



Revista

ISSN 2007-4700

Terni

MÉXICO

Número 8 • Agosto 2015

Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015*

José Luis de la Cuesta Arzamendi**

Instituto Vasco de Criminología, España

RESUMEN: La contaminación, los residuos e instalaciones peligrosas constituyen, en general, junto a los productos y preparados igualmente susceptibles de afectar a los recursos naturales, las actividades humanas que mayor atención merecen desde la protección ambiental. También las legislaciones penales más avanzadas aseguran la cobertura de los comportamientos potencialmente más atentatorios a través de la adecuada delimitación del marco incriminatorio de cada uno de estos grupos de conductas. Esto no suele ser necesariamente sencillo si (como procede) no se quieren castigar simples desobediencias administrativas y se buscan estructurar los tipos penales a partir de su lesividad material específica para el bien jurídico ambiental. En el plano europeo, conviene además advertir contra las negativas consecuencias de la copia literal de unos textos normativos que, en un mismo artículo, exigen la tipificación de conductas de muy diferente alcance (como el “causar” y el “poder causar”). La reestructuración de los delitos contra el ambiente operada por la LO 1/2015 supera defectos destacados de la regulación anterior, pero vuelve a recaer en el error indicado, que lleva a incluir en el mismo tipo penal supuestos que, por su diferente naturaleza y alcance, no deberían merecer en ningún caso el mismo tratamiento punitivo.

PALABRAS CLAVE: Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, contaminación, residuos, instalaciones peligrosas, delitos de peligro, daños ambientales, responsabilidad penal de las personas jurídicas, Reforma de 2010, Ley Orgánica 1/2015.

ABSTRACT: Pollution, waste and hazardous facilities are, in general, along with products equally likely to affect natural resources, human activities that deserve greater attention from environmental protection. Also the most advanced criminal laws ensure coverage potentially prejudicial conducts through adequate definition of the incriminating part of each of these groups of behaviors. This is usually not necessarily simple if (as applicable) is not to punish mere administrative disobedience, and seeks to structure the criminal types from its specific harmfulness material for the environmental legal right. At the European level, it should also warn against the negative consequences of a literal copy of legislation that, in the same article, require the criminalization of behaviors highly different scope (as “cause” and “able cause”). The restructuring of the environmental crimes by Law 1/2015, improved featured defects of the previous regulation, but falls back in the indicated error, which leads to include in the same offense assumptions which by their different nature and scope, should not in any way deserve the same punitive treatment.

KEY WORDS: Crimes against natural resources and environment, pollution, waste, hazardous installations, crimes of danger, environmental damage, criminal liability of legal persons, 2010 reform, 2015 reform.

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

* Texto en recuerdo del excelente amigo y compañero, el Prof. Dr. Demetrio Loperena, catedrático de Derecho Administrativo y decano de la Facultad de Derecho de San Sebastián; y revisado y completado tras la reforma intervenida en el Código Penal por la LO 1/2015.

** Grupo consolidado de investigación en Ciencias Criminales (GICCAS IT-585-13) y UFI 11/05 UPV/EHU.

SUMARIO: I. Introducción. II. Extensión y alcance del delito de contaminación ambiental. III. Delitos en materia de residuos. IV. Explotación irregular de instalaciones peligrosas. V. Disposiciones comunes.

I. Introducción

Es posición generalmente admitida que, en un Estado social y democrático de Derecho, la intervención del Derecho penal sólo debe tener lugar allí donde se produce un grave atentado a alguno de los bienes jurídicos dignos, necesitados y susceptibles de protección penal. De lo anterior se deriva el carácter de *ultima ratio* del instrumento penal y su posición de subsidiariedad respecto del resto de las ramas del ordenamiento jurídico que puedan garantizar la protección de los bienes jurídicos en juego. Esto resulta particularmente necesario en aquellas áreas donde la intervención administrativa es ya intensa, comprendiendo hasta la definición de infracciones y la previsión de importantes sanciones. El área ambiental se presenta, en este orden de cosas, como un ejemplo particularmente relevante, debido a la proliferación normativa sobre las actividades humanas de significativo impacto, objeto de regulación por parte del nuevo Derecho ambiental.¹

En realidad, actividades susceptibles de interferir negativamente con los elementos e intereses ambientales son “todas o casi todas”² las desarrolladas por el ser humano y los animales. No obstante, cuando se trata de delimitar mejor las más relevantes desde la perspectiva ambiental, son las actividades e instalaciones contaminantes, los productos y preparados peligrosos, y los residuos, los aspectos que merecen, por lo común, una mayor consideración.³ También en el plano penal, la combinación de tipificaciones específicas relativas a la contaminación, a las instalaciones peligrosas y a los residuos constituye una característica de las legislaciones más avanzadas, que buscan de este modo completar, con pleno respeto de los principios de taxatividad y proporcionalidad, la mejor cobertura de aquellos comportamientos poten-

cialmente más atentatorios de los elementos naturales y, en general, contra el ambiente.

Y es que, si bien en la contaminación es donde, a través del necesario contacto entre el comportamiento humano y el correspondiente elemento natural –que se ve de algún modo alterado (nocivamente) en su pureza o condiciones normales–, confluyen los rasgos definitorios de los atentados más graves al ambiente, también los altos riesgos inherentes al funcionamiento ordinario y/o accidentes procedentes de las instalaciones peligrosas aconsejan para muchos una intensificación de la exigencia de respeto a las normas establecidas.

Por lo que concierne a los residuos, inicialmente la regulación se vio motivada por su impacto sobre la salud. Predomina en la actualidad, en su tratamiento jurídico, la preocupación por su incidencia ambiental, siendo objetivo prioritario de la actual política en la materia “la prevención de su producción”⁴ y, de no ser ésta posible, el aseguramiento de una gestión que limite o reduzca su peligrosidad para el equilibrio del ecosistema; esto es, una gestión no productora de riesgos para el agua, el aire, el suelo, la fauna y la flora, ni generadora de incomodidades derivadas de ruido u olores, así como no atentatoria contra los valores paisajísticos ni de los lugares de especial interés (art. 7, *Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados*).

De todos modos, cuando, como sucede en el actual Derecho español, el tipo penal de contaminación adelanta las barreras de protección, el espacio disponible para la construcción de tipos penales en materia de instalaciones y residuos acaba siendo muy reducido; al menos si (frente a lo que sucedió con la reforma de 2010) se trata de evitar la sanción penal de las meras desobediencias y de las infracciones simples de los mandatos y prohibiciones administrativos, y se exige,

¹ El cual, “por su juventud”, carece naturalmente todavía de la “solidez cimental” de otros órdenes normativos. D. Loperena Rota, “La perplejidad del *ius ambientalista*”, en F. Sosa Wagner (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, III, Valencia, 2000, p. 3567.

² Betancor Rodríguez, A., *Derecho ambiental*, Madrid, 2014, p. 961.

³ *Ibidem*, p. 962.

⁴ *Ibidem*, p. 1036.

como procede, que las agresiones a incriminar alcancen un mínimo de lesividad material para el bien jurídico ambiental.

II. Extensión y alcance del delito de contaminación ambiental

Con objeto de dar respuesta a lo exigido por el art. 45.3 de la Constitución,⁵ la reforma de 1983 introdujo en el viejo Código Penal un único precepto: el art. 347 bis. Empleando la técnica de la ley penal en blanco, se configuró así un delito basado en la provocación o realización, directa o indirecta, de “emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas”. Para resultar penalmente relevantes, éstas habían de poner “en peligro grave la salud de las personas” o poder “perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”. Tipos cualificados eran, por su parte, el funcionamiento clandestino de la industria, la desobediencia a las órdenes expresas de la administración, la aportación de información falsa sobre los aspectos ambientales, la obstaculización de la actividad inspectora de la Administración y el “riesgo de deterioro irreversible o catastrófico”.

Si la decisión político criminal de proteger el ambiente mereció de inmediato una favorable acogida, su instrumento, el art. 347 bis, fue intensamente censurado por parte de la doctrina,⁶ destacando entre las críticas el olvido de aspectos esenciales de la protección ambiental, el carácter ambiguo y difícil de entender de varios de los términos empleados, su excesiva proximidad con los delitos contra la salud pública, y, en general, la defectuosa técnica legislativa, así como, muy en particular, la rechazable asimilación, a efectos de pena, de la grave puesta en peligro de la salud de las personas y el simple perjuicio potencial (aunque fuera grave) de las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

A) El Código Penal de 1995

La línea abierta por el art. 347 bis, de definición unitaria y omnicompreensiva de todos los comportamientos de contaminación penalmente relevantes, encontró continuidad en el art. 325 del nuevo Código Penal, incardinado en el seno de los “delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”: capítulo III del Título XVI (libro II) que, separado ya de los delitos contra la salud pública, lleva por rúbrica “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente”.

Por lo que respecta al tipo básico de contaminación y con objeto de cubrir las insuficiencias detectadas anteriormente, el nuevo Código Penal, que en su “regulación atormentada”⁷ mantuvo en lo esencial la base y estructura del art. 347 bis,

- completó con una larga lista las referencias iniciales a “emisiones y vertidos de cualquier clase”, añadiendo “radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos”, así como las captaciones de agua,
- amplió la descripción de los ámbitos protegidos, incluyendo el subsuelo y las aguas subterráneas (habiéndose agregado en 2010 la “alta mar”), y
- reformuló la referencia a la contravención normativa exigida, que ahora se convirtió en “las leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”, lo que, al lado de las leyes de las Cortes generales y de los parlamentos autonómicos, incluye a las directivas y reglamentos de la UE, así como los decretos y órdenes emanados de las autoridades de la Administración central, autonómica y local; todos ellos “materialmente” destinados a la protección del ambiente.⁸ Además, se rompió en defi-

⁵ Loperena Rota, D., “La protección de la salud y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución”, en Martín-Retortillo Baquer, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2, Madrid, 1991, pp. 1455 y ss.

⁶ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “La reciente historia del delito ecológico: del artículo 347 bis al proyecto de nuevo Código Penal de 1994”, en Valle Muñiz, J.M. (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*, Pamplona, 1997, pp. 187 y ss.

⁷ En contraste “con fórmulas más sencillas de incriminar la contaminación, como las seguidas, por ejemplo, en los Códigos alemán o portugués”, Alonso Álamo, M., “Trama de la vida y protección penal del ambiente”, en Serrano-Piedecabras, J.R., y Demetrio Crespo, E. (dirs.), *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Madrid, 2010, p. 187.

⁸ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en Ortiz de Urbina, Gimeno (coord.), *Memento Experto Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*, Madrid, 2010, p. 373.

Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente

nitiva con la asimilación valorativa del peligro grave para la salud de las personas y la posibilidad de grave perjuicio para las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. En su lugar, el Código exigió de los comportamientos anteriores el poder “perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, previendo la imposición de la pena de prisión en su mitad superior para una “segunda modalidad de tipo básico” recogida por el art. 325: esto es, “si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas”. Ésta, por su condición de “tipo autónomo” (también susceptible de comisión “por imprudencia”),⁹ no requería necesariamente conforme a su tenor literal la simultánea incidencia sobre el equilibrio de los sistemas naturales, por lo que, de concurrir ambos y no agotarse la totalidad del peligro en el daño generado, había que aplicar un concurso ideal de delitos.¹¹

Centrándonos en la afectación del equilibrio de los sistemas naturales, superada la etapa inicial en la que desde ciertos sectores se defendió que se trataba de un delito de peligro concreto, tanto en doctrina como en la jurisprudencia más reciente¹² ganó amplio terreno la posición que entendía que, para

la realización típica, lo que se precisaba no era la generación de un peligro concreto, sino la constatación de la posibilidad de causación de grave perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales por parte de los comportamientos descritos. En línea con los llamados delitos de peligro hipotético,¹³ esto llevaba a exigir, junto al desvalor real de acción (la peligrosidad real de la acción), la posibilidad de producción del resultado dañoso (desvalor potencial de resultado).¹⁴

La posibilidad de producción del resultado dañoso había de referirse al “equilibrio de los sistemas naturales”, fórmula bastante indeterminada con muchas posibilidades interpretativas¹⁵ y, por lo general, identificada con el “equilibrio ecológico” mencionado por el art. 339.¹⁶ En todo caso, lo fundamental no era el ataque a un equilibrio “perfecto” de los sistemas naturales, sino al *statu quo* anterior a la intervención penalmente relevante:¹⁷ el art. 325 no contemplaba, así, los elementos naturales de manera aislada o separada, sino en su interrelación estrecha dentro del correspondiente ecosistema, compuesto por los seres vivos (animales y plantas) y el “entorno o medio”¹⁸ de un lugar, en cuyo equilibrio se conforman las condiciones vitales idóneas y naturales¹⁹ de la vida animal y de las formas vegetales complejas del planeta.

⁹ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del nuevo Código Penal”, *Actualidad Penal*, 14, 6-12 abril de 1998, p. 295; y, del mismo autor, “Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental”, *Revista Penal*, 4, 1999, p. 32. Véase también Puente Aba, L.M., “Art. 325”, en Feraldo, P. (dir.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Valencia, 2011, p. 253 (y referencias doctrinales por ella aportadas).

¹⁰ Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., Valencia, 2013, p. 1004.

¹¹ La LO 5/2010 derogó otra figura delictiva introducida por la reforma de 2003 en el art. 325.2: la liberación, emisión o introducción de radiaciones ionizantes u otras sustancias en alguno de los elementos naturales del art. 325.1, “en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles”, a encauzar en lo sucesivo por la vía del art. 343 CP, en cuanto a los materiales o radiaciones ionizantes. Montaner Fernández, R., “Capítulo 19. Los delitos contra el ambiente”, en Silva Sánchez, J.M., (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, 2012, p. 516.

¹² Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 377. Igualmente, Castelló Nicás, N., “Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma LO 5/2010 de 22 de junio)”, en Castelló Nicás, N. (dir.), *El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas*, Madrid, 2011, pp. 337 y s.

¹³ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Delitos...”, *op. cit.*, p. 294.

¹⁴ Torío López, A., “Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, p. 846.

¹⁵ Alonso Álamo, M., “Trama...”, *op. cit.*, pp. 159 y ss.; para un entendimiento sistémico, superador del ecocentrismo/antropocentrismo, en la línea de la “trama de la vida”, pp. 161 y ss.

¹⁶ Indica Loperena Rota que, en realidad, el Código Penal utiliza, al menos “tres expresiones distintas con probable intención unitaria: medio ambiente, recursos naturales y sistemas naturales”, “La perplejidad...”, *op. cit.*, p. 3575.

¹⁷ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 377.

¹⁸ Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, Barcelona, 2012, p. 29.

¹⁹ De la Cuesta Aguado, P.M., “Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medio ambiente como bien jurídico”, *Anales de la Universidad de Cádiz*, XI, 1996, p. 274.

B) Incidencia y alcance de la reforma operada por la LO 1/2015

La reforma operada a través de la LO 1/2015 no ha afectado a la tradicional relación (“prolija”, “redundante o repetitiva”) de conductas (que sigue incluyendo hasta “las captaciones de aguas”) cuya provocación o realización directa o indirecta se contempla como núcleo del tipo penal. Tampoco al hecho de que deban recaer sobre los elementos naturales –atmósfera, suelo, subsuelo, aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos–, y hayan de producirse con contravención de las leyes u otras disposiciones normativas de carácter general protectoras del medio ambiente,

No por ello la incidencia de la LO 1/2015 deja de ser de la mayor importancia. En efecto,

- si con anterioridad a la reforma de 2015, aquellas conductas debían tener una aptitud nociva, consistente en el poder “perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales” o “la salud de las personas”;
- a partir de la LO 1/2015, basta para el tipo básico que causen o puedan causar, por sí mismas o conjuntamente con otros, daños sustanciales a
 - la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o
 - animales o plantas.

Referidas ambas a la calidad del aire, del suelo, de las aguas, o animales o plantas son dos, por tanto, las alternativas que combina este tipo básico bajo la misma conminación penal:

- la causación efectiva de daños sustanciales,
- con un supuesto de peligro (poder causar daños sustanciales).

La equiparación típica de conductas tan distantes merece ser muy criticada desde el prisma de la lesividad y genera un alto riesgo de distorsiones a la hora de la interpretación del precepto y, sobre todo, de la delimitación del alcance de un delito que debería ha-

berse construido simplemente sobre el poder causar, remitiendo a cualificación el hecho de la causación de daños sustanciales. En todo caso, y aunque la nueva fórmula pueda también apuntar a una mera aptitud, hay que mantener la interpretación anterior respecto de la naturaleza del peligro requerido por el nuevo art. 325.1; también a partir de 2015 la referencia al poder causar debe entenderse en la línea de los delitos de peligro hipotético, que es lo que habrá que verificar para afirmar la concurrencia del tipo en cuestión —no un peligro concreto—.

Advertido lo anterior, no parece en modo alguno inapropiada la alusión, en el tipo básico, a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, así como los animales o plantas, pues permite concretar el objeto de la agresión. En cuanto a la referencia a que los daños sean “sustanciales” —que necesariamente deberá ser concretada en la práctica—, va claramente dirigida a reservar la intervención penal a los supuestos de entidad, verdaderamente merecedores de la misma.

En todo caso, frente a la fórmula utilizada por el art. 325 (referencia directa por el tipo penal a la contravención normativa), es de insistir²⁰ en lo preferible que hubiera sido una alusión a la naturaleza “no autorizable” de los comportamientos en cuestión,²¹ por permitir un mejor tratamiento de las situaciones que pueden suscitarse. En efecto, al reconducir así los actos típicos a lo material y formalmente no susceptibles de autorización conforme a la legislación penal vigente, quedan directamente fuera del ámbito del tipo del injusto las conductas autorizables, pero que no cuentan con una autorización formal, las cuales deberían constituir simples ilícitos administrativos. Por otra parte, construido el tipo penal sobre la naturaleza no autorizable de los comportamientos, la presencia de una autorización no impide la concurrencia del tipo penal, sino que opera en el plano de la justificación, resolviéndose a través del error de prohibición las cuestiones suscitadas por la creencia errónea en la concurrencia de una autorización válida, cuando era nula o anulable, o incluso en casos de tolerancia administrativa de comportamientos legal o reglamentariamente no susceptibles de autorización.²²

²⁰ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Cuestiones dogmáticas...”, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

²¹ A favor de la interpretación en este sentido del tipo penal, Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 186. Véase igualmente al respecto Faraldo Cabana, P., “Art. 328”, *op. cit.*, p. 310.

²² De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Cuestiones dogmáticas...”, *op. cit.*, p. 38.

Por último, aunque no precisamente en importancia, la asimilación en los tipos básicos del causar y poder causar, derivada de la mera copia de una Directiva que no obliga a someter ambos supuestos a la misma conminación penal, generará inevitablemente la cuestión de la pena por imponer cuando sea efectiva la presencia del daño: ¿la misma que si, simplemente, concurre un peligro hipotético para los objetos mencionados en el art. 325.1? El respeto del principio de proporcionalidad impide aceptar la solución anterior y obliga a buscar otras respuestas más compatibles con éste y otros postulados fundamentales del Derecho penal. Siendo claro que el tipo penal requiere, como mínimo, el peligro hipotético para la calidad del aire, del suelo, de las aguas, o animales o plantas —el cual por definición concurrirá cuando se causen daños típicos (otra cosa es si todo o sólo una parte del peligro se tradujo en esos daños)—, parece lógico entender que la pena directamente prevista por el art. 325.1 es la reservada para los supuestos de peligro. Establecido lo anterior, siempre que la totalidad del peligro se haya traducido en un daño igualmente tipificado en otro(s) artículo(s) del Código Penal, el tratamiento del conflicto de normas deberá seguir la vía del conflicto de normas por resolver (si no por la regla de la consunción, puesto que la causación del daño se contempla ya en el art. 325.1) a través de la alternatividad (art. 8.4). Ahora bien, a falta de toda disposición expresa en el Código Penal que resuelva la cuestión en los delitos que nos ocupan, la aplicación de las reglas del conflicto de normas sólo debería tener lugar allí donde los bienes jurídicos afectados (en el delito de peligro y de lesión) sean idénticos o, cuanto menos, si “uno es instrumental del otro” y “la acción peligrosa haya tenido como destinatarios a los mismos sujetos que sufren la lesión”. Cuando éste no sea el caso, corresponderá apreciar un concurso de delitos, aplicando, en principio, el delito de peligro junto con la figura de lesión o daño (dolosa o imprudente) que en su caso proceda, en concurso ideal (art. 77.2 CP); y ello, mediante una interpretación correctora, a pesar de que la causación del daño se encuentre ya tipificada por el propio art. 325.1. Tampoco parece en ningún caso aceptable pretender sancionar penalmente los hechos a través del delito de contaminación, dejando la apreciación de los posibles daños a la responsabilidad civil. Esta opción, seguida en alguna ocasión por los tribunales en relación con el viejo art. 347 bis, sólo sería asumible cuando los resultados

producidos no fueran susceptibles de cobertura por tipificación penal alguna.

Sobre la base de lo previsto en el art. 325.1 se construyen los *tipos cualificados* del art. 325.2, que retoman el contenido de las dos modalidades básicas de contaminación introducidas en 1995, atendiendo a:

- si las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pueden perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales (prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años); o
- si se genera un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas (imposición de la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado).

La primera modalidad se mantiene en la línea del anterior art. 325, describiendo un nivel de peligro a asimilar a los supuestos de riesgo hipotético.

Mayores problemas interpretativos puede suscitar, sin embargo, el cambio de tenor literal de la segunda de las modalidades recogidas. La alusión al riesgo “generado” podría en efecto apoyar la necesidad de que se trate de un peligro concreto. Ahora bien, la falta de otro calificativo delimitador del alcance del riesgo y el hecho mismo de la previsión de la misma solución punitiva que en el anterior art. 325 (mitad superior de la pena de prisión) justifican el que también en estos casos se defienda que se está ante un peligro hipotético, permitiéndose al juzgador adecuar la respuesta penal a la entidad del peligro mediante la posibilidad de elevación de la pena en grado, supuesto a reservar para los casos de peligro concreto y mayor gravedad.

En cuanto al carácter acumulativo o alternativo de ambos supuestos (ahora cualificados), su previsión en el mismo apartado del nuevo art. 325.2 será probablemente aducida como refuerzo de la postura que, en relación con el tipo básico del anterior delito de contaminación, defendía que la derivada del riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas era una agravación de segundo grado, construida sobre aquellos comportamientos que, además de rellenar los requisitos del tipo básico, pueden ya perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. La consecuencia de esta línea interpretativa es, con todo, muy insatisfactoria, pues lleva a la inaplicabilidad de

la segunda cualificación cuando las conductas básicas de contaminación ambiental, sin alcanzar la peligrosidad requerida para el equilibrio de los sistemas naturales, generan, sin embargo, un peligro para la salud de las personas, de aquí que deba mantenerse la naturaleza independiente de los dos supuestos cualificados; además, la posibilidad de elevación de la pena en grado, permitirá igualmente aquí adecuar mejor la respuesta penal cuando coincidan ambos.

El art. 327 recoge, por su parte, como nuevos tipos cualificados el contenido del anterior art. 326, que pasan ahora a ser cualificaciones comunes a los delitos de contaminación ambiental y a los relativos a instalaciones y residuos peligrosos para el ambiente, algo que debe ser saludado positivamente. Por extraño que parezca, quedan fuera de su ámbito de aplicación otras figuras delictivas del mismo capítulo III, a las que podrían resultar perfectamente aplicables, si no todas, al menos algunas de las cualificaciones.

III. Delitos en materia de residuos

La reforma de 2010 amplió el elenco de tipos penales en materia de residuos y otras sustancias peligrosas, recogiendo el anterior art. 328 hasta tres nuevas figuras, justificadas por el Preámbulo con base en lo dispuesto por la Directiva 2008/99/CEE, aprobada a nivel europeo tras la resolución por el Tribunal Europeo de Justicia del conflicto institucional generado entre Comisión y Consejo,²³ que derivó en la derogación de las Decisiones Marco 2003/80/JAI y 2005/667/JAI por parte de las Sentencias de 13 de septiembre de 2005 y de 23 de octubre de 2007, respectivamente.

En un “muy *sui generis* entendimiento de lo que es la transposición de la Directiva 2008/99/CE”,²⁴ cuyo

art. 3 “implica una toma de posición a favor de la protección penal ‘administrativizada’ del medio ambiente”,²⁵ el legislador español operó de forma sorprendente, requiriendo una diferente intensidad de ataque para cada una de las figuras delictivas y llegando en algún caso a asimilar penalmente el peligro con la causación del daño, técnica que, lamentablemente, y como ya se ha visto, ha hallado fortuna y se ha extendido al tipo básico de contaminación ambiental en el año 2015.

Además, añadió “confusión”²⁶ al utilizar —con “lamentable redacción”—²⁷ fórmulas diversas para aludir al ataque a los bienes de las personas y, en clara ruptura de la “homogeneidad con el art. 325”,²⁸ sustituir la expresión “equilibrio de los sistemas naturales”, recogida en los arts. 325 y 328.1, por la “calidad del aire, del suelo o de las aguas” o “animales o plantas”, listado que ha sido recuperado por el legislador en 2015 para la nueva formulación del tipo básico del art. 325.

La falta de suficiente reflexión y de todo criterio unitario se manifestó hasta en la inserción (en el núm. 2) del nuevo delito de explotación de instalaciones peligrosas, un cuerpo extraño en un precepto centrado en los residuos y desechos y que, por sus propias características y naturaleza, debería haber sido objeto de un artículo independiente. El hecho de que el art. 328 contuviera un conjunto de disposiciones comunes no tenía por qué haber sido obstáculo, pues no se entendía bien la razón de que esas disposiciones lo fueran sólo para los supuestos contemplados por el art. 328 y no para todos los delitos del mismo capítulo.

La LO 1/2015 ha revisado el contenido del anterior art. 328, colocando la disciplina de los residuos peligrosos para los recursos naturales y el ambiente en el art. 326 y derogando el discutido delito de establecimiento de depósitos o vertederos.²⁹

²³ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Armonización penal en la Unión Europea”, en Arangüena Fanego, C., y Sanz Morán, A.J. (coords.), *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Valladolid, 2008, pp. 153 y ss.

²⁴ Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Barcelona, 2010, p. 938.

²⁵ Alonso Álamo, M., “Trama...”, *op. cit.*, p. 173.

²⁶ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 394.

²⁷ Y “aberrantes barbarismos”. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico*, *op. cit.*, p. 1008.

²⁸ Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 359.

²⁹ Contemplada ya en el tipo básico la posible contaminación del suelo a través de vertidos, excavaciones, aterramientos, inyecciones y depósitos, y siendo la entidad peligrosa requerida la del peligro hipotético, el margen dejado por el art. 325 para la incriminación de otras conductas específicas de afectación del ambiente por medio de instalaciones peligrosas o en relación con los residuos, resultaba realmente estrecho. Sin embargo, en línea con el art. 325 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 y el art. 312 de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, el Código Penal de 1995 introdujo el art. 328, relativo al establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos, sólidos o líquidos, tóxicos o peligrosos, susceptibles de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Reformado en 2003 y en 2010 en lo relativo a las penas previstas; tras la reforma de 2010 su contenido integró el art. 328.1 CP.

Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente

A) Gestión gravemente peligrosa de residuos

En línea con lo dispuesto por el art. 3 b) de la Directiva 2008/99/CEE, el art. 328.3 castigó (con pena de

pena de prisión de uno a dos años), a los que “en la recogida, el transporte, la valorización, la eliminación o el aprovechamiento de residuos, incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimien-

El debate doctrinal y jurisprudencial se centró desde un inicio en la falta de necesidad y complejidad (Fuentes Osorio, J.L., “La creación de depósitos o vertederos del art. 328.1 CP: ¿acto preparatorio?”, *Cuadernos de Política Criminal*, 103, I, mayo de 2011, p. 134) de un precepto caracterizado por su ambigüedad, cuyas penas eran inferiores a las previstas para el delito de contaminación. A pesar de las decisiones jurisprudenciales orientadas “hacia la aplicación de la norma más favorable” (Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 362), no resultaba razonable entender que pudiera tratarse de un tipo privilegiado, por la inexistencia de vulneración administrativa alguna. También se propuso distinguir entre depósitos o vertidos incontrolables (los del art. 325) y controlados, con menor riesgo de su liberación al exterior (los del art. 328), lo que justificaría su penalidad menor y el castigo por un delito consumado del art. 328 en concurso ideal con un delito de contaminación imprudente (art. 325.1 en relación con 331) de los supuestos de liberación al exterior o contacto entre los desechos o residuos y los correspondientes elementos naturales. Finalmente la búsqueda de sentido a una disposición, que parecía carecer del mismo, llegó por la vía de los términos empleados: en particular, el verbo “establecer” (De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Delitos...”, *cit.*, pp. 301 y s.) y el concepto de “depósito”, cuya polisemia fue resaltada por un destacado sector de la doctrina (Silva Sánchez, J.M., *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, p. 126). Marco de aplicación asumido fue por ello no la realización de vertidos o depósitos concretos (a tratar por la vía del art. 325 CP), sino más bien aquella actividad previa, si se quiere preparatoria, de creación o acondicionamiento de espacios o lugares donde depositar o verter las sustancias indicadas. El momento consumativo quedaba así identificado, simplemente, con la construcción de los depósitos o vertederos, lo que —contra el criterio mantenido por diversas sentencias— había de llevar a resolver técnicamente por la vía de la consunción (preferencia del art. 325 sobre el 328) (Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 391) el conflicto de normas suscitado en caso de que al establecimiento del depósito o vertedero siguiera la provocación o realización por el mismo sujeto activo de algún vertido o depósito individual en el que tuviera lugar el contacto efectivo de los residuos o desechos con alguno de los elementos naturales mencionados por el tipo penal de contaminación. Ahora bien, de provocarse o realizarse el vertido por otro(s), el establecimiento del depósito constituiría, en realidad, un favorecimiento delictivo reconducible a la participación en los hechos mismos de vertido (Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos...*, *op. cit.*, pp. 186 y s.), lo que, por su significación inequívoca, no debía hallar obstáculo en la prohibición de regreso, incluso si se produjera con antelación a la fase de resolución delictiva del autor (Feijóo Sánchez, B., *Comportamientos de terceros en Derecho penal*, México, 2002, pp. 57 y 64 y ss.).

A la vista de lo anterior, relevantes posiciones doctrinales mantuvieron que, en realidad, lo que en el art. 328.1 se inculcaba como tipo autónomo no era sólo un “acto preparatorio”, sino igualmente una “tentativa de participación en la realización de vertidos o depósitos en sentido estricto” (Feijóo Sánchez, B., *Comportamientos...*, *op. cit.*, pp. 57 y 64 y ss.). En todo caso, llamaba la atención la distancia entre las penas previstas por el art. 328.1 y las que corresponderían a la calificación técnica indicada. Así, en los supuestos de vertidos o depósitos individuales constitutivos de un delito de contaminación peligrosa para el equilibrio de los sistemas naturales, siendo la pena generalmente indicada por el art. 62 la inferior en uno o dos grados, la tentativa de inducción o cooperación necesaria en el art. 325 ciertamente había de mantener para la prisión el mismo marco de duración del art. 328.1, pero no sucedía lo mismo en cuanto a la multa, que había de quedar muy por debajo de las previsiones al efecto del delito de establecimiento de depósitos o vertederos, el cual debería tener preferencia tanto en razón de la especificidad de los objetos como en aplicación de la regla de alternatividad (art. 8.4^o). Curiosamente la aplicación de las mismas reglas llevaba a otra solución en el segundo tipo básico del art. 325 (peligro para la salud de las personas), pues en un nuevo ejemplo de la incoherencia del legislador en el tratamiento de esta cuestión, la pena de prisión de la tentativa (p.e., de cooperación necesaria) se extendía entonces de 10 meses y medio a tres años y seis meses, superior, por tanto, a la previsión del art. 328.1.

El tipo penal requería, además, un elemento adicional: la aptitud para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Dos eran las posibles alternativas de interpretación que el tenor literal ofrecía: a) bien referir a los desechos o residuos la exigencia de la aptitud para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de la persona (Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 366); b) bien entender que la aptitud nociva había de predicarse del establecimiento mismo de los propios depósitos o vertederos, los cuales, para ser típicos, no debían reunir las condiciones (de seguridad, medidas de control, etc.) requeridas para excluir, en el supuesto de que se realizaran depósitos, toda posibilidad de perjuicio grave al equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. La primera de las alternativas ampliaba un alcance que se presentaba ya desde muchos puntos de vista como excesivo. Y, ciertamente, para su aplicación había que operar normalmente con base en presunciones (Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, p. 747), algo que siempre conviene evitar. Resultaba por ello recomendable seguir la segunda de las líneas indicadas, y referir la aptitud para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de la persona al modo en que se establecía el depósito o vertedero en sí, habida cuenta de la calidad y características de los residuos objeto de vertido o depósito en los mismos, algo perfectamente susceptible de prueba.

En todo caso, y frente a lo mantenido por la mayor parte de la doctrina, un análisis más detallado de la realidad de esta figura típica cuestionaba el que realmente se tratara de un verdadero delito de peligro hipotético. Si lo propio de esta modalidad de delitos de peligro posible es la doble exigencia de peligrosidad real de la acción y posibilidad de producción del resultado dañoso, aun cuando la aptitud peligrosa, en general, de un establecimiento de depósitos o vertederos —p.e., sin observar ninguna de las normas de seguridad requeridas para este tipo de residuos— pueda no presentar muchos problemas, la concurrencia del desvalor potencial de resultado —la posibilidad de producción de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas— en modo alguno puede afirmarse sin la presencia de depósito o vertido efectivo alguno. De lo anterior derivaba la afirmación de que, en realidad, el tipo penal del art. 328.1 requería un nivel menor de peligro: bastando la aptitud peligrosa, en general, del comportamiento de establecimiento del depósito o vertedero. Y era precisamente la menor exigencia del nivel de peligro requerido (no hipotético, sino mera aptitud peligrosa) lo que permitía entender la colocación en estos supuestos a un mismo nivel valorativo del equilibrio de los sistemas naturales y de la salud de las personas, que contrastaba con la separación de ambos (y a efectos de pena) en el art. 325.

tos”, pusieran “en grave peligro la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas”.

Frente al requerimiento de la Directiva,³⁰ se trataba claramente de un tipo de peligro concreto,³¹ que exigía, por tanto, la “efectiva comprobación”³² de la producción por parte de los comportamientos típicos de un resultado concreto de peligro para los elementos acabados de mencionar. Ahora bien, ya de entrada sorprendía que, siendo el nivel de agresión exigido para los recursos naturales o el ambiente (peligro concreto y grave)³³ mayor que el previsto por el art. 325 CP, la pena por imponer fuera menor que aquella de la modalidad básica de contaminación referida al equilibrio de los sistemas naturales (prisión de dos a cinco años). Y es que, habida cuenta de lo “difícil de imaginar”³⁴ de una puesta en peligro sin una emisión, vertido o depósito de los residuos en alguno de los elementos naturales, se llegaba al “contrasentido”³⁵ siguiente:

- si en las actividades descritas por el tipo penal se acababa produciendo el contacto entre los residuos y el correspondiente elemento natural, pudiéndose “perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, las penas aplicables eran las del art. 325: prisión de dos a

cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años;

- mientras que, cuando a través del ineludible contacto lo que se producía era un peligro concreto y grave para “la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas”, la pena debía ser de prisión de uno a tres años, sin acompañamiento de multa ni de inhabilitación especial.³⁶ La causa de esta situación, sólo resoluble razonablemente mediante la aplicación de la regla de alternatividad (art. 8.4), se encontraba en la vía seguida a la hora de la trasposición de la Directiva 2008/99/CEE,³⁷ que en este punto no fue copiada, pues el art. 3 b) expresamente refería como verbos típicos: “causen o puedan causar”.³⁸

En todo caso, el distanciamiento no sólo se producía en cuanto al texto de la Directiva, sino también respecto de lo establecido por el art. 325, al prescindir de la alusión al “equilibrio de los sistemas naturales”. Tampoco coincidía plenamente la fórmula elegida con la del art. 328.3 (“muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas”), no pudiéndose achacar esta

Grande era, con todo, el riesgo de que, en un ámbito tan normativizado como el de la gestión de este tipo de residuos o desechos, todo ello acabara simplemente identificándose con la mera inobservancia o desobediencia de aquellas normas técnicas de seguridad y control dirigidas a la prevención de riesgos en este tipo de instalaciones o establecimientos, sobrepasando lo tolerado por los principios de lesividad e intervención mínima en un nuevo y criticable adelantamiento de las barreras de protección.

El tipo penal del art. 328.1 también se distanciaba de la técnica seguida en el art. 325, en cuanto a la falta de referencia expresa a la necesidad de contravención de “las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”. Ahora bien, sólo en apariencia se prescindía de la accesoria administrativa, al estar sujetos el tratamiento y gestión de este tipo de residuos o desechos a una intensa regulación y a la necesidad de autorización. Por otra parte, es en sede administrativa donde se precisan aquellas medidas y controles por respetar para el establecimiento de depósitos o vertederos de los residuos o desechos relevantes, con objeto de reducir al máximo la incidencia negativa de los mismos en el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas. Resultaba por ello un contrasentido admitir como típicos en aquel marco, comportamientos que no resultaran administrativamente ilícitos, bien por su plena licitud de origen, bien por estar autorizados, lo que llevaba, por ejemplo, a afirmar que, “aunque no de forma expresa..., se estaba ante una norma penal en blanco” (Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual de Derecho penal medioambiental*, Valencia, 2012, p. 284).

³⁰ Alonso Álamo, M., “Trama...”, *op. cit.*, p. 191.

³¹ Por todos, Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 369 (y n. 384); Faraldo Cabana, P., “Art. 328”, en Faraldo, P. (dir.), *Ordenación...*, *op. cit.*, p. 313.

³² Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 287.

³³ Sobre la dificultad de valoración de lo que sea “grave peligro”, Serrano Gómez, A., y Serrano Maíllo, A., *Derecho penal. Parte especial*, 15ª ed., Madrid, 2010, p. 660.

³⁴ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 287.

³⁵ Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 369.

³⁶ Crítico, con razón, Montaner Fernández (“Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 398) la no previsión de la multa e inhabilitación, debido a la “gran utilidad” de estas penas respecto de supuestos delictivos como el presente, en particular, “desde un punto de vista preventivo, teniendo en cuenta el perfil de los sujetos activos”. Sin embargo, Faraldo Cabana, P., “Art. 328”, *op. cit.*, p. 319.

³⁷ Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 369.

³⁸ Por ello, para Muñoz Lorente, J., Baucells Lladós, J., y Faraldo Cabana, P., “Delitos...”, *op. cit.*, era preciso interpretarlo en la línea del “peligro abstracto”, “aunque esa no sea la dicción literal del precepto, que es de peligro concreto” (pp. 393 y s.).

criticable diferencia de formulación –que no ayudaba a la clarificación del contenido del art. 328– a la propia Directiva, ya que en este punto tampoco fue transpuesta de un modo literal, dejando en el tintero hasta una parte de las conductas punibles, al no reproducir lo concerniente a “la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios (aprovechamiento de residuos)”, que sigue en el texto del art. 3 b) a “la vigilancia de estos procedimientos”.

Contrariamente a lo que sucedía en otros números del art. 328, la contravención reglamentaria no era aquí una exigencia típica explícita. Había de considerarse, sin embargo, implícita: dada la intensa regulación administrativa de estas actividades y su sujeción a un estricto régimen de autorización resultaban, en efecto, “inimaginables” ejemplos de injusto “sin incurrir al mismo tiempo en infracción de la normativa administrativa en materia de residuos”,³⁹ siendo la puesta en peligro grave lo que las más de las veces iba a permitir “distinguir el ilícito penal del administrativo”.⁴⁰

Incidencia de la LO 1/2015 (art. 326.1)

Apoyándose en la reconfigurada estructura del delito de contaminación ambiental (art. 325), el nuevo art. 326.1 –al que sigue correspondiendo la trasposición al Derecho español de lo dispuesto por el art. 3 b) de la Directiva 2008/99/CEE–, ha corregido el contrasentido de su precedente (art. 328.3), que, como se acaba de indicar, se presentaba como un delito de peligro concreto y grave para los recursos naturales o el ambiente castigado con penas inferiores a las del delito de contaminación ambiental del art. 325.

Al copiar, sin embargo, de manera más literal el texto de la Directiva 2008/99/CEE, se produce la tan censurable asimilación de los supuestos de causar y

poder causar, que ya se ha criticado más arriba, pues sugiere, como en el art. 325, que la pena prevista no se reserva sólo para los supuestos de peligro y es también la directamente aplicable a la producción de los resultados, lo que, volvemos a insistir, no debería aceptarse.

Además, la fórmula del art. 326.1 sobrepasa ampliamente el alcance del art. 325, al contemplar asimismo la causación de muerte o lesiones graves a las personas, algo no cubierto por los diferentes párrafos que regulan, en el art. 325, el delito de contaminación ambiental, el cual se queda en este plano en los supuestos de peligro.

En todo caso, y aun cuando a partir del tenor literal pudiera bastar la mera aptitud,⁴¹ un nivel de peligro menos exigente que el hipotético,⁴² también aquí, como en el art. 325, es la línea del peligro hipotético, la que deberá igualmente imperar a la hora de la interpretación del nivel de peligro requerido como mínimo por el tipo penal del art. 326.1.

Sigue faltando, asimismo, en contraste con la Directiva, la referencia a “la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios (aprovechamiento de residuos)”, como sucedía en el anterior art. 328.3.

Dos son los bloques de comportamientos incriminados por el nuevo art. 326.1:

- por un lado, la realización de un conjunto de actividades de gestión (recogida, transporte, valorización, transformación –introducida en 2015–, eliminación o aprovechamiento); y
- por el otro, la omisión del control o la falta de vigilancia adecuada de las mismas.

Ambos supuestos deben conectarse con el resultado y/o nivel de peligro tipificados,⁴³ que ahora se formulan como

³⁹ Hava García, E., “La reforma...”, *op. cit.*, p. 291. Similarmente, Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 197. También Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 369.

⁴⁰ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 397.

⁴¹ Así, en relación con la fórmula de incriminación de la explotación de instalaciones en el anterior artículo 328.2, Faraldo Cabana, P., “Art. 328”, *op. cit.*, p. 213.

⁴² “Peligro abstracto puro”, para Muñoz Lorente, J., Baucells Lladós, J., y Faraldo Cabana, P., “Delitos...”, *op. cit.*, p. 393. Con todo, para Javato Martín estábamos ante un “tipo de lesión y/o de peligro posible o hipotético”. Javato Martín, A.M., “Artículo 328”, *op. cit.*, p. 1280.

⁴³ Lo que, en relación con el art.328.3 llevaba a Javato Martín (“Artículo 328”, *op. cit.*, pp. 128 y s.) a entender que en el caso de la modalidad omisiva se trataba de una “comisión por omisión”, la cual, como recordaba Olmedo Cardenete, en ausencia de lo dispuesto por el art. 328.3 habría sido en cualquier caso punible “por aplicación de las reglas contenidas en el art. 11 CP”. “Capítulo 34. Delitos sobre la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio histórico y medio ambiente (III). Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en Morillas Cueva, L. (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 2011, p. 758.

- bien, causar o poder causar “daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas” o
- bien, poder “perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

Han de referirse asimismo a “residuos”. El Código Penal sigue sin especificar “la naturaleza de los residuos” y no requiere explícitamente su peligrosidad.⁴⁴ Ahora bien, teleológicamente y por razones obvias, la peligrosidad de los residuos para los recursos naturales y el ambiente debe tomarse como una exigencia implícita del tipo penal. Esto no quiere decir que los únicos residuos aptos para integrar lo dispuesto por el presente artículo sean los calificados administrativamente como peligrosos desde la perspectiva ambiental. Ciertamente, la normativa administrativa se presenta en este plano como una referencia fundamental: la Ley 22/2011, de 29 julio de residuos y suelos contaminados, que ha venido a sustituir a la Ley 10/1998, describe las fases de gestión de los residuos y aporta relevantes definiciones de los conceptos utilizados por el tipo penal. Mas, como tantas veces se ha subrayado, conviene afirmar la autonomía a la hora de la integración de los términos empleados por la legislación penal; y, en este mismo sentido, tampoco tienen por qué alcanzar al ámbito penal las limitaciones establecidas por el art. 2 de la Ley 22/2011 en cuanto a su ámbito de aplicación.⁴⁵

Lo indicado no es incompatible con la importancia que, a efectos de la aplicación del presente precepto, alcanzan los residuos considerados peligrosos por la propia Ley 22/2011, que remite al contenido de su Anexo III y a las correspondientes disposiciones reglamentarias aprobadas por el gobierno con base en la regulación europea o internacional aplicable.⁴⁶

Frente a lo que sucedía con el art. 328.3, el tipo penal requiere ya de manera explícita la contravención normativa de leyes o disposiciones de carácter general, ahora bien, sin aludir a su carácter protector del ambiente. Sin embargo, para evitar situaciones muy complejas, ha de entenderse que así debe ser, por lo

que la contravención requerida habrá de ser de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del ambiente, aunque el Código Penal no lo diga.

Como en 2010, sigue sin incluirse referencia expresa alguna a la calidad del sujeto activo, lo que apunta “teóricamente” a un delito común, aunque lo normal será que para su realización de modo penalmente relevante se requiera “un poder de dirección y decisión”.⁴⁷ El carácter especial del tipo del art. 328.3 se acentúa, además, en lo concerniente a la modalidad omisiva, que sólo puede realizarse por aquel sujeto específicamente obligado a asumir la vigilancia de los procedimientos afectados. Siendo muy alta la proliferación normativa en materia de seguridad, autoprotección, emergencias, etc. (con exigencia a las propias entidades de implantación y desarrollo de mecanismos de autorregulación, reflejados en sus propias regulaciones internas), se destacó ya en relación con su precedente cómo los deberes de vigilancia podrán encontrar en ocasiones su fuente en “normas técnicas de naturaleza privada”.⁴⁸ Por último, si en 2010 las penas previstas eran de prisión de uno a dos años, el nuevo art. 326.1 se remite en este plano a las penas “previstas en el artículo anterior, en sus respectivos supuestos”, de aquí que sobre el tipo básico –centrado en el causar o poder causar, por sí mismos o conjuntamente con otros, daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o animales o plantas, a los que se refiere el art. 325.1– habrán de estructurarse las correspondientes figuras cualificadas en la línea del art. 325.2, esto es, cuando concurra

- la posibilidad de perjuicio grave para el equilibrio de los sistemas naturales, y/o (no necesariamente, por tanto, de modo adicional)
- la generación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas.

El contraste entre las previsiones del art. 325 y las del 326.1 pone de manifiesto una importante diferencia en cuanto al tratamiento de la causación de muerte o lesiones graves a las personas, supuesto que, al no estar contemplado por el art. 325 (sí por el art. 326.1),

⁴⁴ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 395.

⁴⁵ Olmedo Cardenete, M., “Capítulo 34”, *op. cit.*, p. 757.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 758.

⁴⁷ Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 940.

⁴⁸ Lo que, a juicio de Silva Sánchez y Montaner Fernández, puede presentar problemas de resolución en algunos casos. *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 196.

no tendrá pena específicamente prevista, por lo que, a pesar de su incriminación expresa por el art. 326.1, deberá aplicarse lo dispuesto en el art. 77.2 (concurso ideal). Máxime, una vez desaparecido el art. 328.5, que, introducido por la reforma de 2010, ordenaba expresamente que, “cuando con ocasión de las conductas previstas en los apartados anteriores se produjera, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los jueces o tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior”.

Respecto de la solución por adoptar ante lo insatisfactorio de la asimilación punitiva en un mismo plano de los supuestos de peligro (poder causar) y resultado (causar), se ha destacado ya más arriba cómo el respeto del principio de proporcionalidad obliga a una interpretación correctora que lleve al tratamiento por la vía de la alternatividad (art. 8.4) de los conflictos de normas, que se darán cuando la totalidad del peligro generado se haya acabado traduciendo en un daño tipificable por otra(s) vía(s); siguiendo la vía del concurso ideal (art. 77.2 CP) cuando no todo el peligro se agote en el daño, y ello a pesar de lo que directamente parece deducirse del tenor literal del art. 325.1.

B) Traslado de residuos

El apdo. c) del art. 3 de la Directiva considera ya el “transporte de residuos”, de aquí que el legislador español de 2010 incluyera el traslado peligroso entre las modalidades de gestión irregular de residuos tipificadas por el art. 328.3, precedente del nuevo art. 326.1, que igualmente lo recoge a la hora de la incriminación penal de la gestión irregular de residuos.

El apartado d) del art. 3 de la Directiva insiste, con todo, de nuevo en la necesidad de sancionar penalmente los traslados de residuos comprendidos en el art. 2, apartado 35, del Reglamento (CE) 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006.

Siguiendo su estela, el delito tipificado por art. 328.4 CP castigó con prisión de uno a dos años a quien “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general traslade una cantidad importante

de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados”.

Curiosamente, la diferente caracterización respecto de los objetos contemplados y el bien jurídico no se reflejó en la entidad de la pena, idéntica a la de la gestión irregular de residuos (art. 328.3), la cual sí se significaba, por el contrario, por el grave peligro concreto para la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

En realidad, la única mención limitadora del alcance de este tipo penal –más propio del Derecho administrativo sancionador que del Derecho penal⁴⁹, y que abarcaba tanto el caso de uno como el de varios traslados que aparezcan vinculados (impidiendo la apreciación del delito continuado)⁵⁰–, fue la exigencia de que se tratara de “una cantidad importante de residuos”, expresión que no coincidía, sin embargo, con la del art. 3, c) de la Directiva, la cual habla de “cantidad no desdéniable”.

La reforma de 2015 (art. 326.2)

Construido sustancialmente sobre el texto del anterior art. 328.4, la reforma de 2015 ha venido a añadir una mención explícita en el art. 326.2 a que se esté ante “alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos”.

El art. 2, apdo. 35, del Reglamento (CE) 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, identifica el traslado con el transporte de residuos destinados a la valorización o eliminación que se efectúa bien entre países, o entre éstos y

- los países y territorios de ultramar u otras zonas bajo la protección del primero,
- cualquier zona terrestre que no forme parte de país alguno con arreglo al Derecho internacional,
- la Antártida.

Se asimilan a ellos los transportes (con origen en un país) a través de alguna de las zonas indicadas, los realizados en el interior de un país atravesando alguna de esas zonas y que se inicien y terminen en este mismo, o los llevados a cabo desde una zona geográfica

⁴⁹ Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, M., *Los delitos...*, op. cit., p. 201.

⁵⁰ Montaner Fernández, M., “Capítulo 19”, op. cit., p. 533.

no sujeta a la jurisdicción de ningún país, con destino a alguno. El art. 326.2 se coloca expresamente en una posición residual, al centrarse en aquellos casos de traslados que queden “fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior”.

Como sucedía en el anterior art. 328.4, los traslados, para ser típicos, no tienen que referirse a residuos necesariamente dañinos o peligrosos. La ausencia de toda referencia a la producción de resultado alguno de lesión o de peligro, o a la necesidad de aptitud nociva para el ambiente de la conducta tipificada, hace además que estemos, como en 2010, ante un delito de mera actividad⁵¹ y de peligro abstracto,⁵² caracterizado por la pura y simple contravención de la regulación administrativa, lo que merece ser muy criticado⁵³ por la plena identificación de la ilegalidad penal con la ilegalidad administrativa⁵⁴ y debido a su contradicción con el “principio de intervención mínima”.⁵⁵

La reforma de 2015 ha venido a sustituir la referencia anterior a la “cantidad importante de residuos” por la expresión del art. 3 c) de la Directiva: “una cantidad no desdeñable de residuos”. No se subsana con ello la “indeterminación”⁵⁶ del texto anterior, que poco o nada ayudaba en el imprescindible esfuerzo de fijación del precepto,⁵⁷ careciéndose de criterios para su concreción, algo por hacer necesariamente caso por caso atendiendo a “la naturaleza de los residuos trasladados”⁵⁸ y entendiendo el término residuo como en el art. 326.1.⁵⁹ En esta línea, siguen teniendo sentido los esfuerzos doctrinales de compatibilización del precepto con las elementales exigencias de lesividad

e intervención mínima, que (como la proporcionalidad y el carácter subsidiario del Derecho penal)⁶⁰ no pueden dejar de respetarse “por muy importantes que sean los recursos medioambientales”.⁶¹ Propuso así la doctrina, respecto del art. 328.4, como ya se ha dicho, exigir para su aplicación “un mínimo de peligrosidad”,⁶² encontrando en la referencia a la “cantidad importante de residuos” la prueba de la que, a juicio del legislador, sería la “peligrosidad intrínseca de esta conducta para el medio ambiente”,⁶³ algo que puede seguir manteniéndose respecto de la “cantidad no desdeñable”. En todo caso, hay que reconocer lo limitado de esta vía, de exigencia de “presunción de peligrosidad abstracta”,⁶⁴ que únicamente permite declarar la conducta “atípica” si se prueba que, a pesar de la ilicitud del traslado, está completamente excluido el riesgo.⁶⁵ Como en casos anteriores el delito puede cometerse por “cualquiera”,⁶⁶ si bien por lo general serán sujetos activos quienes “desarrollen algún tipo de actividad empresarial (pública o privada)”.⁶⁷ Para terminar, por su amplitud y características, no son pocas las cuestiones concursales planteables. Resuelta su relación con el art. 326.1 (“fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior”), las más destacadas se suscitan en relación con el transporte de materiales nucleares o sustancias radiactivas peligrosas, castigado por el art. 345 con pena de uno a cinco años, multa de seis a 18 meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años: unas penas más elevadas, por tanto, que las del art. 326.2⁶⁸ (tres meses a un año de prisión, o multa de seis a 18

⁵¹ Gómez Rivero, M.C., “Lección XLIII. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial (adaptado al EEES)*, Madrid, 2010, p. 708.

⁵² Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 367.

⁵³ Javato Martín, A.M., “Artículo 328”, *op. cit.*, p. 1280.

⁵⁴ “Accesoriedad extrema, totalmente rechazable, del Derecho penal respecto al Derecho administrativo”. Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 288.

⁵⁵ Olmedo Cardenete, M., “Capítulo 34”, *op. cit.*, p. 759.

⁵⁶ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 399.

⁵⁷ En sentido muy crítico, por todos, Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 941.

⁵⁸ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 399.

⁵⁹ Serrano Gómez, A., y Serrano Maíllo, A., *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 661.

⁶⁰ Berdugo Gómez de la Torre, I., “La protección penal del medio ambiente. Algunas cuestiones generales”, en Muñoz Conde (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y la criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, p. 1001.

⁶¹ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 286.

⁶² *Ibidem*, p. 288.

⁶³ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 400.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 400.

⁶⁵ Hava García, E., “La reforma...”, *op. cit.*, p. 291.

⁶⁶ Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 940.

⁶⁷ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 398.

⁶⁸ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 288.

Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente

meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a un año). La presente previsión punitiva es, por cierto, sensiblemente inferior a la pena de prisión de uno a dos años aplicada por el anterior art. 328.4. Esto es algo razonable, dado el dislate que suponía la imposición en el traslado de residuos de las mismas penas que en la gestión irregular, la cual sí debía caracterizarse por el grave peligro concreto para la vida, integridad o la salud de las personas, la calidad del aire, del suelo o de las aguas, animales o plantas.

IV. Explotación irregular de instalaciones peligrosas

En línea con el art. 3 d) de la Directiva 2008/99/CE,⁶⁹ en 2010 castigó el art. 328.2 —con las penas previstas para el establecimiento de depósitos o vertederos de residuos o desechos tóxicos o peligrosos (art. 328.1)—⁷⁰ la explotación

- “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general”,
- de determinadas instalaciones, caracterizadas típicamente tanto por la actividad desarrollada como por su dañosidad o capacidad lesiva. El tipo penal del art. 328.2 requería, en efecto, que se tratase de instalaciones dedicadas:
 - a la realización de actividades peligrosas, en general; o
 - al almacenamiento o utilización de sustancias o preparados peligrosos.

La descripción típica ha sido plenamente retomada por el nuevo art. 326 bis, salvo por lo que se refiere a la inclusión de un nuevo inciso final relativo a la potencialidad nociva. Similarmente al art. 326.1, el nuevo art. 326 bis integra así en los supuestos inculminados:

- no sólo los que causen o puedan causar:
 - la muerte o lesiones graves a personas o
 - daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, animales o plantas.
- sino también, y alternativamente, aquellos que “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

Penas: las “previstas en el artículo 325, en sus respectivos supuestos”.

Como en el anterior art. 328.2 y otras figuras del presente capítulo, el “círculo de posibles autores es muy reducido”:⁷¹ para explotar, “el sujeto activo debe sacar alguna utilidad de un negocio o industria en provecho propio”,⁷² lo que coloca naturalmente al tipo penal en “un marco empresarial”⁷³ y viene a dejar fuera “al personal subalterno y que materialmente no puede ser considerado de alta dirección”.⁷⁴

Por el contrario, es grande la amplitud e imprecisión del dictado típico de este delito que, por su propia “ubicación sistemática”, ha de ser contrario a los recursos naturales y el ambiente.⁷⁵ Ello obliga a un esfuerzo de reconducción del precepto a parámetros razonables, algo imprescindible a la vista de los comportamientos, en otro caso, incardinables en el tipo penal, y hasta para su adecuada discriminación de otros tipos que se ocupan igualmente de la utilización de sustancias o elementos asimilables,⁷⁶ como, por ejemplo, los explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, susceptibles de causar estragos, mencionados por el art. 348, o los comportamientos relativos a materiales nucleares o elementos radiactivos tipificados por el art. 345.

Así, si nos fijamos en los términos empleados,⁷⁷ la peligrosidad es el único elemento calificativo de las “actividades” (o incluso de las “sustancias o preparados”), lo que, “por su amplitud”, no resulta muy “significativo”.⁷⁸ Pues bien, habría que comenzar por

⁶⁹ Que se copió “casi literalmente”. Hava García, E., “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en Alvarez García (dir.), *Derecho penal español. Parte especial*, Valencia, 2011, p. 291.

⁷⁰ Prisión de seis meses a dos años, multa de 10 a 14 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio (uno-dos años).

⁷¹ Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español, op. cit.*, p. 939.

⁷² Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos..., op. cit.*, p. 190.

⁷³ Faraldo Cabana, P., “Art. 328”, *op. cit.*, p. 311.

⁷⁴ Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español, op. cit.*, p. 939.

⁷⁵ Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos..., op. cit.*, p. 193.

⁷⁶ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual..., op. cit.*, p. 286.

⁷⁷ Serrano Gómez, A., y Serrano Maíllo, A., *Derecho penal, op. cit.*, pp. 659 y s.

⁷⁸ Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español, op. cit.*, p. 939.

exigir que esa peligrosidad lo sea contra los recursos naturales y el ambiente, habida cuenta del capítulo en el que el delito se encuentra. En todo caso, la referencia a la legislación administrativa es ineludible, al encontrarse en ella no sólo los parámetros para valorar lo peligroso,⁷⁹ sino también posibles definiciones que pueden ser de interés a la hora de interpretar no pocos términos típicos: por ejemplo, en materia de residuos la legislación vigente regula pormenorizadamente el concepto de almacenamiento, que se identifica legalmente con el depósito temporal de residuos, con carácter previo a su valorización o eliminación.

Los desechos o residuos no son los únicos elementos abarcados por el art. 326 bis cuya definición puede encontrarse en normas pertenecientes a otras áreas. Tal es igualmente el caso, por ejemplo, de las “sustancias o preparados”, para cuyo entendimiento considera Olmedo Cardenete⁸⁰ de utilidad lo dispuesto en la legislación sanitaria. Ésta define a la “sustancia” como un elemento químico y sus compuestos naturales o los obtenidos por algún proceso industrial, incluidos los aditivos necesarios para conservar su estabilidad y las impurezas que inevitablemente produzca el proceso, con exclusión de todos los disolventes que puedan separarse sin afectar a la estabilidad de la sustancia ni modificar su composición. En cuanto al “preparado”, se asimila como la mezcla o solución compuesta por dos o más sustancias.

Todas estas referencias han de tomarse, no obstante, a título indicativo, sin que las definiciones de la normativa administrativa vinculen irremediablemente al juzgador penal a la hora de la interpretación y aplicación de los términos empleados por el correspondiente precepto.

Como en su precedente, la accesoriadad administrativa viene explícitamente plasmada en el tipo del art. 326 bis, cuyos comportamientos sólo pueden resultar punibles si tienen lugar “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general”. También aquí omite el legislador, frente al modelo del art. 325, el que esas leyes o disposiciones de carácter general hayan de ser “protectoras del medio

ambiente”. Sin embargo, para evitar situaciones muy complejas,⁸¹ ha de entenderse que así debe ser, por lo que la contravención requerida será de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del ambiente, aunque el Código Penal no lo diga.⁸² Por lo demás, y como ya se ha indicado más arriba, frente a la fórmula utilizada, hubiera sido preferible la referencia a la no susceptibilidad de autorización.

Conforme al art. 326 bis del Código Penal, las instalaciones a explotar, además de dedicarse a la realización de actividades peligrosas, en general, o al almacenamiento o utilización de sustancias o preparados peligrosos, han de presentar un rasgo adicional: “que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas”, o bien “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

Corregida la anterior omisión de la mención al equilibrio de los sistemas naturales, llama una vez más la atención la asimilación, en la línea del art. 326.1, del tratamiento de supuestos tan dispares, como son:

- las agresiones a la vida o salud e integridad de las personas,
- los daños a animales o plantas,
- los daños a la calidad del aire, del suelo, de las aguas, etc.,
- el perjuicio grave al equilibrio de los sistemas naturales.

La perplejidad llega al extremo cuando se observa que a ello se suma, también en este supuesto, la colocación al mismo nivel tanto de la causación efectiva de las agresiones o daños mencionados, como de la mera potencialidad nociva (“puedan causar”), alcanzando “el ataque contra la proporcionalidad”⁸³ niveles inimaginables.

Lo anterior lleva a reproducir respecto de esta figura delictiva cuestiones ya suscitadas con anterioridad. Así, frente a quienes consideran que, conforme al te-

⁷⁹ Silva Sánchez, J.M., Montaner Fernández, R., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 191.

⁸⁰ Olmedo Cardenete, M., “Capítulo 34”, *op. cit.*, p. 756.

⁸¹ Serrano Gómez, A., y Serrano Maíllo, A., *Derecho penal, cit.*, pp. 659 y s.

⁸² Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 366; Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 395.

⁸³ Por todos, Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español, op. cit.*, p. 939. En esta situación propone este mismo autor el entendimiento del “puedan causar” como “peligro concreto [...], puesto que la inmediatez, que motiva el incremento de pena, habla de su contigüidad” (*ibidem*, p. 940).

Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente

nor literal, puede bastar la mera aptitud,⁸⁴ es preciso insistir en que el nivel de peligro exigido ha de ser el mismo del art. 325: por tanto, el peligro hipotético. En cuanto a la presencia típica del verbo “causar” al mismo nivel que el “poder causar”, el respeto del principio de proporcionalidad obliga a buscar soluciones que distingan el tratamiento punitivo de los supuestos de peligro y de los casos consistentes en la producción de resultados. Y, en esta línea, aun desaparecida la regla concursal introducida en el art. 328.5 en 2010, es por la vía del concurso ideal por donde deberán encauzarse los supuestos de presencia, junto a las conductas peligrosas; y en relación de causalidad e imputación objetiva con éstas, de daños igualmente punibles a través de otros preceptos y que no agoten la totalidad del peligro tipificado por el art. 326 bis; ello a pesar de lo que estrictamente se deriva del dictado literal.

Además, como recordaba Montaner Fernández⁸⁵ respecto del art. 328.2, no se incluye la exigencia del art. 3 d) de la Directiva 2008/99/CE de que los peligros y/o resultados tengan lugar fuera de las instalaciones objeto de explotación, por lo que también resultarán abarcados por el art. 326 bis los producidos dentro de la misma, generándose los correspondientes problemas concursales con los delitos contra los derechos de los trabajadores. Y en todo caso, si las sustancias peligrosas llegan efectivamente a emitirse o liberarse pudiendo poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas, habrá de aplicarse el art. 325.⁸⁶

V. Disposiciones comunes

La nueva regulación introducida en el art. 328 CP por la L.O. 5/2010 no sólo incluía figuras delictivas básicas y cualificadas. También se añadieron, como disposicio-

nes comunes a todas ellas, la regla concursal ya aludida y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La reforma de 2015 ha revisado igualmente este punto, colocando en el art. 327 los tipos cualificados del anterior art. 326. Ha derogado asimismo el contenido del anterior art. 328.5, referido a la gestión de recursos y explotación de instalaciones y con arreglo al cual⁸⁷ debía aplicarse la regla del concurso ideal (pena más grave en su mitad superior)⁸⁸ a aquellos supuestos en que, con ocasión de las conductas típicas (caracterizadas en su amplia mayoría como delitos de peligro), se acabara produciendo “un resultado lesivo constitutivo de delito”, lo que había que entender excluía a las faltas.⁸⁹ La doctrina defendió con razón que el precepto era “innecesario, incoherente y distorsionador”.⁹⁰ Al prescindir del límite recogido por el art. 77,⁹¹ generaba además un debate en torno a su aplicabilidad en estos supuestos, algo que sólo podía mantenerse mediante una analogía *in bonam partem* plenamente justificada en esta sede. A la misma solución se podía llegar aplicando los principios generales de la parte general, de aquí que tuviera pleno sentido proponer la desaparición⁹² de un precepto que, por cierto, el legislador no había considerado oportuno incluir respecto de otros delitos del mismo capítulo⁹³ y, muy en particular, para el delito de contaminación, en el que la posibilidad de que del peligro para el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas se derive un resultado lesivo era (y es) hasta más alta que en no pocos supuestos de los contemplados por el anterior art. 328.

1. Tipos cualificados

La reforma de 2010 extendió la aplicación a “cualquiera de los hechos previstos en los apartados anteriores” (del art. 328) de las cualificaciones de “los

⁸⁴ Faraldo Cabana, P., “Art. 328”, *op. cit.*, p. 213. Con todo, para Javato Martín se trataba de un “tipo de lesión y/o de peligro posible o hipotético”. Javato Martín, A.M., “Artículo 328”, *op. cit.*, p. 1280.

⁸⁵ “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 394.

⁸⁶ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 286.

⁸⁷ Y siempre que, en razón de las circunstancias, no pudiera aplicarse la consunción, por no haberse agotado la totalidad del peligro en el resultado lesivo producido. Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 371. También al respecto, Faraldo Cabana, P., “Art. 328”, *op. cit.*, pp. 324 y s.

⁸⁸ Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 202.

⁸⁹ Olmedo Cardenete, M., “Capítulo 34”, *op. cit.*, p. 760.

⁹⁰ Muñoz Lorente, J., Baucells Lladós, J., y Faraldo Cabana, P., “Delitos...”, *op. cit.*, p. 395.

⁹¹ Hava García, E., “La reforma...”, *op. cit.*, p. 291; en el mismo sentido, Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 371; Muñoz Lorente, J.M., Baucells Lladós, J., y Faraldo Cabana, P., “Delitos...”, *op. cit.*, pp. 391 y ss.

⁹² Javato Martín, A.M., “Artículo 328”, *op. cit.*, p. 1283.

⁹³ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, 289; Montaner Fernández, M., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 400.

apartados a), b), c) o d) del artículo 326”, las cuales, de concurrir, debían determinar la imposición de “las penas superiores en grado a las respectivamente previstas, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código”.

La LO 1//2015, con mejor criterio, traslada, como se ha dicho, la regulación de estos tipos cualificados al nuevo art. 327, que pasa a ser aplicable tanto respecto de los delitos de contaminación como para la gestión de residuos y explotación de instalaciones (y no, lamentablemente, para el delito de grave daño a espacios naturales protegidos, recogido por el art. 330). Se evita así, por ejemplo, la sorpresa que suscitaba la no alusión por el art. 328.7 al “riesgo de deterioro irreversible o catastrófico”, que no resulta coherente con la naturaleza de peligro de la mayor parte de las figuras tipificadas por el anterior art. 328.⁹⁴

No es éste el momento de llevar a cabo un análisis de las circunstancias de clandestinidad, desobediencia, falseamiento u ocultación de datos y obstaculización de la actividad inspectora de la Administración, cuestionadas desde algunos sectores por su carencia de “mayor desvalor de injusto y tratarse simplemente de meras irregularidades o infracciones meramente formales de carácter administrativo”⁹⁵ y que por sí mismas suscitan una rica problemática, siendo sólo apreciables si concurren de forma dolosa.⁹⁶

En cuanto a la referencia a “sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código”, se debate igualmente su naturaleza, consecuencias y hasta su legitimidad, que algún sector doctrinal niega por “infracción del principio *non bis in idem*”.⁹⁷ Aun cuando la regla pueda apuntar al concurso real de delitos, ha de defenderse la aplicación del “concurso ideal siempre que pueda apreciarse una unidad de hecho entre la conducta agravada y el delito calificable autónomamente”,⁹⁸ debiendo criticarse igualmente la falta de toda previsión explícita para la concurrencia de más de una circunstancia.⁹⁹

2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 328)

Una de las novedades más destacadas de la reforma de 2010 fue la introducción en el Derecho penal español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.¹⁰⁰ Regulada inicialmente en el art. 31 bis, a partir de la reforma de 2015 son ya los arts. 31 bis a 31 quinquies los que se ocupan de establecer las bases de esta forma de responsabilidad penal, de la que quedan excluidas las personas jurídico-públicas y entes asimilados (véase art. 31 quinquies).

La responsabilidad penal de las personas jurídicas puede derivar de los delitos cometidos

- bien “en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”;
- bien “en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.¹⁰¹ El sistema es de *numerus clausus*: para que la responsabilidad sea exigible es preciso que se trate de un caso específicamente contemplado por el Código Penal. Pues bien, la reforma de 2015 ha unificado el tratamiento de esta cuestión, que en 2010 caminaba separadamente para el delito de contaminación ambiental (art. 327) y para los dis-

⁹⁴ Olmedo Cardenete, M., “Capítulo 34”, *op. cit.*, pp. 759 y s.

⁹⁵ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 289.

⁹⁶ Mendo Estrella, A., “La clandestinidad, la desobediencia y la falsedad como agravaciones específicas en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2010, p. 230.

⁹⁷ Muñoz Conde, A., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, 2012, p. 289.

⁹⁸ Olmedo Cardenete, M., “Capítulo 34”, *op. cit.*, p. 743.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 743. Véase también Mendo Estrella, A., “La clandestinidad...”, *op. cit.*, pp. 231 y ss.

¹⁰⁰ De la Cuesta, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revue électronique de l’AIDP / Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP*, 2011, A-05, pp. 1 y ss.

¹⁰¹ Indica Montaner Fernández que ésta será por lo general la “vía de fundamentación” en relación con el delito ecológico. “Capítulo 19”, *op. cit.*, p. 518.

Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente

tintos tipos penales de residuos e instalaciones, no siendo del todo coincidente, lo que suscitaba ciertamente extrañeza. El nuevo art. 328 prevé de manera expresa y unitaria la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos tipificados por los arts. 325, 326 y 326 bis;¹⁰² pero, censurablemente, sigue sin aplicarse al delito de daño a espacios naturales protegidos del art. 330.

El art. 328 contempla como penas a imponer a las personas jurídicas, junto a las de las letras b) a g) del art. 33 (atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis), la pena de multa, que podrá ser:

- a) de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.
- b) de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Se extiende de esta forma al delito de contaminación la regla introducida en 2010 para los delitos de residuos e instalaciones, por la que, al lado de la multa por cuotas, se preveía la posibilidad de un régimen de multa proporcional, con base en la entidad de los resultados lesivos producidos.¹⁰³ Esto puede hallar su fundamento en el hecho de la incriminación de supuestos típicos de lesión al lado de los tipos de peligro. En todo caso, la opción por un sistema u otro se rige por el criterio de la gravedad, por lo que hay que elegir la modalidad que lleve a una cantidad de multa “más elevada”.

En cuanto a la aplicación del art. 129, en 2010 los art. 327 y 328.6 eludieron “toda referencia al art. 129”. Sin embargo, la doctrina entendió, con razón, que esto no había de ser obstáculo para su aplicación

en estos supuestos a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis, a la luz de lo dispuesto por el art. 129.2.¹⁰⁴ La solución continua siendo la misma tras la reforma operada por la LO 1/2015.

3. La sanción de la imprudencia

Los arts. 325 y ss. castigan infracciones penales dolosas, cometidas por tanto con conocimiento y voluntad de la realización de los elementos del tipo objetivo, habiendo indicado la jurisprudencia que basta con un dolo genérico, que será normalmente eventual.¹⁰⁵

Por las propias características y los términos empleados a la hora de la tipificación de los comportamientos punibles, amplio es el margen que se ofrece para el desconocimiento o conocimiento equivocado de alguno de los elementos típicos.¹⁰⁶ Además, el error de tipo incluirá igualmente en estos supuestos el desconocimiento o conocimiento equivocado sobre la “amplia y difusa”¹⁰⁷ normativa extrapenal a contravenir por exigencia explícita o implícita del tipo penal. En aplicación de lo dispuesto por el art. 14.1 CP, todos ellos, de ser vencibles, habrán de tratarse por la vía de la imprudencia, forma de comisión de los hechos punibles que el art. 3 de la Directiva obliga a castigar si se trata, “al menos”, de imprudencia grave.

Constituyendo la sanción de la imprudencia en el Derecho penal español un *numerus clausus* (art. 12), el art. 331 CP se ocupa de dar cauce a la misma para los delitos contra los recursos naturales y el ambiente, ordenando la imposición de “la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave”. La gravedad de la imprudencia, que no cabe asimilar a su carácter inconsciente, habrá de medirse tanto por el grado de infracción de la norma de cuidado (o su prolongación

¹⁰² Aun cuando algunos autores consideran que esto “era de obligado cumplimiento conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2008/99” (Hava García, E., “La reforma...”, *op. cit.*, p. 292; también Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 279), lo cierto es que la Directiva no exige necesariamente que las personas jurídicas sean *penalmente* responsables, sino que se limita a reclamar la previsión de su responsabilidad (sin indicar la naturaleza de la misma) y la aplicación de “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

¹⁰³ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 401.

¹⁰⁴ Ramón Ribas, E., “Art. 327”, en Faraldo Cabana, P. (dir.), *Ordenación...*, *op. cit.*, p. 293.

¹⁰⁵ Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, pp. 357 y ss.

¹⁰⁶ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 291.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 262.

en el tiempo) como por su peligrosidad.¹⁰⁸ La aplicabilidad de lo dispuesto por el art. 331 respecto de algunos de los contenidos del anterior art. 328 no dejó de suscitar cierto debate doctrinal. Éste fue el caso de la regla del art. 328.5, que se refería sólo a “las conductas previstas en los apartados anteriores”. Aun cuando, literalmente, ello no comprendiera al art. 331, se compartía la necesidad de asegurar la vigencia de la regla concursal para los hechos castigados por el art. 331, con base en una “*exégesis in bonam partem*”.¹⁰⁹ En la actualidad ha desaparecido la anterior previsión concursal.

En el plano de los tipos cualificados sigue siendo posible la concurrencia de un tipo básico imprudente y un tipo cualificado doloso. El art. 327 fija como marco de influencia “los hechos a los que se refieren los tres artículos anteriores”, entre los que no se encuentra, literalmente, el art. 331. Ahora bien, en casos de error de tipo podría perfectamente concurrir un tipo cualificado doloso con el tipo básico imprudente, por lo que tiene sentido pensar en la extensión a estos supuestos de lo dispuesto por el art. 327.¹¹⁰

4. Otras disposiciones

Aunque colocadas fuera del Capítulo III, son plenamente aplicables a los delitos del art. 328 las disposiciones comunes del Capítulo V,¹¹¹ que conviene brevemente recordar.

- *Agravante específica*: El art. 338 ordena la imposición de la pena superior en grado cuando las correspondientes conductas “afecten a algún

espacio natural protegido”, lo que ha de entenderse que sucede si los hechos se realizan en su ámbito o pueden alcanzarle sus efectos.¹¹²

- *Atenuante específica*: Por su parte, el art. 340, en la línea de la atenuante genérica del art. 21.5, prevé la imposición de la pena inferior en grado para el caso de que se hubiere procedido por el culpable “voluntariamente a reparar el daño causado”. Ambas regulaciones se separan, con todo, tanto en sus efectos como por lo que respecta a los requisitos legalmente exigidos: el culpable ha de actuar “voluntariamente”, algo no aludido por el art. 21.5a y que suscita la cuestión del momento oportuno de la reparación, que en la atenuante genérica debe hacerse antes del juicio oral. Por otra parte, en la atenuante genérica se asimila a la reparación la disminución de los efectos. Todo ello aconsejaría la sustitución de la actual regulación por una previsión simplemente ampliatoria de la atenuante genérica con el fin de abarcar los casos de voluntaria disminución de los efectos del delito.
- *Medidas cautelares y de restauración del equilibrio ecológico perturbado*: Por fin, el art. 339, también reformado en 2010, ordena en la actualidad a jueces y tribunales (antes era potestativa) la adopción motivada, “a cargo del autor del hecho,¹¹³ de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados”.¹¹⁴

¹⁰⁸ Ramón Ribas, E., “Artículo 331”, en Faraldo Cabana, P. (dir.), *Ordenación...*, op. cit., pp. 365 y s.

¹⁰⁹ Olmedo Cardenete, M., “Capítulo 34”, op. cit., p. 760.

¹¹⁰ Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos...*, op. cit., pp. 142 y s. Véase también Ladrón Pijuan, L., “La posibilidad de comisión por imprudencia del artículo 326 del Código Penal”, *Revista de Ciencias Penales. Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, vol. 1, núm.2, 1998, pp. 345 y ss.

¹¹¹ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Delitos...”, op. cit., pp. 305 y ss.

¹¹² Para “controlar los límites del tipo cualificado” propusieron Silva Sánchez y Montaner Fernández requerir como afectación “la propia del art. 325, es decir, la puesta en peligro grave del sistema natural representado por éste”. *Los delitos...*, op. cit., p. 207.

¹¹³ ¿A cargo únicamente del “autor material” o también de otros posibles responsables? Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico*, op. cit., p. 1038; favorables a la interpretación en un sentido amplio, Muñoz Lorente, / J., Baucells Lladós, J., y Faraldo Cabana, P., “Delitos...”, op. cit., pp. 369 y s.

¹¹⁴ Conviene, en cualquier caso, recordar, con Loperena Rota que “restaurar el medio ambiente es en nuestro ordenamiento una función administrativa incondicionada”, “Administración pública y restauración ambiental”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 634, 2004, p. 1.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal