
La responsabilidad penal de los funcionarios públicos en los delitos contra el medio ambiente: un estudio de Derecho Comparado

*Beatriz Eugenia Suárez**

Resumen

En los últimos años se ha visto un fenómeno común en la mayoría de las legislaciones: la elevación a delito de aquellas conductas que atentan contra el medio ambiente. Uno de los problemas centrales de la penalidad medioambiental está en sus actores, toda vez, que se ha demostrado que los principales contaminadores son las grandes empresas quienes al realizar su labor atentan contra el medio ambiente. Sin embargo, se ha visto también que las grandes industrias y empresas no actúan solas, en muchos eventos lo hacen con la complacencia de los servidores públicos; cuya responsabilidad penal, dolosa o culposa, se tipifica distinto según varias legislaciones, incluida la legislación penal española que aquí se compara ampliamente con la legislación penal colombiana, de acuerdo con este problema.

* Profesora de tiempo completo y co-directora del área de Derecho Penal de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Abogada y Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia y Máster en Derecho con Especialidad en Derecho Penal de la Universidad Alcalá de Henares de España.

Abstract

In recent years there has been a common phenomenon in most legislations: the elevation to crime of behaviors that harm the environment. One of the central problems of environmental penalty is on the actors themselves, whenever, has been shown, that the main polluters are the large companies that harm the environment as a result of their work. However, it has also been shown, that large industries and firms do not act alone, in many events they do so with the complacency of public servants; which penal responsibility, intentional or negligent, is differently typified in several legislations, including the Spanish penal legislation, widely compare in this document with the Colombian penal legislation, according to this matter.

Palabras clave: Medio ambiente, Derecho Penal, delitos, funcionarios públicos.

1. Introducción

Es innegable la importancia que tiene el medio ambiente para todos, hoy en día existe una preocupación mundial por respetar el ambiente en el que vivimos y ya no sólo se trata de campañas aisladas que propenden por la protección de la madre naturaleza, sino que es un asunto que ha llevado a los países a que adopten medidas de protección, pero además debido al fenómeno de la globalización¹ (Velásquez Velásquez, <http://www.unifr.ch/...> Consultado: 03, jul., 2010) se ha impuesto la necesidad de que éstas medidas para salvaguardar el medio ambiente se den en el ámbito mundial.²

La legislación penal colombiana introdujo a partir del año de 1980 los delitos contra el medio ambiente, los cuales fueron agrupados en el Capítulo de los “Delitos contra los recursos naturales”, bajo el Título “Delitos contra el orden económico y social”, lo que se traducía en una protección formal más no material del medio ambiente, toda vez que el orden económico social estaba referido a la relación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, dejando de lado la verdadera protección al ambiente (Caldas Vera, 2003: 60).

Posteriormente, tras la reforma del Código Penal en el año 2000, se crea un nuevo título, señalándose que la ubicación que tenía esta clase de delitos en el Código Penal no

1 Pese a que muchos consideran que el fenómeno de la globalización es nuevo, Velásquez Velásquez considera que este hecho no es nuevo sino que se ha acentuado en nuestros tiempos debido a las llamadas sociedades informáticas, lo cual da lugar a las interacciones transnacionales, en las que los emporios financieros amenazan con sustituir al Estado como actor principal.

2 Esto se da no sólo por el efecto que ha tenido la globalización en las legislaciones de los países, haciendo que se tomen medidas comunes dentro de cada Estado, sino porque el medio ambiente es un tema que traspasa fronteras, de nada vale que en un Estado se le proteja si al lado no se hace nada por respetarlo.

respondía puntualmente al interés jurídicamente tutelado, como eran los recursos naturales y el medio ambiente, y no el orden económico y social. Así, se reconoce la autonomía de esta clase de delitos. Se establecen doce tipos penales, aumentándose de manera considerable el número de acciones delictivas³ (Ramírez, 2007), si se tiene en cuenta que el Código Penal de 1980 sólo consagraba seis conductas (Rodas, 2005: 95).

En los últimos años se ha visto un fenómeno común en la mayoría de las legislaciones, y es precisamente, la elevación a delito de aquellas conductas que atentan contra el medio ambiente, lo cual podemos decir, que se debe en primer lugar, a la ineficacia del Derecho Administrativo para sancionar aquellas conductas que afectan al medio ambiente; pero también, porque se ha visto la necesidad de buscar sanciones para aquellos que aún no han causado un daño, pero que potencialmente lo pueden causar, por lo cual se adelantan las barreras punitivas con el fin de lograr una mayor protección.

Uno de los problemas centrales de la penalidad medioambiental está en sus actores, toda vez, que se ha demostrado que los principales contaminadores son las grandes empresas quienes al realizar su labor atentan contra el medio ambiente. Sin embargo, se ha visto también que las grandes industrias y empresas no actúan solas, en muchos eventos lo hacen con la complacencia de los servidores públicos, quienes no ejercen de manera adecuada sus funciones permitiendo, en ocasiones de manera dolosa, o en ocasiones de manera culposa, que otros contaminen el ambiente.

Se debe tener en cuenta que el deber exigido al funcionario es mayor, por su especial posición, y además porque con este tipo de actuaciones se atenta contra la administración pública pero también se afecta el bien jurídico del medio ambiente, lo cual supone que su conducta genera un mayor reproche, que debe verse reflejado en mayor cantidad de pena.

Este artículo tiene por objeto estudiar este último aspecto, primeramente, realizando un breve análisis de diferentes legislaciones sobre el tema en particular, para luego detenernos en el estudio de la legislación española que contempla un delito específico de prevaricación medioambiental, con el fin de analizar las ventajas e inconvenientes que se han presentado en el país ibérico.

2. Referencia a diversas legislaciones

Se ha discutido sobre la viabilidad de la intervención del Derecho Penal cuando ha habido una conducta irregular por parte de los funcionarios, especialmente tratándose de

3 Esto se debe a que nuestra Constitución Política es considerada como una constitución ecológica, de tal manera que son varios los preceptos que hacen mención a la protección del ambiente, la Corte Constitucional en sentencia C-495/96 indicó que la constitución ecológica está conformada por todas las disposiciones que regulan la relación entre la sociedad y la naturaleza, y su propósito esencial es la protección del medio ambiente.

acciones que afectan al medio ambiente, ya que por una parte se considera que esto es competencia exclusiva del Derecho Administrativo mientras que, por otra, se afirma que ante la incompetencia de la administración para sancionar a sus propios funcionarios se hace necesario recurrir al Derecho Penal (Matellanes, 2000: 157).

En España se ha adoptado esta última tendencia, de tal manera que en el actual Código Penal Español se establece un delito para castigar a aquellos funcionarios que han dado lugar con su conducta a la comisión de un delito contra el ambiente, tema en el cual ahondaremos más adelante.

Sin embargo, en otros países, los códigos penales no recogen esta figura, con lo cual surge la duda acerca de la manera en que interviene el Derecho ante este tipo de ataques, y especialmente si lo hace por vía administrativa o penal.

Antes de estudiar el derecho comparado, considero que es importante anotar que la responsabilidad de los funcionarios en los delitos contra el medio ambiente en el ordenamiento jurídico español tiene su origen no sólo en el hecho de no dejar impunes ciertas acciones por ellos cometidas que lesionan este bien jurídico sino, también, en la misma Constitución Española, cuyo artículo 45 impone el deber de salvaguardar administrativa o penalmente el medio ambiente.

Así, vemos que es claro que los funcionarios deben responder por los eventos en que con sus acciones –o por omisión de las necesarias– causen daños al medio ambiente; pero la pregunta que surge sigue siendo la misma: ¿Debe ser, esta responsabilidad, de carácter administrativo o penal? Veamos cómo se abordan estos temas en diferentes países:

2.1. Alemania

Los delitos medio-ambientales en la legislación penal alemana se encuentran en el Capítulo 28 del Código Penal Alemán (StGB, por sus siglas en alemán) concretamente los párrafos 234 y ss., capítulo denominado como “Delitos contra el medio ambiente” (Introducido por la Ley de Reforma del Código Penal para la Lucha contra la Criminalidad Ambiental del 28 de marzo de 1980). En dicha regulación no se encuentra una descripción típica que recoja los supuestos de infracciones cometidas por los funcionarios públicos contraviniendo las normas que regulan el medio ambiente (Gómez Rivero, 2000: 62).

Ante este panorama, las acciones cometidas por los funcionarios públicos que afecten el medio ambiente se rigen por las normas de la parte general del Código, de tal manera que no hay medidas punitivas especiales en el evento en que los funcionarios de la administración tuvieran alguna responsabilidad a la hora de adoptar medidas de protección ambiental o en la toma de decisiones sobre autorización de actividades potencialmente contaminantes (Matellanes, 2000: 170).

Rosario De Vicente Martínez hace referencia a la problemática que surge con esta regulación, señalando que un importante sector doctrinal alemán considera que para atribuir responsabilidad penal a los funcionarios públicos ya sea como autores o como partícipes, es necesario que haya una referencia legal expresa (De Vicente, 1993: 100); así, para que exista complicidad o inducción debe apreciarse el dolo del partícipe y del autor, y en este último caso es inapreciable, por lo tanto se traslada este tipo de responsabilidad por la vía de la autoría mediata o de la comisión por omisión, con fundamento en la obligación de impedir un evento dañoso para el medio ambiente, siempre y cuando el funcionario se encontrase en una posición de tutela con respecto al mismo (Matellanes, 2000: 171).

Son pertinentes, entonces, tres casos específicos referidos al tema que estamos estudiando, de acuerdo a las siguientes preguntas: ¿qué sucede cuando un funcionario concede, de modo contrario a derecho, la autorización de una licencia, produciéndose posteriormente una contaminación, por ejemplo, del agua?; o ¿cuando a pesar de haberse concedido una licencia ilegal, el funcionario no la revoca?; o ¿cuál es el tratamiento penal que se le da a los funcionarios que permiten la actuación de una empresa contaminante, la cual carece de autorización para su funcionamiento?

El primero de los casos planteados tiene una solución un poco injusta, toda vez que la regulación penal alemana sanciona al particular que actúa sin tener en su poder una licencia de funcionamiento. Sin embargo, en el supuesto de que, bajo examen, exista esta licencia, aunque se descubra que la misma ha sido otorgada de manera ilegal, para la legislación alemana este acto administrativo tiene plena validez, pues al otorgarse la licencia hay ya una autorización administrativa que, de alguna manera, utiliza como justificación quien vierte sustancias nocivas al agua. La solución dada por la doctrina a este supuesto, para castigar la conducta del funcionario es, considerarlo autor mediato de la conducta (De Vicente, 1993: 107), teniendo en cuenta que el funcionario es quien tiene el dominio del hecho, pues al conceder la autorización ilícita da luz verde al tercero para que realice la actividad contaminante (Gómez Rivero, 2000: 64).

En el segundo supuesto planteado, se tiene a un funcionario que no revoca o retira una licencia de funcionamiento de una empresa contaminante, la cual está ejerciendo sus labores, ya sea a partir de una licencia obtenida con el pleno de los requisitos, pero cuyas circunstancias de funcionamiento han sido modificadas derivándose su actividad en contaminante, o a partir de una licencia obtenida ilegalmente; en estos eventos, la omisión del funcionario público es considerada por la doctrina alemana como una comisión por omisión, de una contaminación de agua (De Vicente, 1993: 109).

Por su parte, en el tercer caso planteado, se considera al funcionario como coautor, en comisión por omisión, del delito común contra el medio ambiente, junto con el particular, al tener en cuenta la posición de garante que aquél ostenta (Matellanes, 2000: 171). Sin embargo, en la mayoría de los casos a los funcionarios se les imputa la comisión de un delito de prevaricación común, pero al final, por no encontrar en el funcionario la intención de cometer el delito, generalmente no se les condena (De Vicente, 1993: 110).

Teniendo en cuenta las dificultades a las cuales se ha enfrentado la justicia alemana a la hora de atribuirle responsabilidad a los funcionarios en delitos contra el medio ambiente, se ha discutido la necesidad de la inclusión de un delito específico, parecido al que recoge la regulación española, pero en la actualidad no se ha dado esta tipificación expresa⁴ (De Vicente, 1993: 111).

2.2. Italia

La legislación penal italiana, al igual que en el caso de Alemania, tampoco contempla una norma específica que reproche la conducta del funcionario público, que ha dado lugar a una afectación al medio ambiente y, por lo tanto, para sancionar este tipo de conductas se hace uso de la norma general que castiga a los funcionarios.⁵ Este tipo penal señala que es objeto de sanción penal aquel funcionario, o encargado de un servicio público, que indebidamente no realiza las labores a que está obligado en razón de su cargo, la cual ha de cumplirse sin retraso por motivos de justicia, seguridad, orden público, higiene o sanidad (Matellanes, 2000: 172).

Se podría decir que a través del artículo mencionado es posible castigar el actuar del funcionario en materia del medio ambiente, pues en el caso de la omisión, los funcionarios ambientales están obligados a realizar un control y una vigilancia, por lo que es más relevante esta obligación, por ejemplo, en materia de contaminación de aguas⁶ (De Vicente, 1993: 111); de tal manera que en el caso de dejación de estos controles por parte del funcionario es posible aplicar el artículo 328 del Código Penal italiano, toda vez que se compruebe un incumplimiento de las obligaciones inherentes a su tarea (Matellanes, 2000: 172).

Es dudosa, en cambio la aplicación de este precepto en Italia, por ejemplo, cuando se trata de un funcionario público que emite una autorización de funcionamiento o concede una licencia para llevar a cabo actividades contaminantes, las cuales no deberían realizarse, pero que, de acuerdo a la redacción del artículo 328 del Código Penal italiano, la sanción penal se le impone bajo el supuesto de que realiza un acto al cual no está obligado, en razón de sus funciones. Ante este inconveniente la doctrina italiana ha optado por estimar

4 Uno de los proyectos de ley incluía la siguiente propuesta de artículo: *“El funcionario, que dolosa o imprudentemente con violación a los deberes a los que está obligado para proteger el medio ambiente:*

Conceda una autorización viciada.

No anule o revoque una autorización.

Omita las medidas reglamentarias ecológicas.

No intervenga contra los menoscabos ilícitos al medio ambiente,

Será castigado como autor, si el menoscabo o puesta en peligro del medio ambiente cumple el tipo penal o se cumpliría con la actuación debida del funcionario”. De acuerdo a la redacción citada por De Vicente Martínez.

5 Código Penal italiano artículo 328.

6 Al respecto, De Vicente Martínez cita las normas para la Tutela de las Aguas frente a la Contaminación, recogidas en la Ley de 10 de mayo de 1976, No. 319 (*Legge Merli*).

que el funcionario público participa, junto con el particular, de un delito contra el medio ambiente (Matellanes, 2000: 173).

Así las cosas, se observa cómo en la legislación penal italiana se ha optado por acudir a preceptos penales generales, ya sea por la vía del art. 328, o las formas de autoría o participación, para castigar a los funcionarios que, además de infringir normas propias de sus funciones, ponen en peligro o afectan el bien jurídico del medio ambiente.

2.3. Estados Unidos

Ya hemos visto las dificultades a las cuales están sometidas legislaciones europeas que no contemplan un artículo específico que castigue el actuar de los funcionarios que lesionen el bien jurídico del medio ambiente.

Pero el panorama es aun más desolador en Estados Unidos, ya que allí no existe ni siquiera una norma que sancione las conductas ilegales de los funcionarios públicos, pues se considera que al castigarlas se restringe la eficacia y la eficiencia en el desempeño de sus tareas. Además, específicamente en lo que tiene que ver con los delitos medioambientales, se indica que los empleados públicos al realizar este tipo de conductas no obtienen provecho alguno, con lo cual no es procedente exigirles ninguna responsabilidad (Matellanes, 2000: 174).

Muchas críticas puede suscitar tal planteamiento, máxime si tenemos en cuenta la corrupción existente entre los empleados públicos, no sólo en el país norteamericano, sino en casi todos los países del mundo, por lo cual dejar a los funcionarios actuar a su total arbitrio crea en los ciudadanos un sentimiento de desconfianza en las instituciones, al no tener este tipo de comportamientos sino sanciones administrativas y no penales, frente a los casos más graves.

Sin embargo, existe una corriente que aboga por que se apliquen sanciones penales a los empleados públicos que con sus acciones facilitan la comisión de delitos contra el medio ambiente (Matellanes, 2000: 174-175); tal corriente ha surgido como consecuencia de la creciente preocupación pública por los temas ambientales. Así, al elevar a delito las actuaciones tanto de particulares, como de funcionarios públicos, se pretende dar mayor protección al bien jurídico del medio ambiente.

Por otra parte, la RCRA (Resource Conservation and Recovery) en su sección 6001, levanta la inmunidad penal de los agentes federales, cuando hubiese una negativa a cumplir una orden judicial de sometimiento a normas medioambientales. Se considera a esta normativa como un punto de partida para que se dé un cambio frente al tratamiento al que se somete penalmente a este tipo de funcionarios, considerándose que a partir de ella pueden darse futuros desarrollos legislativos que sancionen penalmente el actuar ilegal de un empleado federal.

Un grupo de autores norteamericanos al analizar esta situación llegan a la conclusión de que es más seguro imponerles a los empleados federales sanciones penales cuando al ejercer sus funciones ilícitamente menoscaban el medio ambiente, en razón a que se ha determinado la ineficacia de las sanciones civiles, para estos casos. Es válido tener en cuenta que, en muchas ocasiones, el pago de la suma señalada a título de sanción es demasiado onerosa y que, además, las sanciones administrativas dan lugar a un círculo vicioso sin fin, porque son los propios compañeros del infractor quienes deben imponer estas medidas (Matellanes, 2000: 175).

2.4. Colombia

Se mencionó, en la introducción, que a partir de la entrada en vigencia del Código Penal de 1980 se le otorgó protagonismo al bien jurídico del medio ambiente. Protagonismo que se acentúa con el actual Código penal de 2000, el cual establece un abanico de conductas atentatorias contra el medio ambiente. Con todo y eso, en relación con el tema que ocupa nuestro estudio, no se establece un tipo penal que castigue la conducta de un funcionario público que, además de afectar el bien jurídico de la administración pública, lesione también el medio ambiente.

En ese sentido, cuando ocurre este tipo de acciones, se acude a los artículos 413⁷ y 414⁸ del Código Penal, que recogen los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, por lo cual los servidores públicos pueden ser castigados ya sea por emitir una resolución, dictamen o concepto favorable que dé lugar a una contaminación ambiental de modo manifiestamente contrario a la ley, o por omitir el señalamiento de las irregularidades encontradas en una empresa o industria, permitiendo que éstas continúen realizando actividades contaminantes; lo cual constituiría una vulneración a los bienes jurídicos contra la administración pública y el medio ambiente.

Así, es posible extender la responsabilidad de los funcionarios más allá de las faltas cometidas contra la administración pública: piénsese en el caso de un funcionario del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial que otorgue una licencia para el vertido de unos residuos en una reserva ambiental, causando con ello graves daños al medio ambiente, configurando así el delito contenido en el art. 332⁹ en concurso ideal con el art. 413 C. P. colombiano.

7 Artículo 413 C. P. Colombiano: “*Prevaricato por acción*. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”

8 Artículo 414 C. P. Colombiano: “*Prevaricato por omisión*. El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.”

Es importante resaltar que el Derecho Penal colombiano consagra en materia de prevaricación, la activa y la omisiva, lo cual permite sancionar a aquel funcionario que se extralimite en el ejercicio de sus funciones o que no realice las que le son propias.

2.5. España

Aunque más adelante me ocuparé del estudio del tema en concreto, del cual se hará un estudio a fondo, es preciso señalar, en primer lugar, que existe en la regulación penal española no uno, sino varios delitos que castigan a los funcionarios públicos que, además de lesionar con su conducta al bien jurídico de la Administración Pública, causan daño a otros bienes jurídicos.

Es así que los artículos 320, 322 y 329 C. P. establecen la llamada prevaricación especial¹⁰ de funcionarios en delitos urbanísticos, contra el patrimonio histórico y contra el medio ambiente, respectivamente. Esta protección especial se puede explicar, teniendo en cuenta que el entorno que rodea al hombre (medio ambiente, urbanístico e histórico) constituye una demanda social de primer orden (Matellanes, 2000: 178).

Como se ha señalado en la introducción de este trabajo de investigación, estos tipos penales que contienen una prevaricación especial de los funcionarios públicos, han sido concebidos como una respuesta a un sector que exigía un castigo a los empleados públicos que con sus actuaciones ilegales permitían que otros, así fueran empresas, industrias o particulares, cometieran delitos contra el medio ambiente, el urbanismo o el patrimonio histórico.

Como hemos podido observar en la comparación que se ha hecho de esta figura respecto de otros países, España es el único que establece este tipo penal, considerándose como pionero en esta clase de regulación. Sin embargo, aunque la inclusión de este artículo ha sido fruto de debates legislativos de largos años atrás, hoy en día un importante sector doctrinal (Rodríguez Ramos, 1999: 163; Mateos, 1998: 64) sostiene que tales delitos tan específicos carecen de utilidad, ya que se considera que para castigar este tipo de conductas es suficiente con la tipificación que encontramos en el artículo 404 C. P. (Delito de prevaricato).

9 Artículo 332 C. P. Colombiano: “*Contaminación ambiental*. El que, con incumplimiento de la normativa existente, contamine el aire, la atmosfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas o demás recursos naturales en tal forma que ponga en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrológicos incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de cien (100) a veinticinco mil (25.000) salarios mínimos legales mensuales vigente.”

10 Personalmente prefiero el término de prevaricación especial al de prevaricación agravada, toda vez que éste tipo penal no constituye un agravante del tipo penal contenido en el art. 404 C. P., ya que aunque existen semejanzas entre estos dos delitos, también hay grandes diferencias, como por ejemplo algunas conductas tipificadas en el art. 329 C. P. que no están contenidas en el art. 404 C. P.

Con todo, más adelante se indicará que esta figura, aunque en verdad tiene algunas deficiencias, sí es útil y necesaria, por lo cual no puede desaparecer del ordenamiento penal, sino que se debe proponer una reforma legislativa que subsane los vacíos que se han encontrado en la aplicación de la misma.

Particularmente considero que respecto del artículo 329 C. P., no es adecuado manifestar que es suficiente con la aplicación del artículo 404 C. P. para castigar las conductas de los funcionarios que lesionen tanto el bien jurídico de la administración pública como el del medio ambiente, dado que el artículo 329 C. P. tiene una notas características y, como ya se detallará más adelante, no es predicable la subsunción de éste en el delito del 404 C. P.

Con respeto a los autores que avalan la inutilidad de esta figura, considero que desde toda perspectiva debe mantenerse tipificado este ilícito (pero como he dicho, con algunas modificaciones), inclusive, más ahora que existe una consciencia protectora del ambiente natural, de tal manera que no puedan quedar impunes o demasiado levemente penadas aquellas acciones que merecen un reproche mayor, como las cometidas por los funcionarios públicos, afectando, además de a la administración pública, al medio ambiente.

3. Análisis de la legislación penal española (Art. 329 C. P.)

Como se ha indicado atrás, y se ha advertido en la introducción a este artículo, vamos a centrarnos en el estudio de la legislación Española y la Colombiana, ello porque tan sólo la legislación ibérica cuenta con un artículo específico que trata el delito de prevaricación ambiental por lo cual conviene estudiar de manera particular este tipo penal, comparándolo con nuestra legislación penal.

3.1. La prevaricación ambiental en el Código Penal español. Análisis del artículo 329 C. P. español y de los artículos 332, 413 y 414 C. P. colombiano

3.1.1. Bien jurídico protegido

El artículo 329 C. P. español ha sido denominado por la doctrina como prevaricación especial¹¹ (De la Mata, 1998: 129; De la Cuesta, 1998: 287; Matellanes, 2000: 153), por ser cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones. Esta primera visión nos llevaría a señalar la inutilidad de la ubicación de esta figura en el Título referido a los delitos contra el medio ambiente. Sin embargo, esta ubicación es precisamente la que caracteriza el bien jurídico objeto de protección.

¹¹ En Colombia sería más acertado denominarlo como prevaricato en delitos ambientales.

El legislador al incluir este tipo penal en el código, lo que ha querido es proteger el interés de los ciudadanos en la defensa y mantenimiento de un medio ambiente adecuado, pero teniendo en cuenta, además, la importancia de un buen funcionamiento por parte de la administración, en relación con las normas administrativas sobre protección al medio ambiente (Matellanes, 2000: 230).

Se puede decir que el fundamento de esta específica punición se encuentra en la importancia que tiene la actuación administrativa en materia del medio ambiente, dado que es la administración la que otorga las autorizaciones de funcionamiento y establece las normas aplicables; por lo cual se ha indicado que el verdadero dominio del hecho lo tiene el funcionario público que autoriza la actuación que afecta al medio ambiente. Por consiguiente, se puede afirmar que en la mayoría de los casos, cuando hay una conducta que pone en peligro el medio ambiente, se encuentra la actuación de un funcionario que autoriza la situación o que no la controla debidamente (Martínez Arrieta, 2004: 77).

En este sentido, es clara la importancia de la actuación del funcionario en materia ambiental, lo que viene a explicar la especial posición que éste tiene y, así mismo, la mayor exigencia que se la ha querido imprimir al desempeño de su cargo, con el fin de salvaguardar el bien jurídico del medio ambiente;¹² toda vez que son los funcionarios públicos los encargados de fomentar la confianza de los ciudadanos en el aparato estatal, debiendo por tal motivo actuar de manera objetiva y ajustada a las leyes.

En Colombia, pese a no existir un delito de prevaricato especial o específico, podemos señalar lo siguiente a favor de la no punición específica: en primer lugar, debemos tener en cuenta que el prevaricato en Colombia es penado con severidad, al contrario de lo que sucede en España en donde la pena que le corresponde al funcionario que actúa contrario al ordenamiento es simplemente una multa; y, en segundo lugar se debe advertir que nuestro ordenamiento jurídico penal no sólo pena al funcionario público que emite resoluciones, conceptos, etc., manifiestamente contrarias a la ley, sino que también lo hace cuando debiendo emitirlas no lo hace, de tal manera que el prevaricato puede ser activo u omisivo.

Con lo anterior, podemos decir que a primera vista no se le encuentra utilidad a esta especial norma española aplicada a Colombia. Sin embargo, el beneficio viene dado precisamente por el doble carácter de la misma, es decir, porque castiga el carácter pluriofensivo de la conducta, ya que ésta lesiona, o pone en peligro, tanto el bien jurídico del medio ambiente como el de la administración pública.

12 Aunque, como veremos más adelante, la mayor responsabilidad que se le quiso atribuir a ésta actuación de los funcionarios que lesionaba los dos bienes jurídicos, estaba traducida en una mayor cantidad de pena, pero, como acertadamente señala parte de la doctrina al criticar este especial artículo, en muchas ocasiones la pena que trae el art. 329 C. P., es más laxa que la que le podría caber al funcionario si se le imputara la comisión del art. 325 C. P. por las vías de la autoría y la participación.

En España, lo que en definitiva ha pretendido el legislador, al incluir este delito en el Código Penal, es que la protección del interés ambiental, que es la meta final, ha de lograrse mediante la tutela del adecuado desempeño de la función pública (Matellanes, 2000: 230).

3.1.2. Tipo objetivo

3.1.2.1. Sujeto activo

Así como lo hace el Código Penal colombiano, el Código Penal español establece el concepto de autoridad y funcionario público. El delito contenido en el artículo 329 C. P. es un delito especial propio. Es decir, es especial en cuanto a que se exige una condición o cualificación en el sujeto activo, en este caso la de ser autoridad o funcionario público. Así mismo, cuando se hace referencia a los delitos especiales, hay una sub-clasificación, debiéndose determinar si son propios o impropios. Serán especiales propios aquellos que no cuentan con una figura paralela de delito común, mientras que los impropios sí tienen un tipo común paralelo, tal como sucedía en el caso del parricidio respecto del homicidio en el C. P. anterior (Luzón Peña, 1996: 304-305). En el caso del delito que ocupa nuestro estudio, además de ser especial, es propio, toda vez que no existe una figura paralela de delito común en el Código Penal.

La cualificación especial que exige el tipo es la de que el sujeto activo ha de ser “*la autoridad o funcionario público*”. Para determinar el significado de estos conceptos, es preciso remitirnos al artículo 24 C. P.¹³

En España, entonces, el concepto de autoridad y funcionario público en materia penal dista un poco del concebido en materia administrativa, pues los requisitos en Derecho Administrativo son mucho más estrictos y necesitan de cierto formalismo, mientras que en Derecho Penal basta que el sujeto desempeñe tan siquiera la función pública, aunque le falte alguno de los requisitos formales, para que pueda ser considerado autor de un delito que exija esta especial cualificación (Orts Berenguer, 2004: 892).

El Código Penal colombiano también trae una norma que se refiere al concepto de funcionario público para efectos penales, así, el art. 20 C.P. nos indica quiénes pueden ser

13 “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal y órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”

considerados funcionarios públicos con el fin de aplicarles la ley penal colombiana, pese a que no se adquiera esa calidad administrativamente¹⁴ (Queralt, 2002: 764).

Considero que es adecuado que el Derecho Penal elabore un concepto propio de funcionario y autoridad pública, no con ánimo de pretender una independencia total del Derecho Penal respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico, sino que por razones de eficacia resultaría más práctico contar con un concepto más abierto de autoridad y de funcionario público a efectos penales, ya que si se tuviera en cuenta dicho concepto, tal y como se maneja en Derecho Administrativo, nos perderíamos entre formalismos y se crearía una laguna de punibilidad intolerable de la que se vería beneficiado injustamente el sujeto activo. Esto último, en razón a que la mera falta de un requisito formal en su condición de funcionario invalidaría la aplicación del art. 329 C.P español y/o del art. 20 C.P. colombiano, aunque *de facto* el sujeto activo venga ejerciendo funciones públicas, o tenga mando, o ejerza jurisdicción propia.

3.1.2.2. Sujeto pasivo

Como se señaló *supra*, la acción típica descrita en el art. 329 del Código Penal español es pluriofensiva (Zúñiga, 1999: 364), ya que además de afectar al medio ambiente, se lesiona también el buen funcionamiento de la administración pública. Teniendo en cuenta el art. 9 de la Constitución Española, en un Estado de Derecho los poderes públicos han de someterse al ordenamiento jurídico existente, pudiendo los ciudadanos exigir tal sumisión; en ese sentido, cuando se realiza por un funcionario la conducta descrita en el art. 329 C. P., se afecta la legalidad administrativa, la cual al ser un interés jurídico de titularidad común, convierte a la colectividad en sujeto pasivo de tales conductas ilegales (Matellanes, 2000: 413).

3.1.2.3. Conductas típicas

El artículo 329 C. P. español describe cuatro modalidades de conducta. En el numeral primero del artículo 329 C. P. encontramos dos: informar favorablemente la concesión de licencias y silenciar la infracciones de Leyes o disposiciones sobre la materia; y en el numeral segundo, hay otras dos modalidades de conductas que se suelen confundir en una sola, cuales son: resolver a favor de la concesión de una licencia y votar la concesión de la misma.

14 En España, Queralt Jiménez indica que el concepto de autoridad y funcionario público que da el Código Penal en el artículo 24, no es un concepto normativo, ya que sencillamente lo que hace el código es dar la descripción de un término, es decir, el objeto de una definición pero no como definición o concepto mismo, ya que el legislador emplea el término de funcionario en el sentido usual del idioma, sin más pretensiones, pues no se trata de dar un concepto para ser aplicado por todas las ramas del Derecho, sino que se establece un concepto para efectos penales únicamente.

Ahora, pasemos a hacer un estudio de las conductas típicas, no sin antes hacer mención a que este tipo de conductas resultan útiles para la protección del medio ambiente y de la administración pública, pues lo que hace este tipo penal es adelantar las barreras punitivas para que la intervención del Derecho Penal sea más eficaz evitando daños al medio ambiente, en primer lugar, y también incumplimiento del funcionario de sus funciones a cumplir.

3.1.2.3.1. Informar favorablemente la concesión de autorizaciones para llevar a cabo actividades potencialmente contaminantes (art. 329.1).

Con esta conducta se busca sancionar a aquellos funcionarios que dentro de un expediente administrativo han emitido un informe avalando la concesión de una licencia contraria a Derecho, permitiendo con ello el ejercicio de actividades contaminantes y vulnerando además del medio ambiente el correcto ejercicio de la función pública (Zúñiga, 1999: 365).

Esta modalidad de conducta cumple con dos de los requisitos exigidos en el delito de prevaricación administrativa; cuales son, por un lado un elemento objetivo, que es la manifiesta ilegalidad, y por otro, uno subjetivo, que es la conciencia por parte del sujeto activo de la realización de la conducta, es decir, cuando actúa “*a sabiendas*”. Así las cosas, podríamos decir que a simple vista la conducta descrita no tiene diferencia alguna con el delito de prevaricato, pudiéndose afirmar la inutilidad del tipo estudiado. La pregunta que surge acá es si el informe que menciona la norma, puede ser considerado como una verdadera resolución, teniendo en cuenta la redacción del artículo 404 C. P. que hace referencia a este objeto.

Resolución a efectos penales es aquel acto administrativo de carácter decisorio e integrante de una declaración de voluntad. Es decir, que la característica principal de tal figura es que mediante ella se manifiesta la voluntad de la administración con carácter decisorio. Ahora bien, el artículo 329 C. P. hace referencia a la emisión de un informe, del cual puede decirse que es un acto administrativo, pero que a diferencia de la resolución, no está llamado a emitir la voluntad de la administración con carácter decisorio, toda vez que el mismo es tan sólo un acto de trámite, que servirá de base para la emisión de una posterior resolución, es decir, el informe es un acto anterior a la resolución, y de menor relevancia jurídico-administrativa (Cancio Meliá, 2005: 312).

Cómo se puede ver este delito lo que hace es adelantar las barreras punitivas, toda vez que no se debe esperar a que en efecto, se emita una resolución o concepto contrario a la ley, sino que basta con el mero informe¹⁵ (Lesmes/Román/Milans/Ortega, 1997: 367;

15 Otra discusión que se deriva de esta conducta es si es necesario que con base en el informe se emita con posterioridad una resolución o concepto contrario a la ley, así Lesmes, Román, Milans, Ortega y Matellanes Rodríguez indican que cuando se ha emitido un informe ilegal, pero no llega a concederse la licencia o la misma, aunque se concede, es totalmente legal, no se ha cometido delito alguno, toda vez que, se requiere una puesta en peligro o afectación al bien jurídico tutelado. Al respecto, creo que de acuerdo a esta posición, no es correcto señalar que la conducta es atípica del art. 329 cuando no se otorgase una licencia con posterioridad a la emisión de un informe, sino que no se consumaría el delito quedando la conducta en grado de tentativa.

Matellanes Rodríguez, 2000: 392-393), que puede servir de base para una futura resolución, esto teniendo en cuenta que la exigencia al funcionario público es mayor, así éste debe velar porque sus decisiones sean ajustadas a la ley y no provoquen daños posteriores, como lo pueden ser al medio ambiente.

3.1.2.3.2. Silenciar, con motivo de una inspección, la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general (art. 329.1).

Respecto de esta conducta hay que aclarar que no se reprocha la total inactividad por parte del funcionario público, al contrario, la misma redacción da a entender claramente que la autoridad o funcionario ha efectuado una inspección, pero no denuncia los posibles ilícitos detectados al realizar la misma.

Así, esta conducta supone dos actuaciones, una ajustada a Derecho y la otra reprochable; la primera es la inspección realizada por el funcionario en ejercicio de sus funciones, es decir, acá el sujeto actúa de manera adecuada al realizar la inspección que se le ha exigido, y la segunda, es el callar las irregularidades por él detectadas.

En efecto, la conducta reprochada en este tipo es aquella que se concreta en “*no incoar el expediente administrativo sancionador de los hechos ilícitos de los que tengan conocimiento por razón de su función inspectora, no denunciarlos a la Autoridad Judicial cuando fueran constitutivos de delitos*” (Pérez de Gregorio, 1996: 1794); por lo tanto queda claro que no se castiga el no efectuar la inspección, al contrario, insisto en que se reprocha el hecho de que al haberla realizado no se informe de las irregularidades ambientales en ella encontradas (Matellanes, 2000: 401).

La conducta respecto de la cual se guarda silencio, no sólo ha de vulnerar normas administrativas sino que debe contener un riesgo penalmente relevante para el medio ambiente, motivo por el cual interviene el Derecho penal (Silva Sánchez, 1999: 160).

Creo que es más acertado señalar que las normas vulneradas sí deben tener alguna relación con preceptos medio ambientales, pues precisamente en esto consiste el objeto de protección, ya que si lo que se silencia es la vulneración de cualquier clase de normas sobre actividades contaminantes, sin que afecte el medio ambiente –piénsese en algún requisito específico, pero cuya omisión no afecta de por sí el medio ambiente– no estaríamos en presencia de este delito, ya que la protección del mismo recaería en una normatividad medio ambiental.

De otro lado, considero que el tipo penal se queda corto cuando sanciona únicamente a aquellos funcionarios que una vez realizada la inspección callan las irregularidades encontradas, dejando por fuera del tipo al funcionario que ni tan siquiera realiza la inspección a que está obligado, dando lugar así a que la industria incurra en actividades contaminantes sin control alguno. Pero pese a esta situación la jurisprudencia del Tribunal

Supremo Español sancionó a un funcionario que no realizó una inspección a una granja, cuando tenía la obligación legal de hacerlo, creando con esta inactividad un riesgo, materializándose después en un daño de carácter concreto.¹⁶

Recordemos que en el Código Penal español no es típico el prevaricato por omisión, pues ése sólo se puede cometer de manera activa, de tal manera que de no castigar en este delito la omisión por parte del funcionario de hacer una inspección a la que estaba obligado no sería una conducta típica, de ahí que sea importante que este tipo penal sancione al funcionario que debió hacer una inspección pero no la realiza finalmente.

En este evento es posible un concurso real (arts. 73 ss. C. P. español) entre los delitos de cohecho y prevaricato ambiental, claro está, siempre que hubiese habido dinero de por medio, siendo este dinero y el acuerdo entre el funcionario y, por ejemplo, el dueño de una empresa, el que hubiera impedido que el funcionario diera cuenta de las irregularidades encontradas en la inspección realizada.

El Tribunal Supremo Español ya ha realizado varias condenas por este tipo de conductas, de hecho, de las diferentes modalidades ésta es la más reiterativa así, por ejemplo, en la STS 1091/2006,¹⁷ se condenó a un alcalde que al realizar las inspecciones para medir los decibeles a una empresa, no tomó las medidas adecuadas de calibración de los aparatos de medición, pese a que el sonido de la industria era casi insoportable.

3.1.2.3.3. Resolver a favor de la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de industrias o actividades contaminantes (art. 329.2).

Respecto de esta modalidad de conducta se debe señalar, en primer lugar, cuál es el significado de licencia, con el fin de determinar si el concepto de la misma encaja en el de resolución a que hace referencia el artículo 404 C. P. Licencia, en efecto, es una resolución, toda vez que la misma es un acto administrativo que manifiesta la voluntad de la administración con carácter decisorio.

Sin embargo, la problemática que contiene esta modalidad es precisar a cuál de todas las licencias emitidas, en un determinado procedimiento, hace referencia este tipo penal pues, en España, para permitir el funcionamiento de una actividad contaminante debe haber en primer lugar una licencia de apertura municipal, además de las licencias exigidas en el RAC (Reglamento de Actividades Clasificadas, Molestas, Insalubres Nocivas y Peligrosas) y no sólo eso, sino que también de forma paralela hay que tener en cuenta las licencias exigidas por cada Comunidad Autónoma.

16 STS Sala de lo Penal, Sentencia 449/2003, 24 de mayo.

17 STS, Sala de lo Penal, 1091/2006, 19 de octubre.

Así las cosas, Matellanes Rodríguez señala que no se debe tener en cuenta tan sólo la última licencia emitida, es decir, la que autorice la apertura de la industria o de la actividad contaminante, toda vez que para emitir la misma es necesaria la concesión de otras; por lo cual no se puede obtener lícitamente dicha licencia, si previamente no han sido obtenidas las anteriores (Matellanes, 2000: 330), de tal manera que al estudiar esta conducta deben tenerse en cuenta todas las licencias que fueron emitidas y que de alguna forma permitieron el funcionamiento ilegal de la industria o actividad contaminante (Matellanes, 2000: 331).

Así por ejemplo, el Tribunal Supremo Español condenó a un funcionario que concedió una autorización, la cual permitió la actividad contaminadora de una empresa. El Tribunal estableció que el actuar de este funcionario

[...] desarrolla una doble actividad; concede autorizaciones de vertidos, que suponen un aterramiento, actuando al margen y con vulneración de las obligaciones específicas de vigilancia y protección del medio ambiente y como consecuencia directa de este comportamiento ilícito, ocasiona un daño medio ambiental específico, del que es responsable directo ya que, sin su autorización, no se habría llevado a cabo. El daño ambiental al margen de la actuación prevaricadora, tenía además, como desvalor añadido, el hecho de querer transformar un paraje de protección natural, por sus especiales características en suelo urbanizable, lo que demuestra que, además de su actuación administrativa irregular, estaba cometiendo, de forma directa y material, una de las conductas típicas previstas en el artículo 325 del Código Penal.¹⁸

En ese sentido, y siguiendo a la citada autora, la redacción del tipo debería ser distinta, debiendo indicar expresamente la sanción a las resoluciones de licencias que autorizan el funcionamiento de una industria o actividades contaminantes (Matellanes, 2000: 330).

Silva Sánchez hace mención de otra problemática que suscita esta conducta, cual es el posible concurso de leyes entre el art. 329 C. P. y el art. 404 C. P. en concurso ideal con el art. 325 C. P. (Silva Sánchez, 1999: 161) En efecto, en esta modalidad típica sí es posible plantear tal concurso de leyes, ya que la concesión de una licencia (del art. 329.2) es una resolución, como la exige el tipo genérico de prevaricación administrativa del art. 404.

Pues bien, señala dicho autor que la consumación del art. 329 C. P. es anterior a la de la conducta recogida en el art. 325 C. P., ya que éste artículo habla de provocar, mientras en el artículo que ocupa nuestro estudio establece que se ha emitido o resuelto una licencia ilegal, pero esa conducta por sí sola no implica el que se haya provocado una contaminación, y así, en el evento en que no se haya consumado el tipo del 325 C. P. ha de preferirse la aplicación del tipo contenido en el art. 329 C. P., en lugar de una tentativa del art. 325 C. P. en concurso ideal con el tipo del art. 404 C. P.

18 STS, Sala de lo Penal, 5716/2003, 25 de septiembre.

Sin embargo, indica Silva Sánchez que cuando la tentativa se predica de los art. 326/325 o incluso del 338/326/325 C. P., es preferible sancionar a título de autoría de una tentativa del delito del art. 325 C. P. con sus cualificaciones, en concurso ideal con el delito contenido en el art. 404 C. P., toda vez que la pena resulta mayor en este evento.

Igualmente –y por ejemplo– si se ha consumado la provocación del vertido, de acuerdo a los términos del art. 325 C. P., también debe prevalecer el concurso ideal entre el art. 325 C. P. y el art. 404 C. P.

3.1.2.3.4. Votar favorablemente la concesión de una licencia a sabiendas de su injusticia (art. 329.2).

Bajo este supuesto nos encontramos en presencia de un órgano colegiado que ha de adoptar una decisión mediante voto de sus integrantes. Es preciso aclarar la responsabilidad de cada una de las personas que integran dicho órgano colegiado, ya que no es posible equiparar la responsabilidad penal que le corresponde a aquel que ha votado a favor de la concesión de una licencia ilegal, con la de quien ha votado en contra. En Italia, existe el llamado *delito colegial*, que es aquel que se da en el seno de un órgano colegiado, llevándose al extremo la responsabilidad penal, siendo incluso objetiva, ya que pueden llegar a responder incluso los miembros disidentes, salvo que hayan dejando constancia de su disensión en el acta (Zúñiga, 1999: 391).

Pero en la legislación penal española, así como en la colombiana, no todos los miembros que componen un órgano colegiado deben responder penalmente, esto en el supuesto de que haya alguno que no vota a favor de la concesión de la licencia; y en el caso en que todos hayan votado a favor, debe estudiarse su responsabilidad por separado, atendiendo a las circunstancias del hecho, para determinar la sanción que se les ha de imponer.

Son varios los supuestos de hecho que se pueden dar en esta especial conducta y es preciso analizar cada caso en particular con el fin de determinar la responsabilidad penal en cada uno; puede darse una votación unánime a favor de la concesión de la licencia, evento en el cual es claro que todos los integrantes respondan penalmente; puede darse, también, que una minoría vota por la concesión de la licencia, pero ésta finalmente no se adopta, o sea que lo que el legislador hizo, para este delito, fue establecer una regla de equiparación entre la tentativa –el caso de la persona que vota a favor, pero que no conforma la mayoría necesaria para adoptar la licencia– y la consumación –cuando vota a favor y ese voto forma parte de la mayoría necesaria para conceder la licencia– (Martínez-Bujan, 2004: 752). Sin embargo, personalmente me adhiero a la posición contraria, es decir, que el delito se consuma desde el momento en que se produce la votación a favor, ya que el Código lo que quiso fue ampliar la tipicidad y castigar como delito consumado no sólo a los funcionarios que otorgan, individual o colectivamente, una licencia, sino también a los que simplemente votan a favor de su otorgamiento aunque éste no se produzca. Si no

fuera así, esta mención expresa de la simple votación sería superflua: porque si el tipo requiriera además el resultado de la concesión de la licencia, constituiría una tentativa; pero es que, aunque el art. 329.2 no mencionara expresamente la votación favorable, sino sólo la otra modalidad de concesión de una licencia, también sería tentativa el realizar el acto –votar favorablemente dentro de un órgano colegiado– directamente encaminado a... y que puede producir precisamente el resultado típico de lograr el acuerdo (colegiado) de concesión de la licencia.

3.1.3. Tipo subjetivo: El dolo

Teniendo en cuenta la redacción del artículo 329 C. P., se observa que este tipo penal sólo admite la comisión dolosa, ya que el mismo contiene la frase “*a sabiendas*”, lo cual deja claro que el actuar del funcionario público ha de ser tanto con conocimiento como con voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo global de injusto (Luzón Peña, 1996: 405).

3.1.3.1. Comisión imprudente. Inaplicabilidad del art. 331 C. P. Error de tipo

Así las cosas, no es posible la comisión imprudente de este delito, de tal manera que cuando el artículo 331 C. P. español hace referencia a la comisión imprudente de las conductas descritas en los tipos penales anteriores, está exceptuando al contenido en el art. 329 C. P. ya que por un lado, éste artículo sólo admite la comisión dolosa; y por otro, el mismo tipo contenido en el art. 331 C. P. lo dispone cuando indica *en su caso*, exceptuando así al delito que ocupa nuestro estudio (Martínez Arrieta, 2004: 98-99; Domínguez, 1999: 215; Cancio Meliá, 2005: 311; Terradillos Basoco, 2007: 55; Mateos Rodríguez-Arias, 1998: 68).

Cuando el funcionario resuelve, vota, informa o calla un asunto dentro del ámbito de sus funciones y con repercusión ambiental, realizando las conductas descritas en el tipo penal, ha actuado con conocimiento de la ilicitud de la concesión de la licencia y que ésta supone la autorización de actividades gravemente contaminantes, y con este conocimiento actúa voluntariamente.

Si ha actuado por error (vencible o invencible) sobre cualquiera de los elementos objetivos del tipo tampoco puede predicarse la existencia de responsabilidad penal alguna; en el primer caso, sólo habrá imprudencia, que ya hemos visto que aquí es atípica; y si excepcionalmente fuera error invencible, no habría ni siquiera imprudencia (caso fortuito).

En cambio, en el evento en que el funcionario haya actuado bajo coacción, ello excluye la actuación dolosa, pero podría excluirse o disminuirse (mediante eximente incompleta) la culpabilidad por miedo insuperable o superable; o incluso apreciarse la eximente de estado de necesidad.

3.1.3.2. Conveniencia de incriminar la imprudencia grave

Por otro lado, Zúñiga Morales considera que debe tipificarse la imprudencia grave. Tal sería el caso del funcionario que teniendo la preparación profesional de un químico, por ejemplo, autoriza la prórroga para el funcionamiento de una fábrica de pesticidas, confiándose en el dictamen emitido por un perito, quien recomienda que la industria pueda continuar funcionando, aunque omita toda referencia al tratamiento de los residuos, y así le conceda a la fábrica realizar los vertidos sin tratamiento alguno y sobre una vía terriblemente contaminada. Se indica que él como funcionario y por su especial conocimiento debía verificar el tratamiento dado a los desechos, por lo cual, al ver que el informe del perito no mencionaba nada al respecto, tenía que solicitar una ampliación del informe o al menos constatarlo personalmente. En este caso, se advierte que, al ser tan evidente la imprudencia del funcionario, debía ser posible la cualificación de su conducta como imprudente grave y no excluirla del art. 331 C. P. (Zúñiga, 1999: 408-409).

Al respecto, considero que es necesario la tipificación a título de imprudencia grave, lo que implicaría suprimir el requisito de actuar “a sabiendas” para que entonces pudiera aplicarse la comisión imprudente del art. 331 también a las conductas del art. 329, pues el supuesto planteado por Zúñiga Morales suele ocurrir muy a menudo, supone una negligencia intolerable y, sin embargo, el Código actual español exige que se actúe de manera dolosa, lo que vendría a absolver al funcionario que ha otorgado una licencia de funcionamiento cuando se ha confiado en los informes y las licencias antes emitidas, sin realizar ningún tipo de constatación de lo incorrecto o incompleto de la información allí establecida. De otro lado, si bien es cierto que este tipo de licencias pasan por múltiples manos, interviniendo en su concesión personal con especial conocimiento en el tema y que finalmente el funcionario que la otorga, en muchas ocasiones, no tiene el conocimiento de cada uno de éstos temas; lo cierto es que, en primer lugar, estos funcionarios al estar realizando este tipo de tareas deben estar preparados para poder advertir alguna irregularidad dentro del trámite y, en segundo lugar, siempre es posible solicitar un informe pericial que permita constatar la información contenida en los documentos que forman parte del expediente de la solicitud de concesión de funcionamiento.

3.1.3.3. Posibilidad de dolo eventual

También, se ha discutido si cabe el dolo eventual en este tipo penal. A este respecto se considera que es posible castigar esta conducta no sólo cuando existe dolo directo, sino también cuando el mismo es eventual: así, en el evento en que un funcionario público dicta una resolución, informa a favor o vota, teniendo dudas de la legalidad de su actuación –bien sea por ignorancia o por falta de estudio– puede anticiparse *ex ante* a que probablemente el acto emitido es arbitrario y que aun así asume la decisión de dictar, votar o informar al respecto (Zúñiga, 1999: 410).

Sin embargo, esta posición no es la mayoritaria, ya que muchos autores excluyen el dolo eventual en este tipo penal (Cancio Meliá, 2006: 311), postura a la cual me adhiero, porque considero más plausible interpretar que “a sabiendas” de la manifiesta ilegalidad requiere el dolo directo y no se conforma con un conocimiento dudoso, con una simple aceptación eventual del funcionario de una hipotética ilegalidad que no sabe si es segura o no.

4. Conclusiones

A pesar del amplio debate al que fue sometido el proceso de aprobación del actual artículo 329 C. P. español (teniendo en cuenta los diferentes proyectos y anteproyectos de Código Penal en los que este delito había sido incluido), hoy en día no se ha subsanado la problemática de la prevaricación del funcionario en delitos ambientales.

Unos de los principales argumentos de quienes solicitaban la inclusión de un artículo dentro del capítulo dedicado a los delitos contra el medio ambiente, que castigara a los funcionarios por el ejercicio irregular de sus funciones, era que al realizar este tipo de conductas se afectaba conjuntamente dos bienes jurídicos de gran importancia: el medio ambiente y el correcto funcionamiento de la administración pública, por lo cual se les debía exigir mayor responsabilidad que a los particulares que cometan delitos medioambientales o que a los funcionarios que simplemente cometan una prevaricación genérica.

Al revisar la redacción del actual art. 329 C. P., gran parte de la doctrina ha indicado que en lugar de sancionar más gravemente al funcionario que ha incurrido en las conductas allí descritas, lo que hace muchas veces es privilegiarlo, pues como ya se ha indicado, la pena que le corresponde por la aplicación de dicho artículo sería menor a la que le correspondería si se aplicarán las reglas generales de autoría y participación respecto del art. 325 o 326 C. P. cuando hubiera cooperación necesaria –no simple complicidad– en un delito consumado del art. 325 C. P. La situación sería distinta si la cooperación del funcionario no diera lugar a un inicio de tentativa por el particular, pues entonces no sería punible por el art. 325 C. P. y en cambio sí lo es por el art. 329 C. P.; o si sólo hubiera en la actividad del particular tentativa, pero no consumación del art. 325 C. P., en cuyo caso la cooperación, incluso la necesaria, en la tentativa del art. 325 C. P. tendría una pena menor que la del art. 325 C. P.

Considero que si bien el privilegio que a veces se produce es un gran inconveniente, no puede llegar a pensarse en la desaparición de este delito del Código Penal. Por ello mi propuesta es la de reformar dicho artículo con el fin de subsanar los inconvenientes que ha presentado el mismo. Sin embargo, creo que también es incorrecto pensar que, mientras esa reforma no se produzca, la utilidad del artículo es casi nula.

Al contrario, he indicado a lo largo de esta investigación, que el art. 329 C. P. establece conductas que no se encuentran recogidas ni en el art. 404 C. P. y mucho menos en el art. 325 C. P., como la de informar favorablemente la concesión de una licencia ilegal, lo cual indica que de no existir dicha figura habría conductas que mereciendo sanción pudieran quedar impunes.

Por lo anterior, considero que debe considerarse la aplicación de un precepto igual en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que, si bien es cierto que el Derecho Penal es concebido como la *ultima ratio*, en muchas ocasiones es necesaria la intervención del mismo para garantizar de manera correcta la protección de los intereses jurídicos de la sociedad.

Para mí la función del Derecho Penal es la de castigar aquellas conductas que vulneran bienes jurídicos de gran interés, razón por la cual se justifica la puesta en marcha del sistema penal. Igualmente, considero que con el paso del tiempo hay bienes jurídicos que han adquirido importancia, de tal manera que ha surgido, objetivamente y en la conciencia social, la necesidad de brindarles tutela penal. Dentro de estos bienes jurídicos está el del medio ambiente, el cual exige una especial protección, pues los daños que puede sufrir en la mayoría de los casos son irreversibles (Suárez, 2009: 3).

De igual forma, el ejercicio de la función pública exige que los funcionarios que ostentan cargos públicos realicen sus funciones de manera especialmente responsable, ya que son ellos los que deben velar por el cumplimiento de las leyes, y más ante la tutela de bienes jurídicos muy importantes como el que representa el medio ambiente para toda la comunidad.

En mi opinión, no sobra un precepto que vele por la protección conjunta de los dos bienes jurídicos tratados. Para ilustrar la importancia del delito que ocupa nuestro estudio, pensemos en lo siguiente: las industrias y empresas para poder obtener una licencia de funcionamiento deben someterse a un procedimiento administrativo que les otorgue una aprobación; estas licencias son emitidas por funcionarios públicos, los cuales en muchas ocasiones no tienen plena conciencia de la responsabilidad mayúscula a la que se están enfrentando, pues si por su acción, u omisión, irregular aprueban o permiten el funcionamiento de una actividad contaminante, el daño al que se puede ver sometido el medio ambiente puede llegar a ser irreparable o incluso, aunque pueda llegar a subsanarse, las consecuencias ambientales pueden ser bastantes nocivas durante mucho tiempo.

Así las cosas, no estamos ante un delito de poca importancia, lo que nos lleva a concluir que el real problema al que se encuentra sometido el art. 329 C. P. español es el de una redacción defectuosa que impide su aplicación efectiva, situación que puede llegar a cambiar, con el fin de suprimir los obstáculos a los que se enfrenta el juzgador en el momento de sancionar este tipo de actuaciones.

Bibliografía

- CANCIO MELIÁ, M. “La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el Código Penal Español”, en: *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. A. Jorge Barreiro (Coordinador) Bogotá: Comares. 295-333 pp. 2005.
- CALDAS VERA, J. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (1ª ed.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 55-89 pp. 2003.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995”, en: *AP*. 287-328 pp. 1998.
- DOMÍNGUEZ, J. A.; HERNÁNDEZ, J.; FARRÉ, E.; GRINDA, J.; HERVÁS, J. V.; SOSPEDRA, F. J. y HERREROS, M. J. *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva* (Delitos de riesgo catastrófico de incendios) Barcelona: Bosch. 1999.
- GÓMEZ RIVERO, M. C. *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2000.
- GRANADOS PÉREZ, C. (Director) *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*. Madrid: EDJ, 52. 2004.
- JORGE BARREIRO, A. (Coordinador) *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Comares. 2005.
- LESMES SERRANO, C.; MILANS DEL BOSH Y JORDAN DE URRÍES, S.; ROMÁN GARCÍA F. y ORTEGA MARTÍN, E. *Derecho Penal Administrativo* (Ordenación del territorio, Patrimonio histórico y Medio ambiente) Granada: Comares. 1997.
- LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Madrid: Universitat. 1996.
- DE LA MATA BARRANCO, N. “El artículo 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, en: *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*. Oñati: Editorial IVAP. 129-176 pp. 1998.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Medio ambiente y funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch. 2000.
- MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A. *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*. Madrid: Colex. 1998.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A. “Prevaricación medio ambiental”, en: *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*. C. Granados Pérez (Director) Madrid: EDJ, 52. 70-107 pp. 2004.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en: *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. 727-766 pp. 2004.
- ORTS BERENGUER, E. “Delitos contra la Administración Pública (I)”, en: *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 889-SS pp. 2004.
- PÉREZ DE GREGORIO, J. “Los delitos contra el medio ambiente”, en: *La Ley 1996 (1)* 1790-1795 pp.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. (4ª ed.) Barcelona: Atelier. 2002.
- RAMÍREZ BASTIDAS, Y. *El delito ecológico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2007.
- RODAS MONSALVE, J. *Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en: *Derecho Penal. Parte Especial III*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 163-190 pp. 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999.
- SUÁREZ, B. “¿Existe el bien jurídico en el Siglo XXI?”, en: *La Ley Penal*, 63. Madrid. 1-10 pp. 2009.
- TERRADILLOS BASOCO, J. *Derecho penal del medio ambiente*. Madrid: Trotta. 1997.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. “Globalización y Derecho Penal” en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_34.pdf [Consultado: 03, jul. 2010]
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente. Monografía*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales. 1993.
- VIVES ANTON, T.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2004.
- ZÚÑIGA MORALES, S. *Los delitos contra el medio ambiente: Especial referencia a la responsabilidad penal del funcionario* (Tesis doctoral inédita, dirigida por T. Rodríguez Montañés) Alcalá: Facultad de derecho, Universidad de Alcalá. 1999.