

Derecho penal ambiental: formas de imputación de responsabilidad criminal en los delitos contra el medio ambiente

CARMEN ALASTUEY DOBÓN

Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza

Sumario.—1. INTRODUCCIÓN.—1.1. *Los delitos de acción y los delitos de omisión.*—1.2. *Clasificación de los delitos de omisión.*—1.3. *Los delitos de omisión contra el medio ambiente.*—2. LA COMISIÓN POR OMISIÓN DEL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL.—2.1. *Pronunciamientos del Tribunal Supremo.*—2.2. *Valoración de la línea jurisprudencial.*—3. Las omisiones tipificadas en el artículo 329 CP.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* * *

1. INTRODUCCIÓN

1.1. LOS DELITOS DE ACCIÓN Y LOS DELITOS DE OMISIÓN

El comportamiento humano puede presentarse bajo la forma de acción o de omisión, y de ambas modalidades de conducta es posible que se derive responsabilidad penal. Ello se deduce ya de lo dispuesto en el art. 10 del Código penal, en virtud del cual «*son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley*».

En la base del reconocimiento de responsabilidad penal tanto por acción como por omisión se encuentra la función de protección de bienes jurídicos que corresponde, entre otros sectores del ordenamiento jurídico, al Derecho penal. Para desempeñar esta función, existen dos clases de normas: en primer lugar, las que prohíben la realización de acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos o que llevan implícito el peligro de que se produzca esa lesión (prohibiciones), de las que se derivan los delitos de acción, y, en segundo lugar, las que ordenan la realización de determinadas

acciones dirigidas a conseguir un fin socialmente valioso o a evitar la producción de menoscabos en los bienes jurídicos (mandatos), de las que se derivan los delitos de omisión (sobre todo ello, CEREZO MIR, 2001).

1.2. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

Dentro de los delitos de omisión, se distinguen dos grandes grupos: los delitos propios de omisión, o delitos de omisión pura, y los delitos impropios de omisión, también llamados de comisión por omisión.

En los primeros, se sanciona la mera no realización de una acción, siendo ajena a ellos la producción de un resultado material que, en caso de acaecer, no se imputa al omitente. Ejemplo prototípico es el delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP), donde se castiga el no prestar socorro, pudiendo hacerlo, a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave. En este delito, el sujeto responde por la no realización de la acción ordenada, pero no por el eventual resultado de muerte o de lesiones que pueda producirse en la persona desamparada y en peligro. También pertenece a esta categoría el delito de omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución del art. 450 CP. Allí se castiga al que, pudiendo hacerlo, no impida la comisión de un delito contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual.

En cambio, en los segundos, forma parte del tipo la producción de un resultado material, que se imputa a quien no realizó la acción dirigida a evitarlo como si lo hubiera causado por acción. Es decir, se castiga con la misma pena la causación de un resultado mediante una acción que la omisión de la conducta dirigida a impedir la producción de ese resultado.

Algunos de los delitos de comisión por omisión están expresamente descritos en el Código penal. Por ejemplo, el art. 176 sanciona a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, no impide que otras personas –otras autoridades o funcionarios– cometan los delitos (de acción) de torturas o contra la integridad moral tipificados en los arts. 174 y 175. Como puede observarse, se sanciona al funcionario que no evita la comisión de un delito de torturas o contra la integridad moral (delito de omisión) con la misma pena que si hubiese producido esos resultados por acción.

Pero, además, se reconocen tradicionalmente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión) que, pese a no encontrarse expresamente tipificados en la Parte Especial del Código penal, se consideran implícitos en las figuras delictivas de resultado. Y así, por ejemplo, se parte de que el tipo del homicidio que, de acuerdo con el art. 138 CP, consiste en matar a otro, puede realizarse tanto por acción como por omisión: mata el que dispara a otro, muriendo este a consecuencia del disparo; pero también mata la madre que no alimenta a su hijo recién nacido, dejándole morir de inanición. Por tanto, en ambos casos corresponde aplicar la pena prevista para el delito doloso consumado.

Como fácilmente puede intuirse, han sido estos delitos de comisión por omisión que la ley no describe expresamente los que han suscitado –y siguen suscitando– una mayor polémica. No es este el lugar adecuado para detenerse en ella. Baste indicar que hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995, eran dos los focos de discusión. Por un lado, se trataba de averiguar qué requisitos habían de concurrir para poder imputar un resultado a una omisión. A este respecto, la doctrina se encontraba dividida, básicamente, entre quienes partían de que el omitente debía infringir un deber cualificado respecto al que incumbía al resto de los ciudadanos y quienes, por el contrario se esforzaban por hallar un criterio de equivalencia entre la omisión y la acción. Por otro lado, se discutía asimismo si era necesaria o no una regulación específica de la comisión por omisión en el Código penal. Sobre este particular, un sector de la doctrina partía de que la sanción de la comisión por omisión con la pena prevista en los tipos del Código penal vulneraba el principio de legalidad, o al menos planteaba dudas desde el punto de vista del respeto a dicho principio y, en consecuencia, abogaban algunos por el establecimiento de un sistema de *numeros clausus* de tipos específicos de comisión por omisión en algunos delitos –similar al que ha recogido el Código penal respecto al castigo de la imprudencia en el art. 12–, y, otros, por la inclusión de una cláusula en la Parte General del Código en la que se reconociese la posibilidad de cometer por omisión los delitos tipificados en la Parte Especial del Código penal. En cambio, en opinión de otro sector doctrinal, no era necesaria ni una cosa ni la otra, al entender que la comisión por omisión era –y es– directamente subsumible en los tipos del Código penal, por lo que no existe inconveniente alguno de legalidad (sobre todo ello, SILVA SÁNCHEZ, 1999). Por su parte, la jurisprudencia, aunque reconocía la figura dogmática de la comisión por omisión, se mostraba muy restrictiva al admitir esta modalidad de imputación de responsabilidad en los delitos dolosos (al respecto, ALASTUEY DOBÓN, 1992).

Finalmente, el legislador de 1995 se decidió por incorporar al Código penal, en el art. 11, una cláusula general, tal y como reclamaba un sector de la doctrina, en el que se especifican los requisitos que han de concurrir para que pueda considerarse realizado por omisión un delito de resultado. De acuerdo con el art. 11 del Código penal: *«los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente»*. Aunque se trata de un precepto muy confuso, que ha dado lugar a multitud de interpretaciones, precisamente porque, como con razón apunta SILVA SÁNCHEZ (1999), mezcla la perspectiva de la infracción de un deber con la de la equivalencia entre la acción y la omisión, planteamientos que resulta difícil compatibilizar, se ha alcanzado un cierto acuerdo respecto a que el precepto exige para poder imputar un resultado a una omisión que concurren dos requisitos (véase VIVES ANTÓN, 1999): en primer lugar, que el omitente ostente una posición de garante respecto del bien jurídico menoscabado, que puede derivarse de la ley, del contrato o de un actuar

precedente peligroso (por ejemplo: la madre es garante de la vida de su hijo recién nacido; en cambio, cualquier persona que pase al lado de alguien que ha sufrido un accidente no tiene ninguna obligación de salvaguarda de su vida o salud) y, en segundo lugar, que la omisión sea equivalente a la acción según el sentido del texto de la Ley, lo que supone una remisión a la redacción de los tipos de la Parte Especial (por ejemplo: no parece equivalente agredir sexualmente, conducta que requiere el ejercicio de violencia o intimidación, que permitir que otro agrede sexualmente a un tercero).

Recapitulando: hay delitos de omisión en los que se sanciona un mero no hacer (delitos de omisión pura) y otros delitos de omisión en los que se exige responsabilidad por un resultado cuya producción no se evitó (delitos de comisión por omisión). Los primeros están siempre tipificados en el Código penal. Pero los segundos solo están expresamente descritos en unas pocas ocasiones; en el resto de los casos, para imputar un resultado a una omisión es preciso llevar a cabo una labor de interpretación del tipo de que se trate, puesto en relación con el art. 11 del Código penal (véase, sobre la diferencia entre los delitos propios de omisión y los delitos impropios de omisión, GIMBERNAT ORDEIG, 2002).

Además, hay que tener en cuenta que el Código regula algunos delitos de omisión en los que se aprecia esa posición de garante en el omitente y, pese a ello, no le es imputado a este el resultado, por lo que siguen siendo delitos de omisión pura. Estos delitos que representan una tercera categoría, intermedia, de delitos de omisión, se denominan «omisiones puras de garante» (SILVA SÁNCHEZ, 1999).

1.3. LOS DELITOS DE OMISIÓN CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

Pues bien, en el seno de la aplicación de los delitos contra el medio ambiente encontramos claros ejemplos de imputación de responsabilidad por omisión en los términos que resumidamente acabo de exponer:

En primer lugar, el Tribunal supremo ha condenado ya en varias sentencias por el delito contra el medio ambiente del art. 325 –figura delictiva nuclear, como es sabido, de toda la regulación– en *comisión por omisión*. En el art. 325 se describen una serie de conductas, en principio, activas (de emitir, verter, etc.) que han de incidir negativamente en los medios naturales, agua, suelo o aire. Pero la jurisprudencia considera que, también en este caso, el no evitar un menoscabo para un bien jurídico, aquí el medio ambiente, puede ser equivalente a la causación activa de ese menoscabo, con la consiguiente aplicación de las penas previstas en el citado precepto.

En segundo lugar, en el delito de prevaricación específica en materia medioambiental del art. 329 se recogen, entre otros comportamientos típicos, dos conductas omisivas: la del funcionario o autoridad que silencia la infracción de Leyes o disposiciones de carácter general que detecte con motivo de sus inspecciones y la del funcionario o autoridad que omite la realización de inspecciones que estaba obligado a reali-

zar. En relación con estos supuestos, se discute si estamos ante delitos de comisión por omisión expresamente tipificados o si más bien se trata de delitos de omisión pura.

A continuación veremos cómo se fundamentan estas formas de imputación de responsabilidad en el ámbito medioambiental.

2. LA COMISIÓN POR OMISIÓN DEL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

2.1. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo ha admitido responsabilidad penal en comisión por omisión dolosa por delitos contra el medio ambiente en dos grupos de casos: a los directivos o titulares de empresas por permitir la realización de actos de contaminación por parte de empleados de la empresa (1) y a responsables municipales por no evitar vertidos contaminantes derivados del incorrecto funcionamiento de instalaciones para cuya supervisión eran competentes (2).

1. El Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1828, de 25 de octubre de 2002, confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de enero de 2001 en la que se condena como autores de un delito contra el medio ambiente al director técnico y a miembros del consejo de administración de una empresa dedicada a la elaboración de calentadores de gas. La empresa vertía una parte de sus residuos tóxicos y peligrosos (ticloetileno) directamente al alcantarillado. Otra parte de los residuos era vertida personalmente por un empleado de la empresa, quien se encargaba de transportar una vez al mes una cuba cargada con aproximadamente 4.000 litros de residuos, que eran vertidos en campos de cultivo.

En su FJ 1.º, el Tribunal Supremo argumenta que *«la organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima»*. En opinión del Tribunal, esta cuestión debe solucionarse a través de los delitos impropios de omisión, *«pues normalmente el responsable del proceso contaminante, o los altos directivos que conocen la existencia del carácter contaminante de la actividad de su empresa no realizarán materialmente la acción de vertido o emisión que integra el delito medioambiental, sino que se servirán de operarios que habitualmente actuarán con al menos dolo eventual»*.

En este caso, la responsabilidad por omisión de los superiores jerárquicos basada en su posición de garante y en la omisión por su parte *«de las actuaciones debidas para controlar el peligro derivado de la actividad industrial que se desarrolla dentro de su ámbito de dominio»*, se considera que está amparada en el art. 11 b) CP, pues *«resulta innegable que los responsables de producción de las empresas contaminantes asumen un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que puedan proceder de las personas o cosas que se encuentran bajo su dirección. La posición de garante de aquel que “tiene un dominio efectivo sobre las perso-*

nas responsables mediante el poder de imponer órdenes de obediencia obligatoria” no puede ser puesta en duda». «En consecuencia, conocida la situación generadora del deber (el carácter potencialmente contaminante de los residuos tóxicos que producía la factoría no podía resultar ajeno al responsable de producción de la misma, que incluso declaró ser perfectamente consciente de la utilización de elevadas cantidades de TCE en el proceso productivo), la omisión de las medidas que fácilmente podían haber sido puestas en práctica para la correcta eliminación de los residuos, realizada con conocimiento tanto de la propia situación generadora del deber, como de las condiciones que fundamentaban su posición de garante y de la posibilidad de realizar la acción debida, determina la comisión como autor por omisión del delito medioambiental del art. 325 CP)».

En definitiva, entiende el Tribunal Supremo que *«corresponde a los responsables de producción, así como a los altos responsables de la dirección de las industrias que desarrollan actividades industriales potencialmente contaminantes la adopción de las medidas necesarias para neutralizar, conforme a las exigencias legales y reglamentarias, el peligro contaminante procedente de las mismas [art. 11.b) CP]. Por ello, la falta de adopción de tales medidas (cuando se conocen la situación generadora del deber, y las circunstancias que fundamentan la posición de garante y de la capacidad de acción) y, en todo caso, la utilización de operarios subalternos para el vertido ilícito de residuos, equivale a la producción activa del vertido (arts. 11 y 325 CP)».*

2. A la comisión por omisión ha recurrido también la jurisprudencia para sancionar por el delito de contaminación ambiental a alcaldes u otros responsables municipales que no evitan vertidos contaminantes procedentes de urbanizaciones del municipio, al desatender el correcto funcionamiento del servicio de depuración de aguas residuales cuya gestión tienen legalmente encomendada. Cabe citar, a este respecto, las sentencias del Tribunal Supremo núm. 1705, de 29 de septiembre de 2001 y núm. 45, de 29 de enero de 2007.

En la primera se condena a varios responsables municipales, entre ellos el Alcalde, previamente absueltos por la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 9 de diciembre de 1999, quienes, conociendo el estado de abandono en que se encontraba una depuradora de aguas residuales, pese a que el Ayuntamiento había aceptado la cesión de esas instalaciones, se abstuvieron de promover la concesión de la autorización administrativa del vertido, así como de reponer los dispositivos depuradores al estado de funcionamiento imprescindible para que la misma fuese concedida. Considera el Tribunal Supremo que los acusados deben ser considerados garantes de que no sobreviniese la contaminación de aguas fluviales, dado que los art. 25 y 26 de la Ley de Bases de Régimen Local declara la competencia del municipio para la protección del medio ambiente y el tratamiento de residuos, alcantarillado y aguas residuales, así como la obligatoriedad, en municipios que superan un determinado número de habitantes, de prestar servicios de tratamiento de residuos. El Tribunal Supremo no duda en este caso de la concurrencia de dolo en los acusados, pues conocían el estado de abandono de la depuradora, que había sido cedida al Ayuntamiento, el cual había aceptado la transmisión, la existencia de un desvío en las aguas residuales a través de

una canalización que las vertía directamente en la riera, así como la grave contaminación que presentaba el agua del río a partir dicho punto. Por todo ello le parece al Tribunal *«realmente inconcebible que no tuviesen conciencia de que el vertido era una actividad ilegal si no era autorizado administrativamente, que la Administración hidráulica nunca lo autorizaría se no se restablecía adecuadamente el funcionamiento de la depuradora y que las obras que fuesen necesarias al efecto eran inaplazables y de la incumbencia de los servicios municipales que por sus cargos les estaban encomendados»*.

Interesa destacar que en esta Sentencia se enjuician hechos acaecidos antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995, cuando todavía no existía una cláusula reguladora de la comisión por omisión. No obstante, el Tribunal Supremo aplica el antiguo delito de contaminación ambiental (art. 347 bis del Código penal derogado) en comisión por omisión indicando que *«la forma de autoría conocida por comisión por omisión, aun habiendo sido regulada, por primera vez entre nosotros por el art. 11 CP 1995, estaba admitida anteriormente por una constante jurisprudencia (...), siempre que el resultado del delito (...) tenga como causa la omisión de un deber específico que constituya al omitente en garante de que el resultado no se produzca»*. Como hemos visto, el requisito relativo a que el autor ocupe una posición de garante se considera sobradamente cumplido en el caso que nos ocupa.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2007 encontramos unos hechos y argumentación jurídica muy similares. En este caso se confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de mayo de 2006 que condena por el delito del art. 325 del Código Penal en comisión por omisión al alcalde de un municipio que comprendía una urbanización cuyas aguas residuales fecales fueron vertidas durante años directamente a cauces fluviales (rieras) que desembocan en los ríos Tenes y Besós, resultando todos estos cauces gravemente contaminados. Se condena al acusado por no someter dichas aguas a tratamiento depurativo simple o primario y por no conectar los vertidos al colector general del municipio para que fuesen derivados así hacia una depuradora pública. La fuente de la posición de garante es también en este caso un deber legal, concretamente las disposiciones de la Ley de Bases de Régimen Local: *«el acusado quebrantó las disposiciones legales mencionadas que le investían de garante de la protección del medio ambiente y de la salud pública en el ámbito territorial de su competencia y responsabilidad, no impidiendo, siendo consciente de ello y pudiendo hacerlo, unos vertidos de aguas fecales directamente a un torrente público sin tratamiento alguno (...) teniendo el acusado (...) deber de control (y evitación) de las fuentes de riesgo que están bajo su responsabilidad conforme a la normativa mencionada, lo que le ponía en situación de garante ante el peligro que dichos vertidos entrañaban para el ecosistema y la salud de las personas y los animales»*. Igualmente, se considera en este caso acreditado el dolo. Según indica el Tribunal Supremo, *«el dolo en los delitos de comisión por omisión consiste en el conocimiento de la situación de riesgo capaz de producir el resultado y la determinación de no poner los medios para impedirlo infringiendo la obligación legal de actuar que le corresponde al autor en función de su posición de garante del bien jurídicamente protegido»*.

2.2. VALORACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

La atribución de responsabilidad penal en comisión por omisión a los directivos de empresas que no evitan los riesgos para determinados bienes jurídicos inherentes al desarrollo de la actividad empresarial y, en particular, que no evitan los hechos delictivos cometidos por subordinados plenamente responsables goza de amplio predicamento en la doctrina, si bien se discute sobre el fundamento material de su deber de actuar para evitar el resultado (sobre las distintas posturas doctrinales, *vid.* DEMETRIO CRESPO). Al respecto, me parecen convincentes las tesis elaboradas por SCHÜNEMANN y por GRACIA MARTÍN, que no es posible ni procede desarrollar aquí ampliamente, basadas en la idea de dominio sobre el fundamento del resultado, o de dominio social, respectivamente. En cualquier caso, es evidente que el Tribunal Supremo, en la sentencia que nos sirve ahora de referencia, acoge estos planteamientos doctrinales. Como señala PEÑARANDA RAMOS, la comisión por omisión ofrece un recurso para «evitar que la responsabilidad por hechos delictivos realizados en el marco de la empresa se desplace hacia los niveles más bajos de la estructura empresarial o se difumine en ellos y no puede alcanzar en definitiva a quienes, en los niveles más elevados, ostentan el máximo poder de decisión», al permitir imputar responsabilidad criminal al directivo o titular de la empresa por el delito cometido por un subordinado cuando se compruebe que «dolosa o (en los casos en que también esto sea posible) imprudentemente, el titular o directivo de la empresa no hizo lo que le era exigible para evitar su ejecución».

Debe tenerse en cuenta que, como con razón señala la doctrina más autorizada en la materia, para que se derive responsabilidad penal en comisión por omisión no es suficiente con que concurra en el sujeto una posición de garante en sentido formal, proveniente de alguna de las fuentes referidas en el art. 11 CP (ley, contrato o actuar precedente peligroso), sino que se requiere, además, un fundamento material de la posición de garantía. Por lo que respecta a los delitos que nos ocupan, procede indicar que la mera ostentación de la condición de titular de una empresa cuyas actividades impliquen un riesgo de contaminación medioambiental no conlleva necesariamente una responsabilidad en comisión por omisión por los resultados no evitados. Más bien solo podrá ser hecho responsable de esos resultados quien posea competencia sobre los aspectos medioambientales de la empresa y, si el sujeto solo es competente para gestionar aspectos medioambientales concretos, pero no todos, únicamente incurrirá en responsabilidad por la contaminación relacionada con ellos. Por ello, acierta el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 600, de 5 de junio de 2009, que absuelve al gerente y jefe de planta de una empresa encargada de la explotación de una estación depuradora de residuos de procedencia urbana, previamente condenados por la Sentencia de 21 de noviembre de 2005 de la Audiencia Provincial de Barcelona. El Tribunal Supremo entendió, entre otros motivos, que no ostentaban posición de garante respecto de los vertidos de procedencia industrial, los cuales representaban el 80% del caudal del vertido, pues su posición de garante estaba limitada a los residuos de procedencia urbana.

La misma argumentación es válida cuando se trata de determinar la responsabilidad en comisión por omisión de los alcaldes o concejales respecto de los vertidos contaminantes que son consecuencia de un incorrecto funcionamiento de instalaciones municipales cuya supervisión se encuentra bajo su ámbito competencial, tanto desde el punto de vista formal como material. En este sentido, es correcta la argumentación del Tribunal Supremo en las ya citadas Sentencias de 29 de septiembre de 2001 y de 29 de enero de 2007.

Sin embargo, salvo en este supuesto específico en el que el origen de la contaminación son los residuos municipales, cuya gestión tenían encomendada los responsables de ese municipio, contaminación que, precisamente por eso, es directamente imputable, a título de autoría, a la omisión de los responsables municipales que no pusieron en marcha los adecuados mecanismos de depuración de esos residuos, en el resto de los casos, es decir, en los supuestos de tolerancia respecto a las actividades contaminantes de terceros (empresas), la responsabilidad penal de los funcionarios públicos o autoridades se restringe a las omisiones puras reguladas en el art. 329, o bien, en determinados supuestos, a una participación en comisión por omisión en el delito cometido por el particular. A estos supuestos me voy a referir en lo que sigue.

3. LAS OMISIONES TIPIFICADAS EN EL ARTÍCULO 329 CP

El art. 329 CP recoge el delito de prevaricación específica en materia medioambiental, donde se tipifican una serie de comportamientos activos y omisivos realizados por autoridades o funcionarios públicos que implican un riesgo para el medio ambiente. Estas conductas son las de emitir un informe favorable a la concesión de una licencia manifiestamente ilegal autorizando el funcionamiento de actividades contaminantes, conceder esa licencia ilegal, votar a favor de su concesión –si se trata de un órgano colegiado–, silenciar la infracción de disposiciones normativas protectoras del medio ambiente detectada con motivo de una inspección y, por último, no realizar una inspección obligatoria. Nos vamos a centrar en las omisiones que el precepto describe.

Como puede apreciarse, estos supuestos tienen en común el incumplimiento por parte de la Administración de sus obligaciones de inspección y control de las actividades con incidencia en el medio ambiente realizadas por particulares. Antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995, tanto la doctrina como la jurisprudencia se mostraban críticas con las actuaciones permisivas de la Administración. En la tantas veces citada STS de 30 de noviembre de 1990, en el caso de la Central Térmica de Cercs, se cuestionaba la actuación de la Administración del Estado que, a través de órdenes ministeriales, autorizó índices de concentración de sustancias contaminantes más elevados que los permitidos por leyes y reglamentos. Entendió el Tribunal Supremo en esta Sentencia que *«si examinamos el contenido de algunas de las comunicaciones de la Administración Central se puede llegar a la conclusión de que la permisividad y excesiva tolerancia de ésta, podría hacer pensar a los responsables de la Central Térmica que la Admi-*

nistración autorizaba las emisiones excesivas», lo que «constituye un dato que podría llevar a exigir responsabilidades a la Administración por dejación de sus compromisos y obligaciones fiscalizadoras». Estas críticas motivaron la tipificación de la tolerancia administrativa en materia medioambiental.

Al respecto, inicialmente, el Código penal sancionaba solo la omisión consistente en silenciar las infracciones de la normativa medioambiental que el funcionario hubiese detectado con motivo de sus inspecciones, pero no incluía otras manifestaciones de tolerancia administrativa en la materia. Particularmente, era atípica la omisión de la inspección misma (así también GÓRRIZ ROYO, SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ). Por esa razón, acertó la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 7 de mayo de 2001 al absolver del delito de prevaricación medioambiental al Alcalde de un municipio en el que una explotación porcina contaminaba recursos fluviales, sin que la granja contase con la preceptiva licencia municipal, y sin que ni el Alcalde ni ninguno de los equipos técnicos del Ayuntamiento inspeccionaran las instalaciones de la granja. La Audiencia condena por el delito contra el medio ambiente del art. 325 a los responsables de la explotación ganadera por no adoptar las medidas necesarias para evitar filtraciones de la balsa de purines y por colocar un colector de PVC para evacuar esos residuos a un torrente, pero absuelve al Alcalde, porque la falta de inspección no podía incardinarse en ese momento en el art. 329: *«la conducta de omisión viene descrita en esta norma al referirse a la autoridad o funcionario que “con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen”. Esta regulación omisiva es perfectamente lógica dado que existe un hecho principal lesivo que el funcionario no impide o denuncia, teniendo obligación de hacerlo. Sin embargo, es evidente que la regulación penal de esa conducta omisiva no es completa. Se habla de silenciar en la inspección de leyes o disposiciones normativas de carácter general, sin que exista referencia alguna, sin embargo, a la omisión de inspecciones –lo que ocurre en el caso de autos– lo cual es totalmente incomprensible a todas luces, y que lleva como resultado que el Código Penal de 1995 viene a penalizar parte del contenido (silenciar en la inspección la infracción de Leyes...) dejando sin embargo impune el continente (omisión de inspecciones)».*

Efectivamente, se trataba de un olvido del legislador que era preciso subsanar mediante una reforma legal, tal y como se hizo en el año 2010, pero obviamente no por el procedimiento de convertir, por la vía de la interpretación jurisprudencial, lo atípico en típico, como hizo el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de mayo de 2003, donde, con una defectuosa y confusa argumentación, casa la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.

La Fiscalía basó su recurso de casación en el, a su entender, error en que incurrió la Sentencia al considerar que el delito de prevaricación medioambiental solo permite castigar al funcionario que realiza inspecciones medioambientales y silencia el incumplimiento de la normativa vigente y no a quienes incumplen las obligaciones de inspección, dado que *«los representantes de las diversas administraciones (...) se erigen en garantes “ex lege” de que se efectúe la debida fiscalización del funcionamiento de las instalaciones contaminantes».* Pues bien, lo que el Tribunal Supremo viene a decir es que es posi-

ble sancionar la ausencia de inspección aplicando el art. 329 en comisión por omisión. Considera que el art. 329, como tipo específico de prevaricación, encierra el contenido de la prevaricación genérica (la tipificada en el art. 404) y, dado que el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de castigar la prevaricación por omisión, también es posible admitir la comisión por omisión de la prevaricación específica del art. 329, acudiendo a la cláusula general del art. 11.

A partir de aquí, el Tribunal argumenta la existencia de una posición de garante en el Alcalde, así como la concurrencia de dolo. Respecto, a lo primero, del artículo 6 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, deduce que el sujeto ostentaba esa posición de garante. En concreto, dice: *«en los delitos de resultado, cabe la comisión por omisión cuando el autor, al infringir un deber jurídico, es la causa de la lesión del bien jurídico afectado. En este caso no puede discutirse, por lo ya expuesto sobre la regulación de las actividades molestas, insalubres (sic) y peligrosas, que (el sujeto) tenía la obligación legal de inspeccionar y con su inactividad creó una ocasión de riesgo, que se ha materializado en resultados dañosos de carácter concreto»*. Y, en cuanto al dolo del sujeto, afirma: *«no se puede argumentar que Jaime desconocía la instalación de la Granja, ya que el hecho probado descarta esta posibilidad. Se trata de un municipio de poco más de mil habitantes y la extensión de la granja la hacía fácilmente detectable, sin necesidad de desplegar una intensa y minuciosa inspección. Era un hecho notorio y perfectamente visible»*.

Dejando aparte la compleja cuestión de la prueba del dolo, que los tribunales no siempre resuelven satisfactoriamente, lo que no resulta convincente es la argumentación que realiza el Tribunal Supremo en esta Sentencia para argumentar que la omisión de la inspección era subsumible en el art. 329, antes de la reforma de 2010, acudiendo a la figura de la comisión por omisión. En efecto, aunque sin duda el Alcalde tiene competencias en materia medioambiental, aspecto que le permite ser sujeto activo del delito, lo que el Tribunal Supremo no explica es cómo se fundamenta en este caso el requisito de la equivalencia. Más concretamente, subyace la cuestión de si es posible la comisión por omisión del art. 329, es decir, si hay omisiones que sean equivalentes a las conductas activas que allí se describen. El Tribunal entiende que sí, como hemos visto, apoyándose en el Acuerdo del Pleno de 30 de junio de 1997, donde se admite la prevaricación por omisión. En el apartado 8 del FJ 1.º plantea el Tribunal el siguiente ejemplo: *«la omisión del preceptivo informe de impacto ambiental, de cualquier industria que se instale en el territorio sobre el que tiene competencia en esta materia constituye, por inactividad dolosa, una decisión o actitud que equivale a la concesión de autorización o licencia por vía de la tolerancia y permisividad y con manifiesta infracción de la normativa medioambiental»*.

Pues bien, sobre todo ello hay que decir, en primer lugar, que no hay acuerdo ni en la doctrina ni en el jurisprudencia sobre la posibilidad de admitir la prevaricación por omisión (al respecto, GÓRRIZ ROYO; en contra de esa posibilidad, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, 1997). En segundo lugar, tampoco debe olvidarse que en el art. 329 solo el acto de conceder una licencia manifiestamente ilegal constituye, en rigor, una prevaricación específica, por lo que las conclusiones dogmáticas que se obtengan

respecto del delito de prevaricación genérica (art. 404 CP) no son trasladables sin más al art. 329, al menos en relación con el resto de las conductas que allí se tipifican. En tercer y último lugar, más allá del ejemplo al que se refiere el Tribunal, lo que en ningún momento se especifica en la Sentencia es a qué conducta activa del art. 329 equivale la concreta omisión que se está enjuiciando (la no inspección de las instalaciones de la granja), y eso es precisamente lo que había que determinar.

En definitiva, tienen razón el Ministerio Fiscal y el Tribunal Supremo cuando señalan que el legislador de 1995 incurre en una paradoja al penalizar los casos en que se lleva a cabo la inspección y se silencia la infracción de normas reguladoras del medioambiente, y deja impune en cambio los casos de total inactividad ante la industria contaminante (apartado 9 del FJ 1.^º), pero la Sentencia incurre en analogía *in malam partem*, contraria al principio de legalidad, porque acaba castigando un supuesto (no inspeccionar) que se asemeja a otro contemplado en la ley (silenciar la infracción detectada con motivo de la inspección) pero que no está previsto en ella. Por eso mismo consideró necesario el legislador introducir esa omisión en el art. 329, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Una vez aclarado este punto, conviene hacer referencia a la discusión relativa a si las omisiones tipificadas en el vigente art. 329 hay que interpretarlas en clave de comisión por omisión o si más bien se trata de omisiones puras. En opinión de un sector de la doctrina (SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ) lo que se tipifica aquí son supuestos de comisión por omisión, por parte de funcionarios públicos o autoridades, del delito del art. 325. Por lo que respecta a la omisión que consiste en silenciar las infracciones detectadas, opinan los autores citados que lo que el funcionario silencia es siempre una infracción de la normativa protectora del medio ambiente que presenta aptitud para causar un grave perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales; es decir, el funcionario no guarda silencio sobre un mero ilícito administrativo, sino sobre un delito contra el medio ambiente. Desde este punto de vista, y partiendo además de la existencia de una posición de garante, cuando el funcionario calla dichas infracciones realiza por omisión el delito del art. 325. Se advierte entonces que esta interpretación puede representar un privilegio penológico para el funcionario, pues el art. 329 establece una pena inferior a la prevista en el art. 325. Para evitar dicho privilegio, este sector doctrinal propone que el concurso de leyes se resuelva a favor de la aplicación del art. 325. Similares consideraciones se realizan respecto a la modalidad de omisión de la inspección.

Sin embargo, como ya expuse en otro lugar (ALASTUEY DOBÓN, 2002), lo cierto es que el legislador no ha seguido aquí el procedimiento del que hace uso en otras ocasiones al tipificar expresamente omisiones impropias, como sucede, por ejemplo, en el delito de torturas del art. 176 o en el delito de malversación del art. 432.1. En ambos casos se imputa al funcionario el resultado delictivo que no ha evitado como si lo hubiera causado por acción, esto es: se prevé para la omisión la misma pena que para la acción. Dado que no es esto lo que sucede respecto de las modalidades omisivas descritas en el art. 329, si aun así se mantiene que se han tipificado aquí formas de

comisión por omisión del delito del art. 325, o bien se asume que en este caso se ha prescindido excepcional e incomprensiblemente de las consecuencias penológicas que conlleva afirmar que estamos ante una omisión impropia, o bien se resuelve el concurso de leyes a favor de la auténtica comisión por omisión del delito del art. 325, sin poderse aplicar nunca entonces los incisos que tratamos. Puesto que ninguna de esas dos soluciones resulta satisfactoria, es preciso encontrar un ámbito de aplicación propio a las omisiones del art. 329, y creo que la búsqueda empieza por reconocer que esas omisiones tienen una gravedad menor que la comisión por omisión del delito del art. 325, lo que obliga a descender en la escala de gravedad de los delitos de omisión, penetrándose así en el ámbito de las omisiones puras.

La menor gravedad de las modalidades omisivas del art. 329 en relación con una omisión impropia viene determinada fundamentalmente por el hecho de que no se exige en ellas que la conducta realizada por el particular, que el funcionario no inspecciona o silencia, realice *ya* el tipo del art. 325. La industria o actividad contaminante que el funcionario no inspecciona, pese a estar obligado a ello, puede incurrir en irregularidades que no sean todavía constitutivas de ilícito penal, aunque representen una infracción administrativa. Igualmente, en el caso de silenciar ilegalidades detectadas, es posible subsumir en el precepto los casos en que el funcionario no da cuenta de ilegalidades que no constituyen una conducta típica contra el medio ambiente. En definitiva, la situación típica vendría determinada en estos casos por la existencia de un peligro sin relevancia penal para el medio ambiente, y es objeto de sanción la no realización de una acción tendente a evitar que dicho peligro se convierta en otro penalmente relevante.

Pero a veces, efectivamente, las actividades contaminantes realizadas por el particular serán ya constitutivas de delito; y, en otras ocasiones, el hecho de que el funcionario no lleve a cabo la inspección o silencie una infracción que haya detectado todavía no delictiva dará lugar a que el particular siga realizando actos contaminantes, alguno de los cuales alcanzará la potencialidad lesiva exigida en el tipo del art. 325. Entonces, la omisión del funcionario realizará también alguno de los dos tipos omisivos del art. 329 y, además, cabrá preguntarse si aquél comete el delito del art. 325 en comisión por omisión por no haber evitado esos vertidos o emisiones. En este caso, aun si se parte de que el funcionario tiene conocimiento de esos resultados delictivos (ello es necesario, pues en caso contrario faltaría el dolo), es preciso que se cumpla el requisito de que la omisión sea equivalente a la acción según el sentido del texto de ley. Pues bien, a mi modo de ver esa equivalencia falta. Para empezar, no es despreciable el dato de que la misma ley la haya negado al regular los comportamientos omisivos del art. 329. Como señala GIMBERNAT ORDEIG (1997), el precepto es un ejemplo de que la existencia de una obligación, en este caso legal, de actuar no da lugar a la comisión por omisión si no se cumple además el requisito de la equivalencia. Además, parto de la base de que el funcionario que omite la inspección o el que acude a realizar la inspección y silencia las actividades contaminantes que detecta no es el competente para evitar el vertido o emisión que implican un peligro para el equilibrio

de los sistemas naturales, sino que sus competencias son las de informar a quienes pueden impedir esos vertidos (en este sentido también GÓRRIZ ROYO). No es posible, por tanto que haya en estos casos autoría por omisión del delito del art. 325 por parte de esos funcionarios. Como mucho, la connivencia con el particular que comete el delito del art. 325 podrá determinar una participación por omisión del funcionario en dicho delito (al respecto, GÓMEZ RIVERO).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALASTUEY DOBÓN, C.: *Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Tomo XLV, Fascículo III, 1992, pgs. 969 y ss.
- ALASTUEY DOBÓN, C.: *El ámbito de aplicación del artículo 329 CP: examen de sus conductas típicas*, Revista de Derecho penal y Criminología, núm. 9, 2002, pgs. 11 y ss.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general III, Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001.
- DEMETRIO CRESPO, E.: *Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas*, en SERRANO-PIEDRECASAS; DEMETRIO CRESPO (Dir.): «Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial», Colex, Madrid, 2010, pgs. 11 y ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *La omisión impropia en la doctrina penal alemana. Una exposición*, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Tomo L, 1997, pgs. 5 y ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, G.: *Artículo 11*, en COBO DEL ROSAL (Dir.): «Comentarios al Código penal», Tomo I, EDERSA, Madrid, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)*, en DIEZ RIPOLLÉS, ROMEO CASABONA, GRACIA MARTÍN, HIGUERA GUIMERÁ (Ed.): «La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir», Tecnos, Madrid, 2002, pgs. 685 y ss.
- GÓMEZ RIVERO, M. C.: *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GÓRRIZ ROYO, E.: *Omisión y tolerancia administrativa en derecho penal del medio ambiente, a propósito del art. 329.1.2.º CP*, Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 14, 2005, pgs. 25 y ss.
- GRACIA MARTÍN, L.: *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales: el delito integrado de la actuación en lugar de otro y sus consecuencias jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1986.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: *Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)*, en «Derecho y justicia

— XII. *Derecho penal ambiental: formas de imputación de responsabilidad criminal en los delitos contra...*

penal en el siglo XX. *Liber amicorum* en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García», Colex, Madrid, 2006, pgs. 411 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: *Artículo 11*, en COBO DEL ROSAL (Dir.): «Comentarios al Código penal», Tomo I, EDERSA, Madrid, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M.; MONTANER FERNÁNDEZ, R.: *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, Atelier, Barcelona, 2012.

SCHÜNEMANN, B.: *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro*, en «Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo», Civitas, Madrid, 2005, pgs. 981 y ss.

VIVES ANTÓN, T. S.: *Artículo 11*, en COBO DEL ROSAL (Dir.): «Comentarios al Código penal», Tomo I, EDERSA, Madrid, 1999.

