

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 329 CP: EXAMEN DE SUS CONDUCTAS TÍPICAS

M. CARMEN ALASTUEY DOBÓN

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza

Revista de derecho penal y criminología, 2ª Época, núm. 9 (2002), págs. 11-37

I. Introducción

(p. 11) El artículo 329 del Código penal¹ supone la incorporación novedosa a nuestra legislación penal de un precepto destinado a sancionar determinadas conductas irregulares, con incidencia en los recursos naturales y el medio ambiente, realizadas por los funcionarios públicos o autoridades^{2,3}. Se da respuesta así a la reivindicación de un amplio sector doctrinal que abogaba por la introducción de un precepto de estas características⁴, (p. 12) si bien las razones alegadas eran eminentemente prácticas, pues aunque fuera posible en gran parte de los casos, rara vez acudían los jueces y tribunales a la figura de la prevaricación administrativa para castigar esos comportamientos⁵. Pero la concreta

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

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

² Un precepto de esta naturaleza, aunque con formulaciones diversas, se encontraba ya en el Proyecto de Código penal de 1980 (art. 324), en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983 (art. 311), así como en los proyectos de Código penal de 1992 y 1994 (arts. 313 y 311, respectivamente). Al respecto, véase, por ejemplo, FALCÓN CARO, M. C, La responsabilidad penal del funcionario: artículo 329 del Código penal, CPC, n. 66, 1998, p. 677.

³ Como es sabido, han sido introducidos también en el Código penal dos preceptos muy similares en relación con los delitos sobre la ordenación del territorio y el patrimonio histórico (arts. 320 y 322, respectivamente).

⁴ A ello se refieren VICENTE MARTÍNEZ, R. de, Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente, Universidad Complutense de Madrid/Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 122; y VERCHER NOGUERA, A., en VV. AA., Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia), Comares, Granada, 1998, pp. 1489-1490. También se habían levantado voces discrepantes, como la de MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., Derecho penal y protección del medio ambiente, Colex, Madrid, 1992, pp. 226-227.

⁵ Al respecto, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C, Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II, Trivium, Madrid, 1997, p. 3263; GÓMEZ RIVERO, M. C, Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental, La Ley, 1996-4, p. 1243; SIERRA LÓPEZ, M. V., La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el título XVI: su relación con la prevaricación genérica del artículo 404 del Código Penal, AP, n. 36, 2000, p. 771; FALCÓN CARO, M. C, La responsabilidad (n. 2), p. 676; PRATS CANUT, J. M., y MARQUÉS Y BANQUÉ, M., en QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.): Comentarios al Nuevo Código Penal, 2.a ed., Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1604. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos contra el medio ambiente, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 152, se refiere, como probables razones que han movido al legislador a tipificar estas conductas, a fines pedagógicos o de recordatorio.

regulación que se ha logrado supera con creces la finalidad de orientar a los jueces y tribunales en un sentido determinado; de hecho, como veremos, el precepto dista mucho de ser superfluo desde el punto de vista dogmático. Razones prácticas aparte, tiene sentido señalar como finalidades adicionales del precepto, en primer lugar, la de cubrir posibles lagunas de punibilidad en un ámbito, como el del medio ambiente, necesitado sin duda de protección —incluso penal— cada vez en mayor medida, así como, en segundo lugar, la de establecer una penalidad agravada para hechos que, si bien ya tendrían cabida en otros tipos delictivos a título de autoría o de participación, se consideren insuficientemente penados por razón del objeto u objetos que se ven menoscabados o en atención a las especiales características del sujeto activo⁶. Pues bien, los problemas que el art. 329 plantea —y lo mismo puede decirse sobre los arts. 320 y 322—, ya advertidos por la doctrina, surgen precisamente (**p. 13**) en el momento en que se averigua cómo ha cumplido el precepto estas misiones.

Por lo que respecta a la hipotética función de cubrir lagunas de punibilidad, si se relaciona el art. 329 con el resto de los delitos contra el medio ambiente y con el delito del art. 404 se observa que, en efecto, se tipifican conductas que de no existir el art. 329 podrían quedar impunes. Sin embargo, una vez identificados estos hechos se ha apuntado que al menos algunos de ellos no deberían quizá ser objeto de intervención penal, de manera que, más que cubrirse lagunas de punibilidad, parece que se ha producido un injustificado adelantamiento de las barreras de protección⁷ al que algunos autores intentan hacer frente con diversos métodos interpretativos, como se expondrá enseguida. Y, por lo que respecta a la segunda posible misión —agrarar la responsabilidad—, se cumple en las relaciones entre los artículos 329 y 404, donde parece encontrarse plenamente justificada, al menos en lo referente a alguna de las conductas tipificadas en el precepto mencionado en primer lugar⁸, pues merece mayor pena el funcionario o autoridad cuando resuelve de un modo injusto, con el desvalor que esa conducta conlleva, y esa resolución implica o puede implicar un perjuicio al medio ambiente que cuando no se da la afectación a este bien jurídico. Pero también parece más grave la conducta de un funcionario o autoridad que implique un menoscabo del medio ambiente, cuando precisamente la Administración es la principal encargada de velar por su conservación, que la misma conducta por parte de un particular; sin embargo, se da la circunstancia de que cuando la conducta del funcionario es punible ya como autoría o participación en el delito del art. 325, el recurso al art. 329 produce un efecto de privilegio penológico⁹ de difícil justificación.

⁶ Sobre que un precepto como el que analizamos sólo puede tener una de las dos (o las dos) finalidades mencionadas, véanse DE LA MATA BARRANCO, N. J., La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (Coord.): «El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz», Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1234; GÓMEZ RIVERO, M. C, Algunos aspectos (n. 5), p. 1239; la misma. El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 70-71; y TERRADILLOS BASÓCO, L, Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente, Estudios Penales y Criminológicos, volumen XX, 1997, p. 317.

⁷ Entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., LOS delitos relacionados con la emisión de informes y la tramitación de expedientes, Revista Aragonesa de Administración Pública, n. 11, 1997, p. 475; y DE LA MATA BARRANCO, N. J., La construcción (n. 6), p. 1240, refiriéndose a la interpretación que del precepto hace la opinión mayoritaria, que este autor no comparte.

⁸ Queda, de momento, al margen la cuestión de que en el art. 329 se contienen en realidad varios tipos, a los que la doctrina otorga significados diversos en su relación con la prevaricación administrativa contenida en el art. 404, si bien todos ellos se castigan con la misma pena.

⁹ A ello se refiere la gran mayoría de la doctrina. Véanse, por ejemplo, CARMONA SALGADO, C, en COBO DEL ROSAL (Dir.): Curso de Derecho penal español, Parte especial II, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 29, 30, 32-33; GÓMEZ RIVERO, M. C, Algunos aspectos (n. 5), p. 1239;

(p. 14) Con ser ya de envergadura los mencionados inconvenientes del precepto, no han sido los únicos que se han señalado. Así, a modo de ejemplo, se achaca al art. 329 una grave descoordinación con las normas administrativas que sancionan similares comportamientos de los funcionarios públicos¹⁰, la equiparación desde el punto de vista penológico de hechos con distinto grado de desvalor¹¹ y, como crítica general a los arts. 320, 322 y 329, varios autores indican lo inadecuado de tipificar estas conductas sólo con respecto a algunos bienes jurídicos olvidando otros, como la salud pública, donde podría tener en su caso el mismo sentido, apreciándose por ello un agravio comparativo¹². En fin, por estas y algunas otras razones, las opiniones vertidas sobre este artículo son mayoritariamente críticas, hasta el punto de que algún autor lo ha considerado «un ejemplo de norma jeroglífica»¹³.

El objetivo de esta contribución no es efectuar una valoración político-criminal del precepto, sino tratar, al hilo de la interpretación de las distintas conductas tipificadas, las dos cuestiones a mi juicio más problemáticas de las que afectan al ámbito de aplicación del precepto y que han sido puestas de relieve por la doctrina, a saber, en primer lugar, qué requisitos han de reunirse para considerar subsumible en él la actuación de un funcionario público o autoridad, en concreto, si las conductas tipificadas han de ser tratadas como tipos autónomos o como formas de participación en un hecho principal y, en segundo lugar, cuál es el modo adecuado de delimitar las conductas que entran en la órbita del art. 325¹⁴ de las que penetran en el 329 en los casos en que la actividad **(p. 15)** del funcionario o autoridad pueda ser considerada, de acuerdo con las reglas generales, como de autoría o participación en el delito contra el medio ambiente cometido por el particular. Ambas cuestiones presentan entre sí una relativa independencia.

En todo caso, es preciso partir de la imposibilidad de otorgar un tratamiento unitario a la totalidad del precepto, pues se comprenden en él —al menos— tres tipos, si bien para todos ellos está prevista la misma pena: inhabilitación especial para empleo o cargo público por

ACALE SÁNCHEZ, M., La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Título XVI del Código Penal: especial referencia al artículo 320, PJ, n. 47, p. 121; MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal. Parte especial, 12.a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 562; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), p. 152 (véase su matización en p. 166, nota 219); y Boix REIG, J., y JAREÑO LEAL, A., en VIVES ANTÓN (Coord.): Comentarios al Código penal de 1995, Volumen II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1606.

¹⁰ Véase VIRTO LARRUSCÁIN, M. J. El delito de prevaricación del funcionario público, en ASÚA BATARRITA (Ed.): «Delitos contra la Administración Pública», PVAP, Bilbao, 1997, pp. 131-132.

¹¹ Esta crítica se encuentra prácticamente generalizada. Así, entre otros, M. GÓMEZ TOMILLO, Urbanismo, función pública y Derecho Penal, Comares, Granada, 2000, pp. 325-326, en relación con el art. 320; VIRTO LARRUSCÁIN, M. J., El delito (n. 10), pp. 130-131; y PRATS CANUT, J. M., y MARQUÉS I BANQUÉ, M., Comentarios (n. 5), p. 1606.

¹² Por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Un ejemplo de norma jeroglífica: el artículo 329 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) —Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre consumación, tentativa, autoría, participación y pena referidas al artículo 329 CP (y figuras afines)—, RDPP, n.º 3, 2000, p. 17; CARMONA SALGADO, C, Curso (n. 9), p. 30; GÓMEZ TOMILLO, M., Urbanismo (n. 11), p. 267, en relación con la conducta de emitir informes por parte de funcionarios públicos que vulneren dolosamente el ordenamiento jurídico; ACALE SÁNCHEZ, M., La responsabilidad (n. 9), p. 119. Ya en este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, L., Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España, Estudios Penales y Criminológicos, Volumen V, 1980-81, pp. 309-310; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., Derecho penal (n. 4), p. 226; y el mismo, Los delitos relativos a la protección del medio ambiente, Colex, Madrid, 1998, pp. 64-65.

¹³ Véase el título del trabajo de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., citado en n. 12.

¹⁴ Se tomará como base este precepto por constituir la figura delictiva central de entre las infracciones contra el medio ambiente que pueden ser cometidas por cualquier persona, y en relación con la cual se planteará, por tanto, en la mayor parte de los casos el problema mencionado en el texto.

tiempo de siete a diez años —por remisión a la pena del delito de prevaricación del art. 404— y prisión de seis meses a tres años o multa de ocho a veinticuatro meses¹⁵.

II. La interpretación de las distintas conductas típicas

1. *La conducta de informar favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores*

De todas las conductas tipificadas en el art. 329, esta es la que mayor polémica ha suscitado. Para la gran mayoría de la doctrina, la punición de este comportamiento es un claro ejemplo de que el art. 329 no es un precepto superfluo, pues si no existiera este artículo la conducta que aquí se trata sería impune salvo en los casos en que fuera constitutiva de participación en la prevaricación del art. 404 o en los delitos de los artículos 325 ó 328¹⁶. De esta afirmación se deduce una determinada (**p. 16**) interpretación del inciso primero del art. 329.1, en el sentido de entender que se tipifica aquí la emisión de un informe, con el contenido que explicita el texto legal, por parte de una autoridad o funcionario público; es decir, se requiere para la realización del tipo una mera actividad, punible aunque luego no se llegue a conceder la licencia con base en el contenido del informe o aunque —pensando en que la licencia efectivamente se conceda— no lleguen a funcionar esas industrias o a realizarse esas actividades contaminantes¹⁷. Por otra parte, y como consecuencia de lo dicho, si finalmente otro funcionario o autoridad concede la licencia y el particular realiza las actividades contaminantes que se describen en el art. 325, para castigar a quien emite el informe no es preciso buscar en su conducta elementos de participación en el hecho de conceder la licencia o en el de llevar a cabo actos contaminantes: en concreto, desde la concepción de la participación que asumo¹⁸, aun en los casos en que se aprecie la existencia del elemento objetivo de la participación, no haría falta exigir acuerdo de voluntades, ni tampoco sería preciso que fuese típica (al menos) la conducta del otro funcionario o particular.

¹⁵ En el estudio que sigue de los comportamientos tipificados en el precepto se ha utilizado también bibliografía referida a los arts. 320 y 322. En la medida en que los argumentos desarrollados en estos textos sirvan para interpretar el art. 329 se incorporarán estas referencias bibliográficas a las notas al pie de página junto con los estudios que analicen únicamente el art. 329.

¹⁶ Véanse, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), p. 156 y nota 208 en la misma página; 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 de 1995, AP, n.º 14, 1998, p. 302; y GÓMEZ TOMILLO, M., Urbanismo (n. 11), pp. 265-266. Por supuesto, si sólo se hubiese tipificado el comportamiento de resolver a favor de la concesión de la licencia (art. 329.2) también sería impune la conducta que analizamos, salvo cuando pudiese considerarse la conducta de informar como de participación en la de resolver. Véase, asimismo, DE LA MATA BARRANCO, N. J., La construcción (n. 6), pp. 1234-1235, aunque con los importantes matices que veremos. Por el contrario, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Un ejemplo (n. 12), p. 31, considera que este comportamiento «sería de todas formas típico, como consecuencia de enlazar los artículos 28 a) o b) y 404 del Código penal».

¹⁷ Véanse SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), pp. 153-156; GÓMEZ TOMILLO, M., Urbanismo (n. 11), p. 213; VEGA RUIZ, A. de, Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código penal de 1995, Colex, Madrid, 1996, p. 120; GÓMEZ RIVERO, M. C., El régimen (n. 6), pp. 104 y ss.; y GARCÍA PLANAS, G., El delito urbanístico. (Delitos relativos a la ordenación del territorio), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 100.

¹⁸ La misma se corresponde con la defendida por mi maestro (véase CEREZO MIR, J., Derecho penal. Parte general-Lecciones, 2.a ed., UNED, Madrid, 2000, pp. 199 y ss.).

En definitiva, con arreglo a la opinión sostenida mayoritariamente, lo que se ha tipificado aquí es un hecho delictivo autónomo, absolutamente desprendido de cualquier exigencia de accesoriadad en relación con un supuesto hecho principal¹⁹. Desde luego, es posible e incluso será frecuente que la conducta de informar favorablemente la concesión de esas licencias cumpla los requisitos necesarios para ser considerada una forma de participación en alguno de los hechos descritos en el art. 329.2 (o 404) o en algún delito contra el medio ambiente cometido por un particular, planteándose entonces diversas situaciones de concurso de leyes o de delitos. Por último, y en consonancia con todo lo expuesto, la doctrina mayoritaria coincide en calificar el delito como de peligro abstracto²⁰.

(p. 17) Comparto en lo esencial la opinión que sucintamente acaba de exponerse, asumiendo que su defensa implica admitir que la inclusión en el Código penal del tipo relativo a la emisión de informes por parte de funcionarios o autoridades ha supuesto una ampliación del ámbito de lo punible que se manifiesta en dos frentes. Es preciso recordar, a este respecto, que nos encontramos ante un delito pluriofensivo²¹. En primer lugar, su objeto de protección coincide con el del delito de prevaricación administrativa del art. 404, y ello no sólo porque el art. 329 remita a la pena prevista en éste²², sino también porque, en efecto, las conductas descritas en dicho precepto afectan al bien jurídico que ha venido a definirse como la legalidad en el ejercicio de la función administrativa²³. En el art. 404 el legislador ha descrito, como forma de lesión al citado bien jurídico, el dictado de una resolución arbitraria en un asunto administrativo²⁴. Por tanto, en relación con ese precepto, el acto de emitir un informe sólo puede ser constitutivo de participación, dado que tal conducta no supone todavía resolver, o dicho de otro modo, no constituye una prevaricación —si se utiliza el

¹⁹ Una cuestión distinta, a la que más adelante se aludirá, es la relativa a las características que ha de reunir un tipo para poder ser calificado como forma de participación en un hecho ajeno expresamente tipificada; en particular, se trata de determinar cómo le afectan las reglas de accesoriadad.

²⁰ Así, refiriéndose a la opinión mayoritaria, que él no comparte, y con indicaciones bibliográficas, DE LA MATA BARRANCO, N. J., *La construcción* (n. 6), p. 1238. Véanse, asimismo, GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo* (n. 11), pp. 58 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Delitos* (n. 5), 155-157; y GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen* (n. 6), pp. 74-75 y nota 103 en esta última página, sobre la interpretación del precepto que se deriva de su consideración del mismo como delito de peligro abstracto.

²¹ Esta cualidad afecta a todas las conductas tipificadas en el precepto. Véanse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Un ejemplo* (n. 12), pp. 19, 20-21 y 26; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Delitos* (n. 5), p. 155; en relación con el tipo de omisión, GIMBERNAT ORDEIG, E., *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, ADPCP, tomo L, 1997, pp. 94-95; GÓMEZ RTVERO, M. C., *El régimen* (n. 6), pp. 73-74; GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo* (n. 11), pp. 34 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas, ACALE SÁNCHEZ, M., *La responsabilidad* (n. 9), p. 120; DE LA MATA BARRANCO, N. J., *La construcción* (n. 6), pp. 1230 y 1237, con los matices que se derivan de su forma de interpretar el precepto; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2.a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 150, 154 y 156; SALINERO ALONSO, C., *La protección del patrimonio histórico en el Código Penal de 1995*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 312; y DOVAL PAÍS, A., *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 222.

²² Hay quien considera incluso que de esta remisión se deduce la idéntica naturaleza de los arts. 329 y 404. De esa opinión, PRATS CANUT, J. M., y MARQUÉS I BANQUÉ, M., *Comentarios* (n. 5), p. 1605.

²³ Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 314 y ss.; y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito* (n. 21), pp. 24 y ss.

²⁴ No se discute que el delito de prevaricación administrativa es de lesión. Por otra parte, la opinión mayoritaria considera que es de simple actividad (así, por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito* [n. 21], pp. 27-29). OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación* (n. 23), pp. 401-402, lo interpreta, por el contrario, como delito de resultado, constituyendo dicho resultado la «resolución» —como efecto del acto de dictarla— que cumpla los requisitos necesarios para entrar en el tráfico jurídico.

término con **(p. 18)** propiedad—²⁵. Pero en los delitos contra el medio ambiente el funcionario que emite un informe favorable a la concesión de una licencia ilegal es ya autor de una infracción penal. Desde este punto de vista, se ha incrementado el número de conductas punibles. La explicación se encuentra en que la elaboración de un informe con ese contenido tiene una especial trascendencia en lo referente a un posible menoscabo del medio ambiente pues, como apunta GARCÍA PLANAS²⁶, normalmente las autoridades o funcionarios carecen de conocimientos técnicos específicos, y se apoyan en esos dictámenes que les sirven en gran medida para dictar la correspondiente resolución. No será infrecuente, por ello, que la autoridad conceda la licencia desconociendo que está basada en un informe que no se ajusta a la legalidad, con lo cual, en definitiva, será el funcionario informante quien tenga el dominio del hecho. Por estas razones ha creído conveniente el legislador tipificar una conducta que constituye otra forma de lesión al bien jurídico anteriormente mencionado²⁷, aunque cronológicamente se sitúe en un momento anterior al de la comisión del delito consistente en la concesión de la licencia²⁸.

En segundo lugar, como es obvio, el art. 329 se orienta a la protección del medio ambiente. En lo referente a la determinación del grado de afectación a dicho bien jurídico mediante la conducta de emitir dolosamente un informe con el contenido a que se refiere el art. 329.1, hay que tener en cuenta cuál es la protección penal que se efectúa del medio ambiente. El Derecho penal no sanciona cualquier acción que pueda implicar un menoscabo de los recursos naturales, sino sólo aquellas **(p. 19)** que alcancen una especial gravedad, por tener una entidad que supere la mera infracción administrativa. Aun así, lo que se regula en el art. 325, núcleo de las infracciones penales contra el medio ambiente, no adopta la forma de delito de lesión, y ni siquiera de peligro concreto, sino que se trata de un delito de peligro abstracto —en concreto de aptitud para la producción de un daño— para el «equilibrio de los sistemas naturales»²⁹. También el delito del art. 329 tiene como objeto la

²⁵ En este sentido, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., La prevaricación (n. 23), p. 397. Véase también VIRTO LARRUSCÁIN, M. J., El delito (n. 10), pp. 131, 144-145.

²⁶ GARCÍA PLANAS, G., El delito (n. 17), p. 94.

²⁷ De otra opinión, GÓMEZ TOMILLO, M., Urbanismo (n. 11), pp. 59 y ss., quien considera que el tipo de emisión de informes del art. 320, en relación con el bien jurídico «legalidad en el ejercicio de la función pública» es un delito de peligro posible o hipotético (sigue el autor la tesis de TORÍO LÓPEZ, A., Los delitos de peligro hipotético, ADPCP, 1981, pp. 825 y ss.).

²⁸ Por lo que respecta a las relaciones entre ambos delitos, VIRTO LARRUSCÁIN, M. J., El delito (n. 10), p. 133 opina que el hecho de informar favorablemente sólo puede sancionarse «cuando se pueda determinar ex-ante una progresión en el peligro de llegar a una resolución arbitraria, de manera que ésta sea consecuencia inmediata o casi necesaria del precedente informe manifiestamente ilegal» (las cursivas han sido añadidas). Se exige, por tanto, una aptitud de la concreta conducta de informar para desembocar en la concesión de la licencia. Así interpreto también la opinión de SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), p. 157, que sigue a la autora anteriormente citada cuando apunta que le parece razonable la opinión de «sancionar sólo cuando la resolución arbitraria aparezca como consecuencia inmediata o casi necesaria del informe». Eso no significa, no obstante, que este autor considere que la consumación del delito exija que se haya dictado la resolución (véase *ibidem*, p. 156).

²⁹ Crean también que se trata de un delito de peligro hipotético o de aptitud para la producción de un daño, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), p. 76; TERRADILLOS BASOCO, J., «Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código penal español. Luces y sombras», Estudios Penales y Criminológicos, volumen XIX, 1996, p. 319; MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal (n. 9), p. 555; MORALES PRATS, F., La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley Penal en blanco y concepto de peligro, en VALLE MUÑIZ (Coord.): «La protección jurídica del medio ambiente», Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 251-252; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Delitos (n. 16), p. 294; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., Los delitos (n. 12), pp. 72 y ss.; PRATS CANUT, J. M., y MARQUÉS I BANQUÉ, M., Comentarios (n. 5), pp. 1574-1575; y CARMONA SALGADO, C, Curso (n. 9), p. 54. Consideran, por el contrario, que es un delito de peligro concreto Boix REIG, J., en VV. AA.: Derecho penal. Parte especial, 3.a ed., Tirant lo Blach, Valencia, 1999, p. 642; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C, Código Penal (n. 5),

protección del equilibrio de los sistemas naturales. Pero si la realización de un vertido, emisión etc. infringiendo la normativa administrativa no tiene por qué suponer una lesión ni un peligro concreto del equilibrio de los sistemas naturales y, aunque puede tratarse de una acción peligrosa ex ante para ese equilibrio (tipicidad), puede también no presentar, en el caso concreto, esa cualidad (atipicidad), parece claro que la emisión de un informe favorable a la concesión de una licencia que permita que se realicen tales actividades está más lejos de afectar al bien jurídico. Se trata también de un peligro abstracto para el equilibrio de los sistemas naturales aunque, por lo que respecta a la progresión en la afectación al bien jurídico, las conductas típicas se encuentran en una fase anterior a las descritas en el art. 325³⁰. Desde este punto de vista, se ha producido un adelantamiento de las barreras de protección³¹.

(p. 20) Con el fin de limitar la aplicación del primer inciso del art. 329.1 —y lo mismo sucede con respecto a los arts. 320.1 y 322.1—, y evitar así lo que ha sido calificado como un injustificado adelantamiento en la intervención penal, un sector de la doctrina se aparta de la interpretación mayoritariamente realizada del tipo penal que tratamos. Estos autores coinciden en considerar que es preciso afirmar un grado de dependencia de esta conducta respecto de los tipos del art. 329.2 o del 325; rechazan, por tanto, la consideración del inciso primero del art. 329.1 como delito autónomo. Se trataría de un supuesto de participación expresamente tipificado. Las opiniones difieren en lo referente al hecho que deba ser considerado principal, así como en lo relativo al grado de dependencia del mismo. Para llevar a cabo la breve exposición que sigue, se toman como ejemplo las opiniones de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIE-TO y de DE LA MATA BARRANCO.

El primer profesor citado³² cree que la emisión del informe es una conducta que «carece de significado por sí sola (...); su apreciación exige en todo caso la realización no justificada de otro comportamiento típico al que referir o con el que conectar el del primer inciso del artículo 329.1»³³. En su opinión, es preciso considerar hecho principal a la conducta de resolver a favor de la concesión de la licencia, tipificada en el apartado segundo del art. 329, así como someter a la forma de participación específica (la emisión del informe) al principio de accesoriedad, tanto cuantitativa como cualitativa. Entiende este autor que si se prescindiera de exigir un comienzo de ejecución del hecho principal³⁴, **(p. 21)** se estaría

pp. 3223 y 3233; ALMELA VICH, C, El medio ambiente y su protección penal, AP, 1998, p. 32, nota 23; BLANCO PEÑALVER, A., Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente y relativos a la protección de la flora y la fauna, en «Estudios jurídicos. Ministerio fiscal», Ministerio de Justicia, Madrid, 1997; p. 449; GARCÍA RIVAS, N., Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial, Praxis, Barcelona, 1998, pp. 136-137; y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., El principio de lesividad y el delito ecológico, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (Coord.): «El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz», Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1425-1426, 1427.

³⁰ Cree que el delito del art. 320.1 es uno de peligro abstracto puro para el bien jurídico «ordenación del territorio», GÓMEZ TOMILLO, M., Urbanismo (n. 11), pp. 69 y ss.

³¹ Si nos fijamos en la progresión de la afectación al bien jurídico, la conducta de emitir un informe representa sólo un acto preparatorio. Esto no significa, no obstante, que dicha conducta comparta las características de los denominados «tipos de preparación». Sobre ellos, así como sobre sus diferencias con los tipos de peligro de realización de otros tipos, categoría en la que a mi entender se inserta la conducta que estudiamos, véase GRACIA MARTÍN, L., La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal, Trivium, Madrid, 1990, pp. 209 y ss., y 228 y ss.

³² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Un ejemplo (n. 12), pp. 30-32.

³³ Ibidem, p. 30.

³⁴ CASTRO BOBILLO, J. C, LOS delitos contra la ordenación del territorio, AP, 1997, pp. 415-416, (refiriéndose al art. 320) exige que se llegue a resolver a favor de la concesión de la licencia y, por lo tanto, que se consume la prevaricación (específica) para castigar al funcionario que emita el informe, con lo que desde este punto de vista su postura se convierte en más exigente que la de OCTAVIO DE TOLEDO —dado que a este autor le basta con el comienzo de la ejecución—.

incriminando una proposición para delinquir y no estaría justificada una equiparación de la pena con la de la autoría, puesto que cuando el legislador castiga expresamente la proposición lo hace siempre con una pena menor a la que corresponde a la autoría. Por otro lado, según el mencionado autor, los supuestos de participación expresamente tipificados no han de sustraerse a los dictados de la accesoriedad cualitativa (para él, limitada)³⁵. Al estar prevista para esta conducta la misma pena que para el hecho principal, concluye OCTAVIO DE TOLEDO que aquélla no puede identificarse con una inducción o cooperación necesaria al delito del art. 329.2, pues entonces no tendría sentido el primer inciso del art. 329.1, de lo que se deduce que la acción de informar favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales tiene el carácter de cooperación no necesaria en el acto de conceder injustamente dicha licencia³⁶.

En la misma línea se encuentra la argumentación de DE LA MATA BARRANCO³⁷. Este autor parte de que el art. 329 no pretende adelantar las barreras de protección, sino deslindar la responsabilidad de un partícipe cualificado de la de un autor no cualificado o evitar condicionar la (p. 22) responsabilidad de aquél a la de éste³⁸. Para él, el hecho principal con el que hay que relacionar el acto de participación que se tipifica expresamente está descrito en el art. 325; de manera que, con el fin de evitar una intervención penal

Podría considerarse que este dato no tiene mayor importancia, pues una afirmación u otra conducen al mismo resultado según se considere la prevaricación un delito de simple actividad o de resultado (es de resultado para OCTAVIO DE TOLEDO —véase, supra, nota 24—). La cuestión adquiere alguna trascendencia cuando se advierte que en el art. 329.2 (hecho principal) se recoge la conducta de votar a favor de la concesión de la licencia, lo que no significa resolver favorablemente la concesión de la misma, pero puede interpretarse como un principio de ejecución (tentativa), como más adelante se expondrá en el texto. Ahora bien, CASTRO BOBILLO parece conformarse con exigir que se conceda la licencia. Desde este punto de vista su opinión es menos exigente que la de OCTAVIO DE TOLEDO, pues éste, como ya se ha dicho, somete al principio de accesoriedad cualitativa la conducta que estudiamos.

También cree que el delito sólo se puede considerar consumado cuando se haya concedido la autorización, SIERRA LÓPEZ, M. V., La prevaricación (n. 5), pp. 780-781. Posiblemente LASO MARTÍNEZ J. L., sostenga la misma postura que CASTRO BOBILLO, pues en su libro Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 154, señala que «debe existir una relación de causa a efecto entre el informe y la concesión de la licencia, es decir, que sea determinante del otorgamiento» (al respecto, GÓMEZ TOMILLO, M., Urbanismo [n. 11], p. 215). Se muestra vacilante sobre el particular, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., El delito (n. 21), pp. 150, 152-153.

³⁵ Sobre la teoría de la accesoriedad que aquí se considera correcta, véase BOLDOVA PASAMAR, M. A., La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, Civitas/Prencas Universitarias de Zaragoza, 1995, pp. 144 y ss. Véase también el matiz que introduce CEREZO MIR, J., Derecho Penal (n. 18), pp. 200-201.

³⁶ En consecuencia, excluye este autor del primer inciso del art. 329.1 la emisión de informes que legal o reglamentariamente sean obligatorios para dictar la resolución, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Un ejemplo (n. 12), p. 32.

³⁷ Véase su artículo La construcción (n. 6), pp. 1243 y ss., así como su trabajo previo El art. 320.1: prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas, en DE LA MATA BARRANCO (Ed.): «Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio», IVAP, Oñati, 1998, pp. 154 y ss. Es preciso aclarar que este autor (como otros que han sido ya citados), argumenta a partir del art. 320.1 —en relación con el art. 319— pero extiende sus conclusiones al primer inciso del art. 329.1 —en relación con el art. 325—. Lo hace así expresamente {Ob. cit., p. 1244} con respecto al único argumento que, en principio, no se podría extrapolar al art. 329 por ampararse en lo dispuesto en un precepto (el 264.2) del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992. Por eso, con el fin de no causar confusión en la lectura de la argumentación del texto, me permito resumir su opinión mencionando directamente, en la medida de lo posible, los artículos relativos a los delitos contra el medio ambiente.

³⁸ DE LA MATA BARRANCO, N. J., La construcción (n. 6), p. 1243.

desmesurada, considera necesario exigir la realización de la emisión, vertido, etc. para sancionar la conducta del funcionario que emite el informe³⁹. Sin embargo, a diferencia de la opinión manifestada por OCTAVIO DE TOLEDO, cree el autor que no es necesario someter la conducta al criterio de la accesoriedad cualitativa. Exige sólo lo imprescindible para poder hablar de tipo de participación: que se haya ejecutado el hecho principal. DE LA MATA rechaza la calificación del inciso primero del art. 329.1 como delito de mera actividad si con ello pretende indicarse la posibilidad de sancionar la emisión del informe sin necesidad de que se produzca la actividad contaminante. Aunque la conducta de participación se consume con la mera emisión del informe, ha de realizarse el hecho principal o al menos iniciarse su ejecución para que exista un tipo al que vincular el tipo de participación. Siempre según este autor, desde ese punto de vista podría afirmarse que se exige un resultado que ha de ser abarcado por el dolo del partícipe, pero si ese resultado falta no se puede sancionar al funcionario por tentativa, pues sus actos son de colaboración y no ejecutivos. En ese caso sólo cabrá sancionar penalmente al funcionario si su conducta realiza el tipo de la prevaricación genérica⁴⁰.

Aunque este autor analiza sólo la conducta de emisión del informe, entiende que la dependencia respecto del art. 325 abarca a todos los comportamientos del art. 329. En su opinión, el tipo del art. 329.2 tampoco gozaría de entidad propia. El art. 329.1 sanciona la participación (**p. 23**) en una conducta de participación; esta última (art. 329.2) consiste en autorizar directamente el comportamiento delictivo (art. 325)⁴¹. De aquí se deduce que la conducta del funcionario que concede la licencia tampoco es punible si no se lleva a cabo el hecho principal⁴².

Dejando al margen la cuestión relativa a la conveniencia o inconveniencia, desde el punto de vista político-criminal, del castigo autónomo de la conducta tipificada en el inciso primero del art. 329.1, es necesario realizar una interpretación acorde con la voluntad de la ley. A ella me parece que no se ajustan las opiniones expuestas. Así, para empezar, con respecto a las dos propuestas analizadas cabe plantear la duda sobre su correspondencia con el tenor literal del precepto, pues de él no creo posible deducir la exigencia de que sea concedida la licencia o que sea realizado el acto de contaminación como requisito adicional para la punición de la conducta de emitir el informe⁴³.

³⁹ También opina lo mismo con respecto al art. 320.1 NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística, AP, 1997, p. 388. Según él, si no llega a realizarse la edificación o cualquier otro acto de ejecución, la conducta de emitir el informe «tendría el carácter de mero acto preparatorio y como tal impune al no aparecer tipificado expresamente». Pero esta argumentación no parece adecuada pues, precisamente, el «acto preparatorio» ha sido expresamente tipificado. POLAINO NAVARRETE, M., Delitos contra el medio ambiente en el Código penal español de 1995, en «Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz», segundo volumen, Universitat de Valencia/Institut de Criminología, Valencia, 1997, p. 619, cree que la emisión del informe es un acto de participación en la conducta principal de concesión de la licencia y ésta, a su vez, un acto de participación en el delito ecológico. ACALE SÁNCHEZ, M., La responsabilidad (n. 9), pp. 116 y 117, entiende asimismo que en los arts. 320, 322 y 329 se han tipificado expresamente actos de participación del funcionario público.

⁴⁰ En consecuencia, la realización de la actividad contaminante no la considera este autor, al parecer, una mera condición objetiva de punibilidad. Véase, sobre todo ello, DE LA MATA BARRANCO, N. X, La construcción (n. 6), pp. 1246-1248.

⁴¹ Ibidem, p. 1219.

⁴² GÓMEZ TOMILLO, M., Urbanismo (n. 11), pp. 217-218, considera, con razón, que ésta es una «consecuencia ineludible» de los planteamientos de DE LA MATA.

⁴³ Al respecto, GÓMEZ TOMILLO, M., Urbanismo (n. 11), pp. 216-217 (véanse, asimismo, el resto de los argumentos que da este autor en las páginas que siguen a las citadas en contra de las opiniones que analizamos). El problema de la dificultad de hacer compatible su interpretación con el tenor literal del precepto lo advierte el mismo DE LA MATA BARRANCO, N. J., , La construcción (n. 6), p. 1246.

Por otra parte, no es cierto, a mi entender, que la conducta carezca de significado cuando se la desconecta de la posterior concesión de la licencia, como afirma OCTAVIO DE TOLEDO. Según este autor, como veíamos, si se considerase que estamos ante un delito autónomo no habría forma de entender por qué se castiga un acto preparatorio (proposición para delinquir) con la misma pena que la consumación, siendo así que el legislador prevé siempre para los actos preparatorios una pena inferior a la establecida para aquélla. No me parece correcta la identificación que pretende este profesor, desde los puntos de vista terminológico y penológico, de los actos preparatorios que el legislador pueda tipificar en la Parte especial del Código penal con los actos preparatorios definidos en la Parte general, arts. 17 y 18 (conspiración, proposición y provocación para delinquir). La emisión de un informe con las características exigidas por el tipo no se corresponde conceptualmente con una proposición para cometer el delito del art. 329.2, ni tiene que estar castigada como tal. En realidad, cuando sea posible calificar un hecho como acto preparatorio expresamente tipificado —esto es, cuando estemos ante uno de los denominados «tipos de preparación»⁴⁴— sólo lo será desde el punto de vista material, pues formalmente se tratará (p. 24) de un delito consumado y autónomo⁴⁵. De ahí se extrae que en estos delitos cabe la participación y formas imperfectas de ejecución, a diferencia de lo que sucede con los actos preparatorios punibles de los arts. 17 y 18 del Código penal⁴⁶.

Algo similar sucede con los supuestos de participación expresamente tipificados y elevados, por ello, a la categoría de autoría. Si de la regulación legal se desprendiera que sólo cabe plantearse sancionar la emisión del informe cuando se trate de un acto de cooperación en la conducta ya realizada de conceder la licencia, podríamos afirmar que estamos ante una forma de participación en un hecho ajeno, pero dicha afirmación sólo querría expresar que lo es materialmente⁴⁷; formalmente, sin embargo, la conducta tipificada sería constitutiva de autoría y cabría auténtica participación (participación en sentido formal). Por otra parte, carecería de sentido exigir accesoriedad cualitativa⁴⁸. Y, por último, el legislador puede establecer para estos tipos una penalidad independiente de la prevista para las modalidades de participación en sentido formal, tal y como afirma OCTAVIO DE TOLEDO al considerar el tipo que analizamos como complicidad equiparada penológicamente a la autoría.

Creo que los problemas que a mi juicio presenta la propuesta de este autor se derivan de su afán por interpretar el art. 329 de modo que se adapte a la estructura del art. 404. Que en el ámbito de la prevaricación genérica sea impune el acto de emitir un informe que pueda dar lugar al dictado de una resolución injusta —salvo cuando pueda ser considerado un acto de participación en la prevaricación— no significa que tenga que serlo también necesariamente en el ámbito de cuyo estudio nos ocupamos. En el art. 329 no sólo se pretende proteger el bien jurídico del art. 404; más bien se orienta preferentemente a la

⁴⁴ Cfr. supra, nota 31.

⁴⁵ Sobre ello, FINCKE, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Schweitzer Verlag, Berlin, 1975, p. 41 y, en lo referente a las razones por las que el legislador configura como delito consumado lo que desde el punto de vista material sólo es un acto preparatorio, p. 43.

⁴⁶ Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Barcelona, 1998, pp. 332-333. Señala la posibilidad de castigar a título de participación a terceros que inducen ala emisión de los informes o cooperan, de modo necesario o no, a la misma, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Delitos* (n. 5), p. 157.

⁴⁷ Esto sucede en aquéllos tipos que describen inequívocamente actos de cooperación en otros hechos —punibles o no— que han sido realizados por otra persona o cuya ejecución ha sido iniciada, concurriendo dolo de cooperar en dichos actos (dolo del partícipe). Sirven como ejemplos la cooperación al suicidio de art. 143.2 y la cooperación con asociaciones ilícitas del art. 518.

⁴⁸ Sobre la diferencia entre participación en sentido formal y participación en sentido material (supuestos de participación expresamente tipificados) y sus consecuencias, véase FINCKE, M., *Das Verhältnis* (n. 45), pp. 66-67.

protección **(p. 25)** del medio ambiente. En efecto, no hay que perder de vista que la ilicitud de las conductas del art. 329 proviene esencialmente de que con ellas el medio ambiente queda expuesto a una intervención por parte de terceros que puede representar un grave menoscabo para aquél. Pues bien, como ya he indicado, en relación con el bien jurídico «medio ambiente» como objeto de protección del precepto que tratamos, no me parece que sea necesariamente menos grave la conducta de emitir el informe que la de conceder la licencia, dada la gran importancia de los informes técnicos en esta materia⁴⁹.

En fin, no puedo compartir la opinión de OCTAVIO DE TOLEDO por la imposibilidad de compatibilizar mi forma de concebir la participación con el castigo de las conductas del art. 329 cuando son cometidas por imprudencia grave (art. 331). Puesto que no acepto la figura del partícipe imprudente⁵⁰, si quien emite el informe fuera un cómplice, sólo podría actuar con dolo⁵¹.

(p. 26) Tampoco me parece convincente la propuesta de DE LA MATA, consistente en exigir que se realice el tipo del art. 325 para castigar al funcionario que emite el informe o al que concede la licencia. En mi opinión, así es como había que interpretar las conductas tipificadas en el art. 324 del Proyecto de CP de 1980, así como en la Propuesta de

⁴⁹ Por otra parte, como ya he señalado supra, la emisión del informe que sirva de base a la ulterior concesión de una licencia no implica un distinto grado de afectación al bien jurídico «legalidad en el ejercicio de la función administrativa», que la concesión misma de la licencia. Como mucho, puede apreciarse un mayor desvalor del resultado en el segundo caso. Pero la doctrina mayoritaria defiende la opinión contraria, de ahí que critiquen que la diferencia no haya encontrado un reflejo en la penalidad. Véanse GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo* (n. 11), pp. 221 y 235; PRATS CANUT, J. M., y MARQUÉS I BANQUÉ, M., *Comentarios* (n. 5), p. 1606.

⁵⁰ Sobre ello, véase CEREZO MIR, J., *Derecho penal* (n. 18), pp. 203-204.

⁵¹ Tampoco OCTAVIO DE TOLEDO admite la participación por imprudencia en un delito doloso — aunque sí la participación por imprudencia en un delito imprudente (véase OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2.a ed., Rafael Castellanos, Madrid, 1996, p. 525)—, sin embargo, esto no le plantea ningún problema en su interpretación del precepto, pues cree que el art. 331 no es aplicable al art. 329 (véase, el mismo, *Un ejemplo* [n. 121 P-29, nota 29]). Esta es, por otra parte, la opinión de la mayoría de la doctrina, quien con distintos argumentos niega la posibilidad de incriminar estas conductas por imprudencia. Por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Delitos* (n. 5), pp. 169-170, tras exponer los distintos argumentos en favor y en contra de la aplicación del art. 331 al art. 329, se inclina por negar dicha aplicación, por el argumento gramatical (el art. 329 incorpora la expresión «a sabiendas»), por la falta de previsión del castigo imprudente de las conductas tipificadas en los arts. 320 y 322, y por respeto al principio de excepcionalidad en el castigo de las conductas imprudentes. Son de la misma opinión, en alusión a la expresión «a sabiendas», CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *Código penal* (n. 5), p. 3267; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal* (n. 9), pp. 561-562; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español, Parte Especial*, 3.a ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 728; GÓMEZ RIVERO, M. C., *Algunos aspectos* (n. 5), p. 1242; ACALE SÁNCHEZ, M., *La responsabilidad* (n. 9), pp. 140 y ss.; POLAINO NAVARRETE, M., *Delitos* (n. 37), p. 618; J. Borx REIG, *Derecho penal* (n. 27), pp. 647-648; y MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos* (n. 12), p. 68. No comparto estos argumentos. El hecho de que un precepto se refiera expresamente al dolo (tanto directo como eventual), incorporando expresiones como «a sabiendas», no excluye el castigo por imprudencia de las mismas; esto sucede, por ejemplo, en el delito de prevaricación judicial por imprudencia grave del art. 447 en relación con el mismo delito doloso (art. 446). En cuanto a los otros dos argumentos esgrimidos por SILVA SÁNCHEZ, la previsión del castigo por imprudencia de estas conductas y no de las tipificadas en los artículos 320 y 322 es perfectamente coherente con el principio de excepcionalidad en el castigo de las conductas imprudentes. A este respecto hay que observar que el legislador establece mayor pena para los ataques dolosos al medio ambiente que para las conductas dolosas contra la ordenación del territorio y el patrimonio histórico. Por último, el respeto al principio de excepcionalidad en el castigo de las conductas imprudentes se manifiesta precisamente cuando se distingue entre los casos en que se ha previsto expresamente dicho castigo y aquellos en los que no se ha hecho.

Anteproyecto de CP de 1983⁵². En estos textos no se pretendía adelantar las barreras de protección; su objeto era, más bien —como dice el citado autor refiriéndose al texto vigente— deslindar la responsabilidad de un partícipe cualificado de la de un autor no cualificado o evitar condicionar la responsabilidad de aquél a la de éste⁵³. Esa interpretación se deducía de un modo inequívoco del tenor literal de dichos preceptos y, además, se correspondía con la pena establecida: la misma que la del particular que realizase los actos contaminantes y, como pena acumulada, inhabilitación especial para empleo o cargo público⁵⁴. En los casos en que no se hubiera realizado el acto de contaminación al funcionario o autoridad sólo cabía sancionarle, cuando fuera posible, acudiendo a la figura genérica de prevaricación. Se trataba de una regulación más acertada pero, a mi entender, dicha exégesis no es trasladable al actual art. 329. Si así fuera no habría cumplido el precepto la primera misión que DE LA MATA le atribuye, pues de hecho castiga al supuesto partícipe cualificado con una pena inferior a la de un autor no cualificado⁵⁵. En efecto, el legislador se ha ocupado sólo de agravar la pena con respecto a la prevista en **(p. 27)** la prevaricación genérica, creando de esta manera el problema de posible privilegio penológico, al que me referiré enseguida.

Por otra parte, puesto que desde la opinión que aquí se ha defendido nos encontramos ante una figura delictiva que, además de proteger el bien jurídico al que se atiende en la figura de prevaricación genérica, se orienta a proteger el medio ambiente, no parece adecuado castigar sólo con la pena prevista en el art. 404, como propone este autor, al funcionario que emite un informe con el contenido al que se refiere el precepto o que dicta una resolución injusta que además deja al medio ambiente en una situación de vulnerabilidad.

En definitiva, la conducta de emitir el informe es, a mi juicio, punible con independencia de si posteriormente otro funcionario o autoridad concede la licencia y con independencia de si el particular lleva a cabo o no el correspondiente acto de vertido, emisión, etc.

Ahora bien, cuando el particular sea responsable por un delito contra el medio ambiente con frecuencia sucederá que el funcionario que emite el informe pueda ser considerado partícipe —en virtud de la aplicación de las reglas generales que rigen en materia de participación— en dicho delito. Será preciso determinar entonces en virtud de qué precepto o preceptos ha de ser sancionado el funcionario.

Tomando como ejemplo el supuesto en que el funcionario sea partícipe en el delito del art. 325, cabe plantearse, en primer lugar, si estamos ante un supuesto de concurso de leyes entre el art. 329 y el art. 325, en relación con el art. 28 o el art. 29. No resulta fácil, sin embargo, determinar qué principio permite resolver satisfactoriamente dicho concurso. Creo

⁵² En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C, Código Penal (n. 5), p. 3264. La tendencia se rompe ya en el Proyecto de CP de 1992 (art. 313).

⁵³ DE LA MATA BARRANCO, N. J., La construcción (n. 6), p. 1243.

⁵⁴ GÓMEZ RJVERO, M. C, Algunos aspectos (n. 5), p. 1240. En dichos preceptos se aseguraba, además, la agravación de la pena respecto de la prevaricación genérica.

⁵⁵ Por el contrario, DE LA MATA considera que no se prevé una pena menos grave en el 329 que en el 325 (él habla, en realidad de los arts. 320 y 319, pero es perfectamente trasladable a los preceptos relativos a los delitos contra el medio ambiente). Es más, en su opinión, tiene mucha menor entidad la pena del art. 325 (véase El art. 320.1 [n. 37], pp. 172-173). Desde luego, esto es así efectivamente por lo que respecta a pena de inhabilitación especial prevista en el art. 329 (por remisión al 404), que tiene la naturaleza de pena grave, pero no en lo referente al resto de las penas. El mismo DE LA MATA lo admite y llega a justificarlo con el argumento de que, en definitiva, en estos preceptos estamos ante «conductas de cooperación, por muy importante que sea la índole de la contribución». Desde mi punto de vista, lo que no se entendería es que estas modalidades de cooperación que son de tal entidad que han sido, según DE LA MATA, «elevadas a la categoría de autoría», se castigaran con una pena de multa y el hecho principal con pena de prisión, mientras que otros actos de cooperación necesaria se castigarían con la misma pena que la autoría.

que la relación entre los tipos no es de especialidad, ni de subsidiariedad, y tampoco cabe acudir a la consunción⁵⁶. En realidad, como ha puesto de manifiesto la doctrina⁵⁷, ninguno de los dos tipos comprende la totalidad de lo injusto de la conducta realizada por el sujeto: si se opta por la aplicación del art. 329, que parece más específico, no se capta el dato de que se ha participado en un atentado al medio ambiente de mayor entidad que el contemplado en el art. 329, pues, sin **(p. 28)** duda, está más cerca de la lesión del bien jurídico la conducta que se tipifica en el art. 325 que la tipificada en el art. 329, y por ello la pena de prisión del art. 325 es más grave, además de estar prevista como acumulativa junto a la de multa, mientras que en el art. 329, estas dos penas son de aplicación alternativa⁵⁸. Si, por el contrario, se aplica sólo el 325, no se tiene en cuenta la agravación representada por los datos de que el sujeto es funcionario o autoridad y que se ha visto afectado un bien jurídico adicional, lo que encuentra reflejo en la pena de inhabilitación especial del art. 329⁵⁹. Todavía queda por analizar el principio de alternatividad, que permite sancionar por la infracción más gravemente penada, lo que en gran parte de los casos nos llevaría a aplicar al funcionario la pena prevista en el art. 325⁶⁰. Pero tampoco está claro que estos tipos se comporten como círculos secantes y que presenten, por tanto, una zona común y zonas exclusivas⁶¹. Ciertamente, los tipos tienen en común que ambos protegen el medio ambiente; sin embargo, la forma y grado de afectación al bien jurídico no coincide, con lo que no parece que pueda hablarse con propiedad de una «zona común». Todo lo expuesto conduce a la aplicación de un concurso ideal de delitos entre el art. 325 y el 329.1, inciso primero⁶², solución que es rechazada mayoritariamente por considerar que al llevar este último precepto **(p. 29)** implícita la afectación al bien jurídico medio ambiente, dicho

⁵⁶ Obviamente, no es este el momento de detenerse en el examen pormenorizado de los distintos principios de solución del concurso de leyes. Al respecto, GARCÍA ALBERO, R., «Non bis in idem» material y concurso de leyes penales, Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 321 y ss.

⁵⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), p. 165.

⁵⁸ DE LA MATA llega a una conclusión distinta, por lo que respecta a las relaciones entre el art. 320.1 y el 319, pues considera de aplicación preferente el primero. En su opinión, el privilegio penológico consistiría en aplicar el 319 (o 325), por las razones que se explican a continuación en el texto (véase DE LA MATA BARRANCO, N. J., , El art. 320.1 [n. 37], pp. 172-173». Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), p. 166, se inclina, a pesar de todo, por acudir al art. 329, recurriendo al principio de especialidad.

⁵⁹ Este problema no podría solucionarse aplicando un concurso de delitos entre el art. 325 y el 404, pues la conducta de informar no realiza el tipo del art. 404. Esta es, sin embargo, la solución que ofrece MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., Los delitos (n. 12), p. 68.

⁶⁰ Entiende que en estos supuestos, para evitar un injustificado privilegio, hay que aplicar el art. 325 (aunque sin mencionar expresamente la vía del principio de alternatividad), GÓMEZ RIVERO, M. C, El régimen (n. 6), p. 101. No se le escapan a esta autora las consecuencias insatisfactorias que tiene el recurso al art. 325, pues la pena de inhabilitación para empleo o cargo público sólo podría aplicarse como accesoria, por lo que nunca alcanzaría la duración prevista en el art. 329; sin embargo, al funcionario que no participa en el delito del art. 325 sí se le aplicaría la inhabilitación de mayor gravedad (ibidem, pp. 102-103). Se inclina también por esta solución, MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal (n. 9), pp. 541 y 562. Véase también, refiriéndose a esta posibilidad y sus problemas, GÓMEZ TOMILLO, M., urbanismo (n. 11), pp. 205-210.

⁶¹ Sobre la aplicación del principio de alternatividad para resolver el concurso de leyes en estos supuestos, véase CEREZO MIR, J., Derecho penal (n. 18), pp. 271-272.

⁶² De hecho, la afirmación de que ninguno de los dos preceptos consigue abarcar la totalidad del contenido desvalorativo del hecho debe llevar ya a negar que la relación entre ellos sea de concurso de leyes, pues como dice GRACIA MARTÍN, L., en DIEZ RI-POLLÉS, y GRACIA MARTÍN, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 173, «lo que es indiscutible es que en el concurso de leyes uno solo de los preceptos capta exhaustivamente la totalidad de los aspectos jurídico-penalmente relevantes del hecho».

elemento resultaría doblemente valorado⁶³; no obstante, quizá podría salvarse la objeción si se tiene en cuenta la diferente relación de cada uno de los tipos con dicho bien jurídico.

2. La conducta de silenciar, con motivo de sus inspecciones, la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen

Esta conducta omisiva, tipificada en el inciso segundo del art. 329.1⁶⁴, adopta la forma de una omisión pura, pues se castiga al funcionario por una mera inactividad, en concreto, por no haber informado, como era su misión, de la infracción de la normativa medioambiental que ha constatado con motivo de sus inspecciones. Se trata, además, de una omisión pura de garante⁶⁵, pues el mandato que sirve de base al tipo legal no incumbe a cualquier persona sino sólo a aquellas que se encuentren en una especial relación con el bien jurídico⁶⁶. Este es el caso de los funcionarios a quienes se atribuye el cometido de controlar el cumplimiento de la legalidad en materia medioambiental. Estos sujetos tienen el deber jurídico de realizar acciones tendentes a evitar que se produzcan menoscabos del medio ambiente y ostentan, por ello, una posición de garante en los términos establecidos en el art. 11 del Código penal⁶⁷.

(p. 30) Por el contrario, SILVA SÁNCHEZ interpreta el inciso analizado en clave de comisión por omisión. A su entender, 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 garante⁶⁸, cuando el funcionario calla dichas infracciones realiza por omisión el delito del art. 325⁶⁹.

⁶³ Así, expresamente, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Delitos* (n. 5), p. 165.

⁶⁴ La doctrina ha puesto de manifiesto lo incomprensible de que se haya tipificado este comportamiento sólo en relación con el medio ambiente y no cuando se trate de los bienes jurídicos de la ordenación del territorio o el patrimonio histórico (arts. 320 y 322 respectivamente). Al respecto, véanse MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal* (n. 9), p. 540; y TERRADILLOS BASOCO, J., *Responsabilidad* (n. 6), pp. 326-327.

⁶⁵ Sobre esa categoría, véanse, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, pp. 344 y ss.; y GRACIA MARTÍN, L., *La comisión por omisión en el Derecho penal español*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, pp. 102-103.

⁶⁶ Esta relación especial de determinados sujetos (por ejemplo, funcionarios) con determinados bienes jurídicos, da lugar a la creación de delitos especiales de acción, pero también de omisión, pudiendo hablarse en ambos casos de posición de garante del sujeto en relación con dichos bienes jurídicos. Véase GRACIA MARTÍN, L., en relación con su criterio de «relación de dominio social», *La comisión* (n. 65), p. 83; el mismo, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I. Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985, pp. 350 y ss., en particular, pp. 372 y ss.

⁶⁷ En este sentido, VICENTE MARTÍNEZ, R. de, *Responsabilidad* (n. 4), p. 84; GÓMEZ RIVERO, M. C., *Algunos aspectos* (n. 5), p. 1241; la misma, *El régimen* (n. 6), p. 90; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Delitos* (n. 5), p. 163; CARMONA SALGADO, C., *Curso* (n. 9), p. 70; dudoso, DE LA MATA BARRANCO, N. J., *La obligación de control de la Administración en relación a delitos cometidos por particulares. El ejemplo de los delitos contra el medio ambiente*, en ASÚA BATARRITA (Ed.): «*Delitos contra la Administración pública*», IVAP, Bilbao, 1997, p. 403. Véase también GIMBERNAT ORDEIG, E., *La omisión* (n. 21), p. 95. Sobre la intensa discusión en Alemania, país en el que no existe un precepto similar a nuestro art. 329 del Código penal, véase VICENTE MARTÍNEZ, R. de, obra citada en esta misma nota, pp. 75 y ss.; y, más recientemente, GIMBERNAT ORDEIG, E., obra citada en esta misma nota, pp. 86 y ss.

⁶⁸ Véase la cita de este autor en la nota anterior.

⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Delitos* (n. 5), pp. 159-160. Según él, «silenciando la infracción normativa y el riesgo existentes, se está provocando (por omisión) la realización de las emisiones y vertidos descritos en este último artículo» —en alusión al art. 325—. Véase también ACALE

Sin embargo, 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 acción⁷⁰. Dado que no es esto lo que (p. 31) sucede en el art. 329.1, inciso segundo, si aun así se mantiene que allí se ha tipificado la 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 de afirmar que estamos ante una omisión impropia, o bien se resuelve el concurso de leyes en favor de la auténtica comisión por omisión del delito del art. 325⁷¹, sin poderse aplicar nunca entonces el inciso que tratamos. Puesto que ninguna de esas dos soluciones parece satisfactoria, es preciso encontrar el ámbito de aplicación propio del art. 329.1, inciso segundo, y creo que la búsqueda empieza por reconocer que la omisión tipificada allí tiene 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 la modalidad omisiva del art. 329.1 en relación con una omisión impropia viene determinada fundamentalmente por el hecho de que no se exige en ella que el silencio recaiga sobre una conducta que realice el tipo del art. 325. Lo que el funcionario ha de silenciar son infracciones de Leyes o disposiciones normativas de carácter general, con lo cual 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 ambiente⁷². Ahora bien, a mi juicio, no debe entenderse que realiza el tipo el silencio de cualquier infracción de la normativa medioambiental. Aunque la redacción del inciso adolece de graves deficiencias técnicas, pues no queda claro qué regulan esas Leyes o disposiciones normativas cuya infracción se silencia⁷³, entiendo que se refiere a las reguladoras del funcionamiento de

SÁNCHEZ, M., La responsabilidad (n. 9), p. 123, quien se pregunta sobre la necesidad de tipificar esta conducta, habida cuenta que, si no se hubiera tipificado, podría haberse considerado al funcionario autor del art. 325 (y aplicar, en su caso, un concurso con el delito del art. 404).

Por otra parte, hay que aclarar que SILVA SÁNCHEZ entiende que el delito del art. 325, aunque de peligro hipotético, es de resultado material —opinión que comparto, si bien no me es posible aquí extenderme más en ello—, por lo que no se le plantean inconvenientes para afirmar su posible comisión por omisión. Véase la opinión de este autor de que sólo son susceptibles de comisión por omisión los delitos de resultado material en El delito (n. 65), pp. 350 y ss.; y ya con respecto a su interpretación del art. 11 del Código penal, el mismo, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 74-75. Mantiene una opinión distinta GIMBERNAT ORDEIG, E., La omisión (n. 21), p. 94, nota 243.

⁷⁰ Sobre los casos de omisiones impropias por parte de funcionarios expresamente tipificadas, véase GIMBERNAT ORDEIG, E., La omisión (n. 21), pp. 80-81; y DE LA MATA BARRANCO, N. J., La obligación (n. 67), pp. 394-395. Véase también, distinguiendo estos casos en que el precepto tipifica la omisión junto a la realización del delito por acción de aquellos en los que no se ha tipificado expresamente la omisión, es decir, de los casos de comisión por omisión en sentido estricto —únicos supuestos para los que el autor reserva esta terminología—, GRACIA MARTÍN, L., La comisión (n. 65), pp. 58-59. Una clasificación de las omisiones referidas a resultado, entre las que se encuentran aquellas que tienen una «equivalencia comisiva, acogidas por los tipos legales en expresas descripciones negativas», se encuentra en SILVA SÁNCHEZ, J.-M., El delito (n. 65), pp. 347-348. Sobre esta diferencia entre las formas de omisión impropia, cfr. asimismo MIR PUIG, S., Derecho penal (n. 46), pp. 300-301.

⁷¹ Así, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), p. 160.

⁷² En este sentido, GÓMEZ RIVERO, M. C., El régimen (n. 6) p. 105 y nota 163 en la misma página; la misma, Algunos aspectos (n. 5), pp. 1241-1242; y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Un ejemplo (n. 12), p. 35.

⁷³ Sobre ello, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Un ejemplo (n. 12), p. 34.

industrias o actividades contaminantes⁷⁴. A partir de aquí, si no se pierde de vista el bien jurídico protegido, y puesto que nos encontramos en el ámbito penal, en aras del respeto al principio de intervención mínima parece adecuado restringir el tipo en el sentido de considerar preciso que la infracción (p. 32) de la normativa administrativa se haya producido mediante un acto de contaminación (vertido, emisión, etc.), aunque dicho acto, en el caso concreto, no sea apto para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. 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 detectadas y silenciadas por el funcionario serán ya constitutivas de delito; y en otras ocasiones, el hecho de que el funcionario silencie una infracción todavía no delictiva dará lugar a que el particular siga realizando actos contaminantes, alguno de los cuales alcanzarán la potencialidad lesiva exigida en el tipo del art. 325. Entonces la omisión del funcionario realizará también el tipo del segundo inciso del art. 329.1 y además, cabrá preguntarse si aquél comete el delito del art. 325 en comisión por omisión, por no haber evitado esos vertidos o emisiones⁷⁵. Como ya he señalado, el funcionario ostenta una posición de garante desde el punto de vista formal y, además, al realizar la inspección, ha asumido la función de control de la fuente de peligro⁷⁶; por tanto, la comisión por omisión será posible si se cumple el ulterior requisito de que la omisión sea equivalente a la acción según el sentido del texto de la ley. Pero, a mi entender, dicha equivalencia falta. Para empezar, no es despreciable el dato de que la misma ley la haya negado al regular el comportamiento omisivo del art. 329⁷⁷. Además, como ya he indicado, parto de la base de que el funcionario 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 vertidos⁷⁸. Ello impide que pueda afirmarse la autoría por omisión del delito del art. 325 por parte de esos (p. 33) funcionarios⁷⁹. Como mucho, la connivencia con el particular que comete el delito del art. 325 podrá determinar una participación por omisión del funcionario en dicho delito⁸⁰.

⁷⁴ Y no, por ejemplo, a las que regulan el proceso de concesión de licencias. Opina la contrario OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Un ejemplo (n. 12), pp. 34-35, si bien su interpretación se ajusta perfectamente a lo establecido en el texto legal.

⁷⁵ Si el funcionario constata en su inspección que se han llevado a cabo en el pasado actos contaminantes, no cabrá plantearse siquiera la posibilidad de que el funcionario responda por ellos en comisión por omisión. Si silencia esas infracciones, será responsable por el art. 329.

⁷⁶ Sobre la necesidad de complementar el criterio formal del deber jurídico con otro de carácter material en la determinación de la posición de garante, véase CEREZO MIR, J., Derecho penal (n. 18), pp. 229 y 233.

⁷⁷ Como dice GIMBERNAT ORDEIG, E., La omisión (n. 21), p. 95, nota 245, el precepto constituye un ejemplo de que la existencia de una obligación legal o contractual de actuar o de la injerencia no dan lugar a la comisión por omisión si no se cumple además el requisito de la equivalencia.

⁷⁸ En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Un ejemplo (n. 12), p. 36.

⁷⁹ Se manifiesta, creo, en un sentido similar GÓMEZ RIVERO, M. C., El régimen (n. 6), p. 94, pues en su opinión el requisito de equivalencia sólo se dará cuando el acto que omita el garante tenga «capacidad para incidir [...] de forma directa e inmediata en la evitación del resultado, sin necesidad de interponer eslabones intermedios». (En cursiva en el original).

⁸⁰ Al respecto, GÓMEZ RIVERO, M. C., El régimen (n. 6), pp. 99-100, amparándose en la idea de que el funcionario sólo posibilita la acción del particular. Por otra parte, DE LA MATA BARRANCO, N. J., La obligación (n. 67), p. 403, se ha referido a las dificultades que plantea la descripción de las conductas típicas del art. 325 (donde se utilizan los verbos típicos «provocar» y «realizar») a la hora de afirmar su posible comisión por omisión. Sin embargo, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), pp. 160 y 164, opina que aunque la omisión del funcionario no equivalga, desde el punto de vista del contenido de lo injusto, a la realización de vertidos, emisiones, etc., sí

De lo expuesto se deduce que también el inciso segundo del art. 329.1 tiene su ámbito propio e independiente del art. 325. Cuando quepa hacer responder al funcionario que calla las infracciones detectadas como partícipe por omisión en el delito del art. 325, por las razones ya mencionadas al analizar el inciso anterior, la relevancia jurídico-penal del hecho sólo podrá captarse en su totalidad aplicando un concurso de delitos.

La conducta tipificada en este inciso implica un peligro para el equilibrio de los sistemas naturales. Por lo que respecta al bien jurídico propio de los delitos contra la Administración pública, en particular, el que se protege mediante el tipo de la prevaricación administrativa, GIM-BERNAT considera que el inciso analizado lesiona dicho bien jurídico. Este autor parte de que el delito de prevaricación no es susceptible de comisión por omisión pero cree que la conducta aquí tipificada, consistente, en su opinión, en que el funcionario se abstiene de dictar una resolución que ponga fin a la actividad contaminante también lesiona el bien jurídico protegido en el delito del art. 404 y por ello se castiga como si de una prevaricación activa se tratase —aunque se establece una pena adicional por las consecuencias que de esa conducta se derivan para el medio ambiente—⁸¹. Por el contrario, aquí se ha partido de que al funcionario que realiza la inspección se le sanciona por no informar de las ilegalidades que constata y no por no haber evitado los resultados contaminantes, ni tampoco por no haber dictado una resolución que impida dichos resultados (pues no es el funcionario competente (p. 34) para ello)⁸². Por eso creo que su omisión es más bien el correlato de la conducta tipificada en el primer inciso del art. 329.1, lo que, por otra parte, no modifica en nada la opinión de GIMBERNAT en lo relativo al grado de afectación a ese bien jurídico.

3. Las conductas de resolver o votar a favor de la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de esas industrias o actividades contaminantes

En el apartado segundo del art. 329 se tipifican dos conductas⁸³: la de conceder la licencia y la de votar a favor de su concesión.

1. El acto de conceder una licencia manifiestamente ilegal

Se trata del único supuesto de todos los contemplados en el precepto que puede ser denominado, en rigor, «prevaricación específica»⁸⁴. La autoridad o funcionario ha dictado una resolución arbitraria que ha puesto en peligro el medio ambiente, lo que justifica la previsión de una pena adicional con respecto a la establecida en el art. 404. Siempre que se conceda una licencia manifiestamente ilegal que autorice el funcionamiento de esas industrias o actividades contaminantes se realizará a la vez el tipo del art. 404; por tanto, entre el art. 404 y esta modalidad del apartado segundo del art. 329 existe relación de especialidad, en favor de este precepto⁸⁵.

puede considerarse equivalente a la provocación de los mismos. El funcionario omitente sería, por tanto, autor por omisión del delito del art. 325.

⁸¹ GIMBERNAT ORDEIG, E., La omisión (n. 21), pp. 94-95.

⁸² En el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Un ejemplo (n. 12), p. 36.

⁸³ Para OCTAVIO DE TOLEDO (p. 20, nota 32), son tres las conductas diferenciables, teniendo en cuenta que el tipo alude a dictar la resolución por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado (coautoría), además de comprender la conducta de votar a favor de la concesión de la licencia. Eso sí, como dice este autor (Ibidem, pp. 21-22), la mención expresa a la coautoría resulta absolutamente superflua.

⁸⁴ Reserva también la denominación sólo para este supuesto, entre otros, GÓMEZ RIVERO, M. C., Algunos aspectos (n. 5), p. 1241.

⁸⁵ Al respecto, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), pp. 160, 165; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Un ejemplo (n. 12), pp. 20-21; y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., El delito (n. 21), p. 157.

En lo referente a las relaciones entre esta conducta y el art. 325, como sucede en el resto de los supuestos analizados, estamos ante un delito autónomo que será de aplicación aunque el particular no haya realizado el tipo del art. 325 y también en los supuestos en que, a pesar de **(p. 35)** haberse realizado, no quepa considerar partícipe al funcionario, por no cumplirse los requisitos deducibles de la teoría general de la participación⁸⁶. Cuando se haya consumado el delito del art. 325 y el funcionario sea partícipe en dicho delito⁸⁷, según la opinión mayoritaria la solución correcta es considerar que estamos ante un concurso de leyes entre el 329 y el 325, en este caso en concurso ideal de delitos con el art. 404, a resolver en favor de aplicar el concurso de delitos⁸⁸. Como ya se ha expuesto, parece más adecuado considerar que el concurso ideal de delitos se plantea directamente con el art. 329.2 y el 325.

2. El acto de votar a favor de la concesión de la licencia

En los casos en que la competencia para resolver sobre la concesión de la licencia la ostente un órgano colegiado incurren en responsabilidad penal quienes votan a favor de su concesión —tanto en los supuestos en que el acuerdo se adopte por unanimidad como cuando se haga **(p. 36)** por mayoría—. Ahora bien, con arreglo a lo establecido en este apartado del precepto, es punible ya el mero acto de votar a favor de dicha concesión, aunque la licencia no llegue a otorgarse porque la mayoría vote en contra. De esta manera se equipara la consumación desde el punto de vista de la pena que se impone a lo que materialmente es una tentativa⁸⁹.

Que esta conducta sea interpretable como tipo de tentativa o de emprendimiento tiene como consecuencia que si la mayoría vota en contra sólo quepa castigar a quien vota a

⁸⁶ En materia de participación del funcionario en el delito del particular hay que tener en cuenta que el hecho de que aquél haya concedido la autorización, si ésta es ilegal, la conducta del particular que actúa al amparo de la misma será también típica, pues nuestro Código penal ha establecido en esta materia el sistema de la accesoriedad de Derecho administrativo y no de acto administrativo (sobre los distintos sistemas, véase DE LA MATA BARRANCO, N. J., Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita, Cedecs, Barcelona, 1996, *passim*), con lo que desde este punto de vista nada impedirá que el funcionario sea partícipe, siempre que el particular actúe dolosamente —lo que no sucederá si, por no conocer el carácter ilícito de la autorización, incurre en un error de tipo, vencible o invencible— y concorra también el dolo del partícipe.

⁸⁷ En opinión de SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), pp. 160-161, en estos casos puede afirmarse ya que el funcionario es autor del art. 325, pues al conceder la licencia que da lugar a que se realicen los actos contaminantes puede decirse que los ha provocado. Por otra parte, según este autor, en el supuesto en que el funcionario conceda la licencia pero no se haya consumado todavía el tipo del art. 325, estaremos ante una tentativa de provocación, de forma que se planteará un concurso de leyes entre el 329 y la tentativa del art. 325 en concurso ideal de delitos con el art. 404 (que este autor resuelve en favor del 329 siempre que no se trate de tentativa de un tipo agravado, 326 ó 328). Parece conveniente, sin embargo, mantener la distinción entre autoría y participación en el ámbito del tipo del art. 325. Sobre la interpretación del término legal «provocar» que realiza este autor, véase *ibidem*, pp. 35-36.

⁸⁸ Véanse, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), pp. 161 y 165; MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, A., LOS delitos (n. 12), p. 68; TERRADILLOS BASOCO, J., Responsabilidad (n. 6), p. 332; BOIX REIG, J., Derecho penal (n. 27), p. 643.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Delitos (n. 16), p. 303. Con el recurso al art. 404 en el único caso que resulta posible se pone de manifiesto claramente que el art. 325 no consigue abarcar la totalidad del contenido de lo injusto y de la culpabilidad en estos casos en que el funcionario, además de realizar alguno de los tipos del art. 329, participa en el delito del particular.

⁸⁹ Tal y como afirman OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Un ejemplo (n. 12), pp. 23 y 25; y SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), pp. 161-162. Cree también que es posible sancionar el mero acto de votar, sin necesidad de que finalmente la licencia se conceda, ACALE SÁNCHEZ, M., La responsabilidad (n. 9), p. 138.

favor cuando su voto presente una aptitud ex ante para lograr conformar la mayoría necesaria a efectos de que la licencia sea concedida, quedando excluidos, por tanto, los casos en que el voto favorable aparezca ya en el momento en que se emite como meramente testimonial⁹⁰.

Por otra parte, los miembros del órgano colegiado que hayan votado en contra o se hayan abstenido en la votación no han de quedar necesariamente impunes, pues, como ha puesto de manifiesto la doctrina, si han prestado una contribución material al hecho típico de la concesión de la licencia, podrán ser castigados como partícipes⁹¹.

III. Conclusión

Aunque la idea de crear un delito especial para los funcionarios en el ámbito de la protección penal del medio ambiente ha sido bien acogida, la manera en que el art. 329 del Código penal ha abordado esa cuestión ha recibido diversas críticas. Entre ellas destacan la que denuncia un excesivo adelantamiento en la intervención penal —que excede la legítima aspiración de cubrir lagunas en la punibilidad—, al menos en lo que respecta a algunas de las conductas allí tipificadas, así como la que señala un posible —e injustificado— efecto de privilegio penológico en los casos en que la conducta del funcionario sea punible ya como participación en el delito del particular.

(p. 37) Sin pretender restar importancia a estas críticas, me parece que algunas de las interpretaciones que la doctrina ha llevado a cabo sobre el ámbito de aplicación del precepto, con el fin de eludir esas consecuencias indeseables, no son posibles de lege lata. Así, a mi entender, el tipo del inciso primero del art. 329.1, relativo a la conducta de emisión de informes, constituye un delito autónomo, aplicable con independencia de la ulterior concesión de la licencia por parte de otro funcionario o de la realización del acto de contaminación por parte del particular. No se trata, por tanto, de una forma de participación expresamente tipificada. También el comportamiento omisivo que se encuentra tipificado en el inciso segundo del art. 329.1 tiene, desde mi punto de vista, un ámbito de aplicación propio, independiente de la comisión por omisión del art. 325. Estamos ante una omisión pura de garante. La misma autonomía respecto de la conducta del particular presentan la prevaricación específica y el tipo de tentativa regulado en el art. 329.2.

Por último, me inclino por la solución del concurso de delitos para los supuestos en que la conducta del funcionario realice alguno de los tipos del art. 329 y, a la vez, constituya una forma de participación en el delito del art. 325.

⁹⁰ Así, analizando detalladamente todas las posibilidades, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Un ejemplo (n. 12), pp. 23 y ss. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), p. 162.

⁹¹ Véanse ACALE SÁNCHEZ, M., La responsabilidad (n. 9), p. 140; y SILVA SÁNCHEZ, J.-M., Delitos (n. 5), p. 163.