

Responsabilidad Penal del Funcionario Público o Autoridad en Materia Ambiental

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

Prof. Titular de Derecho Penal Universidad de Castilla-La Mancha.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal de 1995, el denominado Código Penal de la democracia, introduce en el artículo 329, ubicado en el Capítulo III, "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", del Título XVI, "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", una previsión específica de la responsabilidad penal de la autoridad o funcionario público en materia ambiental.

Este nuevo precepto no cuenta con precedentes en nuestros Códigos penales, si bien la incriminación específica de la conducta de los funcionarios ha estado presente desde el Primer Proyecto de regulación de los delitos contra el medio ambiente, aunque no fuera recogida en el que se convirtió en el artículo 347 bis del anterior Código Penal. El Proyecto del Código Penal de 1980 recogía la responsabilidad penal de los funcionarios en su artículo 324¹ y la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983 tipificaba y sancionaba la conducta de los funcionarios por delitos contra el medio ambiente en su artículo 311².

1. El artículo 324 establecía: "Si las industrias a que se refiere el artículo anterior hubieren obtenido la licencia que autorice su funcionamiento en las condiciones causantes de la contaminación, cuando aquella sea manifiestamente contraria a lo preceptuado en las leyes o Reglamento en vigor, los funcionarios facultativos que dolosamente hubieren informado favorablemente el proyecto, hubieren concedido la licencia o con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de aquellas normas, serán castigados con la misma pena de prisión y multa, y además con la inhabilitación especial para el desempeño de cargos públicos por tiempo de ocho a doce años".

2. El artículo 311 señalaba: "Si las industrias o actividades a que se refiere el artículo anterior hubieren obtenido licencias que autorice su funcionamiento en las condiciones causantes de la contaminación, cuando aquella sea manifiestamente contraria a lo preceptuado en las Leyes o Reglamentos, los funcionarios o facultativos que hubieran informado favorablemente al proyecto, hubieren concedido la licencia o con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de aquellas normas, serán castigados con las penas de prisión y multa y con la inhabilitación especial para el desempeño de cargos públicos de ocho a doce años".

Por último, el proyecto de Código Penal, tanto en su versión de 1992, artículo 313³, como de 1994, artículo 311⁴ mantiene la tipificación de la responsabilidad específica de funcionarios en materia ambiental.

Las críticas por parte de la doctrina⁵ al artículo 347 bis, delito ecológico, del anterior Código penal, por omitir toda referencia a los funcionarios públicos, partían del entendimiento de que los funcionarios públicos partícipes en delitos ecológicos merecían una referencia con especialidades penológicas.

tamente contraria a lo preceptuado en las Leyes o Reglamentos, los funcionarios o facultativos que hubieran informado favorablemente al proyecto, hubieren concedido la licencia o con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de aquellas normas, serán castigados con las mismas penas de prisión y multa y con la inhabilitación especial para el desempeño de cargos públicos de ocho a doce años".

3. El artículo 313 establecía: "Si las industrias o actividades a que se refiere el artículo anterior hubieren obtenido licencia que autorice su funcionamiento en las condiciones causantes de la contaminación, cuando aquella sea manifiestamente contraria a lo preceptuado en las Leyes o Reglamentos, los funcionarios o facultativos que, a sabiendas, hubieren informado favorablemente el proyecto, hubieren concedido la licencia, o con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de aquellas normas, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año o multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años".

4. El Artículo 311 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994 disponía: "Los funcionarios o facultativos que, a sabiendas de su manifiesta ilegalidad, hubieren informado favorablemente la concesión de licencias que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de las Leyes o Reglamentos que las regulen, serán castigados con las penas de seis meses a un año de multa, de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años".

5. Vid. por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Ecología y Derecho Penal*, en "La droga en la Sociedad actual", San Sebastián, 1985, p. 284.

Si bien es cierto que, para un sector de la doctrina, los tipos genéricos de funcionario podrían bastar para dar una adecuada respuesta a estas situaciones, especialmente la prevaricación, no es menos cierto que la práctica ha puesto de relieve un escaso recurso a dicha tipicidad para sancionar estos comportamientos. Por ello, en las jornadas sobre el medio ambiente llevadas a cabo en 1988 se puso de relieve la conveniencia de penalizar expresamente a los facultativos que por acción u omisión pudiesen ser copartícipes en la producción de un daño ecológico⁶.

Haciéndose eco de estas críticas el Código penal de 1995 prevé expresamente la responsabilidad penal del funcionario público o autoridad por delitos contra el medio ambiente. La inclusión de este nuevo precepto pretende acabar con la actitud tolerante de la Administración ante las conductas atentatorias contra dichos bienes jurídicos. En este sentido, la Fiscalía General del Estado en su Circular núm.1/1990, en el caso de las aguas marítimas, se refirió a este tema en los siguientes términos: "La especulación, con grandes beneficios para quienes la promueven, así como en ocasiones, la ausencia del debido control por los Ayuntamientos, a veces más prestos a aliviar las arcas municipales con los ingresos por licencias que a velar por la debida ordenación del territorio y del medio ambiente, hacen que los vertidos y residuos de pueblos y urbanizaciones que surgen sobre las costas y las playas, no estén en condiciones de cumplir con las mínimas exigencias de respeto al medio ambiente".

Asimismo, la Memoria del Fiscal General del Estado de 1995 señala: "El tema se complica en ocasiones por la inadecuada respuesta administrativa como así asevera el Fiscal de Badajoz..., también nos sirve para poner de relieve la escasa eficacia de la respuesta meramente administrativa, ineficacia que se concreta en dos puntos: por una parte, la inconsistencia de las sanciones previstas...y, por otra, la lentitud, incluso desinterés con que la Administración afronta estos hechos".

También se ha criticado por parte de la jurisprudencia la actuación administrativa. En este sentido, basta recordar la Sentencia del Tribunal Supremo

de 30 de Noviembre de 1990, pronunciada con motivo de las emisiones de la Central Térmica de Cercos: "Si examinamos el contenido de algunas de las comunicaciones de la Administración Central se puede llegar a la conclusión de que la permisividad y la excesiva tolerancia de esta, podría hacer pensar a los responsables de la Central Térmica que la Administración autorizaba las emisiones excesivas"

Igualmente, la Sentencia de 9 de mayo de 1991 del Juzgado de lo penal núm. 3 de Valencia se manifiesta en semejante sentido: "Parece lamentable que las inspecciones efectuadas por la Administración, base fáctica imprescindible de la potestad sancionadora de la Administración y de un eventual proceso penal, no se hayan realizado con el cuidado necesario para poder individualizar responsabilidades"; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 26 de mayo de 1994, relativa a los vertidos y contaminación de la Bahía de Portman, que estima que la responsabilidad por el daño causado no puede achacarse a los directivos de la empresa minera "ya que siempre actuaron con la autorización de los órganos administrativos encargados de señalar la licitud de su actividad... La insuficiencia de la legislación y la inadecuada actuación de los órganos de la Administración han impedido que la pretensión penal tuviera éxito"⁷; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 1995: "Asimismo consta en autos que la Administración era concedora de la existencia de dicha empresa,.. y si bien era apercibida para que realizara controles conforme a la legalidad vigente, era tácticamente consentida su conducta, dándose por satisfecha la Administración con el hecho de que la misma suscribiese un plan de descontaminación progresivo para la zona, si bien nunca adoptó las medidas necesarias para comprobar el efectivo cumplimiento de su compromiso, sin que en estos momentos resulte ajustado a Derecho hacerle responsable de una pasividad administrativa tolerante con una situación de hecho".

El Código penal de 1995 pone fin a esta caótica situación al contemplar expresamente la responsabilidad penal de los funcionarios públicos o autoridades en materia ambiental.

7. Un comentario a esta sentencia puede verse en VERCHER NOGUERA, *Las autorizaciones administrativas y los delitos contra el medio ambiente (Algunas consideraciones en torno a la sentencia de 26 de mayo de 1994 de la Audiencia provincial del Murcia, en "Actualidad penal", 1995 -2, p. 905 y ss.*

6. "Jornadas sobre el medio ambiente", celebradas en Segovia en 1988, en " Poder Judicial", número especial IV, p. 10

II. EL ARTÍCULO 329 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 329 dispone:

“1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este código y, además con la de prisión de seis meses a tres años o la multa de ocho a veinticuatro meses.

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

El Código penal castiga expresamente, a través de este precepto, a las autoridades o funcionarios públicos que por acción (informar favorablemente la concesión de licencias de funcionamiento, emisión, vertido, etc. de las industrias o actividades señaladas en los artículos 325, 326 y 327) o por omisión (silenciar las infracciones de Leyes o disposiciones normativas de carácter general) favorecen o encubren actividades contaminantes de personas físicas o jurídicas. Se introduce, de este modo, la responsabilidad de los funcionarios públicos o autoridades con intervención en el proceso de autorización o inspección de actividades contaminantes en determinados supuestos.

1. El sujeto activo

Según establece el artículo 329 sujeto activo sólo puede ser la autoridad o funcionario público. El Proyecto de Código penal de 1994 no hacía ninguna mención a las autoridades, si bien tal omisión se subsanó en la redacción final del precepto.

Para el concepto de funcionario público o autoridad, a efectos penales, habrá que acudir necesariamente al artículo 24 del Código Penal que establece:

“1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Nuestra jurisprudencia⁸ ha reconocido que funcionario y autoridad no son términos coincidentes, toda vez que el término funcionario es más amplio que el de autoridad pues comprende a todos aquellos que participan del ejercicio de funciones públicas, se hallen o no investidos de autoridad. Por otro lado, el concepto de funcionario que da el artículo

24 del Código penal no coincide con el que da el Derecho administrativo⁹, dado que nuestro código penal sostiene un concepto amplio de funcionario y lo dota de unos perfiles específicos que lo diferencia del concepto propio del Derecho administrativo de funcionario.

8. Vid. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1985.

9. El Tribunal Supremo entiende que los conceptos penales en ningún caso son tributarios de los conceptos propios del Derecho Administrativo, al menos desde el punto de vista formal, fundando su argumentación en el hecho de que estamos ante ramas del ordenamiento jurídico que persiguen fines distintos y basan su actividad en el principio de independencia. Este planteamiento ha permitido englobar dentro del concepto de funcionario público a todos los que desempeñan una tarea o función pública. Vid., entre otras, las Sentencias de 12 de febrero de 1979 y 27 de marzo de 1982.

“Nuestra jurisprudencia ha reconocido que funcionario y autoridad no son términos coincidentes”.

La condición de funcionario para el Derecho penal nace de un doble requisito. En primer lugar, para que pueda hablarse de funcionario público a efectos penales, tiene que haberse dado una incorporación de la persona en cuestión a la actividad pública, por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, aunque estas tres fuentes de la incorporación pueden reducirse a una: a la disposición inmediata de la Ley, por cuanto la elección o el nombramiento tienen que basarse en una ley que las determine. Todo el que realice funciones públicas, careciendo de este requisito, no es funcionario a efectos penales. En segundo lugar, es necesario que el sujeto en cuestión participe en la función pública. Pero en ningún caso es suficiente con que se participe en la función pública, es preciso que se haga por alguno de los títulos expresados en el artículo 24.

El concepto de autoridad a que se refiere el artículo 24 lleva como notas inherentes el tener mando o ejercer jurisdicción propia. El mando implica una actividad autoritaria y la jurisdicción, la capacidad de resolución en asuntos judiciales o administrativos¹⁰.

Así, todos los que participan de la actividad administrativa local, ya sean por elección - alcalde, concejales-, por oposición, por contratación o por designación, pueden ser sujetos activos del delito contemplado en el artículo 329, cuya responsabilidad penal no sólo nace del concepto amplio recogido en el artículo 24 de código penal, sino que la propia legislación administrativa prevé dicha responsabilidad.

Ahora bien, para que el funcionario público o la autoridad puedan ser considerados penalmente responsables conforme al artículo 329 han de tener encomendada, facultativa u obligadamente, la emisión de informes o dictámenes sobre la concesión de licencias en materia ambiental o la actividad de control.

Sin embargo, el legislador parece haber olvidado en este precepto otros posibles responsables como los expertos, peritos, técnicos contratados, etc. Se trata de personas que no teniendo la condición de Autoridad o funcionario Público, su intervención puede ser tan decisiva y esencial como la de éstos últimos, informando favorablemente la concesión de licencias.

10. Vid. más ampliamente sobre el concepto de autoridad y de funcionario público, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11a. ed., Valencia, 1996, p. 829 y ss.

2. La conducta típica

Las situaciones en las cuales el funcionario puede entrar en conflicto con el Derecho Penal ambiental, resulta en esencia de las distintas formas de actuación administrativa, unas veces activas y otras omisivas.

El artículo 329 en relación a la punición de las conductas se centra básicamente en dos modalidades diferenciadas, de una parte, la concesión indebida de licencias y, de otra, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la actividad inspectora de la Administración.

A) La conducta activa

Una de las formas más problemáticas de relación entre la Administración y medio ambiente la constituyen las autorizaciones administrativas concedidas a personas físicas o jurídicas para emprender actividades que tienen repercusión en materia ambiental.

Según la legislación administrativa no se podrá desarrollar la actividad para que se necesite licencia sin haber obtenido ésta previamente. La previa autorización administrativa es uno de los instrumentos mediante los cuales el ordenamiento atiende al imperativo constitucional de garantizar el uso y disfrute de un medio ambiente adecuado. Nuestro ordenamiento sanciona distintas modalidades de intervención administrativa, basadas en la técnica autorizatoria, que tienden a paliar, directa o indirectamente, el posible efecto perjudicial; o gravoso de las actividades o comportamientos que inciden en materia ambiental. En algunos supuestos, la previa autorización administrativa responde a la modalidad de las denominadas autorizaciones industriales y se orienta, muy directamente, a conducir medidas de políticas ambientales. Es el caso de las autorizaciones previas a la instalación de plantas de producción de energía nuclear o a la realización de vertidos tóxicos o peligrosos. En otros supuestos, la previa autorización responde a los caracteres de las llamadas licencias municipales. La autorización previa se orienta, por último, en otros supuestos a garantizar el cumplimiento de un ordenamiento sectorial que incide, indirectamente en la protección del medio ambiente¹¹.

11. Vid. CUCHILLO i FOIX, *Nulidad y revocación de licencias por motivos relacionados con la protección del*

En concordancia con lo anterior se puede afirmar que uno de los problemas que presenta la tutela del medio ambiente frente a actos u omisiones de la Administración y sus funcionarios es la relación entre Derecho Penal y autorización jurídica administrativa. Esta dependencia de la responsabilidad penal de reglas jurídico-administrativas se ha denominado por la doctrina alemana como "Accesoriedad del Derecho Penal respecto del Derecho administrativo"¹².

a) La conducta de informar favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales

El medio ambiente puede ser dañado no sólo por los particulares sino también por la propia Administración por vía de informar favorablemente la concesión de licencias ilegales o contrarias a derecho. Consecuencia de la accesoriedad del Derecho penal respecto el Derecho administrativo es que la situación de legibilidad administrativa excluye cualquier posible responsabilidad penal de quien actúa a su amparo, por tanto, el particular que cuente con una autorización administrativa previa, tal como exige la legislación administrativa, no será penalmente responsable de determinadas emisiones, vertidos, etc., conforme a las disposiciones jurídico-penales del ambiente si actúa en base a una autorización jurídicamente eficaz. Por el contrario, el funcionario público o autoridad que haya concedido la licencia contraria de derecho responderá penalmente conforme al artículo 325 ó 329 del Código penal¹³. Por ejemplo, el funcionario autoriza verter en el agua materias nocivas en una cantidad que sobrepasa los límites previstos en la reglamentación en vigor. En este supuesto el funcionario responderá conforme al artículo 325 ó 329 mientras que el emiteante, al estar en posesión de una autori-

zación acordada por el funcionario y jurídicamente eficaz, a pesar de haber contaminado el agua no será penalmente responsable como consecuencia de la accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo en materia del medio ambiente. Así, por ejemplo, el artículo 89 a) de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas prohíbe con carácter general "efectuar vertidos directos o indirectos que contaminen las aguas". Pero esta disposición general tiene una importante excepción como es el vertido con autorización administrativa, incluso de productos residuales susceptibles de provocar la contaminación o degradación del dominio público hidráulico y, en particular, el vertido de aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales, requiere autorización administrativa".

Se podría argumentar la responsabilidad penal del particular señalando que él mismo puede estar obligado -al menos en los casos fronterizos que pueden provocar dudas acerca de la legalidad de la autorización - a hacer que la compruebe alguien versado en derecho. Pero este punto de vista debe rechazarse porque sería exigir demasiado al ciudadano normal. Este último asume normalmente que las decisiones de las autoridades o funcionarios públicos han sido tomadas de conformidad con el Derecho administrativo. No obstante, algunos países han cambiado de criterio y así para el derecho francés esta autorización de ningún modo legalizaría un acto ilícito del particular. Por su parte el parágrafo 183 a) del código penal austriaco establece que los peligros para el medio ambiente pueden ser punibles aun cuando el autor no conociera la disposición jurídico administrativo correspondiente, pero que debiera conocer según su profesión, ocupación o circunstancias.

Ahora bien, incluso cuando la autorización para determinadas emisiones o vertidos sea válida eso no significa que el emiteante pueda apelar a la autorización si su comportamiento incurre al mismo tiempo en otros tipos penales al margen del Derecho penal del ambiente, en particular si a través de la emisión se lesiona imprudentemente la salud de terceros o se producen la muerte.

Caso distinto es que el emiteante consigna una licencia o autorización fraudulentamente o a través de coacción, soborno o cohecho. En estos puestos no debe poder apelar a una autorización viciada pero eficaz porque es nula y conforme a la teoría de los

medio ambiente, en "Derecho del medio ambiente y Administración local", Madrid, 1996, p. 491.

12. Sobre la accesoriedad administrativa o reglamentación del Derecho penal del ambiente y de amplios ámbitos del Derecho penal económico en su conjunto, Vid. SCHMITZ, *Verwaltungshandeln und Strafrecht. Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, Heidelberg, 1992 y HEINE, *Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales", 1993-1, Págs. 289 y ss.

13. Que el funcionario público o autoridad responda en base al artículo 325 ó 329 es cuestión que se trata en el apartado referido a la penalidad.

actos administrativos, los actos nulos de pleno Derecho son ineficaces incluso jurídico-penalmente. Por el contrario, no actuará con abuso de derecho el particular que sólo se aprovecha de un previo error de la autoridad o funcionario o si la autoridad o funcionario llega a una falsa valoración de la situación de hecho a partir de sus propias indagaciones a no ser que el particular esté obligado a la aclaración al efecto.

En definitiva la existencia de una autorización administrativa lícitamente obtenida justifica en general toda suerte de contaminación, excepto la contaminación que atente contra la salud o la vida de los demás. La autorización solamente vale para la contaminación en cuanto tal y para los delitos específicos de contaminación, pero no para los tipos penales generales, como por ejemplo, las lesiones.

b) La conducta de la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de la concesión de la autorización a sabiendas de su injusticia.

Una de las novedades del nuevo código penal, en relación a las tipicidades en esta materia, por comparación con los distintos proyectos anteriores, consiste en la punición expresa de los partícipes colegiados en la toma de determinadas decisiones.

La conducta típica consiste en la resolución ilegal de una licencia de emisión, vertido, etc., por parte de la autoridad que por sí misma (supuesto de que corresponda la competencia de resolver a un órgano unipersonal-Alcalde o concejal delegado) o como miembro de un organismo colegiado hubiera votado a favor de la resolución de la licencia ilegal (supuesto de que la competencia de resolución recaiga en un órgano colegiado-comisión de gobierno o pleno municipal).

La razón de esta mención debe buscarse en el intento de evitar lagunas de punición en función de la propia diversidad que pueden tener las formas de toma de decisiones en el seno de la administración

Para PRATS CANUT, desde un punto de vista normativo, no aparecen excesivamente claras cuá-

les son las fronteras entre “informar favorablemente” o “resolver o votar favorablemente” en la medida que si lo que se pretende es diferenciar la distinta eficacia de la actuación del funcionario o autoridad, en el primer caso emisión de un informe y en el segundo la adopción del acuerdo la distinta gravedad del comportamiento hubiera debido reflejarse a través de una penalidad diferenciada. La ausencia de la distinción en sede de

penalidad puede favorecer interpretaciones contradictorias¹⁴.

A mi juicio, ambos comportamientos gozan de la misma y grave por ello no debe traducirse, a efectos penales, como no lo hace el Derecho administrativo, en distintas penalidades.

Si hubiera sido quizá aconsejable, por el contrario, alguna concreción de carácter técnico para evitar la impunidad, por ejemplo, de quienes en su calidad de miembros del organismo otorgante y sin votar la concesión ilegal- por abstención, voto nulo o voto en blanco-hubieran participado en la toma del acuerdo a sabiendas de su ilegalidad, conscientes de que por el acuerdo a sabiendas de su ilegalidad, conscientes de que por el juego de las mayorías el proyecto sería resuelto favorablemente¹⁵.

B) La conducta omisiva

El artículo 329 prevé la responsabilidad del funcionario por la ausencia o negligencia en la actividad de control. Se trata de una conducta omisiva. Partiendo del hecho de la posición de garante de los funcionarios públicos y autoridades¹⁶ respecto de la

14. PRATS CANUT, *De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, en “Comentarios al Nuevo Código penal”, Dirigido por Quintero Olivares, Aranzadi, 1996, p. 1536.

15. En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, pág. 212 y ss. y MUÑOZ CONDE, ob.cit., p. 510.

16. Sobre la posición de garante del funcionario público, las fuentes del deber de garante y sus límites, Vid. DE VICENTE MARTINEZ, *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 1983, p. 75 y ss.

pureza de los elementos naturales cuya administración les compete, y cuyo fundamento es la existencia de una serie de deberes de naturaleza jurídico-pública que le son impuestos a los funcionarios y autoridades por el Derecho Administrativo, la reacción del funcionario público puede enfrentarse en este caso con tres tipos de situaciones: industrias o actividades contaminantes no autorizadas; actividades e industrias autorizadas, pero que no aplican las medidas correctoras que en su día se les impuso o no respetan los niveles de emisión reglamentariamente establecidos; actividades e industrias legalmente autorizadas, pero que funcionan en condiciones ambientales distintas a las que motivaron la licencia inicial.

Se trata de situaciones en las que debiendo ejercer el funcionario una actividad inspectora no la ejercita con el celo suficiente produciéndose lesiones al medio ambiente. Los funcionarios encargados de la inspección ambiental están obligados a denunciar cuantas infracciones a las leyes o Reglamento ambientales presencien o lleguen a su conocimiento. En todos estos se trata a la postre de forzar la intervención de los funcionarios impulsándoles a cumplir con sus deberes. Lo que se pretende, con esta tipificación expresa, es que los funcionarios abandonen su pasividad, toleradora de situaciones ilegítimas, superando una situación de inercia de muy problemática dinamización. Los funcionarios no pueden tolerar el mantenimiento de actividades clandestinas, que puedan perturbar el medio ambiente o a terceras personas, que incumplan el condicionado de la licencia o violen las normas que establecen niveles de emisión.

Ante la omisión de intervención del funcionario por hechos o conductas contaminantes el Código penal de 1995 responde sancionándole conforme el artículo 325 ó 329.

3. Tipos subjetivo

El comportamiento que describe el artículo 329 es de naturaleza dolosa, quedando al margen de la responsabilidad penal los comportamientos imprudentes, dado que ambas conductas deben realizarse "a sabiendas" (párrafo 1) y "a sabiendas de su injusticia" (párrafo 2). Sólo cabe la comisión dolosa de este delito, a pesar de que según establece el artículo 331 ambas modalidades puedan ser cometidas de forma imprudente. La comisión imprudente

sólo dará lugar, en su caso, a responsabilidades administrativas. Así se desprende, no sólo de la redacción del texto, sino de la propia tramitación parlamentaria del mismo, en el que esta cuestión fue específicamente debatida¹⁷.

4. Penalidad

El tema de la penalidad constituye el punto neurálgico de todo lo concerniente a este nuevo tipo por un doble motivo: En primer lugar, por la remisión que efectúa al delito de prevaricación y, en segundo lugar, por la pena asignada a la conducta de la autoridad o funcionario.

Conforme al artículo 329 el funcionario o autoridad que informe favorablemente la concesión de licencias manifestamente ilegales, resuelva o vote a favor de la concesión de la autorización a sabiendas de su injusticia, o con motivo de sus inspecciones silencie la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, será castigado, además de con la pena de inhabilitación establecida en el artículo 404, con la pena de prisión de seis meses a tres años o de la multa de ocho a veinticuatro meses.

Por lo que respecta al primer tema, la remisión que efectúa al delito de prevaricación, esta remisión puede ser entendida desde dos ópticas distintas: como remisión a los meros efectos de determinación de la pena¹⁸ o, por el contrario, como indicativa de la naturaleza de la infracción¹⁹. En mi opinión, si la prevaricación consiste en dictar una resolución injusta, la primera conducta a que referencia el artículo 329 no puede equipararse a la prevaricación porque dicha conducta típica contempla los casos de informar favorablemente la concesión de una licencia que luego es competencia de otra autoridad distinta resolver, es decir, la conducta típica viene conformada por la mera y formal

17. Vid. el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesiones núm. 66 martes 6 de Junio de 1995, núm. 512, p. 15601 y ss.

18. En este caso sentido, GOMEZ RIVERO, *Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental*, en "la Ley", 1996. núm. 4076.

19. En este sentido MORALES PRATS/TAMARIT SUMALIA, *De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*, en "Comentarios al Nuevo Código penal", Dirigido por Quintero Olivares, Aranzadi, 1996, p. 1497.

emisión del informe favorable que se refiere en el precepto, con independencia de la posterior incidencia de tal informe en la resolución definitiva del expediente administrativo. Puede, en este sentido, el que la autorización sea finalmente denegada. Pero, además, en la segunda conducta, la situación se agrava todavía más, porque intentar descubrir una identidad de la misma con la prevaricación resulta realmente forzado porque el funcionario ni dicta ni siquiera informa una resolución concediendo una licencia, sino que su emisión es exclusivamente de control y de inspección, y es a través de ellas como tiene conocimiento de la ilegalidad²⁰.

Por todo ello, me sumo a la primera postura y considero que la expresión "será castigado con la pena establecida en el artículo 404" es una técnica de remisión a efectos exclusivamente de determinación de la pena y no que el legislador esté declarando que la conducta sea, de por sí, subsumible en el artículo 404. En definitiva, no nos entramos ante una forma de prevaricación cualificada y agravada.

Para evitar este tipo de interpretaciones, el legislador podía haber asignado directamente la pena de inhabilitación específicamente en el propio artículo 329 como hizo en el proyecto de 1980²¹ Propuesta de Anteproyecto de 1993²² Proyecto de 1992²³ y más recientemente en 1994²⁴.

El segundo problema, la pena asignada al funcionario, plantea todavía mayores problemas de comprensión dado que la punición específica de la intervención del funcionario se puede entender desde dos perspectivas diferentes: En primer lugar, que con dicha punición específica se pretenda un especial rigor frente a quienes aparecen ante la comunidad como garantes de la legalidad en materia ambiental.

Desde esta perspectiva el resultado final al que llega el legislador es el siguiente: lo que debería suponer una agravación de la pena acaba privilegiando la actuación de las autoridades y funcionarios públicos conforme hubiese sido su responsabilidad con la aplicación de las reglas generales de autoría y participación del Código penal. Por ello, para TERRADILLOS es dudosa la utilidad, como sea la

"El tema de la penalidad constituye el punto neurálgico de lo concerniente a este nuevo tipo"

simbólica, de este artículo que criminaliza una conducta de participación o incluso de autoría²⁵.

Y ello, porque si el precepto no existiera la actuación de las autoridades y funcionarios públicos se podía haber resuelto conforme a las reglas generales del Código penal. Conforme a la aplicación de dichas reglas resultaría: en los casos en que el funcionario o autoridad actuase en connivencia con el solicitante de la licencia respondería como cooperador necesario al delito cometido por el particular, artículo 325, con la que la pena privativa de libertad podría elevarse hasta los cuatro años y, además, se le impondría al funcionario la pena de multa que se prevé en el artículo 325, dado que ambos tipos de pena se contemplan, en dicho precepto, como penas acumulativas y no como penas alternativas como sucede en el artículo 329. Al mismo resultado se llegaría en los casos, en que faltare dicho acuerdo, pues en estos casos, desconocimiento por parte del particular de la ilegalidad de la licencia que respalda su actividad, podría fundamentarse la pena de funcionario público o autoridad a través del expediente de la autoría mediata.

Por tanto, desde este punto vista, o bien el artículo 329 desaparece por entender que el funcionario público o autoridad es cooperador necesario o autor mediato del delito realizado por el particular, o habría que reconsiderar las penas previstas, unificando el tratamiento sancionatorio de este delito con el tipo del artículo 325. Solución que fue adoptada por el legislador del proyecto de 1980 y de la propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983. En definitiva el legislador del 95 tenía, desde esta perspectiva, en el proyecto de Código penal de 1980 y en la propuesta de 1983, todas las respuestas a los problemas que plantea el actual 329.

20. Vid. GOMEZ RIVERO, ob. cit.

21. Vid. el contenido del artículo 324, en nota 1.

22. Vid. de contenido del artículo 311, en nota 2.

23. Vid. el contenido del artículo 313, en nota 3.

24. Vid. el contenido del artículo 311 en nota 4.

25. TERRADILLOS BASCO. ob. cit., p. 212.

Desde una segunda perspectiva, la razón de ser de esta previsión, de la inclusión de este precepto, no parece que tenga tanto por función agravar la responsabilidad de los funcionarios, sino garantizar su exigencia en determinados casos contemplados por la norma, de forma que sólo puede justificarse su inclusión desde la pretensión de asegurar la incriminación del funcionario público o autoridad por las irregularidades de su actuación en materia ambiental en determinados casos, sin cuya prevención sería totalmente atípicos.

En mi opinión, así hay que considerar este acepto, y, conforme a esta perspectiva, habrá que entender que en todos aquellos casos en que sea posible reconducir la responsabilidad del funcionario al expediente de la cooperación necesaria o de la autorización mediata será a éste de aplicación el artículo 325. Es decir, el artículo 329 no se aplicaría a aquellos casos en que la actuación del funcionario se vincula a la realización del comportamiento típico previsto en el artículo 325, esto es, los casos en que la contravención de las normas ambientales, por la ilegalidad de la autorización o licencia o por silen-

ciar la infracción se acompaña de los elementos previstos en el artículo 325. Por el contrario, el artículo 329 será de aplicación, y aquí es donde encuentra su justificación, su razón de ser, a aquellos casos en que, bien por no llegar a concederse la licencia, bien por la índole de la contribución del funcionario, ésta no pueda reconducirse al expediente de la cooperación necesaria o autorización mediata²⁶, por ejemplo, sería de aplicación el tipo de artículo 329 al puesto siguiente: el funcionario emite un informe favorable para, la concesión de una licencia manifiestamente ilegal pero, tal concesión, en la resolución definitiva, es denegada. Entendiendo así las cosas, se entiende incluso el por qué de las penas alternativas que completa el artículo 329 ya que no se trata de agravar la pena del funcionamiento público o autoridad, sino de asegurar su incriminación por determinadas irregularidades de su actuación que no pueden conducirse al artículo 325. **[DYS]**

26. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, *ob.cit.*, p. 492