanas de Derecho penal en homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 1994, pp. 11 ss. (cit. SCHÜNEMANN, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, *Omisión e imputación objetiva*).

- «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft» en GA, 1995, pp. 201 ss. (= *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* [traducción de Manuel Cancio Meliá], Santafé de Bogotá, 1996; = ADPCP 1996, pp. 187 ss.).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente», en Juan-Luis GÓMEZ COLOMER/José-Luis GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *La reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann*, Castellón, 1997, pp. 151 ss. [cit. SILVA SÁNCHEZ, en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (ed.), *La reforma de la justicia penal*].
- *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997 (cit. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal*).
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999 (cit. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*).
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos Jesús, «Comentario al artículo 328»; «Comentario al artículo 329», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 936 s. (cit. SUÁREZ GONZÁLEZ, en *ComCP*).
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, «Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras», en EPCr XIX (1996), pp. 289 ss.
- «Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente», en EPCr XX (1997), pp. 313 ss.
- VIRTO LARRUSCAIN, María José, «El delito de prevaricación del funcionario público», en Adela ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Bilbao, 1997, pp. 121 ss. [cit. VIRTO LARRUSCAIN en: ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*].