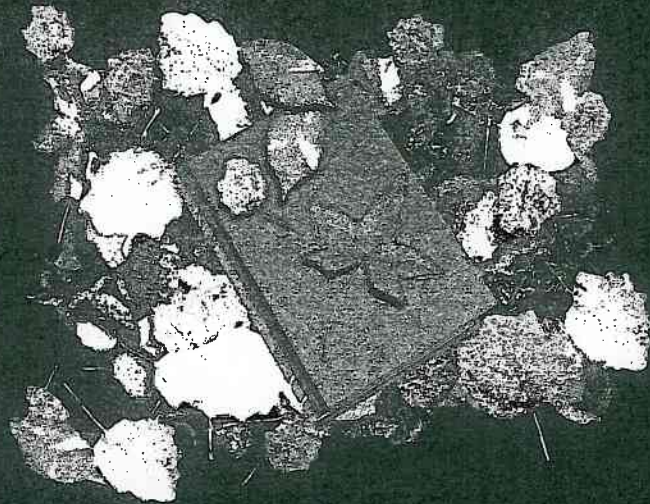


JUAN ANTONIO MARTOS NUÑEZ

DERECHO
PENAL
AMBIENTAL



RELACIÓN DE AUTORES

Prof. Dr. Juan Antonio Martos Núñez.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

Director del "Grupo Andaluz de Investigación Jurídica".

Prof.^a Dra. M.^a Isabel Martínez González.

Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

Prof.^a Dra. M.^a del Carmen Gómez Rivero.

Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

Prof.^a Dra. M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz.

Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

Prof.^a Dra. Carmen Requejo Conde.

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

Prof.^a Dra. M.^a Antonia Monge Fernández.

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

Prof.^a Dra. Mercedes Llorente Sánchez-Arjona.

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla.

Silvia Mendoza Calderón.

Becaria de Investigación de la Universidad de Sevilla.

Manuel Costa Mestanza.

Abogado e Ingeniero de Caminos.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 1984.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de noviembre de 1985.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1990.
- Sentencia de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de mayo de 1998 (ARP 1998\2519).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 8 de julio de 1998 (ARP 1998\3380).
- Auto de la Audiencia Provincial de Zamora, de 3 de febrero de 1999 (ARP 1999\831).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 26 de febrero de 1999 (ARP 1999\535).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 27 de septiembre de 1999 (ARP 1999\2917).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 16 de mayo de 2000 (ARP 2000\2710).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 11 de octubre de 2001 (JUR 2001\819233).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 22 de abril de 2002 (JUR 2002\55957).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 26 de diciembre de 2002 (ARP 2002\293).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 19 de noviembre (RJ 2002\54101).

CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

Doctora en Derecho.

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

I. Sanciones penales

I. Penas

Las sanciones penales que se contemplan para los tipos de los delitos ambientales son las siguientes:

- Para el artículo 325.1, de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años;
- Si se ha realizado el tipo básico agravado, las penas se impondrán en su mitad superior: es decir, prisión de dos a cuatro años, multa de dieciséis a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de dos a tres años. El artículo 325.2 castiga además de con la pena que corresponda por el daño causado a las personas, con la prisión de dos a cuatro años.
- Si lo que está en juego es el delito ecológico cualificado, artículo 326, las penas serán las superiores en grado: prisión de cuatro a seis años, multa de veinticuatro a treinta meses e inhabilitación especial de carácter profesional de tres años a cuatro años y medio, en base al artículo 325.1 y ;
- Para el tipo del artículo 328, prisión de cinco a siete meses y multa de diez a catorce meses.
- Para el artículo 330, prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses;
- Si la condena es por imprudencia grave, artículo 331, las penas anteriores podrán reducirse en un grado, quedando como sigue:
en el supuesto del artículo 325.1: prisión de tres a seis meses (que deberá ser suspendida, artículo 80.1, o sustituida, artículo 71.2), multa de cuatro a ocho meses e inhabilitación profesional de seis a doce meses;
- Y para el caso del 330 por imprudencia, prisión a seis meses a un año (a suspender artículo 80.1, o sustituir, artículo 71.2) y multa de seis a doce meses.

2. Consecuencias accesorias

El Código Penal de 1995 incorpora, junto con las penas y con las medidas de seguridad, otro modo de reacción frente al delito de contaminación ambiental: las denominadas "consecuencias accesorias"³⁷⁷.

Si las sanciones clásicas (penas, medidas) están pensadas para responsabilidades individuales y, precisamente, a lo que afectan son a bienes de carácter personal (libertad, patrimonio), parece que estas otras sanciones penales estén pensadas para, al menos tangencialmente, hacer frente a la delincuencia ambiental, en la que empresas e industrias van a verse envueltas, y en la que la aplicación de una sanción tradicional suele ser ineficaz para los entes colectivos, dada la excesiva personificación del castigo³⁷⁸. Es decir, junto con la responsabilidad penal individual de las personas físicas y la responsabilidad civil directa de los autores y subsidiaria de los entes colectivos, los delitos relativos al medio ambiente incorporan otras consecuencias de la infracción penal. En concreto las del artículo 129 CP se contienen en los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medioambiente en el artículo 327.

El artículo 327 dispone que:

"En todos los casos previstos en los dos artículos anteriores (artículos 325 y 326), el juez o tribunal podrá acordar alguna de las medidas previstas en las letras a) o e) del artículo 129 de este Código".

Dichas sanciones, referidas a los casos en que el delito se cometa por una empresa³⁷⁹, son:

- a) La clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo; la clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario, sin que exceda de cinco años.

Aún cuando el Código no establece el procedimiento para su adopción, al ser consecuencias sancionatorias, y por respeto al principio acusatorio, para su imposición debe

mediar petición del Ministerio Fiscal o de la parte acusatoria³⁸⁰. Tan sólo se dice en el artículo 129.2 respecto a la clausura temporal que podrá ser acordada por el juez instructor también durante la tramitación de la causa.

En mi opinión las consecuencias accesorias, en concreto las del artículo 129 y del artículo 327, no son otra cosa que sanciones penales encubiertas a las personas jurídicas, cuya finalidad, según establece el propio artículo 129.3 no es otra que prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la ésta³⁸¹.

Entiendo que la clausura deberá ser o por el máximo temporal de cinco años, como mínimo, o definitiva³⁸², acordándose lo que proceda en beneficio de terceros y, muy especialmente, de los trabajadores³⁸³. Efectivamente así ha ocurrido con las minas de Aznalcóllar, en donde el cierre temporal, que se acordó cautelarmente –artículo 339– cesó, con el fin de garantizar la viabilidad de la reparación y la "vuelta al trabajo de los mineros, lo que, desgraciadamente, al final tampoco ha sido así"³⁸⁴.

3. Ejecución de las sanciones

Resulta de gran importancia que una vez que se haya dictado sentencia y se haya declarado ésta firme, el Ministerio Fiscal se interese, con todos los medios legales a su alcance, por la plena efectividad de la ejecutoria³⁸⁵. Habrá de velar por el cumplimiento efectivo de las penas y, en su caso, de las consecuencias accesorias ordenadas por el tribunal que puedan afectar tanto a los reos como a las Administraciones públicas con competencias medioambientales (control y clausura de actividades contaminantes, inspecciones, intervención de las empresas...). Asimismo velará por el pago de las indemnizaciones acordadas y evitará dilaciones fraudulentas o el incumplimiento de las acciones de restauración del medioambiente dañado contenidas en la sentencia judicial.

377 Ayo Fernández M., *Las penas, las medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, p. 278; en cuanto a los requisitos de las consecuencias accesorias, vid. De Vicente Martínez, R., *Persona jurídica y consecuencias accesorias*, en *Revista Penal*, 2002, n.º 8, p. 114 y ss.

381 Cuadrado Ruiz, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998, p. 94.

382 En el caso Doñana se habló de un plazo de tres a cinco años para el proyecto de corredor verde a lo largo del río Guadiamar como forma de recuperar los terrenos, por lo que parece que no sería deseable que en un plazo inferior se reanudara la actividad que ha originado la contaminación ambiental. A pesar de ello, la empresa Boliden obtuvo las autorizaciones correspondientes para la reapertura de la explotación minera, que se reanudó, aunque por poco tiempo.

383 Así Queralt Jiménez, J., *Derecho Penal español. Parte especial*, 3 ed., Barcelona, 1996, p. 681 y ss.

384 Vid. *supra*.

385 Tal y como ha puesto de relieve Pérez De Gregorio, *La actuación del Ministerio Fiscal en la investigación y represión de los delitos contra el medio ambiente*, en *La Ley*, año XVII, n.º 4120, 11 de septiembre de 1996, p. 3.

377 Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, II, 3 ed. (Traducción de Mir Puig/Muñoz Conde), p. 1045: "las consecuencias jurídicas del delito se dividen en penas, medidas y consecuencias accesorias". Vid. Cuadrado Ruiz, *Acerca de las consecuencias accesorias*, 2006 (en prensa).

378 Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*, en *Revista Penal*, n.º 1, julio 1997, p. 43 y ss.; Silva Sánchez, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP*, en *Derecho Penal económico, CGP*, n.º 14, 2001, p. 308 y ss.

379 Cf. de la Cuesta Arzamendi, *Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal*, en "Homenaje al Dr. Marino Santos in memoriam" Volumen I, Cuenca 2001; De la Fuente Honrubia, *Las consecuencias accesorias de clausura y suspensión de actividades*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 11, 2003, p. 339 y ss.

II. Medidas de gracia

Por último, es interesante comprobar que en estos delitos las posibles medidas de gracia (indultos totales o parciales) se hallan proscritas en virtud de acuerdos internacionales como la Resolución número (77) 28 del Consejo de Europa, sobre la Contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente, de 1978.

III. Medidas cautelares

Las medidas cautelares se contemplan en el artículo 339. Precepto cuya única función es el recordatorio, puesto que cualquier medida cautelar puede ser adoptada por el Juez de Instrucción desde el inicio de las diligencias, incluso sin haber aún autor conocido (artículo 13 LECR). Asimismo, puede ampliarlas, modificarlas, dejarlas sin efecto o adoptar otras nuevas durante la tramitación de la causa³⁸⁶.

Hay que entender que cuando el texto señala que las medidas de restauración del medio ambiente se deben adoptar "a cargo" del autor, lo será en un sentido económico³⁸⁷. Esto quiere decir que el juez que aplique esta medida deberá tenerla presente en el momento de determinar la responsabilidad civil correspondiente, o viceversa, para evitar, en su caso, gravar doblemente al sujeto responsable³⁸⁸. Mencionar también en este apartado que dentro de los Delitos contra la Administración de Justicia, en el artículo 468, se castiga al que quebrante la medida cautelar impuesta, con las penas de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad y multa, en los demás casos.

386 Queralt Jiménez, J., *Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1996, 738-739.

387 Vid. ampliamente Sainz-Cantero Caparrós, M. B., *La reparación del daño ex delicto*, Granada, 1997.

388 Baix Reig, en Vives Antón y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1996, p. 597.

IV. La reparación del daño

I. Introducción

La reparación del daño causado en materia ambiental se contiene en el artículo 340 del CP. Dentro de las disposiciones comunes a todo el Título XVI, y, por lo tanto, no sólo relativas a los delitos contra el medio ambiente en sentido estricto y a los delitos contra la flora y la fauna, sino que también son comunes a los delitos urbanísticos y a los delitos relativos al patrimonio histórico, el legislador ha establecido en el 340 la realización de actos de reparación:

artículo 340: si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los jueces y tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas.

No es éste, sin embargo, el único precepto del Código que menciona actos de esta naturaleza³⁸⁹, pero llama la atención que se recojan de manera generalizada en este título disposiciones dirigidas a la reparación de un daño material (en los artículos 321³⁹⁰, 323³⁹¹, 339

389 Así también el artículo 216 dispone que:

En los delitos de calumnia o injuria se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma en el que el juez o tribunal consideren más adecuado a tal fin oídas las dos partes.

En los delitos contra los derechos y deberes familiares, artículo 227.3: la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.

En los delitos contra los derechos de los trabajadores la no reparación de daños constituye un elemento típico, artículo 314, cuando no se restablezca la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado.

Mientras que en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (artículo 305.4; 307.3, 308.4) los actos de reparación, es decir, el regularizar la situación tributaria, ante la Seguridad Social o el reintegrar las cantidades obtenidas de las Administraciones públicas, se consideran eximente.

390 De los delitos sobre el patrimonio histórico.

Artículo 321: (...) En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros.

391 De los delitos sobre el patrimonio histórico.

Art. 323: (...) En este caso los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.

la obligación de reparación del daño aparece como sanción *sui generis*³⁹²). Llama también la atención porque aunque en los Capítulos tercero y cuarto del Título XVI se tipifican algunos delitos resultativos (artículos 330, 332, 333, 334, 335, 336) el tipo básico del delito contra el medio ambiente, el artículo 325, las cualificaciones del 326 y el establecimiento de depósitos o vertederos del artículo 328, contienen delitos de peligro. No hay que olvidar, por ello, que nos encontramos ante delitos en donde se protegen bienes jurídicos colectivos, de naturaleza supraindividual y con una autonomía propia³⁹³.

Esta regulación particular pone de relieve que se trata, fundamentalmente, de una problemática de Derecho material, esto es, de una problemática del sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal. Por ello, es conveniente no excluir ya desde un principio estos elementos reparatorios del elenco de consecuencias jurídico-penales. En primer lugar cuestionaremos la naturaleza jurídica de esa reparación, para pasar a continuación a analizar el artículo 340 CP.

2. Naturaleza del artículo 340 CP

En ocasiones, el proceder posdelictivo del sujeto activo del delito no es la ocultación y la huida. Reconsiderar el alcance y las consecuencias del hecho consumado –tomar conciencia de la antijuridicidad del acto– pueden motivar la realización de actos reparadores. De otra parte, está claro que el legislador, con independencia de toda consideración expiatoria, siente hoy día y cada vez más la idea de estimular y fomentar en el sujeto determinados comportamientos como la reparación, de lo que es claro ejemplo el artículo 340. Si una vez cometido el injusto ya no es posible un desistimiento eficaz³⁹⁴, sí resulta factible una colaboración, que de una u otra manera, repare o disminuya los efectos del delito³⁹⁵.

Esta doble idea de reprimir pero a la vez reparar, contribuyendo de manera efectiva a la convivencia y a la ordenación de la vida colectiva es, a su vez, una manifestación de lo que muchos denominamos Derecho Penal mínimo, que en la práctica no es otra cosa que la pretensión del menor sufrimiento posible para el menor número de personas. Y dentro de estas últimas hay que incluir no sólo a los responsables penales de los delitos sino también a las víctimas.

Por ello, creo que no hay que ver una oposición entre los ideales éticos del Derecho Penal y el supuesto pragmatismo de la reparación. Si hasta ahora en el Derecho Penal han primado los intereses vindicativos sobre los sociales y asistenciales³⁹⁶, ya era hora de reconsi-

392 Silva Sánchez, J.M., *Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación"*, en Revista del Poder Judicial, n.º 45, 1997, p. 183 y ss.

393 Vid. Cuadrado Ruiz, M. A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998, p. 63-64, n.º 25; la misma, "Consideraciones en torno al delito ecológico" en *Rev. Internationale de Langues Juridiques et de Droit Comparé*, n.º 1, 2002, p. 46.

394 Vid. ampliamente, Martínez Escamilla, M., *El desistimiento en Derecho Penal*, Madrid, 1994; Muñoz Conde, F., *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, Barcelona, 1972.

395 Soto Nieto, F., *Confesión de la infracción a las autoridades y reparación del daño*, en *La Ley*, 1996, tomo 6, p. 1621.

396 García-Pablos de Molina, *Manual de Criminología*, p. 693 y ss.

derar la utilización del sistema penal, como ha subrayado Quintero Olivares³⁹⁷ en aras no sólo de reprimir, sino de reprimir y reparar a la vez.

El problema que se plantea es de qué forma se pueden y se deben tomar en consideración estos actos de reparación³⁹⁸, en concreto en los delitos contra el medio ambiente.

A mi juicio, lo que habría que dilucidar es:

- a) si los actos de reparación del artículo 340 no son más que la mera responsabilidad civil *ex delicto* que establecen las leyes civiles o administrativas y que en virtud del artículo 34.3 CP³⁹⁹ no se reputarán penas. Si esto es así, de lo que se trataría en el artículo 340 CP es del problema más general de la asistencia y la indemnización a las víctimas de los delitos por parte del Estado. Esta reparación se encuadraría, por tanto, en la responsabilidad civil subsidiaria;
- b) si nos encontramos, simplemente, ante una atenuante específica en materia medioambiental;
- c) o si, en efecto, de lo que se está hablando es de una verdadera sanción penal en la que la reparación del daño del artículo 340 aparece como tercera vía en el sistema de sanciones penales junto a la pena y a la medida de seguridad. En ese caso, el artículo 340 sería uno de esos supuestos en los que expresamente aparece la reparación como consecuencia jurídico-penal del delito.

Pues bien, pasemos a analizar cada una de las posibles hipótesis en torno a la naturaleza de la reparación del daño en materia ambiental.

De entrada dejamos a un lado la corriente abolicionista que, con carácter general, quiere establecer una regulación de la reparación entre autor y víctima al margen de la pena estatal⁴⁰⁰. Una propuesta de estas características conduciría, por un lado, a una negación de los intereses sociales que se expresan en la pretensión penal estatal y, por otro, a una gran desigualdad en la reacción frente a la conducta criminal. El resultado sería no solamente el desplazamiento del Derecho Penal en favor de una regulación del resarcimiento, –que en esencia ya resultaría de la obligación civil de reparación–, sino que también se suscitarían

397 Quintero Olivares, "La reparación del daño y la renuncia a la pena", en *Estudios penales a la memoria del Prof. Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, p. 589-603; el mismo, *La reparación del perjuicio en la política criminal*, en *CJ*, n.º 21, 1994, p. 41.

398 Hirsch, *La posición del ofendido en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal*, con especial referencia a la reparación, p. 565.

399 Artículo 34.3 CP: No se reputarán penas (–) las privaciones de derechos y las sanciones reparatorias que establezcan las leyes civiles o administrativas.

400 Un abolicionismo semejante tiene en Alemania muy pocos partidarios, si acaso, Plack, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974, p. 323 y ss, 380 y ss.

presiones entre autor y ofendido y de la existencia o falta de una víctima⁴⁰¹. De ahí que no planteemos ni siquiera esta posibilidad.

2.1. ¿Responsabilidad civil ex delicto?

Lo que nos proponemos, en primer lugar, es comprobar si la reparación del daño del artículo 340 es una forma de saldar la responsabilidad civil.

Ciertamente, algunos autores⁴⁰², con un indefectible automatismo, tienden a identificar una y otra. Y en efecto las similitudes no son pocas. La responsabilidad civil *ex delicto*, que el propio Código Penal recoge en los artículos 109⁴⁰³, 110⁴⁰⁴ y 112⁴⁰⁵, obliga a reparar, comprende la reparación del daño y ésta podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer; que el juez o tribunal establecerá y determinará si habrá de ser cumplida por el mismo culpable o si pueden ser ejecutadas a su costa.

¿En qué se diferencian entonces la reparación como responsabilidad civil y los actos de reparación del artículo 340 CP?

- 1.º) En primer lugar la reparación-responsabilidad civil debería acompañarse de otra pena en los casos graves, para distinguir así entre la gravedad de la conducta y la del daño, mientras que en los actos de reparación del artículo 340 no tiene que ser de esta forma. La reparación-responsabilidad civil debe ser equivalente al daño o al perjuicio ocasionado y los actos de reparación del 340, como ya se ha dicho, pueden consistir en disculpas, prestaciones de servicios, encuentros de reconciliación, etc. Es decir, actos que de alguna forma sean proporcionales gravedad del hecho⁴⁰⁶.
- 2.º) En segundo lugar, otra de las razones que sustentan la tesis de que en el artículo 340 no estamos ante una responsabilidad civil subsidiaria se apoya en el mecanismo procesal.

401 Por eso es rechazada esta postura tanto por Hirsch, La posición del ofendido en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal, con especial referencia a la reparación, p. 565 como por Raxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, en Schöch: Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, p. 40 y ss., así como por Kaiser, "Abolitionismus-Alternative zum Strafrecht" en Ladner Festschrift, 1987, p. 1027, 1035 y ss.

402 Consideran que estas disposiciones se refieren a la responsabilidad civil. Queralt Jiménez, J.J., Derecho Penal español. Parte especial. 3 ed., Barcelona, 1996, p. 739; Hirsch, H.H., La posición del ofendido en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal, con especial referencia a la reparación, CPC, n.º 42, Madrid, 1990, p. 561 y ss.

403 Art. 109: 1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.

404 Art. 110: La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución; 2.º La reparación del daño; 3.º la indemnización de perjuicios materiales y morales.

405 Art. 112: La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer, o de no hacer que el juez o tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza del aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

406 Muñoz Conde / García Arán, DP. PG., 5ª ed., p. 622 y ss.

La reparación como forma de saldar la responsabilidad civil (artículo 110. 2 CP) tiene que solicitarse, ya sea *ex officio* por el Ministerio Fiscal o a petición de otras partes acusadoras, y se acuerda siempre si ha existido perjuicio. Si lo que se ha querido decir en el artículo 340 es que los tribunales podrán imponer por sí, sin atenerse al principio acusatorio, la responsabilidad civil, en ese caso parece que se trataría de un desconocimiento del funcionamiento del proceso penal, que se rige por tal principio, incluso en materia de responsabilidad civil, máxime teniendo en cuenta que, en todo caso, el Ministerio Fiscal ejerce la acción penal y civil, salvo renuncia o reserva expresa de los perjudicados. Y si no hay perjudicados concretos, sino la comunidad en sentido amplio, el daño ocasionado debe ser exigido por el Ministerio Fiscal y las otras acusaciones, en su caso, pero nunca acordado de *oficio* por el tribunal.

Sin embargo, para que la reparación del art. 340 sea efectiva, no depende de lo que se decida procesalmente acerca de la responsabilidad civil. Para el aspecto penal es decisivo sólo que el autor se esfuerce con todos los medios a su alcance en la reparación del daño⁴⁰⁷.

- 3.º) En tercer lugar, si los actos de reparación del artículo 340 se refieren a la responsabilidad civil, no estaría justificada tampoco la razón de por qué deba efectuar la reparación sólo el autor ya que el artículo 340 se refiere al culpable. Es decir, si nos encontrásemos ante la mera responsabilidad civil, no habría razón para romper en materia ambiental el sistema de encadenamiento de las responsabilidades civiles directas y subsidiarias (recuérdese que la entidad aseguradora es responsable civil directa hasta el monto de la cobertura de la póliza: artículo 117 CP⁴⁰⁸).

Todas estas razones avalan la tesis de que los actos de reparación del artículo 340 no se refieren a la responsabilidad civil *ex delicto*. Pero, es más, si se identifican los actos de reparación del artículo 340 con la responsabilidad civil *ex delicto* subsidiaria, la cuestión que se debe plantear a continuación sería: ¿quién debe reparar ese daño?

Dentro de la concepción del Estado social⁴⁰⁹ pudiera pensarse que es el Estado mismo el que debería atender este problema. O, dicho de otro modo, la condición de Estado social

407 Hirsch, La posición del ofendido en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal, con especial referencia a la reparación, en CPC, número 42, Madrid, 1990, p. 572.

408 Art. 117: Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directas hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

409 Cuadrado Ruiz, M. A., "La protección penal del consumidor en el Estado social y democrático de Derecho", en *Reveu Internationale de Langues Juridiques et de Droit comparé*, n.º 2, 2003, p. 56 y ss.

genera unos deberes públicos entre los que podrían incluirse la atención directa del Estado hacia las víctimas, en general, y hacia las víctimas de los delitos medioambientales en particular⁴¹⁰. Dado que a través de *ius puniendi* se deja en manos del Estado la protección de los bienes más importantes, parece legítimo que pudiera esperarse del Estado la correspondiente asistencia en aquellos casos en los que la protección estatal contra el delito ha fallado⁴¹¹. Entonces, junto con la asistencia y la indemnización de las víctimas de los delitos por parte del Estado, no habría impedimento jurídico para crear instituciones que asistieran a las víctimas de las lesiones y daños medioambientales (fondos a las víctimas ambientales) conforme a los principios del Estado social. En la práctica, el Estado no puede evadir su responsabilidad y, creo que, en este sentido, debiera asumirla. Me parece que es urgente la creación de un fondo de compensación y reparación ambiental nutrido, por ejemplo, con indemnizaciones causadas por daños irreparables, tributos verdes, indemnizaciones por daño ambiental y subvenciones, etc. Un fondo nacional que coordinara los fondos autonómicos, los cuales deberían tener prefijados sus objetivos⁴¹².

Pero también podría pensarse que en virtud del principio "quien contamina paga" deberían ser los particulares los que atendieran esas demandas. En este sentido, el artículo 45.3 del texto fundamental parece querer limitar la obligación de indemnizar a las personas privadas al disponer que quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior. No obstante, el apartado 45.2 impone a los poderes públicos la obligación de velar por la utilización de todos los recursos naturales, y esta obligación sólo pueden transgredirla, por consiguiente, los poderes públicos.

Otra posible interpretación del artículo 45 de la CE en su apartado tercero es que como se refiere a las leyes dictadas en cumplimiento de la obligación de velar por el mantenimiento del medio ambiente, los sujetos activos que menciona sólo podrían ser particulares.

Por tanto, sería falso querer apoyar en la incorrecta redacción de ese precepto una responsabilidad de las Administraciones públicas en materia ambiental, aunque también sería equivocado entender que el artículo 45.3 reduzca la responsabilidad sólo a los particulares⁴¹³.

Lo cierto es que, en la práctica, es la Administración del Estado, autonómica o local, la que como responsable civil subsidiaria presta o anticipa las cantidades necesarias para llevar a cabo la reparación ¿Por qué el Estado o la Administración competentes tienen que reparar si el artículo 340 se refiere al culpable? Evidentemente, el Estado o la Administración no pueden ser

410 Quintero Olivares, *La reparación del perjuicio en la política criminal*, en Cj, n.º 21, 1994, p. 44-272.

411 Eser, A., *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lima, 1998, p. 57.

412 En Estados Unidos el Superfund es un fondo fiduciario de 8.500 millones de dólares creado por la Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act de 1980, financiado en gran parte mediante un impuesto a las refinerías de petróleo e industrias químicas. El objetivo de este fondo es la reparación de lugares que hayan sido vertederos de residuos tóxicos en el pasado. Más ampliamente vid. Jordano Fraga, *La protección del derecho a un medioambiente adecuado*, p. 531 y ss., nota 1325; "Libro verde sobre reparación del daño ecológico", en RDA, n.º 11, 1993, p. 172-174.

413 Bacigalupo Zapater, E., *La instrumentalización técnico-legislativa de la protección penal del ambiente*, p. 210.

hoy por hoy el culpable del artículo 340. En virtud del principio "quien contamina paga" es ése el que ha de reparar, según el artículo 340. Por lo tanto, si los actos de reparación que lleva a cabo la Administración del Estado son actos en virtud de la responsabilidad civil y esos actos no se corresponden con los actos de reparación del artículo 340, parece que queda claro que los actos de reparación del artículo 340 no se refieren a la responsabilidad civil.

Como conclusión: el 340 se parece a la responsabilidad civil pero no se corresponde con ese tipo de responsabilidad. Es algo más que el pago de una deuda civil.

2.2. La reparación del daño como tercera vía en el sistema de consecuencias jurídicas del delito.

Otra de las hipótesis de las que se partía apuntaba a considerar la reparación como sanción penal, como tercera vía⁴¹⁴ junto con las otras consecuencias jurídicas del delito: la pena y la medida de seguridad⁴¹⁵.

En mi opinión, el 340 encaja perfectamente en la tercera vía. Es una alternativa a las sanciones tradicionales.

Si atendemos a las penas de los delitos ecológicos, y teniendo en cuenta que la mayoría de las veces la condena ambiental se imputará a título de imprudencia, aplicando la pena inferior en grado en virtud del artículo 340 a la del de contaminación ambiental imprudente, las penas de prisión quedarían como sigue:

- Para el tipo básico por imprudencia (artículo 325.1), prisión de 40 a 90 días (que deberá ser sustituida o suspendida -artículo 71.2.-), multa de dos a cuatro meses e inhabilitación especial profesional de tres a seis meses;
- Para el supuesto en el que el riesgo fuese para la salud de las personas por imprudencia (artículo 325.1), prisión de seis meses y 22 días a un año y 45 días, multa de cuatro a ocho meses e inhabilitación profesional de seis a doce meses.
- Para los subtipos agravados del artículo 326 e) y i) -únicos en que esta reparación parece posible-, por imprudencia, prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses e inhabilitación de nueve meses a un año y seis meses; si estos subtipos afectaron a las personas, la pena que hay que imponer será la de prisión de un año y tres meses a dos años y seis meses, multa de seis meses y 22 a 13 meses y 15 días e inhabilitación especial profesional de un año, cinco meses y siete días a dos años, 10 meses y 15 días.

414 Frehsee, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1987, p. 119; el mismo, *Täter-Opfer-Ausgleich: Zwischenbilanz und Perspektiven*, 2 ed., Bonn, 1992; Roxin, *DP PG*, 2 ed. §3.III 63-65; el mismo, "La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones", en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 19 y ss.; el mismo, "Zur Wiedergutmachung als einer 'dritten Spur' im Sanktionensystem", en Festschrift für Baumann zum 70. Geburtstag, 1992; el mismo, "Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke", en Schöch: *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, p. 52; el mismo, "Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem", en Festschrift für Lerche, 1993.

415 En mi opinión, las consecuencias accesorias constituirían la cuarta vía.

Pues éstas son las penas a las que puede que se enfrenten los responsables de atentados al medio ambiente, por ejemplo.

Creo que las penas pueden llegar a ser tan ínfimas frente a catástrofes de tal magnitud económica y social que si el Derecho Penal sólo pudiera acudir a las penas o a las medidas se frustraría, no ya el principio de protección de bienes jurídicos, sino también la idea de prevención y de prevención integradora.

Con la reparación como tercera vía en el sistema penal de sanciones, se produce un giro hacia el ofendido. Supone, sin duda, la contraportada a una política criminal que había puesto la mirada exclusivamente en el autor⁴¹⁶ y había perdido la confianza en la Administración de justicia penal, debido, en gran medida, a una orientación demasiado unilateral en el concepto de tratamiento.

Por ello, considero que se ha de mirar con buenos ojos, en principio, el que a través de los actos de reparación que se contemplan en el artículo 340 se realice la actual posición del ofendido en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal⁴¹⁷. De esta forma, la compensación⁴¹⁸ autor-víctima a través de la reparación del daño aparece junto a la pena y a la medida de seguridad incorporada al sistema de consecuencias jurídico penales como "tercera vía" en aras a satisfacer los intereses de la víctima⁴¹⁹.

La legitimación político-jurídica de la reparación del daño como una "tercera vía" la proporciona el principio de subsidiariedad. Es decir, así como la medida sustituye o completa la pena como "segunda vía" donde ésta, a causa del principio de culpabilidad, no puede, o sólo de forma limitada, satisfacer las necesidades preventivo especiales, del mismo modo, la reparación del daño sustituiría como "tercera vía" a la pena, o la atenuaría complementariamente (que es lo que sucede con el artículo 340 CP) allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada⁴²⁰. Dicho con otras

416 Así, por ejemplo, en Baumann, "Zum Entwurf eines StGB", en MDR, 1963, 802; el mismo, "Resozialisierungsgedanke und Rechtsgüterschutz" en 1. und 2. Strafrechtsreformgesetz, DRiZ, 1970, 2, 4 y ss.; Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS, 1966, p. 377.

417 Cfr. Frehsee, op. cit.; Roxin, "Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke", en Schöch, Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, p. 37 y 42; Weigend, "Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren", en ZStW 96 (1984), 761, 792 y ss.; Schönemann, "Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege", en NSTZ, 1986, p. 200.

418 Huber, B., "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad", en ADPCP, 1994, p. 166, n.º 46 utiliza indistintamente los términos compensación, restitución o mediación para referirse a la reparación, mientras que Quintero Olivares, "La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena", en Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández-Albor, 1989, p. 589-603 habla de reparación "englobando" la reparación, indemnización y restitución.

419 Vid. Brugueli, R., "Alternativen zur Freiheitsstrafe: Gemeinnützige Arbeit und Wiedergutmachung", en Kunz, Die Zukunft der Freiheitsstrafe, Berna, 1989, p. 5 y ss.

420 Roxin, C., ¿La reparación como tercera vía del Derecho Penal?, en Derecho penal. Parte Especial. Tomo I, trad. de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, 1997, p. 108-110.

palabras, la reparación se aplicaría sólo cuando no fuese posible esperar resultados positivos con otros medios menos severos. También aquí juegan como límites los principios de culpabilidad y de proporcionalidad⁴²¹.

La fórmula elegida por el legislador para implantar en nuestro Derecho la reparación como tercera vía no ha sido establecer una cláusula general, instalada, en el Libro I del CP, que tuviera la eficacia que comentamos en aquellos delitos en que los tribunales lo estimasen oportuno. Se ha desechado esta posibilidad para todos los delitos, lo que me parece la solución más útil o aceptable, y se ha optado por un sistema de reglas o cláusulas específicas para determinados delitos o grupos de delitos en los que la reparación o pago pudiera o debiera ser eficaz, de acuerdo con criterios bien concretables:

- 1) que la ofensa pueda evaluarse esencialmente en términos económico-patrimoniales;
- 2) que no concurran otros bienes jurídicos (libertad, indemnidad personal, inmunidad, paz personal o domiciliaria, prestigio del Estado, etc.) no susceptibles de fungibilidad económica⁴²².

Como ya pusimos de manifiesto al comienzo, el artículo 340 CP no es el único precepto de estas características, sino que aparecen diseminados por el Código Penal otros tantos.

Si, efectivamente, la naturaleza de la reparación es la de una sanción penal, el régimen jurídico de los daños ambientales excluía también la posibilidad de doble sanción penal y administrativa en virtud del principio *ne bis in idem*. Las posibles concurrencias sanción penal/reparación del daño o sanción administrativa/reparación del daño conllevarían que en virtud del principio anterior, tal y como ha interpretado el Tribunal Constitucional, la vía penal prevalece sobre la administrativa; en todo caso habría que paralizar el procedimiento administrativo y sólo en los casos en los que exista absolución en la vía penal o para sancionar infracciones concurrentes podría continuar el procedimiento y, en su caso, la imposición de sanciones en vía administrativa⁴²³. Por tanto, si se ha llevado a cabo la reparación en vía penal, en principio, no tendría que exigirse además la reparación administrativa, puesto que la jurisdicción competente para la determinación de los daños es la penal⁴²⁴. Ésta es la virtualidad del artículo 340 CP.

421 Huber, B., Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad, ADPCP, 1994, p. 174.

422 Quintero Olivares, G., "La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena", en Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández-Albor, 1989, p. 589-603.

423 En el mismo sentido en relación con las sanciones administrativas vid. Cuadrado Ruiz, La protección penal de los medicamentos n.º 7, abril 1993, p. 64.

424 Artículo 112 Ley de aguas; artículo 94.3 Ley de costas; artículo 40 Ley 4/1989 de conservación.

Para finalizar, llamar la atención sobre la inclusión de estos actos de reparación como disposición general para los delitos del Título XVI, por cuanto la magnitud de los desastres ambientales y las pérdidas económicas de los afectados por estos delitos pueden llegar a ser cuantiosísimas. Creo que la atención que pretende brindarse a la víctima a través del artículo 340 CP ha sido un acierto del legislador.

2.3. La reparación del daño ¿atenuante cualificada?

Otra posibilidad que planteaba es que haciendo una interpretación literal del artículo 340, estuviésemos simplemente ante una atenuante genérica y muy cualificada, estableciéndose, así, en este precepto una regla especial de disminución de la pena en un grado.

Es decir, lo que se plantea es que la reparación se incorpora al ámbito de las consecuencias jurídico-penales, de forma que pueda atenuar una pena privativa de libertad o pecuniaria⁴²⁵.

Boix⁴²⁶ califica esta institución que se contiene en el artículo 340 como de "arrepentimiento cualificado", en todo caso, como atenuante cualificada, lo que permitirá rebajar la pena en un grado.

¿Se trataría, entonces, de la misma atenuante que se contiene en el artículo 21.5?

Dentro de las atenuantes genéricas, el apartado quinto del artículo 21 dispone como tal:

el haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral

que si es apreciada por el juez como muy cualificada podría dar lugar a la imposición de la pena inferior en uno o en dos grados (artículo 66.2.^a CP).

La atenuante que se contiene en el artículo 340 no es la misma atenuante del artículo 21.5 por los siguientes motivos:

- 1.º) Primero, porque para las atenuantes genéricas está prevista la pena en su mitad inferior, según dispone el artículo 66.1 y en el artículo 340 la disminución de la pena que se considera es en un grado. La regla del artículo 340 supondría una atenuación privilegiada en materia ambiental.
- 2.º) Segundo, porque si se aprecia la atenuante como muy cualificada, en virtud del artículo 66.2 la pena se podría rebajar en uno o en dos grados; mientras que según el artículo 340 los actos de reparación sólo harán posible imponer la pena inferior en un grado, nunca en dos.

Por tanto, si el juez o tribunal aprecia de tal manera los actos de reparación como para considerarlos atenuante muy cualificada (artículo 66.2 CP)⁴²⁷ razonándolo el juez en la sentencia, según la regla del 340 sólo podría disminuir la pena en un grado mientras que el artículo 66.2^a ofrece la opción de rebajar la pena en dos grados. Con las reglas generales la disminución de la pena es mayor, por lo que algún autor se inclina por la aplicación de éstas al ser más beneficiosas⁴²⁸.

- 3.º) Además en el artículo 340 no se establecen los requisitos de forma, tiempo y demás circunstancias para apreciar la atenuación, lo que sí hace el artículo 21.5. En este caso, la reparación de daño causado habrá de efectuarse en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral⁴²⁹. También respecto a los actos de reparación del 340, las meras promesas o prestaciones tardías carecen de valor⁴³⁰.

En definitiva, parece entonces evidente que no se trata de la misma atenuante que la del apartado quinto del artículo 21⁴³¹.

3. Análisis del artículo 340 CP

3.1. *El precepto se refiere al que debe llevar a cabo la reparación como el culpable. Por lo tanto, el comportamiento que dio lugar a responsabilidad penal ha de ser típico, antijurídico y culpable. Para que se pueda atenuar la pena, la reparación tendrá que llevarla a cabo directamente el sujeto y no se podrá realizar a través de terceros o personas intermedias.*

En cuanto a la relevancia del error en los delitos contra el medio ambiente, y en relación con el error sobre la normativa extrapenal a la que se remite, por ejemplo el artículo 325, -leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente- entiendo que estamos ante un error de tipo. Si la ignorancia de las disposiciones es, como ocurrirá en la mayoría de los casos, vencible (artículo 14 CP), dará lugar a la punición por imprudencia en virtud del artículo 331 CP, que contempla esta clase de imputación.

Si el culpable, al que se refiere el artículo 340 hubiese, efectivamente, realizado actos de reparación con anterioridad demostraría cierta conciencia de la antijuridicidad de la actuación, atenuándose, entonces, la pena a partir de la del delito imprudente.

427 Artículo 66.4: Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una o la muy cualificada, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.

428 Serrano Gómez, A., DP PE, 3 ed., 1998, p. 595.

429 Soto Nieto, F., "Confesión de la infracción a las autoridades y reparación del daño", en La Ley, 1996, tomo 6, p. 1622.

430 Huber, B., "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad", en ADPCP, 1994, p. 171.

431 Vid. al respecto Alonso Fernández, J. A., "Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño", 1999, *passim*.

425 Vid. Frehsee, Täter-Opfer-Ausgleich: Zwischenbilanz und Perspektiven, 2 ed., Bonn, 1992, p. 51 y ss., 58 y ss.

426 Boix Reig/ Jareño Leal, en Vives Antón y otros, Comentarios al CP de 1995, vol. II, p. 1615.

3.2. En el artículo 340 se dice que el culpable hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado.

¿Qué se ha de entender por voluntariamente?

La Ley de Residuos 10/1998, de 21 de abril, publicada en el BOE tres días antes de la riada tóxica de las minas de Aznalcóllar, establece una regulación específica para los suelos contaminados, considerándose falta muy grave "la no realización de las operaciones de limpieza y recuperación cuando un suelo haya sido declarado como contaminado". Preceptos similares en donde se establece la obligatoriedad de la reparación se contienen en la Ley de Costas y otras disposiciones administrativas⁴³².

Si existe una "obligación legal" de reparar los daños y de realizar las operaciones de limpieza, ¿hasta dónde hay voluntariedad que dé lugar a la atenuación?

En mi opinión, la característica de la voluntariedad que se contiene en el artículo 340 procede del modelo alemán. El proyecto alternativo en materia de reparación destacó la naturaleza voluntaria de la reparación⁴³³, que nuestro Código ha importado. Esto significa que no cabe una condena a reparar el daño, a diferencia de lo que ocurre en el sistema inglés, donde el tribunal puede imponer la reparación como pena. Tanto en España como en Alemania, el procesado asume voluntariamente la responsabilidad por su hecho y realiza un aporte autónomo para la restitución de la paz jurídica.

3.3. El daño

Si es evidente que en una sociedad desarrollada el derecho al medio ambiente no es un derecho absoluto, parece claro que el derecho a su protección tampoco lo será. Por ello, no todos los daños ambientales son antijurídicos. Será la sociedad la que, teniendo en cuenta el conocimiento científico y la posibilidad tecnológica, en cada momento histórico, determinará cuáles son los daños admisibles mediante ley⁴³⁴.

432 Las leyes ambientales sectoriales han previsto una responsabilidad civil por daños ambientales dilucidable ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Con independencia de las sanciones, los infractores están obligados a reparar los daños y perjuicios. Así se contempla en el artículo 12 de la Ley 38/1972 de protección del medio ambiente atmosférica; en el artículo 110.1 de la Ley de aguas; en el artículo 95 de la Ley de Costas; en el artículo 10 de RDL 1302/1986 sobre evaluación de impacto ambiental; en el artículo 37 de la Ley 4/1989 de conservación; en el artículo 261 del RDL 1/1992 de 26 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el régimen y ordenación urbana y en el artículo 36 de la Ley 10/1998 de residuos en el que expresamente se dice que: sin perjuicio de las sanciones penal o administrativa que se imponga, los infractores están obligados a la reposición o restauración de las cosas al ser y estado anteriores a la infracción cometida, en la forma y condiciones fijadas por el órgano que impuso la sanción.

Las excepciones a este régimen general lo constituyen la Ley 8/1968 de Incendios Forestales y la Ley del Patrimonio Histórico Español. Quizá sea ésta la razón por la que, precisamente, sea en el capítulo dedicado a los delitos contra el patrimonio histórico artículo 321-324 donde más abundan el establecimiento de actos de restauración desde la esfera penal, artículo 321 y 323.

433 Vid. infra.

434 Jordano Fraga, "La protección del derecho a un medio ambiente adecuado", p. 509.

Puesto que en el delito de contaminación ambiental nos hallamos ante un delito de peligro que se consume con la creación del riesgo para el bien jurídico protegido⁴³⁵, el daño que se ha de reparar daña lugar a un delito de daños (en concurso ideal). Salvo que los daños se causen en un espacio protegido, en donde sería de aplicación el artículo 330⁴³⁶.

Si se pretende una cierta efectividad de los actos de reparación, el daño al que se refiere el artículo 340 debe ser; lógicamente, el daño que se produce como consecuencia inmediata de la actividad del sujeto activo, y, por lo tanto, no habrán de incluirse los daños a largo plazo, puesto que podría ser demasiado indeterminado su cálculo⁴³⁷.

3.4. La acción de reparar

El esfuerzo teórico que se está dedicando actualmente a la reparación no está en relación con la trascendencia práctica. En principio, la reparación comporta la obligación de reponer las cosas a su estado anterior⁴³⁸. Si la restitución o la reparación fuera imposible o los daños irreparables, habría que abonar las indemnizaciones que fijase la Administración⁴³⁹. El problema real radica en que la mayoría de las veces el autor no dispone de los medios económicos necesarios para la reparación. Por tanto, penalmente hablando, se podrá reparar aquello que se pueda reparar; de esta suerte, el primer modo de reparación es la evitación de nuevos peligros o daños. Dado que en ecología el daño puede necesitar varios años para poder ser superado; y, en caso de no ser reparable el daño, ya sea por lo cuantioso, ya sea por superar los medios de que se dispone, al menos habría que intentar facilitar a las Administraciones competentes y a las personas afectadas toda la información técnica disponible para intentar paliar, cuando menos, los efectos de ese daño⁴⁴⁰.

Por tanto, reparar el daño deberá ser entendido como un comportamiento positivo respecto del daño o peligro, pero también podrá consistir en un no hacer. Los delitos de los artículos 325 ó 326 son delitos de peligro, en donde el daño, por fortuna, no se ha producido. Valen tanto las prestaciones monetarias como las donaciones, las disculpas, los encuentros de reconciliación o la prestación de servicios, las contribuciones dinerarias a fondos de compensación de víctimas⁴⁴¹, incluso las entregas a instituciones de interés social o de utilidad

435 Así la STS de 5 de octubre de 1993 (FJ 3.º).

436 Vid. supra.

437 Artículo 110.1 de la Ley de aguas; en el artículo 95 de la Ley de costas; en el artículo 10 de RDL 1302/1986 sobre evaluación de impacto ambiental; en el artículo 37.2 de la Ley 4/1989 de conservación; en el artículo 261 del RDL 1/1992 de 26 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el régimen y ordenación urbana y en el artículo 36 de la Ley 10/1998 de residuos.

438 Boix Reig/ Jareño Leal, en Vives Antón y otros, Comentarios al CP de 1995, vol. II, p. 1615; Gómez Rivero, "Daños a largo plazo", 2000.

439 Jordano Fraga, "La protección del derecho a un medio ambiente adecuado", p. 512.

440 Queralt Jiménez, J.J., "Derecho Penal", Parte Especial, Barcelona, 1996, p. 738-739.

441 Creo que en materia medioambiental, cuando no se ha producido el daño, por tratarse de delitos de peligro, esta fórmula sería muy adecuada.

pública, ONG, etc.⁴⁴² La reparación penal no es sólo una compensación⁴⁴³ económica del daño y no es un privilegio para personas solventes. Más bien al contrario; tanto la determinación jurídico-penal del concepto como la naturaleza de las posibles prestaciones y la característica de voluntariedad lo que ponen de relieve es que estamos ante algo más que el pago de una deuda civil⁴⁴⁴.

3.5. Aspectos procesales

Aunque nada se dice en el artículo 340 respecto a cuándo se deben realizar los actos de reparación, entiendo que si han de llevarse a cabo incluso en curso del procedimiento, pero no tienen que tener efectividad "con anterioridad a la celebración del juicio oral", ¿cómo entonces se puede hablar de culpable como el sujeto reparador?

442 Schoch, "Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug" (Gutachten), en Verhandlungen des 59. DJT, Hannover 1992, t. I, Parte C. p. 66 y ss.; Huber, B., "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad", en ADPCP, 1994, p. 171; Eser, A., Temas de Derecho Penal y procesal penal, Lima, 1998, p. 57.

443 Al respecto, Serrano Mailla, A., La compensación en Derecho Penal, 1997.

444 Huber, B., "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad", en ADPCP, 1994, p. 170.

V. Conclusiones

Creo que la ecología ha dejado de ser una mera instancia bucólica o la expresión pacifista de la contestación política. Esta "conciencia ecológica" entiendo que ha de favorecerse, ya que para el desarrollo de una sociedad pacífica, no pocos valores éticos tienen una relación tan directa con la cuestión ambiental. Los actos de reparación pueden contribuir a reforzar esta conciencia.

La eficacia de la reparación frente a la efectiva aplicación de la pena no tiene por qué perturbar la coherencia del sistema, pues ni alteraría sus funciones de prevención general ni supondría un discrecional modo de sustraerse a la aplicación individual del sistema penal, cuyas consecuencias no han de ser "necesariamente" sólo la pena. Por otra parte, si se tiene en cuenta que no existen razones definitivas para asegurar los resultados resocializadores de la pena, y más para delincuentes socializados, como puedan ser los de cuello blanco en el ámbito ambiental, al menos esta vía de la reparación garantizaría una auténtica ayuda a la víctima, la superación constructiva y responsable de un conflicto y la restitución de la paz jurídica.

En este sentido, que la pretensión de resarcimiento sea el objetivo esencial del perjudicado, en la mayor parte de los casos, no ha de sorprender a nadie. Que los intereses públicos no tienen por qué someterse a los puros deseos de los particulares es algo que tampoco ha de extrañar: ¿acaso no se puede conjugar la realización de ambos intereses a la vez? O dicho de otra modo: facilitar instrumentos legales que resuelven el interés "material" del particular —o del Estado, en determinados delitos— no supone necesariamente devaluar o desprestigiar la función del Derecho Penal⁴⁴⁵. Ésta creo que es la cuestión fundamental.

A mi juicio, lo que ha establecido el legislador en materia medioambiental en el artículo 340 CP son actos de reparación entendiéndolos éstos como tercera vía, es decir, como ter-

445 Quintero Olivares, "La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena", en Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández-Albor, 1989, p. 589-603.

cer supuesto de las consecuencias jurídicas del delito, y no como responsabilidad civil. La reparación así entendida no lleva consigo la abolición de la pena, pero ésta puede ser atenuada, y en ocasiones sustituida por aquélla.

La descripción que se hace en el artículo 340 sigue en los aspectos fundamentales al modelo alemán, en el que aparece la reparación como esa tercera vía. El Código Penal español atribuye a la reparación en materia ambiental el carácter de atenuante obligatoria de cualquier pena para los delitos del Título XVI. Se ha establecido así, y a mi entender, un sistema de *numerus clausus*, de manera similar a como se ha procedido en la regulación de la imprudencia. La diferencia está en que para los actos de reparación no se ha previsto una cláusula general en el Libro I del CP, similar al artículo 12 CP para los supuestos imprudentes.

Creo, por todo ello, que la reparación del daño y del daño medioambiental ha de situarse en un primer plano de los objetivos político-criminales. Ya va siendo hora de abandonar la manida frase "la pena es una amarga necesidad...", y comenzar a buscar con imaginación y sentido práctico, a la vez que respetuoso con los intereses de los particulares y de la sociedad, soluciones que eviten o reduzcan en lo posible esa amargura.

LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE EN ALEMANIA, ITALIA, FRANCIA Y ESPAÑA: Estudio de Derecho Penal comparado

Silvia Mendoza Calderón

Becaria de investigación de la Universidad de Sevilla.