

**LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE Y LA PRUEBA PERICIAL
CIENTÍFICA: ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS.**

Antonio Vercher Noguera

Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo

**Curso sobre “La prueba pericial científica. Especial referencia a los perfiles de
ADN como método de investigación del delito”**

CEJ. 9 y 10 de marzo de 2017.

INDICE

- I. INTRODUCCIÓN.**
- II. PARTICULARIDADES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y PROCESALES.**
 - II.a. Particularidades Constitucionales.
 - II.a.1. La Cuestión Social.
 - II.b. Las Particularidades del Tipo.
 - II.c. Particularidades Procesales.
 - II.c.1. La Incidencia de Aspectos Fáticos Coyunturales en la Tramitación de los Procedimientos Ambientales.
 - II.c.2. Planes de Descontaminación Gradual Aprobados por las Autoridades Administrativas.
 - II.c.3. Medidas Cautelares en Medio Ambiente.
 - II.c.4. La Demolición.
- III. LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL.**
 - III.1. Particularidades Valorativas en Incendios Forestales.
 - III.1.a. El impacto de los incendios forestales en las variaciones en la calidad del agua.
 - III.1.a.1. Efectos de los incendios sobre los acuíferos y las aguassubterráneas.
 - III.1.a.2. Estimación del impacto: variables implicadas.
 - III.1.a.3. Fórmula de Estimación.
 - III.1.a.4. Estimación del volumen de agua subterránea afectado.
 - III.1.a.5. Valoración del daño económico causado.
 - III.1.a.6. Valoración de los gastos ocasionados por la extinción del incendio.
- IV. CONCLUSIÓN.**

SUMARIO.

La naturaleza y características de la materia ambiental llevó en su momento a introducir la especialidad en medio ambiente en el seno del Ministerio Fiscal. Precisamente gracias a esa especialidad se ha podido abrir un cauce que recoge los aspectos penales, procesales, probatorios, etc. más claramente identificadores de lo ambiental. A su vez, y gracias de nuevo al establecimiento de la especialidad, se ha podido dar solución a los problemas que esta peculiar materia incorpora y que, como se verá, no son pocos ni fáciles de resolver. Lo cierto es que una década después del establecimiento de la especialidad la mayoría de estos problemas están resueltos.



I. INTRODUCCIÓN.

Si por algo se caracteriza la temática jurídica ambiental es por sus innumerables particularidades frente a otras áreas o ámbitos normativos de corte más tradicional. Posiblemente esas particularidades tienen que ver con muchas razones o causas. Entre esas razones o causas cabría destacar su contenido, su naturaleza, la novedad de esta materia, su desarrollo, su incidencia en la vida humana, -que posiblemente es mucho más clara que otros ámbitos legales, dado que lo ambiental tiende pura y simplemente a la facilitar la supervivencia de los seres humanos-, etc., etc.

Como no podía ser de otra forma, todas esas particularidades hacen especial a esta rama del Derecho como resultado de esa especialidad se suscitan también peculiaridades probatorias y periciales que no se producen en otros contextos legales.

Para facilitar el análisis de lo acabado de anunciar, se procederá a examinar de forma conjunta todo este tipo de peculiaridades en lo ambiental, aspectos periciales incluidos. A nuestro parecer, esa visión de conjunto o global, habida cuenta de que existe una indudable relación entre todos los aspectos acabados de señalar, permitirá una más clara percepción de la materia.

II. PARTICULARIDADES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y PROCESALES.

II.a. Particularidades Constitucionales.

De entrada, el Derecho ambiental español tiene un interesante contenido constitucional. La Constitución Española de 1978, suprema norma actualmente en vigor, introdujo la protección del medio ambiente en su artículo 45.¹ Al margen de lo que significaba una norma de esa naturaleza en un país, como España, que acababa de superar una larga dictadura en la que el medio ambiente no era más que una anécdota, la norma en cuestión incorpora aspectos que merece la pena subrayar, y que siguen de actualidad. Quizás proceda, pues, para empezar, hacer algunas breves consideraciones en relación con este texto.

¹ Según esta norma:

“1. Todos tienen el derecho de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”

Hay que subrayar que el medio ambiente que se regula en la Constitución Española tiene una clara perspectiva individual, dado que se empieza hablando de un derecho. Pero, a su vez, esa perspectiva individual contiene una fuerte proyección social. Cuando el párrafo primero del artículo 45 señala que *“Todos tienen el derecho de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”*, lo que está haciendo el legislador constitucional es expresar un derecho-deber con dos objetivos: Primero, como derecho, hace posible un adecuado desarrollo de la personalidad de su titular, y ello supone por lo tanto un planteamiento individual. Pero, además, desde el momento en que el derecho al medio ambiente comporta un deber, lo que se pretende es asegurar que esa posibilidad de desarrollo de la personalidad, que tiene lugar a través del medio ambiente, pueda reproducirse en todos y cada uno de los ciudadanos, sin excepción.

A su vez, el párrafo segundo del artículo citado introduce una forma de tutela que permita garantizar adecuadamente un aspecto esencial del medio ambiente, que es la utilización racional de los recursos naturales que lo integran. Es la Administración, según el artículo, como no podía ser de otra forma, la que va a asumir esa tutela. Así, se señala que *“Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.”* Es decir, la Administración se convierte en algo así como un *“buen padre de familia”* para algo tan importante para el medio ambiente como son los recursos naturales. Pero la Constitución española no quiere dejar sola a la Administración en tan importante labor de tutela y por eso introduce una referencia a la indispensable solidaridad colectiva, en la que debe apoyarse la Administración en su labor. Se trata, de nuevo, de otra proyección social que tiene una explicación absolutamente lógica. Por una parte sirve como forma de control de la Administración en el ejercicio de su labor de tutela. Por otra, esa expresión *“solidaridad colectiva”* es la llave que permite la participación ciudadana y con ella el desarrollo de la necesaria conciencia social.

Sin embargo, es bastante frecuente que la administración incumpla sus obligaciones en materia de medio ambiente. Ello implica que si de ese incumplimiento se desprende alguna responsabilidad penal, inmediatamente se perfila la figura de la prevaricación. No es ninguna novedad que los artículos 320,² 322³ y 329⁴ del Código Penal tengan su base

²Artículo 320:

“1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.”

³ Artículo 322:

“1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la

precisamente en esas consideraciones. La jurisprudencia ha venido exponiendo constantemente esa problemática desde la sentencia de 30 de noviembre de 1990, de la Sala II del Tribunal Supremo, sobre la contaminación provocada por una empresa eléctrica en la localidad catalana de Cercs, en la que la propia Administración llegó a modificar la normativa sobre emisiones de anhídrido sulfuroso para exculpar a la empresa, hasta la sentencia de 9 de noviembre de 2016, del Juzgado de lo Penal Número 1 Huesca en Patrimonio Histórico. En esa última no hubo delito, sino irregularidades administrativas por haber hecho la Administración dejación de su deber de control. En cualquier caso la Fundamentación Jurídica es muy expresiva al respecto cuando señala que la indemnización de “...50.981.610 euros en concepto de responsabilidad civil, (se puede considerar) moderada conforme a lo dispuesto en el artículo 114 del Código Penal después de ser valorada la inactividad de la DGA como institución competente para la conservación y protección del patrimonio histórico aragonés. A tal respecto tan sólo resulta opinable, o a lo sumo criticable, el escaso impulso institucional que había llevado a cabo la DGA a fin de desarrollar la investigación arqueológica en la Cueva de Chaves, quizás por razones presupuestarias, pues después de 30 años desde que fuera descubierta...”.

Es precisamente por eso por lo que el legislador español determinó en su momento (Código Penal de 1995) que resultaba lo procedente regular una forma de prevaricación especial para los temas de medio ambiente. Nos encontramos, por lo tanto, ante un tipo especial de prevaricación, según se desprende inmediatamente de su contenido y por la referencia expresa en esta norma al artículo 404, aunque agravado en razón del bien jurídico protegido. Hay que poner de manifiesto que si bien inicialmente, cuando la norma apareció en el Código Penal de 1995, hubo cierto debate sobre este aspecto en concreto, negándose por algún sector de la doctrina que se tratara de un supuesto de prevaricación especial, actualmente este debate ha sido superado y el carácter de prevaricación especial de los artículos 320, 322 y 329 parece haber quedado plenamente asumido.

Finalmente, el párrafo tercero de la norma objeto de análisis no deja duda alguna sobre la necesidad de recurrir al Derecho penal para la protección del medio ambiente.

pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

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

⁴ Artículo 329:

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

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

A tal efecto, el párrafo en cuestión pone de manifiesto que *“Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”*.

El mandato previsto en el párrafo tercero del artículo 45 de la Constitución Española, se ejecutó, en lo que a la norma penal se refiere, con el artículo 347 bis del Código Penal, incorporado a través de la Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 1983.⁵

Se trataba de una norma de protección penal ambiental limitada, en la que las únicas conductas delictivas eran las *“emisiones o vertidos”*.⁶ Después, se promulgó el Código Penal de 1995 en el que el sistema penal de protección ambiental se amplió, siendo la reforma del mismo de 30 de marzo de 2015⁷ la que le ha dado la redacción que ahora tiene y consistencia de la que disfruta actualmente el sistema.

Por lo demás, las diferentes normas administrativas ambientales han venido aportando sus correspondientes infracciones y las sanciones previstas para las mismas.

Es evidente, pues, que la vulneración o incumplimiento de los presupuestos incorporados al párrafo segundo del artículo 45 de la Constitución Española, puede llevar, como el propio artículo 45 establece en su párrafo tercero, a la aplicación de la norma penal. A su vez, esa norma penal ha ido en aumento a medida que ha ido avanzando el tiempo, tal como se ha puesto de manifiesto en las líneas anteriores hasta llegar al sistema actual, integrado por una larga lista de disposiciones penales.

⁵ Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

⁶ Según el artículo 347 bis:

“Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas, el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

Se impondrá la pena superior en grado si la industria funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones o se hubiera desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores”

⁷ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

II.a.1. La Cuestión Social.

Ahora bien, ¿qué ha ocurrido para que llegar a esa situación? ¿Realmente sirve para algo el uso del Derecho penal para la protección del medio ambiente? A fuerza de simplificar, y aun siendo conscientes de que el tema que ahora se plantea es infinitamente más complejo que lo que permiten las breves ideas que aquí se exponen, cabría decir lo siguiente: Es sabido que el Código Penal es un instrumento de control social. Es sabido también que siendo así que la sociedad no desea ser desestabilizada y quiere que se mantenga la paz en todos sus contextos, la misma acaba recurriendo a la norma criminal. Garantizar la convivencia social ha sido tradicionalmente el objetivo y fundamento del Derecho penal.⁸ El poder legislativo, pues, elabora la norma sancionadora, el ejecutivo se encarga de garantizar su aplicación y el poder judicial afronta el enjuiciamiento de las infracciones que se produzcan de la misma. Sin embargo, ese proceso, que en principio parece relativamente simple y que lo estamos viendo con harta frecuencia con cualquier conducta delictiva ordinaria, adquiere sin embargo matices especiales cuando se trata de delitos contra el medio ambiente.

De entrada, según se indicaba anteriormente en este trabajo, la Administración es, al menos en España y tal como establece su Constitución, el buen padre de familia del medio ambiente. En la práctica, sin embargo, la Administración, tal como he,os adelantado, se ve en ocasiones involucrada en hechos delictivos contra el medio ambiente, como si de cualquier delincuente ambiental se tratara.

Además, la solidaridad colectiva, tal como se trataba también en el apartado I, tiene como deber actuar como un instrumento de colaboración con la Administración en esa labor, e incluso de control. La práctica también demuestra, sin embargo, la poca o, en ocasiones, nula sensibilidad por el medio ambiente que tiene la mayor parte de la sociedad. Si falla, pues, la Administración a la hora de garantizar el respeto al medio ambiente y falla la sociedad a la hora de exigir su cumplimiento, tendremos que recurrir a la norma penal.

El problema puede aparecer si esa misma situación irregular acabada de describir, es decir de absentismo o abandono del poder ejecutivo y de la sociedad, se reproduce a la hora de aplicar la norma penal en la realidad. Es decir, si a la hora de proceder a aplicar la misma nos encontramos con que ni la Administración aplica la norma penal, ni la sociedad reclama su aplicación y cumplimiento.

Es evidente, por lo tanto, que los Fiscales, como defensores del principio de legalidad, deben de ser conscientes de ese planteamiento, y exigir de una manera completamente clara la aplicación de la norma penal de protección ambiental. Es evidente, también, que los Jueces, quienes juzgarán la infracción ambiental, deberán de ser igualmente sensibles con ese problema y actuar en consonancia, es decir con rotundidad. Solo de esa manera a la hora de juzgar podrán valorar adecuadamente todos los factores en juego, y no una realidad ficticia.

Definitivamente los delitos contra el medio ambiente no son delitos ordinarios, al menos desde el momento en que las circunstancias que los rodean no se reproducen, normalmente y por igual, en el resto de tipos penales.

⁸JESCHECK, H.H.: Tratado de Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Editorial Bosch. Vol. 1. 1981. Págs. 4 y 5.

II.b.Las Particularidades del Tipo.

Si hasta el siglo XIX la falta de materialización del resultado lesivo solamente permitía aplicar la tentativa de delito, a partir de la segunda mitad del siglo XX han empezado a proliferar las formas de delito de peligro. Como es fácilmente colegible, los delitos de peligro se diferencian de los de lesión porque éstos requieren un efectivo daño del bien jurídico, mientras que los primeros tan solo la probabilidad del mismo. A su vez, dentro de los delitos de peligro se han planteado dos opciones distintas consistentes en el peligro concreto y el peligro abstracto.

En los delitos de peligro concreto la peligrosidad se comprueba con arreglo a un juicio “*ex post*”, en virtud del cual se verifica que en las circunstancias del caso concreto se ha producido una situación de riesgo para un objeto de la realidad identificable con el bien jurídicamente protegido. En ese contexto, es esencial que el juzgador verifique primero si ha existido objetivamente el peligro y, acto seguido, si ha existido una relación de causalidad entre la conducta del presunto responsable y el peligro en cuestión. Por el contrario en los delitos de peligro abstracto estamos ante una peligrosidad planteada mediante un juicio “*ex ante*”. En tal caso no se exigiría al juzgador la necesidad de comprobar la existencia de ese peligro real para el medio ambiente, sino que bastaría con que se hubiera realizado una acción que a su vez fuera idónea para causar daño a algún valor ambiental. La conducta se consideraría peligrosa en sí misma tan pronto se hubiera comprobado la superación de los valores-límite fijados en las normas extrapenales que completan la norma penal en blanco, sin necesidad de comprobar o verificar que el peligro en cuestión haya existido como tal.

Pues bien, el delito contra el medio ambiente se diseñó inicialmente, cuando el artículo 347 bis⁹, como un delito de peligro cualificado por su gravedad. En una primera fase se planteó que se trataba de delitos de peligro concreto (sentencia de 30 de noviembre de 1990), si bien más adelante se evolucionó hacia el peligro abstracto e incluso hipotético (Sentencia de 25 de octubre de 2002, entre otras muchas).

La determinación de ambos elementos –peligro y gravedad– se constituyó como un verdadero quebradero de cabeza. La norma hablaba, en su momento, de un tipo limitado de acciones (emisiones o vertidos) que supusieran un peligro grave, si bien nunca con anterioridad, –comprensiblemente, por lo demás, habida cuenta su novedad– la jurisprudencia había dicho nada al respecto sobre ese peligro y sobre esa gravedad en un contexto como el contexto ambiental. Dado que los operadores jurídicos demandaban una clarificación al respecto, la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1992 (que por lo demás fue la segunda sentencia dictada por la Sala II del Tribunal Supremo en la materia) definió el concepto “*peligro grave*” desde una perspectiva casi de incertidumbre, al señalar que es aquel que “...*produce o puede producir importantes consecuencias nocivas.*” La Sala II añadió, clarificando, si cabe, que “*Ello implica un juicio de valor y, por lo mismo, es eminentemente circunstancial.*”

Este tipo de planteamientos tan abstractos continuó con el tiempo, si bien hay que reconocer que a medida que fue evolucionando la materia y que se tuvo más conocimiento de la misma, la jurisprudencia fue afinando en el tema y proporcionando nuevas orientaciones que permitían aplicar una perspectiva más certera a tan abstractos conceptos. A tal efecto, una sentencia importante al respecto y en relación a lo que se viene manifestando sería la sentencia de 8 de noviembre de 2004, de la Sala II del

⁹ Nota 6 *supra*

Tribunal Supremo. De hecho, el Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia condenatoria, dictada en materia de vertidos, vino a establecer que “...se debe considerar grave todo traspaso de los límites reglamentarios de una entidad notable. En el caso presente las concentraciones de amoníaco y de nitrógeno comprobadas superaban en cuatro y cinco veces respectivamente los límites establecidos reglamentariamente y, por tanto, se deben calificar como vertidos generadores de un peligro grave en el sentido del artículo 347 bis del Código Penal de 1973”. Pues bien, si, tal como establece la sentencia referida, las superaciones de entre cuatro o cinco veces de los parámetros legalmente establecidos suponen la gravedad determinante del delito.

Hay sin embargo una interesante novedad en lo que antes era exclusivamente un delito de peligro y es que ahora se introduce, además, la perspectiva del resultado, si bien de una forma un tanto peculiar. De hecho, el tipo básico del artículo 325, después de la reforma de 2015, que corresponde a su párrafo primero, alude a que la conducta contaminante, contraviniendo las normas ambientales, “cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo, o de las aguas o a animales o plantas”. De hecho, tal como se desprende de la lectura del texto, nos encontramos ante una conducta alternativa de resultado y de peligro, es decir “cause o pueda causar”. Lo curioso es el hecho de que la norma establece la misma pena tanto para la opción de peligro que para la de resultado, equiparando ambas opciones. Lo cual resulta llamativo, a la vez que problemático, y a lo que difícilmente se le puede dar solución práctica, dado que se desconoce cual es el sentido o contenido de la “*mens legislatoris*” respecto a esta nueva redacción en la Exposición de Motivos de la Reforma de 2015, dado que nada se concreta. Es importante señalar que se trata de una terminología que se ha extraído directamente del artículo 3 a) de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal¹⁰ al señalar algunas de las conductas que deben constituir delito.¹¹ Es difícil, pues, proporcionar líneas de actuación respecto a esta alternancia comisiva, dado que parece ser fruto de la rapidez y de la premura con la que se ha afrontado la reforma.

Mayor problema parece revestir, sin embargo, el determinar en qué consisten esos “daños sustanciales”, dado que es un concepto vacío, al menos en el presente momento, de contenido jurisprudencial. También en este caso nos encontramos frente a una terminología que se ha extraído igualmente del artículo 3 a) de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, Lo cual posiblemente explica su carácter novedoso en nuestro Código Penal, pero que en cualquier caso hay que clarificar.

Respecto a ese punto, quizás cabría reproducir aquí lo ya dicho en la Circular 7/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo, elaborada con ocasión de la anterior reforma del Código penal de 22 de junio de 2010 cuando se intentaba clarificar el concepto “cantidad importante” introducido en la nueva redacción del artículo 328. Se

¹⁰ L 328/28. Diario Oficial de la Unión Europea.6.12.2008.

¹¹ “...el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas;”

decía entonces que “La dificultad radica en que nuestros Tribunales, comprensiblemente, no se han pronunciado de momento sobre qué es o en qué consiste una cantidad importante. Es cierto que esa indefinición constituye una dificultad. Sin embargo, si a la hora de plantear la concreción del concepto “cantidad importante” nos retrotraemos a las reflexiones realizadas en su momento en relación al concepto de “perjuicio grave” del antiguo artículo 347 bis, cuando se decía que sus “contornos difusos...obligarán a una difícil tarea de concreción judicial, prácticamente caso por caso”, comprenderemos que en el presente momento esa concreción puede ser complicada, pero que a medida que la jurisprudencia se vaya definiendo sobre el tema esa interpretación será más fácil. No se olvide que, en la segunda sentencia sobre el delito contra el medio ambiente de la Sala II del Tribunal Supremo, de 11 de marzo de 1992, la Sala “aquel que. En consecuencia, habrá que afrontar el concepto “cantidades importantes” aplicándole idéntico planteamiento.”

Lo que se viene a señalar, por lo tanto, al respecto es que se trata de una cuestión de tiempo y nada más, dado que, a la larga, tales términos acabarán siendo interpretados por la jurisprudencia.

Pues bien, dado que en el contexto de la especialidad se hace necesario plantear criterios interpretativos, especialmente en un momento como el actual en el que la aplicación de las normas penales ambientales se hace con relativa frecuencia. En esa línea, en las conclusiones de la IX Reunión de la Red de Fiscales de Medio Ambiente y Urbanismo, celebrada a finales de enero de 2017 en Madrid, se puso de manifiesto una serie de consideraciones para que puedan ser ponderadas y, en su caso, aplicadas por los Fiscales especialistas a la hora de afrontar la aplicación del concepto de daños sustanciales. Se trata de una aportación de la Unidad Técnica al servicio de los Fiscales especialistas e incardinada en la Fiscalía General del Estado. Según la citada Unidad Técnica:

“Por lo que respecta al daño sustancial surgen dificultades técnicas para poder delimitarlo, pues la consideración conjunta del agente causante y del medio receptor generan una amplia casuística que debe ser analizada con profundidad, por lo que difícilmente puede esgrimirse una fórmula magistral para determinar genéricamente la existencia de un daño sustancial. Por ejemplo, en el caso de un vertido sobre terreno permeable con percolación directa al nivel hidrogeológico cabe la posibilidad de determinar por simple analítica y gradiente de concentraciones la potencial alteración y su alcance, pero esto mismo sobre un suelo debe estudiarse de otra manera, pues factores como reacción química, textura, estructura, micro fauna edáfica, meteorología, etc., intervienen alterando conceptos genéricos y estandarizados, algo fácil de comprender si se piensa en la variabilidad del medio receptor. Para precisar el concepto de “sustancial” desde un punto de vista técnico deberán determinarse primero cuáles son los elementos de referencia a considerar y que indicadores pueden utilizarse como estimadores válidos para obtener conclusiones significativas que determinen o delimiten el concepto; un punto de partida que cabe considerar son las referencias derivadas de la Ley de Responsabilidad Ambiental en donde se delimita el concepto de daño significativo, que si bien no es exactamente equiparable al concepto de “daño sustancia” permite tomar un sencilla referencia para abordar el estudio.”

También en las aportaciones de la Unidad Técnica se efectúan algunas reflexiones sobre el subtipo agravado del artículo 325.2, párrafo 1, cuando “...tales

conductas pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”. Según la citada Unidad Técnica:

“No ocurre lo mismo cuando hablamos de “grave perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales” pues en este caso la misma evolución de la ecología y conceptos básicos asociados permite aproximar con menor dificultad técnica qué debe entenderse por perjuicio grave, acudiendo a dos variables básicas, que son, por un lado la posibilidad de auto recuperación del sistema natural, sin intervención humana y al cesar la acción negativa, y por otro, el tiempo de recuperación. La combinación de estas dos variables junto con la influencia de otros factores de notable significado (grado de endemividad, estatus de protección, importancia regional etc.) permite aquilatar con menor dificultad la existencia de grave perjuicio, si bien aún debemos aportar más precisiones sobre ello en aras a disponer de criterios objetivos susceptibles de consideración por fiscales de medio ambiente.”

Todo ello sin olvidar el hecho de que estamos ante una norma penal en blanco, que exige que la conducta vaya aparejada del incumplimiento de la disposición ambiental, al exigirse que la conducta se lleve a cabo *“contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”*.

Pues bien, ente las normas susceptibles de completar una norma penal en blanco se encuentran, lógicamente, normas y disposiciones de carácter autonómico, local y comunitario, habida cuenta de que, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 102/1995, de 26 de junio, el medio ambiente es un título competencial horizontal. Además, según el mismo Tribunal, en la sentencia 64/1982, de 4 de noviembre, y refiriéndose igualmente al medio ambiente, *“el carácter complejo y polifacético propio de las cuestiones relativas al mismo hace que éstas afecten a los más variados sectores del Ordenamiento jurídico”*. La jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo ha avalado ampliamente la tesis acabada de exponer, que es perfectamente lógica, siendo así que la mayoría de normas producidas en medio ambiente son dictadas por las Comunidades Autónomas, las cuales absorben la mayor parte de las competencias ambientales. Por lo demás, ante determinados problemas ambientales, tales como la contaminación acústica, los consistorios tienen mucho que decir, lo que explica la referencia a numerosas ordenanzas municipales que constantemente se ven plasmadas en sentencias penales tratando ese tipo de contaminación. Lo cual supone, a diferencia de otras partes del Derecho penal, que el número de disposiciones susceptibles de ser utilizadas para completar la norma penal en blanco ascienda de hecho en medio ambiente a miles, sin que se exagere en lo más mínimo se hace alusión a tan elevada cifra.

II.c. Particularidades Procesales.

En la tramitación de las causas ambientales también se suscitan aspectos que nunca se han planteado ni probablemente se traerán a colación cuando se trata de supuestos de Derecho penal ordinario, y que, precisamente por ello es importante traer a colación.

II.c.1. La Incidencia de Aspectos Fácticos Coyunturales en la Tramitación de los Procedimientos Ambientales.

Uno de los problemas clásicos que se ha suscitado al respecto sería el siguiente: ¿Qué se puede hacer en el caso de un vertido concreto cuando, por ejemplo, ese vertido desemboca en un cauce cuyo caudal varía según las condiciones meteorológicas del momento? De hecho, el tema se suscitó por una Fiscalía española hace algunos años porque la incidencia de unos vertidos de pequeñas industrias ganaderas en los cauces aumentaba en los años de sequía, como por ejemplo en los años 1992 y 1993, al ser menos su dilución en frente a los años lluviosos en los que el caudal del agua en los cauces era superior y, en consecuencia, la dilución del vertido mayor. Pues bien, si bien hubo dudas al respecto durante algún tiempo, es evidente que no se puede hacer depender la aplicación de una norma penal del hecho de si llueve o deja de llover y, por ende, del caudal variable. Trasladando ese problema a otro campo, para proporcionar un ejemplo más ilustrativo, sería como hacer depender la aplicación de las normas reguladoras de los delitos contra las personas del mayor o menor grado de histeria colectiva que pudiera afectar a la sociedad en un momento determinado.¹² De hecho, la Sala II del Tribunal Supremo, después de algunas resoluciones vacilantes (ejemplo, la sentencia de 14 de febrero de 2001), acabó concluyendo, en la sentencia 14 de abril de 2003, que *“No se puede hacer depender el peligro de un aspecto coyuntural como es el caudal. El caudal depende de los factores climatológicos, del nivel de aprovechamiento y consumo mayor o menor del preciado líquido.”* Lo cual implica que, sea el que sea el caudal existente en un momento dado, si el vertido es contaminante, y a determinados niveles de contaminación, de manera, además, que se vulneren las disposiciones administrativas que integran la norma penal en blanco, se habrá cumplido uno de los elementos integrantes del tipo. De la misma manera no es tan importante tomar muestras antes o después del vertido, a tenor de lo dicho respecto el caudal, como lo es tomar muestras del lugar o punto del vertido mismo, según se desprende de la sentencia de 8 de noviembre de 2004, de la Sala II del Tribunal Supremo.

Similar perspectiva se podría suscitar en relación al estado físico de un medio acuático, como es un río o un lago. De hecho, se llegó a plantear en multitud de ocasiones el hecho de que podría no ser delito el vertido contaminante efectuado a un medio acuático con un ya importante grado de contaminación. Sería lo que en aquel momento se venía a calificar como un río muerto. Pues bien, esa misma sentencia acabada de citar, (14 de abril de 2003) plantea idéntica posibilidad al señalar que *“...el estado del río al que se vierte a través de la alcantarilla resulta intrascendente como ya puso de relieve la sentencia de 22 de marzo de 1999 del Tribunal Constitucional relativa al conocido como “río muerto”, al señalar que por muy deplorable que sea el estado del río al que se efectúa el vertido contaminante, un vertido contaminante siempre lo es y de efectuarse el vertido de acuerdo al contenido literal del artículo 325 del Código Penal -anteriormente 347 bis-, el delito se habrá realizado.”*

Por lo demás, los tribunales han venido a dar indicaciones de cuándo o cómo se van a tomar las muestras o si procederá o no avisar al empresario del momento en relación a las tomas de muestras en cuestión. Por ejemplo, la sentencia de la Sala II de 24 de octubre de 2003 precisa, descartando indefensión alguna por parte de la propia empresa, que *“...la empresa era avisada cada vez que acudían a tomar muestras, no con antelación, pero sí en el momento de la toma de la muestra, y se invitaba a los responsables a que estuvieran presentes...”* Por lo demás, la sentencia de 22 de marzo

¹² VERCHER NOGUERA, A.: Reflexiones sobre las Emisiones y Vertidos en los Delitos contra el Medio Ambiente y Algunos Aspectos Determinantes de los Mismos. E: Revista Penal. Número 7. Enero 2001. Pág. 101.

de 1999 del Tribunal Constitucional deja claro que la labor de tomar muestras en el proceso penal, y en temas de medio ambiente como en otros supuestos similares, no es una función privada sino de las fuerzas del orden, a ser posible especializadas, y bajo la dependencia y control del Juez o del Fiscal. Con esta resolución se alejan determinadas prácticas, en su momento incomprensiblemente introducidas en nuestro sistema procesal, y consistentes en permitir que los investigados pudieran tomar sus propias muestras y aportarlas de manera independiente al proceso y al margen del control judicial.

II.c.2. Planes de Descontaminación Gradual Aprobados por las Autoridades Administrativas.

La sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2002 definía los Planes de Descontaminación Gradual del siguiente modo: *“Los planes de descontaminación a los que el recurrente se refiere como norma amparadora de la actividad de ilícito vertido, no son sino propuestas que la empresa realiza, autorizadas por la Administración para que, conscientes de la ilícita actividad, se proceda en su marco a una progresiva actuación para que en un plazo concreto se vayan reduciendo las emisiones recurrentes...”*. Esta posibilidad en su momento se traía a colación con relativa frecuencia por parte de la empresa investigada, pretendiendo con ello una exclusión de responsabilidad, habida cuenta de que se trataba, por llamarlo de alguna forma, de una empresa cuya contaminación, aun siendo ilegal, estaba bajo control administrativo.

Pues bien, después de ciertos titubeos por parte de los órganos judiciales sobre el tema acabado de exponer, la misma sentencia de 4 de diciembre de 2002, dio traste a semejante tipo de pretensiones. Según la Sala II, *“Pretende el recurrente que en el curso de una situación de ilegalidad, como es la que da lugar a la presentación de un Plan de Descontaminación Gradual, que no deja de ser un medio de constatar la situación ilegal...determine la legalidad de la actuación...”*.

Se trata de un tipo de estrategias que tuvo cierto éxito en su momento y que, finalmente, los tribunales justicia acabaron dejando claro que eran contrarias al más elemental sentido común desde el punto de vista legal y jurídico. De hecho hace años que ese tipo de planteamientos ni si quiera se suscitan ya en la práctica.

II.c.3. Medidas Cautelares en Medio Ambiente.

El artículo 338 del Código Penal prevé expresamente la adopción de medidas cautelares, así como de medidas restauradoras del orden jurídico alterado, dentro de la especialidad de medio ambiente.¹³

Las medidas cautelares más comunes que se suelen aplicar por las Fiscalías vienen siendo sobre todo en urbanismo, sin perjuicio de que se puedan aplicar también en otras áreas de la especialidad ambiental.

¹³ Según el artículo 338 del Código Penal:

“Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.”

Si bien durante bastante tiempo el hecho de conseguir que se aplicaran medidas cautelares en urbanismo era prácticamente la excepción, en el presente momento las mismas no implican ningún problema. De hecho, tal como se ponía de manifiesto en las memorias de Huelva y de Almería correspondientes al año 2015, su efecto más importante es el hecho de que se paraliza la construcción, con lo que el restablecimiento del orden jurídico alterado, de dictarse sentencia de condena, siempre será infinitamente más fácil. La memoria de Huelva, por ejemplo, precisaba en su memoria que se ha acusado en varias causas a promotores-constructores no profesionales, que construían sus propias viviendas y que en general y por la rápida adopción de medidas cautelares no habían concluido la construcción. También la memoria de Almería indicaba que la petición de medidas cautelares, especialmente las consistentes en la paralización de los trabajos de construcción, es normalmente adoptada por los Juzgados sin ninguna dificultad.

Las medidas cautelares más frecuentemente interesadas por los Fiscales especialistas son las que a continuación se exponen:

1. Inmediata paralización de las obras en desarrollo y precinto de las ya realizadas, librándose a tal efecto el correspondiente oficio a las fuerzas o cuerpos de seguridad, con apercibimiento al imputado y a terceros de incurrir en quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468 del Código Penal. A tal efecto, se oficia al Consistorio de la localidad de que se trate a efectos de conocimiento y para que se publique la medida en el tablón de anuncios municipal. Se interesa asimismo, la paralización de obras que pudieran haberse emprendido sobre la vegetación natural existente en la finca afectada.
2. Se libra oficio al Registro de la Propiedad en el que se halle inscrita la finca –matriz o no-, a los fines de anotación preventiva o nota marginal, según proceda, al objeto de impedir la inscripción de cualquier tipo de anotación sobre la finca afectada en tanto en cuanto no recaiga sentencia firme en el procedimiento.
3. Se libra oficio a las compañías suministradoras de agua, electricidad, gas y teléfono, comunicándoles, igualmente bajo apercibimiento de incurrir en el delito de quebrantamiento y/o desobediencia grave a la autoridad judicial, la prohibición de suministrar servicio a la parcela de que se trate.
4. Tasación pericial del coste probable de reposición de la finca a su estado originario, a los efectos de lo cual se libra el oportuno oficio al perito judicial. Una vez determinado el coste, se fija el afianzamiento solidario por cada querellado del coste de la reposición, afianzamiento que se viene realizando por cualquiera de los medios admisibles en Derecho, interesando la correspondiente providencia al respecto.
5. Finalmente, se comunica tales medidas, a efectos puramente informativos, a la Delegación de la Consejería de Obras Públicas y Urbanismo, o incluso a la propia Consejería, y a la Dirección General de Inspección de Urbanismo y Vivienda, así como a la Concejalía del Consistorio de que se trate.

II.c.4. La Demolición.

Lo primero que hay que poner de manifiesto es que la demolición no es un tema procesal propiamente dicho. La demolición es una medida que viene prevista en el párrafo tercero del artículo 319, no consistiendo ni en una medida cautelar ni en una pena. De hecho, no aparece en el catálogo de penas del artículo 32 y siguientes del Código Penal. Posiblemente ha sido la demolición uno de los supuestos más debatidos de entre todas las novedades que ha introducido la especialidad ambiental a partir del artículo 45 de la Constitución Española. Si es, sin embargo, una medida que tiene importantes repercusiones procesales, tal como se verá, y esa es la razón por la que se introduce en el presente apartado.

En su momento se especuló largo y tendido a la hora de determinar cuál era su naturaleza jurídica, dado que se trataba de una medida nunca antes incorporada en ninguna disposición penal española y sobre la que, comprensiblemente, nunca se había debatido. Se trata sin duda de una medida necesaria, que es, a su vez, latípica consecuencia de los nuevos tiempos que tiene que afrontar el Derecho penal y que intenta ajustarse a novedades que la moderna sociedad delictiva nos depara.

Hoy en día, y después de ese largo período de desconocimiento y de debate posterior tenemos claro que se trata de una medida que tiene por objeto la reparación de la legalidad infringida, incardinándose, en consecuencia, dentro de la responsabilidad civil derivada del delito, que comprende la restitución, reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales del artículo 109 y siguientes del Código Penal. Se trataría de una de esas medidas de restablecimiento jurídico del orden ambiental alterado a que se refiere el artículo 338 del Código Penal.¹⁴

En esa línea acabada de indicar, la sentencia de 29 de julio de 2008 de la Audiencia Provincial de Sevilla, expresa ese mismo planteamiento, posteriormente reflejado en otras muchas sentencias, indicando que *“De este modo, la demolición específicamente contemplada en este precepto equivaldría a la reparación del daño mediante la imposición de una obligación de hacer prevista con carácter general en el artículo 112 del mismo Código. De lo contrario, la intervención penal llevaría consigo, de modo paradójico, la consagración física del resultado del delito, sin posibilidad ulterior de reparación”*.

En cualquier caso ese debate sobre la naturaleza jurídica de la demolición parece haber concluido, asumiéndose que la misma es una forma de responsabilidad civil. Prueba de ello es el hecho de que la Sala II del Tribunal Supremo, en la sentencia de 17 de octubre de 2006, establece la pena tres meses de prisión y multa de seis meses, a razón de tres euros diarios, pero sustituye la pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad, a tenor del artículo 88 del Código Penal, consistente en este caso *“en el derribo por el acusado de la obra que excede de lo permitido e invade el dominio público terrestre”*. La citada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acabado aceptando la interpretación de la demolición como forma de responsabilidad civil y en sentencia de 22 de mayo de 2013 afirma que *“Esta Sala se ha pronunciado con anterioridad acerca del significado de la demolición como expresión de la responsabilidad civil derivada del delito...En ese sentido, es claro, la demolición es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito que conecta con el artículo 109 y ss. del*

¹⁴ Nota 13 *supra*.

Código Penal relativos a la reparación del daño, susceptible de producirse personalmente por el culpable o culpables o a su costa”.

Sin embargo, y en relación a las demoliciones, la redacción de una frase novedosa al párrafo tercero del artículo 319 del Código Penal, tras la reforma de 2015, y que completa las frases de la norma que concluyen con “...*indemnizaciones debidas a terceros de buena fe*” y “...*y valorando las circunstancias, y oída la administración competente*”, indica que los jueces o tribunales “...*condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas*” ha vuelto a provocar un cierto nuevo debate.

Pues bien, el tenor de esta nueva redacción, y la referencia a las citadas garantía, nos obliga a la necesidad de introducir un planteamiento preventivo, que se hace imprescindible, en relación a esta materia y en aras al futuro. De hecho es la única posibilidad sensata para poder afrontar adecuadamente, y en su momento, esa garantía adicional que permita asegurar el pago de las indemnizaciones. A tal efecto, la opción más socorrida es la de recurrir a determinadas medidas cautelares. Así se puso de manifiesto en el Dictamen elaborado al respecto por la Unidad de Medio Ambiente de la Fiscalía General del Estado y hecho público en enero del año 2016.

Pues bien, según el citado Dictamen la primera de esas medidas cautelares sería la tasación pericial del coste probable de reposición de la finca a su estado originario, tan pronto se inicie la investigación que debería de cubrir, también, las posibles reclamaciones económicas del tercero de buena fe y, a los efectos de lo cual, se libraría el oportuno oficio al perito judicial. Una vez determinado el coste, se fijaría el afianzamiento solidario por cada querellado del coste de la reposición; afianzamiento que se vendría realizando por cualquiera de los medios admisibles en Derecho, interesando la correspondiente providencia al respecto.

En esa misma línea, sería conveniente, también, instar desde Fiscalía, según el mencionado Dictamen, la correspondiente comunicación de tales medidas, con vistas a esa posible audición, a las Autoridades Administrativas competentes. Es decir, a las Consejerías, o Delegaciones de las mismas, que sean competentes en la materia, así como a sus correspondientes servicios de inspección, si los hubiera y también, por supuesto, a la Concejalías de los Consistorios de que se trate.

En consecuencia, sería conveniente añadir el escrito de calificación del Fiscal un OTROSI, sigue sugiriendo el Dictamen, que incorporara, aproximadamente, la siguiente redacción: “*Requírase al acusado/os el afianzamiento de las cantidades procedentes que respondan al concepto de responsabilidad civil y otras consecuencias jurídicas como la demolición, particularmente con vistas a las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, habiéndose oído previamente al efecto a la Administración que resulte competente.*”

Ahora bien, en aquellos supuestos en los que, por las razones que fuera, y siempre que las mismas estén adecuada y debidamente justificadas, no se pudiera llevar a cabo la constitución de esa garantía adicional, esto no sería óbice para no llevar a cabo la demolición.

Ello debe ser así, primero, porque la propia norma habla de un “*condicionamiento temporal de la demolición*” y, segundo, porque esa demolición es la

única forma de garantizar el restablecimiento del orden jurídico alterado que ha tenido lugar con el acto de construir ilegalmente. Todo ello sin olvidar el negativo efecto llamada que implicaría para otras construcciones ilegales el no llevar a cabo la demolición, por no haberse constituido la garantía controvertida.

III. LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL.

El planteamiento tradicional plasmado en los artículos 109 y siguientes del Código Penal para determinar la responsabilidad civil derivada del delito y que comprende la restitución, reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, tiene sus propias peculiaridades en la temática ambiental. Así se desprende del artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Medioambiental,¹⁵ sobre concurrencia entre la responsabilidad medio-ambiental y las sanciones penales y administrativas.¹⁶ Lo cual implica la necesidad de compatibilizar los principios que tradicionalmente se vienen aplicando en el Derecho Penal, por los principios incorporados a la citada norma (el que contamina paga o el más actual, el que contamina repara, etc. etc.). Todo ello, después de haberse dejado claro en el artículo 36.3º de la norma debatida los principios de prevalencia de la intervención penal sobre la administrativa, el principio “*non bis in ídem*”, etc.¹⁷

¹⁵ Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

¹⁶ Artículo 6, según el cual:

“1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 36.3, la responsabilidad establecida en esta ley será compatible con las penas o sanciones administrativas que proceda imponer por los mismos hechos que hubieran originado aquella.

2. En los supuestos de concurrencia de responsabilidad medioambiental con procedimientos penales o sancionadores se aplicarán las siguientes reglas:

a) Esta ley se aplicará, en todo caso, a la reparación de los daños medioambientales causados por los operadores de actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, con independencia de la tramitación de los restantes procedimientos.

b) Esta ley se aplicará, en todo caso, a la adopción de medidas de prevención y de evitación de nuevos daños, por parte de todos los operadores de actividades económicas o profesionales, con independencia de la tramitación de los restantes procedimientos.

c) La adopción de las medidas de reparación de daños medioambientales causados por actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III será exigible únicamente cuando en el procedimiento administrativo o penal correspondiente se haya determinado el dolo, la culpa o la negligencia. Se adoptarán, en todo caso, las medidas compensatorias que fueran necesarias para evitar la doble recuperación de costes.

3. Si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en esta ley.”

¹⁷ Artículo 36.3:

“3. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en los que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. En los supuestos en los que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o de falta, la autoridad competente pasará el tanto de la

III.1. Particularidades Valorativas en Incendios Forestales.

Tal como es sabido, las principales consecuencias económicas derivadas de los incendios forestales se encuentran en las importantes alteraciones del medio físico, materializadas en los negativos impactos sobre la fauna y la flora, pero también se evidencian en los enormemente gravosos medios que han de emplearse para su extinción. Si bien los accidentes de carácter natural son causa de numerosos incendios forestales, también se ha evidenciado que la actividad humana se encuentra en el origen de un elevado número de ellos, y, por tanto, cuando concurren los requisitos legales, pueden derivarse las correspondientes consecuencias de carácter penal y civil, exigibles a los responsables del siniestro. Habrá que incluirse, por lo tanto, los gastos ocasionados en la extinción de los incendios, tanto de medios como de horas de trabajo invertidos en las labores de extinción. La evaluación económica de los daños y perjuicios causados por los incendios forestales la suelen realizar, comprensiblemente, los estamentos o instituciones oficiales competentes.

Esta evaluación, y los correspondientes informes, que deberán de ser normalmente supervisados con vistas al proceso penal, deberán de comprender, además, de los daños en bienes muebles, inmuebles, semovientes y propiedades en general, amén de los daños a la fauna y la flora y demás, sin olvidar otros aspectos tales como el aumento de la erosionabilidad del terreno afectado por el incendioderivada de la pérdida de cubierta vegetal, etc., etc.

Hay sin embargo otros aspectos que tradicionalmente no se han tomado en consideración y que el conocimiento científico nos indica que merecen ser incorporados a los informes y valoraciones periciales:

III.1.a. El impacto de los incendios forestales en las variaciones en la calidad del agua.

Los incendios pueden producir variaciones en la calidad del agua de ríos y arroyos, dado que con el aumento de los sedimentos el agua se acidifica y se degrada químicamente. Aspectos que, atendiendo a las características orográficas y condicionamientos del lugar, también deberán ser tomados en consideración para determinar los efectos económicos del incendio. Sin embargo, otro supuesto que resulta esencial, habida cuenta el proceso de desertización que vienen sufriendo los territorios de las Comunidades Autónomas, y que con frecuencia pasa desapercibido, es el impacto

culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. De no haberse estimado la existencia de delito o de falta, el Ministerio Fiscal lo pondrá en conocimiento de la autoridad competente, que podrá continuar el expediente sancionador teniendo en cuenta en todo caso los hechos que los tribunales hayan considerado probados.

4. La tramitación de un procedimiento sancionador por las infracciones reguladas en este capítulo no postergará la exigencia de las obligaciones de adopción de medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación previstas en esta ley, que serán independientes de la sanción que, en su caso, se imponga.”

que tienen lugar sobre el subsuelo en general y sobre los acuíferos y aguas subterráneas en particular.

III.1.b. Estimación del grado de afectación de un acuífero y del agua subterránea por un incendio forestal.

Dada la novedad de la materia y con el fin de facilitar esa estimación, la Fiscalía General del Estado realizó, en su momento, las correspondientes consultas al Instituto Geológico Minero de España y a departamentos de Edafología de la Universidad Española, obteniendo una fórmula estimativa para determinar, de una manera sencilla y rigurosa, el posible grado de afectación de un acuífero y del agua subterránea que éste alberga como consecuencia del incendio forestal.

Tal fórmula viene precedida de un planteamiento explicativo proporcionado por el Instituto Geológico Minero de España, que a continuación se expone:

III.1.b.1. Efectos de los incendios sobre los acuíferos y las aguas subterráneas.

Los impactos más importantes de los incendios forestales sobre las aguas subterráneas son de dos tipos:

- Sobre la cantidad de los recursos hídricos subterráneos.
- Sobre la calidad de los mismos.

En relación con los efectos sobre la cantidad de los recursos, los incendios forestales tienden a reducir la cantidad de agua que se infiltra en el subsuelo, debido al incremento de la escorrentía superficial. Por lo general, la pérdida de cobertura vegetal hace que, a corto plazo, aumente la parte del balance hídrico ligada a la superficie, debido a la falta de protección del suelo que facilita la escorrentía superficial y a la pérdida de permeabilidad en la zona no saturada del acuífero cercana a la superficie, por arrastre de partículas finas procedentes del suelo hacia el interior del mismo, que lo acaban impermeabilizando. Es decir, el agua fluye pero no se filtra.

III.1.b.2. Estimación del impacto: variables implicadas.

En función de los impactos previsibles las variables básicas a tener en cuenta para la estimación de los mismos son las siguientes:

- a) Tipo de acuífero donde se produce el incendio: kárstico, detrítico, volcánico, fisurado, o de baja permeabilidad. La afectación será mayor en el primero y menor en el último.
- b) Posición del acuífero en la cuenca hidrográfica donde este se ubica: encabecera, en la cuenca media, o en la desembocadura. La afectación potencial es mayor en la cuenca alta que en la desembocadura.
- c) Usos del agua subterránea: el impacto varía decrecientemente en función del uso a que esté destinada el agua del acuífero: abastecimiento humano, ambiental, industrial, agrícola o sin uso.

- d) Por último, la variable "área afectada" es importante, ya que no es igual que el incendio forestal afecte a la totalidad de la superficie de un acuífero que a una pequeña parte, o que afecte al área de recarga que a la de descarga.

III.1.a.3. Fórmula de Estimación.

La fórmula de estimación, consistente una combinación lineal de todas las variables consideradas, es la siguiente:

$$I = T \times P \times U \times A$$

Es decir, el impacto es igual al producto de una serie de valores representativos de las distintas variables que intervienen en él. Para estimar cuantitativamente estos valores, se propone la siguiente tabla:

Tipo de Acuífero	Kárstico: 5	Detrítico:4	Volcánico: 3	Figurado:2	De baja permeabilidad:1
Posición del Acuífero	En varias cabeceras: 5	En una cabecera:4	En tramo medio-alto: 3	En tramo medio-bajo:2	En desembocadura:1
Uso del Agua Subterránea	Abastecimiento: 5	Ambiental: 4	Industrial:3	Agrícola:2	Sin uso:1
Área Afectada	> 50 %, recarga: 5	< 50% recarga:4	>50% descarga:3	10-50% descarga: 2	<10% descarga: 1

Con dichos valores, el impacto estará comprendido entre un impacto máximo:

$$I = 5 \times 5 \times 5 \times 5 = 625; \text{ Y un impacto mínimo: } I = 1 \times 1 \times 1 \times 1 = 1$$

Como valores para determinar la gravedad del impacto se establecen: impacto muy bajo (de 1 a 5), bajo (de > 5 a 25), medio (de > 25 a 75), alto (de >75 a 250), y muy alto (de > 250 a 625). Así, por ejemplo, en un incendio forestal que afectase a un acuífero de tipo kárstico (valor 5 en la variable tipo de acuífero), es decir típico de las montañas calizas del litoral mediterráneo, situado en la cabecera de un río (valor 4 en la variable posición del acuífero), cuyas aguas subterráneas se utilizan mayoritariamente para regadío (valor 2 en la variable uso del agua subterránea), y que afectara a un porcentaje mayor del 50% del área de recarga del acuífero (valor cinco en la variable área afectada), el impacto se valoraría de la siguiente forma: $I = 5 \times 4 \times 2 \times 5 = 200$, es decir un impacto considerado como alto.

III.1.a.4. Estimación del volumen de agua subterránea afectado.

Para trasladar el valor del impacto a términos económicos, es preciso conocer otras variables: en primer lugar, la superficie quemada, considerando como talla existente dentro del perímetro del acuífero o acuíferos, expresado en hectáreas.

En base a las diferentes porosidades medias de los distintos tipos de acuíferos y considerando una afección creciente en función del impacto estimado mediante la fórmula anterior, se ha construido la siguiente tabla, en la que se estiman los metros cúbicos por hectárea afectados o disminuidos del acuífero:

Tipo de Acuífero	Kárstico: 5	Detrítico:4	Volcánico: 3	Figurado:2	De baja permeabilidad :1
Posición del Acuífero	En varias cabeceras: 5	En una cabecera:4	En tramo medio- alto: 3	En tramo medio- bajo:2	En desembocadura:1
Uso del Agua Subterránea	Abastecimiento: 5	Ambiental: 4	Industrial:3	Agrícola:2	Sin uso:1
Área Afectada	> 50 %, recarga: 5	< 50% recarga:4	>50% descarga:3	10-50% descarga: 2	<10% descarga: 1

Multiplicando el número de hectáreas afectadas por la estimación de los metros cúbicos afectados o perdidos por hectárea, se obtiene el volumen de agua subterránea afectada o perdida. Por ejemplo, si un incendio ha afectado a 500 hectáreas de un acuífero detrítico con un impacto alto, el volumen de agua subterránea afectado puede estimarse en:

$$500 \text{ ha} \times 120 \text{ m}^3/\text{ha} = 60.000 \text{ m}^3$$

III.1.a.5. Valoración del daño económico causado.

Una vez obtenido el volumen de agua subterránea afectado puede considerarse que, a efectos puramente económicos, es igual que se trate de agua perdida, es decir, que no se ha llegado a recargar en el acuífero por efecto del incendio, o que se haya degradado su calidad, por contaminación debida al incendio, ya que el coste de recuperar la calidad inicial siempre será mayor que la simple pérdida, y por tanto, deberá tomarse este valor más bajo como referencia objetiva.

Para estimar el precio del metro cúbico de agua subterránea, los Sres. Fiscales deberán remitirse a lo establecido en el artículo 28.j) del Texto Refundido de la Ley de Aguas (RD Legislativo 1/2001, de 20 de julio), que establece entre las atribuciones de la Junta de Gobierno de las Confederaciones Hidrográficas la de aprobar los criterios generales para la determinación de las indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, de acuerdo con el artículo 118 de dicha Ley.

Entre esos criterios generales figura el de valoración del precio del agua captada ilegalmente, que puede utilizarse como valor de referencia para el agua perdida o contaminada. En la tabla siguiente se recogen, a título de ejemplo, los datos correspondientes a algunas Confederaciones Hidrográficas, y fecha de reunión,

que hayan sometido a su Junta de Gobierno la aprobación de los mencionados criterios de valoración.¹⁸

CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA	FECHA DE REUNIÓN JUNTA DE GOBIERNO	VALOR DEL AGUA ACORDADO
Júcar	14 de Junio de 2005	0,10 €/m ³
Guadiana	24 de Agosto de 2006	0,052 €/m ³
Ebro	26 de Enero de 2006	0,06 €/m ³

Con estos precios de referencia, aunque los mismos son históricos, o los establecidos en las respectivas demarcaciones hidrográficas restantes, puede calcularse el valor económico del impacto sobre las aguas subterráneas. En el ejemplo anterior, con 60.000 m³ afectados, suponiendo que el acuífero estuviera en la Cuenca del Júcar, este valor sería:

$$60.000 \text{ m}^3 \times 0,10 \text{ €/m}^3 = 6.000 \text{ euros.}$$

III.1.a.6. Valoración de los gastos ocasionados por la extinción del incendio.

Otro de los elementos de obligada inclusión en las consecuencias económicas ocasionadas por los incendios forestales son los gastos producidos por su extinción misma. En la valoración de dichos gastos se deben incluir los producidos por toda suerte de vehículos y medios instrumentales y humanos de los que se haya hecho uso, debiendo incluirse también el precio del agua utilizada para la extinción.

Este último gasto tiene un valor económicamente evaluable, el cual está constituido no sólo por el del precio del agua utilizada, sino también por la valoración de las carencias que en ocasiones se producen en el lugar del que se extrae, tal como ya ocurrió en agosto del 2006 en Galicia. En esa Comunidad Autónoma, la capacidad de algunos embalses disminuyó hasta un cincuenta por cien y hubo localidades, entre ellas Vigo, en las que se vio amenazado el normal suministro de agua.

Para realizar el proceso valorativo del agua aplicada la extinción de un incendio, los Sres. Fiscales especialistas vienen interesando de las Autoridades competentes en la materia, informen sobre la cantidad de agua utilizada por los medios de extinción terrestres y/o aéreos. Se trata de un cálculo que se puede realizar mediante las correspondientes operaciones matemáticas en relación con los modelos de vehículos y aparatos de los que se ha hecho uso, su capacidad y el número de descargas efectuadas, para, de esta forma, utilizando los criterios de valoración expresados en el apartado anterior, determinar el valor del agua utilizada.

Tal como se puede comprender, con este sistema de valoración se está en condiciones de obtener la máxima exactitud en la valoración de los daños producidos

¹⁸ Se trata de datos históricos, no necesariamente actualizados.

por la realización de incendios forestales, de manera que no queden aspectos esenciales sin considerar ni cuantificar.

IV. CONCLUSIÓN.

Realmente no es que estemos ante una rama separada dentro del Derecho penal identificada por su contenido ambiental, ni tampoco que la idiosincrasia que la identifica propugne un tratamiento normativo aparte. Lo que sí es cierto, sin embargo, es que sus peculiaridades y su extensa base de Derecho administrativo, que no existe, por lo menos con esa fuerza y extensión, en el resto del Derecho penal, avalan la necesidad de reforzar las especialidades en el seno del Ministerio Fiscal, sobre todo en lo que a la de medio ambiente se refiere. Todo ello sin olvidar que se trata de una materia en evolución y que previsiblemente, tanto por su contenido como por sus particularidades, aumentará sin duda en el futuro próximo.

