

La clandestinidad, la desobediencia y la falsedad como agravaciones específicas en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

ÁLVARO MENDO ESTRELLA

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal. Universidad Católica de Ávila.
Abogado

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es el análisis de las tres primeras agravaciones del artículo 326 del Código penal es decir, las agravaciones de clandestinidad, desobediencia y falsedad en el ámbito de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. El precepto mencionado ha sido tratado en trabajos generales sobre la regulación de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, pero sin embargo no ha sido objeto habitual de atención en trabajos más específicos, lo que justifica el presente.

Comienza el artículo que se presenta con el análisis de algunas cuestiones generales sobre el precepto mencionado para pasar, posteriormente, a describir el estado de la cuestión, doctrinal y jurisprudencialmente, en relación a problemas interpretativos referentes tanto a la clandestinidad como a la desobediencia y falsedad, intentando el autor en cada uno de ellos ofrecer su posición al respecto y propuestas de futuro, huyendo así de una exposición estéril y simplemente descriptiva.

Palabras clave: Delito, medio ambiente, agravaciones, clandestinidad, desobediencia y falsedad.

ABSTRACT

The aim of this document is to analyse the first three aggravations in article 326 of the Penal Code, more specifically, the aggravations of secrecy, disobedience and

falsity in the field of crimes against natural resources and the environment. The previously cited precept has been dealt with in more general essays on the regulation of crimes against natural resources and the environment, however it hasn't received special attention in more specific essays, which justifies this more detailed look into this very important matter.

The article that will be introduced starts with the analysis of some general issues regarding the a fore mentioned precept, subsequently, it will describe the current state of this affair, within doctrine and jurisprudence, in relation to the interpretative issues related to secrecy, disobedience and falsity. In each case the author tries to share their position regarding these matters and make proposals for the future, avoiding sterile explanations and simple descriptions.

Key words: *Crime, environment, aggravations, secrecy, disobedience and falsity.*

SUMARIO: 1. Introducción y objetivos.–2. Consideraciones generales: 2.a) Aspecto subjetivo. 2.b) Concurrencia de dos o más agravaciones. 2.c) Problemas concursales.–3. La clandestinidad del 326.a).–4. La desobediencia del 326.b).–5. La falsedad del 326.c).

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

Como reza el título del presente trabajo, se van a abordar en el mismo algunas cuestiones de interés referentes al subtipo agravado (1) del delito ecológico, previsto en el artículo 326 del Código penal, tarea que se llevará a cabo realizando una serie de consideraciones generales sobre este precepto para pasar después al análisis individualizado de las agravaciones contenidas en el mismo y que, quizás, plantean mayores problemas interpretativos, a saber: la clandestinidad, la desobediencia y la falsedad, previstas respectivamente en las letras a), b) y c) del mencionado precepto.

(1) Se trata, efectivamente, de un subtipo agravado y no autónomo por cuanto es necesario para su apreciación la concurrencia de los elementos del tipo básico. Así lo ha puesto de manifiesto un importante sector doctrinal. En este sentido LESMES SERRANOS, C., «Los nuevos delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en LESMES SERRANOS, C. (et. al), *Derecho Penal Administrativo*, ed. Comares (Granada, 1997) p. 350, ZUBIRI DE SALINAS, F., «Delitos contra el medio ambiente», en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Empresa y Derecho Penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, ed. CGPJ (Madrid, 1999), p. 109 o MESTRE DELGADO, E., «Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente» en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Colex, 3.^a edición (Madrid, 2005), p. 450.

Adviértase, desde este momento, que el presente trabajo se ha realizado teniendo en cuenta la nueva redacción del Código penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

Se inicia el precepto con el establecimiento de la pena que corresponderá cuando concurren las cualificaciones previstas en el mismo, si bien no distingue cuando sean más de una las concurrentes, extremo sobre el que volveremos más adelante. Así, «se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes...».

Debe destacarse en este punto que, con Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se han acogido las reclamaciones doctrinales (2) que abogaban por la aplicación de las agravaciones específicas del 326 no sólo al 325 sino también a otros delitos del Capítulo como los previstos en el artículo 328 (ver art. 328.7 Código penal).

Dicho esto, se observará que la respuesta punitiva se moverá, en relación al tipo básico, en la horquilla de 5 años y un día a 7 años y 6 meses de prisión, 3 años y un día a 4 años y 6 meses de inhabilitación (*ex* art. 70.1.1.^a CP) y una duración máxima de 30 meses de multa (art. 70.3.9.^o en relación con el art. 50.3 CP).

Por lo que respecta ya a las principales dudas que, con carácter general, plantea este subtipo agravado, éstas tienen que ver con el aspecto subjetivo, la concurrencia de dos o más cualificaciones y con las situaciones concursales a que pueden dar lugar algunas de ellas, especialmente las previstas en las letras *b*) y *c*).

2.a) Aspecto subjetivo

En cuanto a las dudas que suscita el aspecto subjetivo, las mismas se reducen a dilucidar si es necesario para la apreciación de estas cua-

(2) Así 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» en *Actualidad Penal*, núm. 14, 6 al 12 de abril de 1998, p. 298, denunciaba «el porqué de su aplicación sólo a los supuestos de contaminación y no al establecimiento de depósitos o vertederos u otras figuras delictivas que integran, junto con las primeras, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en el Derecho español».

lificaciones el dolo o pueden concurrir imprudentemente. Pues bien, en este punto la Doctrina se halla, una vez más, dividida. Algunos autores, decididamente, admiten sólo la forma dolosa; así Suárez González (3) afirma que «en el plano subjetivo se trata de comportamientos que sólo admiten la modalidad dolosa» y, más recientemente, Martínez-Buján Pérez (4) sostiene que «estos tipos cualificados son exclusivamente dolosos». Por su parte Boix Reig (5) admite la comisión imprudente cuando señala que «en cuanto al aspecto subjetivo en estos tipos agravados será también de aplicación el artículo 331» si bien ello con carácter general, pues reconoce que no será posible en las agravaciones previstas en las letras *b*), *c*) y *d*) dada la naturaleza de las mismas.

Personalmente me inclino por la primera opción, ya que si el dolo supone conocer y querer los elementos del tipo, el desconocimiento de los mismos, en este caso de alguna circunstancia cualificante, que sería lo que constituiría la imprudencia, es técnicamente inapreciable a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.2 CP (6) según el cual «el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación».

Tampoco será apreciable ninguna de estas cualificaciones en aquellos supuestos, por otra parte perfectamente imaginables en el ámbito delictivo que nos ocupa, en los que el autor de los hechos previstos y penados en el tipo básico conoce la concurrencia de alguna circunstancia cualificante pero no ha dependido de él, por no estarle atribuida dentro de la estructura empresarial a que pertenece, la inexistencia de autorización, la desobediencia de órdenes administrativas expresas o la aportación de información falsa, pues lo contrario supondría una clara vulneración del principio de culpabilidad ya que ninguna responsabilidad tiene el sujeto en la concurrencia de dichas agravaciones (7).

(3) SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del Patrimonio histórico y el medio ambiente», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, ed. Civitas (Madrid, 1997), p. 933.

(4) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», en VIVES ANTÓN, T. S. (et. al.), *Derecho Penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2004), p. 747.

(5) BOIX REIG, J. y JAREÑO LEAL, A., «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en VIVES ANTÓN, T. (et. al.), *Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, 3.ª edición revisada y actualizada (Valencia, 1999), p. 645.

(6) Aplica también el artículo 14.2 CP al error sobre las cualificaciones del 326, BLANCO LOZANO, C., «Algunas aplicaciones de la teoría jurídica del delito a casos concretos de criminalidad ambiental», *La Ley*, 2000-5, pp. 1893-1894.

(7) Como señalan MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, ed. Tirant lo Blanch, 7.ª ed. (Valencia, 2007), p. 91, «el principio de culpabilidad exige una concepción del sujeto del delito como un sujeto responsa-

2.b) Concurrencia de dos o más agravaciones

La solución que quepa dar a la concurrencia de dos o más agravaciones de las previstas en el artículo 326 es un problema no resuelto por el legislador que fácilmente podría haberse previsto. Algunos autores acuden a la solución del concurso de delitos, real o ideal, entre el subtipo agravado del 326 y el de desobediencia o falsedad en su caso (8). Esta solución no me parece acertada por insuficiente, en cuanto no resuelve aquellos supuestos en que concurren agravaciones que no pueden constituir otro delito tipificado en el Código; así, por ejemplo, si concurren la clandestinidad y el riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

ble...». Todo lo más podría apreciarse, si entendemos que se ha valido de tales circunstancias, la agravante prevista en el artículo 22.2 CP. Semejante problema se presenta en el ámbito de la participación cuando el partícipe conoce tales circunstancias pero su concurrencia en absoluto ha dependido de él. Al tratarse de agravaciones específicas deben sustraerse al régimen de comunicabilidad previsto en el artículo 65.1 y 2 para las agravantes genéricas; para resolver estas situaciones me parece acertada la solución que, con carácter general, propone MIR PUIG, S., *Derecho Penal, parte general*, ed. Reppertor, 8.ª ed. (Barcelona, 2009), p. 611, cuando afirma que «cuando se trate de verdaderos elementos típicos accidentales (porque no hagan variar la calificación del delito, sino sólo su gravedad), su comunicabilidad dependerá no del artículo 65, sino de una interpretación conforme al sentido material del elemento accidental correspondiente. Así, cuando afecte al *desvalor del resultado* podrá entenderse comunicable si se conoce, mientras que si se refiere a la *intención, motivación, actitud interna u otra causa personal* podrá considerarse intransferible». En el caso que venimos planteando parece que la desobediencia, obstaculización, falseamiento o no aportación de documentación obedecen a una actitud interna del autor.

No obstante, si entendiéramos que nos encontramos ante un delito especial, el régimen jurídico aplicable sería el previsto en el apartado 3.º del artículo 65 introducido por la LO 15/2003 y que, según la Doctrina, trata de dar respuesta a la responsabilidad del extraneus en los delitos especiales propios. Así, ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal, parte general y parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2004), p. 312, donde afirman que «su ámbito de aplicación habrá de buscarse en las circunstancias especiales y sobre todo en los delitos especiales». Con más detalle TRILLO NAVARRO, J. P., «El extraneus y el nuevo artículo 65.3 del Código Penal» *Diario La Ley*, año XXVI, núm. 6217, 24 de marzo de 2005, [en línea], <http://authn.laley.net>.

(8) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *op. cit.*, p. 298, aboga por el concurso ideal cuando «concurran más de una circunstancia cualificante, integrando una de ellas el artículo 326 y aplicando la segunda, si tipificada expresamente en otro lugar del Código, en concurso ideal». Por su parte PRATS CANUT, J. M., «Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente», en *Jornadas sobre la protección penal del medio ambiente*, 20-21 de octubre de 1990, CODA/AEDENAT, ed. Agencia de Medio Ambiente (Madrid, 1991), p. 77, abogaba ya por el concurso real cuando «una industria contaminante funcionare clandestinamente sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación de sus instalaciones y además hubiese aportado información falsa».

Por ello, y sin perjuicio de proponer una solución expresa por el legislador que aclare las cosas, creo que debe optarse por una solución genérica, válida para todas las situaciones y que, en consecuencia, vele por la seguridad jurídica; en este sentido creo que la respuesta debe buscarse sencillamente por la vía de la determinación judicial de la pena de manera que la acumulación de dos o más circunstancias permita al juzgador moverse en los límites superiores de la horquilla penológica a la que antes nos hemos referido. Como ya ha puesto de manifiesto Martínez-Buján Pérez (9) «la segunda circunstancia acumulada operará simplemente en el marco de las reglas de determinación de la pena, permitiendo imponer la pena en su mitad superior».

2.c) Problemas concursales

Para terminar con estas consideraciones generales sobre el artículo 326 CP debemos referirnos a las posibles situaciones concursales a que pueden dar lugar algunas de las cualificaciones previstas en el mismo, especialmente las recogidas en los apartados *b)* y *c)* con los delitos de desobediencia (art. 556 CP) o falsedades (art. 392 CP) respectivamente. De ello es consciente el propio legislador que, como hemos visto, prevé la imposición de la pena superior en grado «sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código», previsión cuyo fundamento se encuentra, para cierto sector doctrinal, en evitar el efecto privilegiante al que conducía la regulación anterior (10).

En consecuencia, el legislador ha previsto expresamente un concurso de delitos que ha sido ampliamente criticado por la Doctrina, no sin razón, en tanto en cuanto las cualificaciones aludidas no suponen

(9) *Op. cit.*, p. 747.

(10) Así DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La reciente historia del delito ecológico: del artículo 347 bis al proyecto de nuevo Código Penal de 1994», en VALLE MUÑOZ, J. M.^a (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*, ed. Aranzadi (Pamplona, 1997), p. 204, nos recuerda como «pronto llamó la atención el efecto privilegiante: los actos castigados podían constituir por sí mismo delito de desobediencia y, de no haberse previsto de manera expresa en el artículo 347 bis, habría que apreciarlos en concurso de delitos (y no en conflicto de normas) con el delito de contaminación ambiental». El mismo autor reitera más recientemente, «Delitos contra los recursos naturales...», *op. cit.*, p. 298, que «merece destacarse la fórmula introducida para evitar el efecto privilegiante (como sucedía en el Código penal anterior) de determinadas cualificaciones...». En el mismo sentido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Tomo II, ed. Trivium, (Madrid, 1997), pp. 3254-3255.

mayor riesgo para el bien jurídico protegido que el previsto en el tipo básico, de manera que su finalidad no es otra que tutelar el buen funcionamiento de la Administración e incentivar el cumplimiento de obligaciones administrativas por parte de los ciudadanos, de forma que la aplicación del subtipo agravado en concurso con el correspondiente delito de desobediencia o falsedad, al tutelar un mismo bien jurídico, supondría una vulneración del *non bis in idem*.

Por tanto, dado que tales agravaciones «tan solo ponen de manifiesto una deslealtad para con las funciones de la Administración, y es justamente ése su ámbito de aplicación y no en relación a los delitos ambientales, pues sólo cumplen una función de reforzamiento de intereses propios de la Administración y no de efectiva tutela del ambiente» (11) parece que «la tesis del concurso de delitos no es aceptable, dado que la razón de la agravación no reside en un incremento del peligro del bien medio ambiente, sino en la realización de la información falsa, el hecho de la desobediencia o la actividad obstaculizadora» (12) por lo que «lo correcto hubiera sido apreciar un concurso de normas» (13).

Ante este panorama creo que no le falta razón a la Doctrina aludida, por lo que personalmente considero que se impone la imperiosa necesidad de reinterpretar tales cualificaciones dotándoles de un sentido estrictamente material, acorde con su naturaleza de agravaciones, que refleje un contenido de injusto superior al previsto en el tipo básico y sea así respetuoso con los principios de lesividad, culpabilidad y exclusiva protección de bienes jurídicos. Sólo de esta manera podrá aceptarse un concurso de delitos y dar por buena la expresa previsión del legislador (14); tal reinterpretación se llevará a cabo al

(11) PRATS CANUT, J. M. y MARQUÈS Y BANQUÉ, M., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, ed. Thomson Aranzadi, 5.^a edición (Navarra, 2005), p. 1218.

(12) BOIX REIJ, J. y JAREÑO LEAL, A., *op. cit.*, p. 644.

(13) SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 933. Además de los autores citados en las dos notas anteriores también se suma a la aplicación de un concurso de normas, entre otros, LESMES SERRANOS, C., *op. cit.*, p. 354, en cuanto a los apartados b), c) y d) del 326.

(14) En este mismo sentido COLÁS TURÉGANO, A., «Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el Código Penal de 1995», en ORTS BERENGUER, E. (dir.), *Estudios Jurídicos: Libro Homenaje al profesor J. R. Casabó Ruiz*, ed. Universidad de Valencia (Valencia, 1997), pp. 440-441, quien advirtiendo igualmente de la posible vulneración del principio *non bis in idem*, considera que «distinta solución cabría adoptar caso que se asumiera que la razón de ser de las agravantes descritas en el artículo 326 fuera un incremento de riesgo para el equilibrio ecológico [...] en tal caso la mayor penalidad quizá respondiera a ese aumento del

hilo del análisis de cada una de las cualificaciones que vamos a tratar (*vid infra*). No obstante, y por lo que respecta a la agravación de desobediencia, la imposibilidad de encontrarle, como se verá, un significado material, nos llevará a proponer su desaparición, si bien mientras permanezca vigente creo que la posible concurrencia con el delito de desobediencia (art. 556) deberá ser resuelta mediante un concurso de normas a favor del artículo 326 (*ex art.* 8.1.º CP) (15) solución *contra legem* pero respetuosa con el principio constitucional de la prohibición del *bis in idem*.

Por otro lado, la relación concursal prevista por el legislador parece ser entendida por la mayor parte de nuestra Doctrina como ideal. Así, por todos, Conde-Pumpido Tourón manifiesta que «en el caso de que se incurra, por ejemplo, en falsedad de documentos oficiales o en falsedades no ideológicas de documentos privados, u otro tipo delictivo, no hay que estimarlos consumidos por la agravación, sino que «se aplicarán también las penas que puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código», en concurso ideal, como indica el párrafo primero» (16), si bien tal interpretación puede dar lugar, ante algunas hipótesis, a situaciones incongruentes seguramente no queridas por el legislador (17).

peligro para el bien jurídico protegido en el tipo básico, aceptándose en dicho caso recurrir a otras hipótesis delictivas de afectarse a otros bienes jurídicos, no produciéndose en este segundo supuesto una vulneración del principio constitucional en la medida que nos enfrentaríamos a un doble contenido de injusto».

(15) Así, ALMELA VICH, C., «El medio ambiente y su protección penal», *Actualidad penal*, núm. 2, 12-18 de enero de 1998, p. 34, quien expresamente defiende el concurso de normas en relación a la desobediencia pero no, sin embargo, en cuanto a la falsedad, para la que propone un concurso ideal de delitos.

(16) CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «De los delitos contra...», *op. cit.*, p. 3255. Igualmente ALMELA VICH, C., *op. cit.*, p. 34, en cuanto a la falsedad. Más recientemente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *op. cit.*, p. 748.

(17) Piénsese que el delito de desobediencia del artículo 556 CP lleva aparejada una pena máxima de 1 año y el de falsedad documental del 392 de 3 años. De no existir los correspondientes subtipos agravados, deberían constituir un claro concurso real de delitos con el 325, lo que supondría una posible pena máxima de 6 años en el caso de la desobediencia y de 8 en el de la falsedad. Al existir los subtipos agravados, si entendemos que tales delitos han de constituir un concurso ideal con el 326, resultaría en abstracto una pena aplicable de 6 años y 3 meses a 7 años y 6 meses (mitad superior del 326, *ex art.* 77), en cuanto al concurso con la desobediencia, e igualmente en cuanto a la falsedad. Si se observa, en este último caso la pena a aplicar puede ser más leve (como mucho 7 años y 6 meses) que si no existiese el subtipo agravado (en cuyo caso podría llegar hasta 8 años) lo que no puede aceptarse fuese la idea del legislador. Por ello, quizás fuese más congruente la solución del concurso real entre el 326 y los correspondientes delitos de desobediencia o falsedad, solución que en todo caso arrojaría una posible pena máxima superior a la que podría aplicarse si no existiesen las cualificaciones (así, de hasta 8 años y 6 meses en cuanto a la desobediencia y

3. LA CLANDESTINIDAD DEL 326.a)

Establece la letra *a*) del artículo 326 que se impondrá la pena superior en grado cuando «la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones». Pues bien, tras la lectura de la norma acabada de reseñar, son principalmente dos las interrogantes que asaltan al intérprete y que mantienen dividida tanto a la Doctrina como a la jurisprudencia: ¿qué debe entenderse por clandestinidad? y ¿cuál es el alcance de las autorizaciones administrativas a las que se refiere el precepto? Analizaré, por orden, el estado de la cuestión en cuanto a ambas interrogantes e intentaré ofrecer, en la medida de lo posible, mi opinión al respecto.

Por lo que respecta a la primera cuestión el problema se reduce a adoptar una interpretación formal de clandestinidad, basada en una exégesis auténtica o, al contrario, a mantener una concepción material de clandestinidad. La primera opción, que consiste en identificar la clandestinidad con la ausencia formal de autorización, es avalada por un importante sector doctrinal, encontrando también sustento en diversas decisiones judiciales. Doctrinalmente, Muñoz Conde (18) ha afirmado tajantemente que «por clandestinidad debe entenderse la falta de autorización administrativa. Resulta por ello indiferente que la Administración tenga o no conocimiento de dicha actividad e incluso que la tolere».

Igualmente, Muñoz Lorente, en un trabajo específico (19), y acogiendo expresamente la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal

de 10 años y 6 meses en cuanto a la falsedad) y que nunca supondrá una pena inferior a la que pudiera arrojar el concurso real entre el 325 y la desobediencia o falsedad. Ya PRATS CANUT, J. M., «Análisis de algunos aspectos...», *op. cit.*, p. 77, estimaba que «tanto la falsedad o en su caso la coacción, son hechos diferenciables del delito medioambiental, y por lo tanto, deberían entrar en el capítulo del concurso real de delitos».

(18) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, parte especial*, 16.ª ed. (Valencia, 2007) p. 577. En la misma dirección, ALMELA VICH, C., *op. cit.*, p. 33, cuando afirma que «concurrirá esta agravante cuando la industria o la actividad carezca de la correspondiente autorización, siendo irrelevante que la Administración tenga conocimiento o no de la misma, pues lo clandestino no es lo oculto a la Administración sino que es lo no autorizado». Del mismo modo COLÁS TURÉGAÑO, A., «Algunas consideraciones...», *op. cit.*, p. 441, para quien «la industria o actividad funcionará clandestinamente cuando carezca de la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus actividades»; o LESMES SERRANOS, C., según el cual «la clandestinidad no se refiere tanto al conocimiento de su existencia por la Administración como al hecho de haber obtenido o no las autorizaciones preceptivas».

(19) MUÑOZ LORENTE, J., «El delito ecológico: su carácter de delito permanente y la interpretación de la agravación de clandestinidad. Vertidos indirectos en el

Supremo de 5 de mayo de 1999, considera acertada la caracterización que el Alto Tribunal realiza «de la denominada agravante de clandestinidad, no como la realización de actividades secretas u ocultas sino, precisamente, como la ausencia de licencia para el desarrollo de esas actividades».

Desde la perspectiva forense son, curiosamente, la doctrina jurisprudencial tradicional y la más reciente las que avalan la interpretación formal o auténtica del concepto de clandestinidad (20). Dentro de la primera, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1994 identifica la clandestinidad con «el funcionamiento de la industria sin haber pedido u obtenido la debida autorización, aprobación o licencia...» (FJ 4.º); recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005 (LJ 11186/2005) sienta con rotunda claridad que «en suma, el elemento de clandestinidad no se puede identificar como ocultación o secreto en el desarrollo de la actividad contaminante, sino con la carencia de las preceptivas autorizaciones o licencias exigidas sectorialmente para la protección del medio ambiente» (FJ 2.º).

No obstante, y como adelantábamos, también se ha ido abriendo hueco en nuestra Doctrina y jurisprudencia (21) una concepción material de clandestinidad que identifica la misma con el ocultamiento, secreto o desconocimiento de la industria o actividad por parte de la Administración. En este sentido, y como concluye Echarrí Casi (22) refiriéndose a las autorizaciones a las que alude el 326.a), «la inexis-

suelo y subsuelo con riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas», en *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, julio de 1999, p. 70, a quien sigue MESTRE DELGADO, E., «Delitos relativos a la Ordenación...», en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord), *Derecho Penal, parte especial*, 3.ª ed, *op. cit.*, p. 450, concluyendo que «la noción de funcionamiento clandestino utilizada en este precepto no equivale a la existencia de una industria oculta, encubierta, secreta o desconocida por la Administración, limitándose a significar la inexistencia de autorización o licencia administrativa previa».

(20) Además de las resoluciones reseñadas en el texto, la STS de 17 de mayo de 2003 establece que «la clandestinidad de una industria o actividad no debe identificarse con el carácter secreto u oculto en el sentido material, sino en el sentido jurídico que el propio precepto desarrolla de modo auténtico. Concretamente lo serían las empresas carentes de la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones». A dicha Sentencia se refiere ECHARRÍ CASI, F. J., «El subtipo agravado de clandestinidad en los delitos contra el medio ambiente», *Diario La Ley*, núm. 5848, Año XXIV, 12 de septiembre de 2003.

(21) Recientemente la STS de 30 de diciembre de 2008 (FJ 6.º), siguiendo la doctrina sentada por la STS de 4 de diciembre de 2002.

(22) ECHARRÍ CASI, F. J., «El subtipo agravado de clandestinidad...», *op. cit.* En la misma línea BOIX REIG, J., y JAREÑO LEAL, A., *op. cit.*, p. 643, al afirmar que «pese a las tendencias a equiparar clandestino con ausencia de autorización, es lo cierto que la idea de clandestinidad supone un plus que comporta la dificultad de

tencia de tales licencias no permite la agravación si documentalmente consta acreditado que la actividad industrial a la que se viene dedicando la empresa es conocida por la Administración correspondiente, por las relaciones con aquella mantenidas, relaciones que bien pudieran consistir en la presentación de un planteamiento de descontaminación gradual, un estudio de impacto medioambiental, o incluso por el conocimiento público de la actividad a la que se dedica la empresa. En definitiva, el conocimiento público de la actividad industrial no resulta compatible con la clandestinidad que agrava la conducta».

El fundamento de tal orientación doctrinal parece encontrarse en la ausencia en esta agravación, y también en otras del propio precepto, de un plus de desvalor respecto del tipo básico, argumentándose que tal agravación constituye, verdaderamente, un simple ilícito administrativo. Como dicen Serrano Gómez y Serrano Maillo (23) «en este supuesto del funcionamiento clandestino no parece que se añada al delito principal algo distinto de una mera infracción administrativa. Por ello ha de limitarse a los casos en que exista un contenido material, no sólo cuando la clandestinidad se deba a una mera falta de autorización por retrasos o por la falta de documentación irrelevante».

Del mismo modo algunas decisiones judiciales avalan una interpretación material de la clandestinidad. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004, aludiendo a la interpretación auténtica o formalista antes expuesta, considera que «esa interpretación [...] no puede convertir las exigencias del tipo en algo puramente formal, pues ello sería contrario a las razones de la agravación, que se basan en la existencia de un mayor peligro para el medio ambiente al suprimir o dificultar seriamente las posibilidades de control de la Administración» continuando que en el caso que se enjuiciaba «la Administración, a pesar de la inicial pasividad municipal, conocía la existencia de la actividad y disponía de medios suficientes para controlar su funcionamiento [...] lo cual impide calificarlo como clandestino» (FJ 1.º).

Claramente también, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2002 y a pesar de carecer la industria enjuiciada de las licencias municipales de actividades industriales, considera que «la inexistencia de tales licencias no permite la agravación pues documentalmente consta acreditado que la actividad industrial a la que se

control de la actividad por parte de la Administración». Igualmente ZUBIRI DE SALINAS, F., *op. cit.*, pp. 110-111.

(23) SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A., *Derecho Penal, parte especial*, Dykinson, 14.ª ed., Madrid, 2009, p. 653.

dedicaba la empresa había presentado un planteamiento de descontaminación gradual y el mismo había sido aprobado por el departamento correspondiente de la Generalitat de Catalunya, lo que supone el conocimiento público de la actividad industrial [...] extremos no compatibles con la clandestinidad que agrava la conducta» (FJ 4.º).

Por último, la Sentencia, también del Supremo, de 24 de mayo de 2003 pone de manifiesto cómo «el legislador ha seguido un criterio excesivamente formalista para configurar la agravante de clandestinidad. Parece que se quiere dar contenido agravatorio al incumplimiento de la normativa medioambiental relativo a la instalación y funcionamiento de industrias, sin otras connotaciones, lo que vaciaría de contenido y haría imposible la aplicación del derecho administrativo sancionador. El automatismo en la apreciación de la agravante, sería atentatorio al principio de culpabilidad. No obstante, conviene subrayar que la redacción del artículo 326.a) del CP distingue suficientemente entre la carencia de los preceptivos permisos y autorizaciones y el funcionamiento clandestino, que supone más bien, la ocultación o disimulo de las actividades contaminantes. Esta conducta es la que realmente supone un peligro añadido para el medioambiente ya que dificulta la búsqueda de las fuentes y la modificación de los defectos en las instalaciones» (FJ 5.º 5).

La segunda de las cuestiones que dejábamos planteada al inicio de este epígrafe era la relativa al alcance de las autorizaciones o aprobaciones a las que se refiere la agravación que comentamos. Esta interrogante, que al igual que la anterior mantiene dividida a la Doctrina y a la jurisprudencia, es ya tradicional en este ámbito, pero no por ello deja de estar latente. Como ha puesto de relieve Conde-Pumpido «al mantener la redacción anterior, el precepto no resuelve la polémica planteada en relación con la suficiencia de disponer de la autorización de las instalaciones, o bien la necesidad de disponer de la específica autorización...» (24).

Y como también expusimos cuando abordamos el concepto de clandestinidad, la resolución de esta segunda cuestión se reduce a una doble opción: «una primera entiende por clandestina la actividad de industrias que carecen de la autorización de funcionamiento por parte del Ministerio de Industria y de la preceptiva licencia municipal de actividades industriales. La otra incluye también los supuestos de carencia de autorización específicamente relacionada con el medio

(24) CONDE-PUMPIDO TOURON, C., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *op. cit.*, p. 3255.

ambiente» (25). Estos son, y no otros, los términos del debate. Pues bien, la segunda opción, está representada por un importante sector doctrinal. Claramente, en este sentido, se manifiesta Carmona Salgado (26) al considerar que «en principio, podría entenderse que se refiere a los supuestos en los que el sujeto activo no ha obtenido ni la autorización del Ministerio de Industria, ni tampoco la preceptiva licencia municipal de ejercicio de la correspondiente actividad industrial. Sin embargo parece más lógico pensar que la presente agravación resulte también aplicable a las hipótesis en las que, pese a existir la correspondiente licencia de funcionamiento, se estén realizando vertidos o emisiones sin autorización alguna».

También diversas decisiones judiciales avalan la segunda opción descrita. La ya tradicional Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1994 señala, en relación al antiguo artículo 347 *bis* siendo extrapolable ahora por la semejanza de redacción, que tal agravación supone «el funcionamiento de la industria sin haber pedido u obtenido la debida autorización, aprobación o licencia que se prevé en las distintas normas ambientales que regulan la materia» (FJ 4.º). La más reciente de 26 de enero de 2005, recoge con nitidez que «el elemento de clandestinidad no se puede identificar [...] sino con la carencia de las preceptivas autorizaciones o licencias exigidas sectorialmente para la protección del medio ambiente» (FJ 2.º) (27).

(25) TERRADILLOS BASOCO, J., «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», en TERRADILLOS BASOCO, J. (Coord.), *Derecho Penal del Medio Ambiente*, Trotta (Madrid, 1997), p. 50.

(26) CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes», en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ed. Dykinson, S.L., 2.ª ed. (Madrid, 2005), p. 709. Igualmente PRATS CANUT, J. M. y MARQUÈS I BANQUÉ, M., *op. cit.*, p. 1217, cuando señalan que «por funcionamiento clandestino habrá que entender la actividad de la industria sin haber obtenido o pedido la debida autorización, aprobación o licencia, que se prevé en las distintas normas ambientales que regulan la materia». De la misma opinión y claramente PÉREZ DE GREGORIO CAPELLA, J. J., «Jurisprudencia penal medioambiental (IV) (1.ª parte)», *La Ley*, año XXIV, núm. 5832, 25 de julio de 2003, [en línea], <http://www.laley.net>, al afirmar que una interpretación estricta que abarque sólo las autorizaciones genéricas «debe considerarse manifiestamente errónea». También COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 441, deja entrever su inclinación por la segunda opción apuntada en el texto.

(27) En la misma línea que las decisiones judiciales transcritas en el texto, encontramos otras como la STS de 5 de mayo de 1999 afirma que «el dato objetivo afirmado de la ausencia de licencia para la producción y el vertido de los residuos es precisamente el supuesto concreto apreciado de entre los que integran el subtipo agravado del párrafo segundo del artículo 347 bis» (FJ 9). Muy clara resulta igualmente la STS de 12 de diciembre de 2000 al señalar que «entendemos que no basta para eliminar la condición de clandestinidad respecto de una determinada actividad indus-

La primera opción a la que aludíamos también encuentra, como no podía ser de otra forma, importante sustento doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial. En la Doctrina es claro partidario de esta opción Urraza Abad (28) para quien «una lectura detenida de la letra *a*) del artículo 326 analizado parece llevarnos a concluir que para poder aplicar la concurrencia de esta circunstancia cualificativa debemos encontrarnos ante empresas o industrias que carezcan de aquellas autorizaciones imprescindibles para su puesta en funcionamiento, así como a la imprescindible aprobación de sus instalaciones con carácter general, resultando irrelevante a los efectos de su apreciación las autorizaciones y/o permisos de vocación o naturaleza estrictamente ambiental». Integra también este sector doctrinal Gómez Rivero (29) quien estima que «este precepto [...] se refiere no ya a las licencias necesarias para realizar la actividad en cuestión, sino para la apertura o comienzo del funcionamiento de la empresa».

Por su parte, desde el punto de vista forense son ya varias las sentencias del Tribunal Supremo (30) que avalan la primera opción descrita. Merece la pena destacar, pues por su claridad y nitidez resultan paradigmáticas, la de 29 de septiembre de 2001, 26 de junio de 2002

trial el que exista una autorización genérica realizada por medio de la correspondiente licencia municipal. Si hay una concreta dedicación a un proceso de recuperación de metales que ocasiona residuos contaminantes, para eliminar esa clandestinidad del mencionado apartado a) del artículo 326 CP, es preciso que exista una autorización o aprobación administrativa referida en concreto a esta específica actividad» (FJ 5.º). La misma conclusión puede extraerse de la STS de 23 de octubre de 2002 (LJ 60/2003, FJ 2.º). Todas ellas aparecen reseñadas, en lo que aquí interesa, en PÉREZ DE GREGORIO CAPELLA, J. J., «Jurisprudencia penal medioambiental...», *op. cit.*

(28) URRAZA ABAD, J., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, ed. *La Ley* (Madrid, 2001), p. 262.

(29) GÓMEZ RIVERO, M.ª C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Tirant Monografías, num. 143 (Valencia, 2000), p. 45, nota 53.

(30) Además de las reseñadas en el texto podemos aludir igualmente a las SSTS de 21 de diciembre de 2001, cuando advierte que «no es la realización de actos concretos ilegales, que ya aparece penada en el artículo 325 del Código Penal, determinante de la inclusión de la conducta en la figura agravada del apartado a) del artículo 326 del Código Penal...» (FJ 2.º), de 17 de mayo de 2003, cuando concluye que «el artículo 326 ap. a) se refiere a la aprobación o autorización de las instalaciones y no a la autorización de los vertidos, y a esos términos gramaticales estrictos debemos estar» (FJ 6.º 5) o la de 30 de enero de 2002 para la que «tampoco concurre el subtipo agravado del artículo 326, apartado a), pues la actividad desarrollada en el taller de donde procedían los bidones no era clandestina. Lo clandestino, con relevancia penal, fue el vertido de los bidones en el lugar en que lo fue, que es lo que constituye el tipo básico» (FJ 3.º 4). Igualmente las de 1 de diciembre de 2001, 17 de septiembre de 2001 y 14 de abril de 2003, todas ellas reseñadas, en lo que aquí interesa, en PÉREZ DE GREGORIO CAPELLA, J. J., *op. cit.*

y, sobre todo, la de 1 de abril de 2003. Así, señala la primera que «la falta de autorización administrativa, en el presente caso (referida a una autorización para vertidos), es precisamente la contravención de la normativa protectora del medio ambiente que integra, de forma prioritaria, el elemento normativo del tipo básico, por lo que no sería admisible que al mismo tiempo sirviera para la aplicación del tipo agravado» (FJ 2.º). Por su parte la segunda de las resoluciones mencionadas considera que «la apreciación de tal agravación ha de realizarse de manera exigente y relativa, tan sólo, a los supuestos de falta de licencia para la explotación en sí misma y no de la actividad que constituye el vertido contaminante» (FJ 5.º).

Pero más elocuente aún resulta la última de las sentencias mencionadas, la de 1 de abril de 2003 al estimar que «en efecto lo que exige la Ley para la aplicación del subtipo es que la industria o actividad funcione clandestinamente, equiparando clandestinamente al hecho de no haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, pero no exige adicionalmente la expresa autorización para la realización de unos concretos vertidos [...]. El tenor literal del apartado a) del artículo 326 exige autorización de las instalaciones, lo que equivale a estar autorizado para la puesta en funcionamiento de la industria o actividad, pero no impone otras licencias adicionales [...] llevar el subtipo hasta el supuesto de reputar que funciona clandestinamente una industria o actividad que actúa en el tráfico ordinario disponiendo de la pertinente licencia de apertura de sus instalaciones, y que mantiene relaciones fluidas con la Administración, como sucede en el caso actual, por el hecho de carecer de una licencia específica de vertidos, es llevar la interpretación de la expresión «funcionamiento clandestino» más allá del sentido natural de las palabras y más allá del contenido propio del tipo» (FJ 11).

Expuesto entonces el estado de la cuestión sobre el subtipo agravado de clandestinidad corresponde ahora, para terminar, mostrar la opinión que al respecto se mantiene en este trabajo. En este sentido, y en cuanto a la primera de las cuestiones que se plantearon al inicio del subepígrafe, a saber, ¿qué debe entenderse por clandestinidad?, considero que a tenor de la propia dicción del precepto no queda, en principio, otra opción que decantarse por una concepción formalista, en cuanto el propio legislador penal nos está diciendo o explicando qué debe entenderse por clandestinamente. Por ello, una interpretación literal y una aplicación estricta del principio de legalidad nos obligarían a calificar como clandestina, sin más, a la industria o actividad

que actúa «sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones».

Ahora bien, en base al fundamento que debe inspirar toda cualificación o agravación, en cuanto debe suponer un plus de afección al bien jurídico protegido y no sustentarse en el simple incumplimiento de obligaciones administrativas, soy partidario de proponer, *lege ferenda*, una estructura que permita acoger la concepción material de clandestinidad es decir, el carácter secreto u oculto de la actividad o industria. Incluso *lege data*, principios como el de lesividad, culpabilidad o proporcionalidad (no olvidemos que por un simple incumplimiento formal la pena puede aumentarse en dos años) permiten, hoy en día, dar cobertura a la concepción material.

Por último, y en cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas al inicio del análisis de este subtipo agravado, la relativa al contenido o alcance de la *autorización o aprobación administrativa de instalaciones*, me inclino decididamente por la primera de las opciones es decir, por entender que el precepto requiere la ausencia de autorizaciones genéricas, no sectoriales, y ello por las siguientes razones:

1.º Porque la falta o ausencia de autorizaciones sectoriales estrictamente ambientales integra ya de por sí el elemento normativo del tipo básico, pues son muchas las *disposiciones generales protectoras del medio ambiente* que contemplan la realización, sin autorización, de vertidos, emisiones, etc., en su catálogo de infracciones (31).

2.º Si lo anterior es así, que lo es, considerar que concurre el subtipo agravado cuando faltan autorizaciones específicas de vertido, emisiones, etc., supondría una quiebra flagrante de la prohibición del *bis in idem*, pues se estaría sancionando dos veces por una misma circunstancia: la ausencia de la autorización permitiría la apreciación del tipo básico (obviamente siempre que concurriese el elemento típico de la gravedad) y, al mismo tiempo, del subtipo agravado. Tal concepción es, sencillamente, inadmisibles (32).

(31) En el mismo sentido URRAZA ABAD, J., *op. cit.*, pp. 263-264, donde advierte que «resulta evidente que la realización de actividades contaminantes o esquilatorias sin contar con la preceptiva autorización o aprobación administrativa de naturaleza medioambiental constituye uno de los supuestos más frecuentes de la *contravención de las Leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*».

(32) Así se pone también de manifiesto en la STS de 1 de abril de 2003 pues «si la licencia exigida para excluir la agravación es la específica de cada modalidad de vertido, puede llegar a identificarse esta carencia de autorización específica con la ilegalidad del vertido, corriéndose el riesgo de vulnerar el principio *non bis in idem* al aplicar el subtipo agravado por la misma infracción administrativa que determina la concurrencia del elemento normativo del tipo básico» (FJ 14).

3.º Lo contrario contravendría el tenor literal del 326.a) y, por ende, del principio de legalidad (33), pues una cosa es autorizar instalaciones y otra, muy distinta, concretas emisiones, vertidos, extracciones, excavaciones, etc.

4.º Entender que el 326.a) requiere la ausencia de licencias sectoriales nos llevaría al absurdo de tener que apreciar la clandestinidad cuando la industria o actividad funciona con las preceptivas licencias del Ministerio de Industria o municipales de apertura y actividad pero carece de la específica de vertidos, emisiones, etc. (34).

4. LA DESOBEDIENCIA DEL 326.b)

Ordena el apartado b) del artículo 326 que habrá de imponerse la pena superior en grado cuando en la comisión de los hechos descritos en el artículo 325 «se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior».

Es unánime la Doctrina (35) cuando establece los requisitos que han de exigirse para su apreciación, a saber:

a) El requerimiento ha de ser expreso y debe contener la orden de suspender o corregir las actividades que se están desarrollando.

b) Debe ser emitido por la Autoridad administrativa competente en materia de medio ambiente para ordenar la corrección o suspensión de las actividades perjudiciales.

c) Es necesario, obviamente, el conocimiento de la orden por parte del sujeto activo del delito y su voluntad manifiesta de incumplirla (36).

(33) De nuevo la Sentencia mencionada en la nota precedente advierte que la concepción que venimos manteniendo «es más respetuosa con el sentido literal del precepto y en consecuencia con el principio de legalidad» (FJ 14).

(34) En esta línea, de nuevo, URRAZA ABAD, J., *op. cit.*, p. 263, para quien «parece difícilmente sostenible que, una vez obtenidas la autorización del Ministerio de Industria y la preceptiva licencia de actividades industriales, nos encontremos ante la cualificada perseguibilidad de una hipotética conducta anti ecológica desplegada por la misma que pudiera justificar tan grave incremento punitivo».

(35) Así, por todos, CONDE-PUMPIDO TOURON, C., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente...», *op. cit.*, p. 3255, LLANEZA GONZÁLEZ, «El delito ambiental», <http://www.palomallaneza.com> o LESMES SERRANOS, C., *op. cit.*, p. 353.

(36) En esta línea, algunas Sentencias del Tribunal Supremo no aprecian el subtipo agravado de desobediencia por no quedar acreditado que los requerimientos hubieran llegado a manos de los interesados. Así la STS de 27 de abril de 2001

No obstante la unanimidad doctrinal referida, parece necesario ir más allá de la mera exposición o descripción de los requisitos exigidos para la apreciación de la desobediencia. Por ello debemos preguntarnos ¿qué debemos entender por «órdenes expresas»?; ¿el acto administrativo que contiene la orden expresa ha de agotar la vía administrativa?; ¿qué relevancia ha de tener el rechazo injustificado de la recepción de notificaciones de la Administración?, ¿es la desobediencia apreciada habitualmente por los Tribunales?

Pues bien, por lo que respecta a la primera cuestión planteada, ha de entenderse que no serán órdenes «las meras sugerencias o recomendaciones que la autoridad administrativa haya podido formular» (37), debiéndose excluir también las meras «indicaciones tácitas, presuntas o genéricas» (38). El término *expresas* debe interpretarse «con arreglo a la normativa administrativa (arts. 53 y ss. de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)» (39), de manera que hemos de entender que el acto administrativo que contiene la orden debe haberse producido siguiendo el procedimiento adecuado, ha de ser motivado y escrito (arts. 53 a 55 Ley 30/1992).

En cuanto al agotamiento o no de la vía administrativa por el acto que contiene la orden creo que, de nuevo al amparo de la Ley procedimental administrativa, no es necesaria tal exigencia, pues los actos administrativos producen sus efectos desde el momento de su producción, y la suspensión de lo ordenado, con carácter general, no se contempla en la misma, todo ello a tenor de lo dispuesto en los artículos 56, 57, 111 y 138 de la Ley 30/92.

Por lo que respecta a la tercera cuestión expuesta es decir, a la relevancia del rechazo a la recepción del documento que contiene la orden, un entendimiento estricto del requisito del conocimiento de la misma obligaría a no apreciar la agravación, toda vez que el sujeto desconoce el contenido del documento que se le remite.

No obstante, esta interpretación estaría amparando actos fraudulentos u hostiles por parte del sujeto activo, por lo que a fin de evitar tal incoherencia y siempre que la notificación se hubiera intentado siguiendo los trámites establecidos en el artículo 59 de la Ley 30/92

(FJ único) rechaza la aplicación del 326.b) «al no constar que tal requerimiento llegue a manos de la interesada» o la de 16 de diciembre de 2004 en la que se declara que cuando el vertido contaminante se produce «los acusados no habían recibido aún la notificación del requerimiento» (FJ 2.º).

(37) SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 931.

(38) CONDE-PUMPIDO TOURON, C., *op. cit.*, p. 3255.

(39) COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 442.

creo, a tenor de lo dispuesto en dicho precepto, que debiera entenderse debidamente cumplido el trámite de la notificación y la concurrencia del conocimiento toda vez que, en la práctica, el sujeto sabrá quién es el remitente de la notificación por el mero hecho de que el *continente* de la misma identifique al emisor. Otra cosa es que pueda justificar el desconocimiento de la notificación por estar ausente de su domicilio (v. *gr.*, vacaciones, hospitalizaciones, etc).

Por último, y en cuanto al grado de aplicación de este subtipo agravado por los Tribunales, necesariamente debe concluirse que es, después de la clandestinidad, la cualificación más apreciada judicialmente (40). Así, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 (FJ 5.º) 24 de septiembre de 2002 (FFJJ 1.º 5 y 5), 3 de diciembre del mismo año (FJ 6.º), 2 de noviembre de 2004 (FJ 7.º) y, más recientemente, en la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de julio de 2008 (FJ 2.º).

Y para terminar, una breve reflexión que puede entenderse como petición al legislador. Así, considero que nos encontramos ante el subtipo agravado en el que más claramente se aprecia una desconexión entre el mismo y un mayor riesgo para el bien jurídico protegido que el previsto en el tipo básico, ya que la desobediencia, en sí, poco o nada contribuye a aumentar dicho riesgo, pues al exigirse para su apreciación la previa realización de actividades subsumibles en el tipo básico («*actividades tipificadas en el artículo anterior*», reza el precepto), necesariamente habrá concurrido ya el peligro para los sistemas naturales. Por ello puede abogarse por una desaparición del subtipo agravado comentado.

5. LA FALSEDAD DEL 326.c)

El subtipo agravado tipificado en el apartado *c)* del artículo 326 ordena la imposición de la pena superior en grado a la prevista en el artículo 325 cuando «*se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma*» (41). Podemos entender que se

(40) Se refiere a resoluciones anteriores a las mencionadas en el texto y que han analizado la agravación que nos ocupa, URRAZA ABAD, J., *op. cit.*, p. 266, como la STS de 26 de septiembre de 1994, AP de Lleida de 16 de marzo de 1995, AP de Huesca de 9 de mayo de 1995 o la de la AP de Albacete de 31 de enero de 1998.

(41) Nótese la ampliación que, respecto al anterior artículo 347.bis), supone la redacción del subtipo que comentamos. En aquél se hacía referencia únicamente a la aportación de información falsa mientras que en éste se desvalora igualmente la ocultación de información.

trata de falsear o no entregar información de carácter ambiental, referida a la actividad o industria de que se trate, y que se está obligado a aportar a la Autoridad competente «en los trámites administrativos necesarios para la obtención de las autorizaciones o licencias reglamentarias para la realización de la actividad» (42).

No obstante, y a pesar de que, a priori, parezca una cualificación que no presenta excesivos problemas interpretativos, sí se han suscitado algunas cuestiones en torno a la misma que obligan a tomar postura al respecto. Así, en nuestra Doctrina, plantea Suárez González (43) si la información a la que se refiere el precepto debe proporcionarse a petición de la Administración o si se hace referencia, también, a toda aquélla que pueda emitir la empresa sin necesidad de previa petición. Igualmente advierte el citado autor que no se especifica si la instancia que ha de requerir la información es pública o privada.

Pues bien, en coherencia con la interpretación que de esta agravación se ha adoptado, considero que se trata de información que se está obligado normativamente a aportar ya lo sea a petición expresa de la Administración, ya lo sea porque es obligación del sujeto pasivo su aportación en cualquier caso; por ello, si no existe una normativa que obligue a su aportación, no parece de recibo aplicar una cualificación que puede suponer, nada más y nada menos, el incremento de dos años de privación de libertad. En cuanto a la segunda cuestión planteada por el mencionado autor parece claro que la instancia que ha de requerir la información ha de ser pública, por cuanto sólo la Administración está legitimada para otorgar las autorizaciones en cuyo procedimiento de concesión se requiere dicha información. Todo lo más, podría admitirse la consideración de empresas que actúan en régimen de concesión administrativa.

Además de las dos cuestiones acabadas de plantear, otras dos más asaltan al intérprete del subtipo que nos ocupa. En *primer lugar* llama la atención, una vez más, la defectuosa redacción legislativa, en cuanto el término «*la misma*» no va precedido en el apartado que

(42) ALMELA VICH, C., «El medio ambiente y su protección penal...», *op. cit.*, p. 34.

(43) SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 932. Para este autor «una interpretación restrictiva, que impediría que el alcance del tipo se desbordase, abogaría por entender que debe tratarse de información que la empresa tiene la obligación de dar a requerimiento de instancias administrativas. Esta interpretación se vería refrendada por el hecho de que en los supuestos de los apartados *a)*, *b)* y *d)* se cita expresamente a la Administración, que es a quien compete la concesión de autorizaciones y el control de las actividades».

comentamos de ningún sustantivo al que sustituir. En una interpretación sistemática de todo el precepto debemos entender que se está refiriendo a la industria o actividad citadas en el apartado *a*), si bien en ese caso sería deseable la sustitución por el término «las mismas». Y *en segundo lugar* cabe preguntarse si también se refiere el 326.c) a la información que sea necesario aportar en el seno de un procedimiento de inspección; pues bien, en coherencia de nuevo con el entendimiento que aquí se ha propuesto de la cualificación de falseamiento u ocultación de información, creo que la misma sólo es aplicable a la falsificación u ocultamiento en el seno de un procedimiento de concesión de autorización o licencia, pudiendo subsumirse en la agravación de obstaculización de actividades inspectoras [326.d)] el comportamiento consistente en falsear u ocultar información en el seno de tales actividades, pues en ese caso se estaría impidiendo el desarrollo normal y efectivo de las actuaciones de control propias de la inspección.

Para terminar, y una vez expuestos y tomada postura sobre las principales dudas que plantea la cualificación prevista en el apartado *c*) del artículo 326, hemos de advertir que, al igual que ocurría con los subtipos precedentes, parece obligado realizar una reinterpretación de la misma so pena de configurarse como una mera cualificación formal.

Por ello creo, con la mayoría de la Doctrina (44), que la información a la que se refiere el precepto no debe ser una información ambiental cualquiera, sino referida estrictamente a aspectos ambientales esenciales o relevantes, a lo que debe añadirse un matiz de gran importancia, puesto de relieve por Mestre Delgado (45), cual es que dicha información «de haber sido previamente conocida por la Administración hubiera provocado la evitación de esa específica infracción» pues sólo así puede justificarse un mayor riesgo para el bien

(44) En este sentido CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 710, advierte que «ni siquiera desde un punto de vista legal se exige que el falseamiento u ocultación hayan recaído sobre *elementos esenciales* o relevantes, quedando así configurada como una cualificación exclusivamente formal». Por su parte SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 931, considera que la ausencia de referencia a aspectos ambientales esenciales «dota al supuesto de una desmesurada amplitud». Por ello URRAZA ABAD, J., *op. cit.*, p. 267, en el mismo sentido que el expuesto en el texto, señala que «la conveniencia de desterrar del Código Penal cualquier manifestación de formalismo o automatismo punitivo parece llevar, no obstante, a considerar exigible dicha relevancia efectiva del falseamiento u ocultación, a pesar de que la dicción del tipo no lo exija de forma expresa».

(45) MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, p. 451.

jurídico protegido que el previsto en el tipo básico ya que el desconocimiento de esas circunstancias por la Administración, que es la que debe velar por el uso racional de los recursos naturales (art. 45.2 CE), hace más vulnerable el objeto de tutela. Encontramos así, en tal comportamiento, un desvalor de resultado que junto al desvalor de acción, manifestado en engañar a la Administración, integran o conforman la antijuridicidad material de la agravación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMELA VICH, C., «El medio ambiente y su protección penal», *Actualidad penal*, n.º 2, 12-18 de enero de 1998.
- BLANCO LOZANO, C., *Algunas aplicaciones de la teoría jurídica del delito a casos concretos de criminalidad ambiental*, La Ley 2000-5.
- BOIX REIG, J y JAREÑO LEAL, A., «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en Vives Antón, T (et. al), *Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, 3.ª edición revisada y actualizada (Valencia, 1999).
- CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes» en COBO DEL ROSAL, M (Coord.), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ed. Dykinson S.L., 2.ª ed. (Madrid, 2005).
- COLÁS TURÉGANO, A., «Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el Código Penal de 1995», en ORTS BERENGUER, E. (dir.), *Estudios Jurídicos: Libro Homenaje al profesor J. R Casabó Ruiz*, ed. Universidad de Valencia (Valencia, 1997).
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir), *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Tomo II, ed. Trivium (Madrid, 1997).
- CUESTA ARZAMENDI, J. L. DE LA, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Capítulo III, Título XVI, Libro II del nuevo Código Penal de 1995» en *Actualidad Penal*, núm. 14, 6 al 12 de abril de 1998.
- «La reciente historia del delito ecológico: del artículo 347 bis al proyecto de nuevo Código Penal de 1994» en VALLE MUÑIZ, J. M.ª (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*, ed. Aranzadi, (Pamplona, 1997).
- ECHARRI CASI, F. J., «El subtipo agravado de clandestinidad en los delitos contra el medio ambiente», *Diario La Ley*, núm. 5848, Año XXIV, 12 de septiembre de 2003.
- GÓMEZ RIVERO, M.ª C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, ed. Tirant Monografías, núm. 143 (Valencia, 2000).

- LESMES SERRANOS, C., «Los nuevos delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» en LESMES SERRANOS, C. (et. al), *Derecho Penal Administrativo*, ed. Comares (Granada, 1997).
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente» en Vives Antón, T. S. (et. al), *Derecho Penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2004).
- MESTRE DELGADO, E., «Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente» en Lamarca Pérez, C. (Coord.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Colex, 3.ª edición (Madrid, 2005).
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal, parte general*, ed. Reppertor, 8.ª ed. (Barcelona, 2009).
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, parte especial*, 16.ª ed, Tirant lo Blanch (Valencia, 2007).
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, ed. Tirant lo Blanch, 7.ª ed. (Valencia, 2007).
- MUÑOZ LORENTE, J., «El delito ecológico: su carácter de delito permanente y la interpretación de la agravación de clandestinidad. Vertidos indirectos en el suelo y subsuelo con riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas», en *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, julio de 1999.
- ORTS BERENGUER, E y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal, parte general y parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2004).
- PÉREZ DE GREGORIO CAPELLA, J. J., «Jurisprudencia penal medioambiental (IV) (1.ª parte)», *La Ley*, año XXIV, núm. 5832, 25 de julio de 2003.
- PRATS CANUT, J. M., «Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente» en *Jornadas sobre la protección penal del medio ambiente*, 20-21 de octubre de 1990, CODA/AEDENAT, Agencia de Medio Ambiente (Madrid, 1991).
- PRATS CANUT, J. M., y MARQUÈS Y BANQUÉ, M., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» en Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, ed. Thomson Aranzadi, 5.ª edición (Navarra, 2005).
- SERRANO GÓMEZ, A y SERRANO MAILLO, A., *Derecho Penal, parte especial*, ed. Dykinson, 14.ª ed. (Madrid, 2009).
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del Patrimonio histórico y el medio ambiente» en Rodríguez Mourullo, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, ed. Civitas (Madrid, 1997).
- TERRADILLOS BASOCO, J., «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente» en Terradillos Basoco, J. (Coord.), *Derecho Penal del Medio Ambiente*, ed. Trotta (Madrid, 1997).

- TRILLO NAVARRO, J. P., «El extraneus y el nuevo artículo 65.3 del Código Penal» *Diario La Ley*, año XXVI, n.º 6217, 24 de marzo de 2005.
- URRAZA ABAD, J., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, ed. La Ley (Madrid, 2001).
- ZUBIRI DE SALINAS, F., «Delitos contra el medio ambiente» en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Empresa y Derecho Penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, ed. CGPJ (Madrid, 1999).