

El olvidado artículo 330 del Código Penal: Daños en un espacio natural protegido

Álvaro Mendo Estrella

Profesor de Derecho penal. Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Católica de Ávila

LA LEY 18893/2012

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

El artículo 330 de nuestro Código Penal (LA LEY 3996/1995), que se configura como el único delito de resultado de lesión (1) del Capítulo III del Título XVI, no está exento, al igual que sus compañeros de Capítulo, de interesantes interrogantes que obligan a su análisis. Se trata, además, de un precepto que ha adolecido de estudios específicos, siendo tratado, mayoritariamente, en Manuales de carácter general, por lo que parece evidente que las aportaciones al respecto están justificadas.

Son muchos, efectivamente, los interrogantes que plantea este precepto, y que encontramos principalmente en sede de tipicidad objetiva, dada la ambigüedad (2) de los elementos típicos utilizados por el legislador, tónica general por otra parte en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. A tenor de lo dispuesto en el precepto que comentamos, «quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

Pues bien, a la vista de la redacción trascrita, parece conveniente preguntarse por las posibles modalidades de comisión del delito en cuestión, qué se entiende por espacio natural protegido, cuál es el alcance y contenido del resultado típico dañare gravemente, cuáles han de ser esos elementos que hayan servido para calificarlo, sobre la posibilidad del planteamiento de errores en este ámbito y, por último, acerca de las siempre complicadas relaciones concursales, en este caso y principalmente, con el tipo básico del 325.

Dar respuesta a todos estos interrogantes, mostrando u ofreciendo soluciones *de lege ferenda*, es el objetivo de las presentes páginas.

II. MODALIDADES DE COMISIÓN

Aunque muy brevemente, considero conveniente con carácter preliminar pronunciarme acerca de la modalidad comisiva del delito que analizamos. Y es que, a pesar del carácter eminentemente activo del verbo típico, no parece haber problema para aceptar la posibilidad de comisión tanto activa como omisiva. Doctrinalmente, *Martínez-Buján Pérez* señala que «se sanciona la mera causación de un resultado (el grave daño para espacio natural protegido) al que puede llegarse a través de cualquier modalidad comisiva, sea por acción sea por omisión» (3).

En la jurisprudencia, la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada, en Sentencia de 20 de noviembre de 2003, en la que se enjuicia la tala masiva de árboles en un Parque Natural, condena a uno de los acusados «como autor por omisión impropia (comisión por omisión) de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente», concretamente del artículo 330. Esta sentencia fue posteriormente confirmada, en el punto que comentamos, por la de la Sala 2ª del Tribunal Supremo

de 17 de noviembre de 2005.

III. OBJETO DE LA ACCIÓN

La acción descrita en el precepto que analizamos, dañar, se proyecta no sólo sobre un espacio natural protegido, sino, yendo más allá, sobre los elementos que hayan servido para calificarlo como tal. Por ello, debemos considerar como objeto sobre el que recae la acción, no solo al espacio natural protegido, sino, además, a los elementos que han servido para que ese espacio natural haya sido declarado como protegido. Determinar cuál es el significado y alcance de ese «doble objeto» es el propósito del presente epígrafe.

a) Espacio natural protegido

El término espacio natural habría de entenderse como un elemento típico descriptivo si no fuera por el calificativo de protegido que añade el legislador y que presupone indudables connotaciones jurídicas, configurándose, en consecuencia, como un claro elemento normativo jurídico. Por ello, lo que deba entenderse por tal vendrá determinado por la normativa extrapenal protectora de espacios naturales. Y, aunque en este punto la doctrina se encuentra dividida (4) , creo que dentro de esa normativa debe incluirse, dado que el legislador no distingue, tanto la normativa estatal, como la autonómica, comunitaria e internacional-convencional.

En un sentido histórico, y para una primera aproximación a lo que debe entenderse por espacio natural protegido, debemos remontarnos a la Ley 4/1989, de 27 de marzo (LA LEY 835/1989), de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, que en su artículo 10 establecía que son espacios naturales «aquellos espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales, y los espacios marítimos sujetos a la jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que contengan elementos y sistemas naturales de especial interés o valores naturales sobresalientes». Sin embargo, en la actualidad, es la Ley 42/2007, de 13 de diciembre (LA LEY 12398/2007), del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, y que derogó expresamente a la Ley 4/89 (LA LEY 835/1989), la que en su artículo 27.1 define ahora los espacios naturales protegidos como «aquellos espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales, y las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que cumplan al menos uno de los requisitos siguientes y sean declarados como tales: a) Contener sistemas o elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo. b) Estar dedicados especialmente a la protección y el mantenimiento de la diversidad biológica, de la geodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados».

Esta definición legal, dado además su carácter básico a tenor de lo dispuesto en la disposición final segunda de dicha ley, es un criterio esencial para entender a qué se refiere el legislador penal con la expresión espacio natural protegido. Como es sabido, dichos espacios pueden merecer la calificación, a tenor de lo dispuesto en su artículo 29, de Parques, Reservas Naturales, Áreas Marinas Protegidas, Monumentos Naturales y Paisajes Protegidos.

Pero, como decíamos, tampoco debe olvidarse la normativa autonómica en este ámbito, pues, además de ser las Comunidades Autónomas competentes para calificar algún espacio natural en su respectivo territorio (art. 36 de la Ley 42/2007 (LA LEY 12398/2007)), también tienen competencia para elaborar sus propias leyes sobre espacios naturales, las cuales nos ayudan a completar qué debe entenderse por tales (5) .

Y, por último, desde una perspectiva supranacional, la normativa comunitaria e internacional también incide en la delimitación del elemento típico que comentamos. En el ámbito comunitario han de destacarse la Directiva 79/409/CEE, del Consejo, de 2 de abril (LA LEY 831/1979), relativa a la conservación de las aves silvestres a través de la protección de sus hábitats naturales, y la Directiva

92/43/CEE (LA LEY 3974/1992), o Directiva hábitat, de 21 de mayo. Estas Directivas comunitarias tuvieron su impacto directo en la Ley 4/1989 (LA LEY 835/1989), especialmente tras la modificación operada en la misma a raíz de la disposición final 1.1 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes (LA LEY 1757/2003), que añadió los artículos 20 bis, ter y quater a la Ley 4/1989 (LA LEY 835/1989), formando la Red Ecológica Europea Natura 2000. En la actualidad, la Red Natura 2000 se regula en los artículos 41 y siguientes de la Ley 42/2007 (LA LEY 12398/2007) y se integra por las denominadas zonas de especial protección para las aves (ZEPAS), como reflejo de la Directiva 79/409/CEE (LA LEY 831/1979), y por los lugares de importancia comunitaria (LIC'S) hasta su transformación en zonas especiales de conservación, como proyección de la Directiva 92/43/CEE (LA LEY 3974/1992).

Desde un punto de vista internacional, podemos destacar el Convenio de Ramsar de 2 de febrero de 1971 sobre zonas húmedas, que recoge una lista de humedales de importancia internacional, entre los que figuran las Tablas de Daimiel y las Marismas de Doñana. Recientemente, la Resolución de 25 de enero de 2011, de la Dirección General de Medio Natural y Política Forestal, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 7 de enero de 2011, autoriza la inclusión en la lista del Convenio de Ramsar de las siguientes zonas húmedas españolas: Ría de Villaviciosa, Lagunas de Campotejar, Lagunas de las Moreras, Saladas de Sástago-Bujaraloz y Tremedales de Orihuela.

Igualmente, como expone *Carrasco Andrino*, deben destacarse «las zonas especialmente protegidas del Mediterráneo, aprobadas por el protocolo de 3 de abril de 1982 firmado como anexo al Convenio para la Protección del Mediterráneo contra la contaminación, y las Reservas de la Biosfera, una red de espacios protegidos promovida por la UNESCO, que ha sido desarrollada en el Convenio de Río de 5 de junio de 1992. En ambos casos **es indispensable un reconocimiento legal expreso** por el ordenamiento jurídico de cada Estado de dichas áreas como espacios protegidos» (6) .

Cabe la duda, por último, de si espacios como los denominados refugios de caza, de fauna o de pesca, pueden ser considerados como espacios naturales protegidos a efectos penales. Creo que, en relación a tales espacios, que se contienen en la Ley estatal de caza y en diversas leyes autonómicas de caza y pesca, «el problema para integrar estos terrenos dentro del concepto de espacio natural protegido radica en el elemento teleológico» (7) , de manera que habrá que comprobar si la finalidad de la protección de ese espacio atiende de manera fundamental y prioritaria a valores estrictamente ambientales y, en este contexto, a la preservación de la biodiversidad. Por su parte, creo que también deben excluirse del concepto de espacio natural protegido a efectos penales los monumentos naturales cuando éstos se integran, no por un espacio, sino por un elemento natural como permite el artículo 33 de la Ley 42/2007 (LA LEY 12398/2007), a cuyo tenor «los monumentos naturales son espacios o elementos de la naturaleza constituidos básicamente por formaciones de notoria singularidad, rareza o belleza, que merecen ser objeto de una protección especial» porque, sencillamente, no es admisible, desde una interpretación literal del tipo y de las exigencias del principio de legalidad, equiparar un elemento a un espacio.

En conclusión, *debe entenderse por espacio natural protegido, a los efectos del art. 330 CP (LA LEY 3996/1995) , todos aquellos territorios naturales que gocen de una específica tutela al amparo de las leyes estatales, autonómicas y de las disposiciones comunitarias e internacionales, por representar valores naturales excepcionales o sobresalientes*. Además, como destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23 de octubre de 2008 (Fundamento jurídico VII), «la calificación por la autoridad legislativa competente se erige en imprescindible: sin ella no puede haber delito del artículo 330 del Código penal (LA LEY 3996/1995)».

b) Elementos que hayan servido para calificarlo

Determinado qué debe entenderse por espacio natural protegido, corresponde ahora, como se dijo, y siguiendo en sede de tipicidad objetiva, conocer a qué se está refiriendo el legislador al mencionar

«los **elementos** que hayan servido para calificarlo».

Una interpretación meramente literal y gramatical nos permitiría, pues no son otros los elementos naturales que integran un espacio natural, concluir que el legislador penal se está refiriendo a aquellos elementos bióticos (flora y fauna) o abióticos (minerales, masas de aguas, suelo, paisajes) (8) , considerados aisladamente, y que han permitido la calificación de ese espacio como protegido. No obstante, tal interpretación, dado el hecho de que en varias ocasiones no aparezcan claramente determinados cuáles son esos elementos, o que no se haga referencia a los mismos de forma aislada, podría hacer inaplicable este precepto en varios supuestos introduciendo un grado de desigualdad inaceptable entre unos espacios y otros: así, tendrían tutela penal aquéllos en los que en sus instrumentos de declaración (normalmente Leyes u otras normas infralegales de la Comunidad Autónoma) o de gestión (PORN o PRUG, Planes de Ordenación de los Recursos Naturales o Planes Rectores de Uso y Gestión) se hiciera referencia expresa a elementos bióticos o abióticos concretos, pero carecerían de dicha tutela los restantes. Desde luego, no parece que sea ésta la intención del legislador, por lo que debe buscarse una interpretación armonizadora que, lejos de la estricta literalidad, aporte sentido en este punto, y creo que la misma debe pasar por incluir también dentro de esos elementos los ecosistemas o sistemas naturales que albergue ese espacio y que tengan valores o funciones ecológicas de interés (protección de suelos contra la erosión, regulación del ciclo hidrológico, etc.).

Y esta conclusión puede sustentarse en avales legales y jurisprudenciales. En cuanto a los primeros, ya hemos visto cómo la trascendental Ley 4/89 (LA LEY 835/1989) (LCEN) definía los espacios naturales como «aquellos espacios del territorio nacional [...] que contengan elementos y sistemas naturales de especial interés o valores naturales sobresalientes». En la misma línea, la actual Ley 42/2007, de 13 de diciembre (LA LEY 12398/2007), del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, se refiere a los mismos en su artículo 27.1 a) y requiere para su declaración que, al menos, contenga «sistemas o elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo». El precepto reseñado tiene carácter básico y, por tanto, debe ser considerado como mínimo por las Leyes autonómicas sobre espacios naturales, como así se ha constatado (9) .

Y, desde una perspectiva estrictamente jurisprudencial, lo que venimos diciendo encuentra claramente reflejo en la Sentencia de la Sala 2ª Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2005, en la que se enjuicia un supuesto de tala masiva de árboles en un espacio natural protegido y en la que, frente a la alegación del recurrente, relativa a la falta de mención expresa de las especies afectadas tanto en la norma declarativa del espacio como en los instrumentos de gestión del mismo, el Alto Tribunal estima que sí concurre el elemento típico que comentamos porque, a pesar de ser cierta la manifestación del recurrente, también lo es que tales instrumentos sí mencionan los valores y funciones ecológicas que ese entorno en cuestión desempeña como ecosistema (10) .

Y, antes de abordar el alcance que a efectos del art. 330 CP (LA LEY 3996/1995) tiene la expresión dañar gravemente, no quisiera pasar por alto una cuestión de interés, por cuanto afecta al bien jurídico protegido en este delito, que todavía suscitan los elementos que han servido para calificar un espacio como protegido. Y es que, como defiende *Carrasco Andrino* (11) , el hecho de que, a tenor de las leyes protectoras de los espacios naturales, la tutela del espacio natural pueda tener como finalidad la preservación de intereses científicos, culturales o recreativos, y que en algunos espacios naturales se consideren como elementos que avalan la protección monumentos históricos (*ad. ex*, torres de vigilancia y cuarteles en el Parque Natural de Doñana), debe llevarnos a concluir que el bien jurídico protegido en este delito no es sólo el medio ambiente natural, sino también el cultural o el patrimonio histórico.

Pues bien, aun reconociendo la autoridad de esta opinión, no la comparto, y ello porque creo que no es admisible interpretar un tipo penal simplemente en base a la configuración de normas

extrapenales máxime cuando, antes, tenemos argumentos en el propio Código Penal, e incluso constitucionales, que permiten sostener lo contrario: así, la propia rúbrica bajo la que se encuadra este precepto, el bien jurídico protegido en los restantes delitos del mismo Capítulo, la existencia de un Capítulo, el II, dentro del mismo Título XVI, dedicado expresamente a la protección del Patrimonio Histórico y, sobre todo, porque no debe quedar en mera retórica el carácter informador que el artículo 45 de nuestra Constitución (LA LEY 2500/1978) debe tener en la interpretación del Derecho Penal ambiental, de forma que, si el artículo 45.2 CE (LA LEY 2500/1978) se refiere al medio ambiente natural (pues, entre otras cosas, el artículo 46 ya se refiere al patrimonio histórico y cultural) y el 45.3 CE (LA LEY 2500/1978) ordena al legislador el arbitrio de medidas penales para los que contravengan lo dispuesto en el 45.2, hemos de concluir necesariamente, en coherencia, que el artículo 330, como reflejo de esas medidas, no puede pretender la protección del patrimonio cultural o histórico.

En este sentido autores como *Colás Turégano* (12) , *Mata Y Martín* (13) o *Lerma Gallego* (14) rechazan cualquier atisbo de protección cultural o histórica en el Capítulo III del Título XVI del Libro II del Código Penal.

En definitiva, dentro de los elementos que hayan servido para calificarlo, debemos incluir, por supuesto, los elementos bióticos y abióticos en los que, efectivamente, se haya basado tal calificación, pero también aquellas cualidades funcionales, relacionadas en los instrumentos correspondientes, que ofrezca el espacio como sistema natural.

IV. RESULTADO TÍPICO

Exige el precepto que «se dañe gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo». Nos encontramos una vez más, al igual que ocurre en el tipo básico del artículo 325, ante un término eminentemente valorativo, de manera que su apreciación «habrá de realizarse en cada caso concreto por el órgano judicial evaluando los distintos extremos» (15) . Criterios como la extensión de la zona afectada en relación a la superficie total del espacio natural en cuestión, la mayor o menor posibilidad de regeneración, el número de ejemplares afectados en relación al censo total, etc., pueden ser datos objetivos que contribuyan a determinar la gravedad.

El término dañar, por su parte, es un elemento descriptivo del tipo, de manera que por tal podemos entender «causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia», «maltratar o echar a perder algo» (16) . Se plantea aquí, no obstante, a pesar de la aparente sencillez del término, si basta, por ejemplo, con matar o destruir alguno o algunos ejemplares que, eventualmente, hayan servido para calificar el espacio natural como protegido o, por el contrario, si se debe exigir algo más. De nuevo una interpretación meramente literal nos llevaría a decantarnos por la primera opción, pues eso precisamente es dañar gravemente un elemento que ha servido para calificar un espacio como protegido. No obstante, y creo que acertadamente, un importante sector doctrinal exige algo más, y estima que el daño al espacio natural debe ser «concebido aquí como destrucción de su valor ecológico» (17) , de manera que «el daño grave al elemento requeriría entonces algo más que la afectación a uno o varios ejemplares [...] concretamente, un daño global a la especie» (18) .

Esta interpretación me parece acertada, por cuanto permite distinguir este comportamiento delictivo, no sólo de otros delitos, como por ejemplo el 334 relativo a la caza o pesca de especies amenazadas, sino incluso de meras infracciones administrativas que contemplan, sin duda, la muerte de determinadas especies (*ad. ex*, art. 76.1 Ley 42/2007 (LA LEY 12398/2007)); además, permite justificar, frente a ciertas denuncias doctrinales (19) , la inclusión del art. 330 en el Capítulo III, capítulo más próximo a la vertiente dinámica del medio ambiente frente a la vertiente estática que se corresponde mejor con el Capítulo IV, en el que se protegen determinadas especies con carácter singular (*ad. ex*, 334); por último, tal interpretación permite entender igualmente la mayor penalidad del 330 frente al 334, pues es obviamente más grave el daño global a la especie (330) que a un solo

ejemplar de una especie (334).

V. BREVE REFERENCIA A LA TIPICIDAD SUBJETIVA, ANTIJURIDICIDAD E IMPUTABILIDAD

Antes de pasar a analizar los anunciados problemas concursales quisiera, brevemente, poner de manifiesto los siguientes extremos en sede de tipicidad subjetiva, antijuridicidad e imputabilidad. En primer lugar, y teniendo en cuenta que el dolo exige (20) el conocimiento de que el espacio es un espacio natural protegido, y que el elemento que se daña ha de ser de los que han servido para calificarlo como tal, lo cual en muchos casos no aparece claro, podemos concluir que, en la aplicación del precepto que nos ocupa, puede ser más que habitual el planteamiento de errores de tipo.

En segundo lugar, y como es habitual en este ámbito delictivo, dada su conexión con el Derecho administrativo, la existencia de autorización para llevar a cabo la actividad que finalmente ha acabado dañando el elemento en cuestión puede dar lugar al planteamiento de alguna causa de justificación (ejercicio de un derecho) o sostener la existencia de un error de prohibición, todo ello, claro está, salvo que haya existido algún tipo de maquinación fraudulenta, connivencia con el funcionario autorizante, o extralimitación en las condiciones de la autorización (21) .

En este sentido, la STS de 17 de noviembre de 2005, frente a la alegación del recurrente de que el hecho de contar con la preceptiva autorización para la realización de la actividad dañosa pudiera dar lugar a la apreciación de un error a tenor del artículo 14 del CP (LA LEY 3996/1995), concluye que «no se trata simplemente de que el recurrente se hubiera atendido a las prescripciones del director del Parque, es que actuó en plena connivencia con éste al actuar de un modo, no sólo ilícito, sino que no se ajustaba en absoluto a los términos de la autorización utilizada como pantalla» (F. J, 6º, relativo al segundo recurrente).

VI. LAS COMPLEJAS RELACIONES CONCURSALES

Es momento entonces, como venimos anunciando, de aludir a los problemas que suscita el precepto que comentamos en materia concursal, especialmente con el tipo básico. Pues bien, en este sentido creo que deben distinguirse dos situaciones: en primer lugar, aquélla en la que, además del daño exigido en el 330, subsiste el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales (325); en segundo lugar, aquélla, más factible, en la que el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales se ha materializado en el resultado exigido en el 330.

En cuanto a la primera situación, y dado que el objeto de la acción no será el mismo, pues partimos de que, aparte de los elementos efectivamente dañados (330), existen otros hipotéticamente amenazados (325), parece necesario acudir a un concurso ideal (22) de delitos entre el 325 y el 330. Sin embargo, la existencia de la agravación específica prevista en el artículo 338 facilita otra solución, pues la afectación a un espacio natural protegido a la que se refiere este último precepto puede incluir también, sin esfuerzo, el dañare del 330, pues no cabe duda que quien daña gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificar un espacio natural como protegido afecta a un espacio natural protegido. Por ello, creo que la aplicación del 325 con la agravación específica del 338 abarca, sin duda, todo el desvalor de la situación planteada (23) .

Por lo que respecta a la segunda situación propuesta, creo que, dada la identidad de objeto y de bien jurídico protegido (ambiente natural), es lo aconsejable la aplicación de un concurso de normas que, en mi opinión, debe resolverse a favor del artículo 330 en base al principio de subsunción, pues la lesión exigida absorbería en este caso el peligro típico del 325 (24) . Esta conclusión, no obstante, resulta paradójica por dos motivos: 1º, por cuanto puede suponer un privilegio injustificado para el autor, pues si concurre en el supuesto alguna circunstancia agravante del artículo 326 sería inapreciable ya que, dada su ubicación, no es aplicable al artículo 330; 2º, la pena prevista en el

artículo 330 (1 a 4 años), a pesar de ser un delito de resultado de lesión, es tras la reforma del año 2010, inferior a la del 325 (de 2 a 5 años).

Por ello, considero que la solución, para evitar ese absurdo privilegio, sería, *lege ferenda*, reclamar la reubicación de las agravaciones del 326 y un aumento de la pena prevista en el 330, de manera que dicha pena fuese superior a la del 325, lo que se justifica, precisamente, en el resultado de lesión que se exige en el 330 frente al peligro hipotético del 325.

Aparte de la relación del artículo 330 con el tipo básico del 325, es perfectamente imaginable también su relación concursal con los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna, especialmente el 332 y 334. Así, la tala, quema, arranque o recolección de flora amenazada o la caza o pesca de especies amenazadas que se lleve a cabo en un espacio natural protegido puede subsumirse, en su caso, en el supuesto de hecho del artículo 330 cuando esa especie ha servido para calificar como tal a dicho espacio. En tal caso, creo que la identidad de bienes jurídicos (medio ambiente en su vertiente de biodiversidad) y de objetos sobre los que recae la acción típica aconsejan, una vez más, recurrir al concurso aparente de normas entre el 330 y el 332 ó 334 con la agravación del 338, concurso que deberá resolverse a favor del primero en base al principio de alternatividad (art. 8.4º CP (LA LEY 3996/1995)) (25) dado que el grado de especialidad es el mismo (máxime con la aplicación del 338) y no existe consunción posible (ya que en todos ellos se exige un daño al elemento en cuestión).

Otras posibles relaciones concursales con delitos relativos a la ordenación del territorio (art. 319.1) o incendios forestales (art. 353.1.3º) han de resolverse, en el primer caso, a favor del artículo 330 por aplicación del principio de consunción, en cuanto el 330 requiere un daño que no exige el 319.1, o de alternatividad, ya que la pena del 330 es superior pues no es aplicable, por el principio de inherencia, el artículo 338 al 319.1. En cuanto a la relación con los incendios forestales, el criterio de la especialidad y, desde luego, de la alternatividad, nos hace decantarnos por la aplicación preferente del delito contemplado en el artículo 353.1.3º (26) .

VI. CONCLUSIONES

1ª. A pesar de la utilización en el artículo 330 del Código penal de un verbo típico (dañar) eminentemente activo, el delito admite la modalidad activa y omisiva.

2ª. Debe entenderse por espacio natural protegido, a los efectos del art. 330 CP (LA LEY 3996/1995), todos aquellos territorios naturales que gocen de una específica tutela al amparo de las leyes estatales, autonómicas y de las disposiciones comunitarias e internacionales, por representar valores naturales excepcionales o sobresalientes y que han sido declarados como tales por la autoridad legislativa competente.

3ª. Entendemos por «elementos que hayan servido para calificarlo» (al espacio natural protegido), no sólo elementos bióticos y abióticos aisladamente considerados en los que, efectivamente, se haya basado tal calificación, sino también aquellas cualidades funcionales, relacionadas en los instrumentos de declaración correspondientes, que ofrezca el espacio como sistema natural.

4ª. La gravedad a la que se refiere el artículo comentado es un concepto valorativo. No obstante, criterios como la extensión de la zona afectada en relación a la superficie total del espacio natural en cuestión, la mayor o menor posibilidad de regeneración o el número de ejemplares afectados en relación al censo total, pueden resultar orientativos.

5ª. El daño grave al elemento requiere algo más que la afectación a uno o algunos ejemplares, debiéndose exigir un daño global a la especie.

6ª. Es factible en este delito el planteamiento de errores de tipo, al tener que abarcar el dolo el conocimiento de que el espacio es un espacio natural protegido y que el elemento que se daña ha

de ser de los que han servido para calificar al espacio protegido como tal, lo cual en muchos casos no aparece claro.

7ª. La aplicación del 325 con la agravación específica del 338 es la solución, preferible al concurso ideal, para resolver aquellas situaciones en las que además del daño exigido en el 330, subsiste el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales (325).

8ª. La reubicación de las agravaciones del 326 al final de la Sección y una pena mayor del 330 que la del 325 (lo que se justifica, precisamente, en el resultado de lesión que se exige en el 330 frente al peligro hipotético del 325) permitiría resolver, a favor del 330 y sin los absurdos privilegios que la estructura actual ofrece, aquellas situaciones concursales en las que el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales se ha materializado en el resultado exigido en el 330.

- (1) Claramente, la STS de 5 de diciembre de 2001 señala que «se trata, sin duda, de un delito de lesión o resultado» (F. J, 3º).
- (2) Elocuentemente Enériz Olaechea, «Una aproximación a los nuevos delitos medioambientales», Revista Jurídica de Navarra, 1996, p. 102, afirma que «si algún tipo de delito medioambiental del nuevo Código Penal destaca por su imperfección técnica e indefinición conceptual ese es, probablemente, el establecido en el artículo 330 [...]. El bien jurídico protegido es aquel elemento de un espacio natural que motivó su calificación como tal. Pero, ¿cuál es éste?: ¿el paisaje con todo lo subjetivo que implica este concepto? ¿Una especie en peligro de extinción? ¿Todo el ecosistema en su conjunto, con independencia de cada uno de sus elementos? ¿Se sabe realmente en todos y cada uno de los espacios naturales cuál fue el elemento que sirvió para su declaración, por ejemplo, en un parque natural de gran extensión?».
- (3) Martínez-Buján Pérez, C., «Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente» en Vives Antón, T. S(et. al), *Derecho Penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed (Valencia, 2010), p. 599. En la misma línea, Sola Ibarra, A. Mª Y Coteló López, Mª. C., «Consideraciones en torno a los delitos relativos a la protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal», en Revista de Derecho Ambiental, nº 17, 1996. p. 39, afirman que el precepto «entrará en aplicación, a través de cualquier conducta, tanto activa como omisiva».
- (4) Se refieren tanto a normativa estatal como a normativa autonómica, internacional y comunitaria De La Cuesta Arzamendi, J.L., «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Capítulo III, Título XVI, Libro II del nuevo Código Penal de 1995 (LA LEY 3996/1995)» en *Actualidad Penal*, núm. 14, 6 al 12 de abril de 1998, p. 304; Carmona Salgado, C., «Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes» en Cobo Del Rosal, M (Coord.), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ed. Dykinson S.L, 2ª ed, (Madrid, 2005), p. 714; Terradillos Basoco, J., «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», en Terradillos Basoco, J (Coord.), *Derecho Penal del Medio Ambiente*, ed. Trotta, (Madrid, 1997), p. 54; Mateos Rodríguez-Arias, A. M., *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, ed. Colex, (Madrid, 1998), pp. 112-113 y, en uno de los trabajos más especializados al respecto, Carrasco Andriano, Mª. M., «El daño a los elementos de un espacio natural protegido: un nuevo ilícito penal», en *El nuevo Derecho Penal español: estudios penales en memoria del profesor J. M Valle Muñiz*, ed. Aranzadi, (Navarra 2001), p.1067. Por su parte, limitan el alcance de la normativa extrapenal Martínez-Buján Pérez, C., *op. cit.*, pp. 599 y ss; Silva Sánchez, J.Mª. *Delitos contra el medio ambiente*, ed. Tirant lo blanch «colección los delitos», nº. 24, (Valencia 1999), p. 137; Enériz Olaechea, F. J., *op. cit.*, p. 102; Zubiri De Salinas, F., «Delitos contra el medio ambiente», en Bajo Fernández, M. (Dir.), *Empresa y Derecho Penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, ed. CGPJ (Madrid, 1999), p.111.
- (5) Así, entre otras, recogen definiciones de espacio natural protegido la Ley 5/1991, de 5 de abril (LA LEY 3145/1991), de Protección de los espacios naturales del Principado de Asturias, que en su artículo 13 los define como «*aquellos espacios del territorio regional que contengan elementos y sistemas naturales de especial interés o valores naturales sobresalientes*». Igualmente, la Ley 6/1998, de 19 de mayo (LA LEY 2243/1998), de espacios naturales protegidos de la Comunidad Autónoma de Aragón, que, a tenor de lo dispuesto en su artículo 7, considera espacios naturales protegidos «*aquellos espacios del territorio, incluidas las aguas continentales, que contengan elementos y sistemas naturales de especial interés o valores naturales sobresalientes*». Por su parte, la Ley 8/1998, de 26 de junio (LA LEY 3265/1998), de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de Conservación de la naturaleza y de Espacios naturales, recoge en su artículo 15 que serán espacios naturales protegidos «*las zonas del territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura que sean declaradas como tales al amparo de esta Ley, en atención a la representatividad, singularidad, rareza, fragilidad o interés de sus elementos o sistemas naturales*». Por su parte, el artículo 11 de la Ley 4/2003, de 26 de marzo, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de Conservación de Espacios Naturales, considera a éstos como «*las zonas del territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja que sean*

declaradas como tales al amparo de esta Ley, en atención a la representatividad, singularidad, fragilidad o interés de sus elementos o sistemas naturales».

- (6) Carrasco Andrino, M^a. M., «El daño a los elementos de un espacio natural protegido», *op. cit.*, p. 1067. La negrita es propia.
- (7) *Ibidem*, p. 1065. Considera la autora que no debe haber problema para considerar como tales a los refugios de fauna y de pesca, pero pone en duda que ello sea posible para los refugios de caza.
- (8) La citada sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23 de octubre de 2008 señala, refiriéndose a los elementos que hayan servido para calificarlo, que «Por esos elementos cabe imaginar sin temor a error, el suelo en sí, y la flora y la fauna que lo habitan» (Fundamento jurídico VII).
- (9) *Vid* nota 5.
- (10) Así, señala la referida Sentencia, tras la lectura de los instrumentos de gestión del Parque Natural afectado, que «el paisaje como factor y dato estético y la calidad práctica de constituir un freno a la erosión en un entorno connotado por la aridez y en ocasiones subdesértico tienen la consideración legal de elementos determinantes del tratamiento de espacio natural protegido»; concluye que «la afectación paisajística es de una obviedad aplastante; y lo mismo hay que decir de la neutralización de la eficacia antierosiva desempeñada por el arbolado y las especies arbustivas que se eliminaron» (F. J, 4º).
- (11) *Op. cit.*, pp. 1084-1091.
- (12) Colás Turégano, A. «Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el Código Penal de 1995 (LA LEY 3996/1995)», en Orts Berenguer, E., (dir), *Estudios Jurídicos: Libro Homenaje al profesor J. R Casabó Ruíz*, ed. Universidad de Valencia (Valencia, 1997). p. 436, manifiesta que en el Capítulo III «el legislador ha optado por tutelar el sector natural del ambiente».
- (13) Mata Y Martín, R. M., «Problemas y eficacia del Derecho Penal del medio ambiente: (especial referencia a la contaminación de las aguas subterráneas)» en Cuadernos de Política Criminal, 2000, nº 72. afirma tajantemente que «los Capítulos I y II se corresponderían con todo lo relativo al medio artificial o cultural, mientras que la regulación del ambiente natural se incluye dentro de los Capítulos III y IV».
- (14) Lerma Gallego, I., «El delito ecológico», Cuadernos de Política Criminal, 1996, p. 170, señala que «interesa [...] el entorno inmediato en donde el hombre realiza su vida, si bien este entorno inmediato debe asentarse en el medio natural y no en el aspecto cultural».
- (15) Carrasco Andrino, M^a. M., *op. cit.*, p. 1095.
- (16) DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª edición, Tomo I, voz *dañar*, acepciones 1ª y 2ª, p. 726.
- (17) Martínez-Buján Pérez, C., *op. cit.*, pp. 599 y ss.
- (18) Silva Sánchez, J. M^a., *Delitos contra el medio ambiente, op. cit.*, p. 138.
- (19) Por todos, Carmona Salgado, C., *op. cit.*, p. 713.
- (20) Establece la SAP de Tarragona de 23 de octubre de 2008 (Fundamento jurídico VI) que «el legislador penal está pensando en el ciudadano que, consciente de que se halla ante un espacio natural con una protección declarada legalmente, se inhibe de cualquier reparo, denuesta toda autoridad y daña alevosamente dicho espacio, con resultado grave».

- (21) En parecido sentido *Laso Martínez, J. L., Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal*, ed. Marcial Pons (Madrid, 1997), p. 144, afirma que «está por ver si la destrucción o el daño grave, si está autorizado, provoca o no la comisión de este último delito. Parece razonable que no debe ser así pues lo que está autorizado, salvo concurso de acciones maliciosas con la autoridad o funcionario que lo autorizó, no puede ser delito».
- (22) De esta opinión *Carrasco Andrino, M^a. M., op. cit.*, p. 1098, *Martínez-Buján Pérez, C., op. cit.*, pp. 599-600 ó *Silva Sánchez, J. M^a, Delitos contra..., op. cit.*, p. 136.
- (23) Avalan esta conclusión autores de la talla de *De La Cuesta Arzamendi, J. L., «Delitos contra...», op. cit.*, p. 304, para quien «habrá que aplicar lo dispuesto por el artículo 325, con la agravación del artículo 338, en todos los supuestos en que la contaminación se produzca con afectación del espacio natural protegido, aun cuando esa afectación consista en el daño grave a alguno de los elementos que hayan servido para su calificación», o *Carmona Salgado, C., op. cit.*, p. 714, para quien «resulta más correcto solventar el ejemplo arriba citado, recurriendo, de una parte, al art. 325 CP (LA LEY 3996/1995) y, de otra, a la agravante del referido art. 338». También contempla esta posibilidad *Muñoz Conde, F., Derecho Penal parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2010), 18^a ed, pp. 585 y ss.
- (24) Esta es la solución que adopta *Suárez González, C., «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del Patrimonio histórico y el medio ambiente» en Rodríguez Mourullo, G. (dir), Comentarios al Código Penal*, ed. Civitas (Madrid, 1997), p. 331, quien señala que «la exigencia de que el comportamiento aquí descrito entrañe la causación de un daño grave, bastando en el artículo 325 la hipotética puesta en peligro del bien jurídico, aboga por considerar que nos encontramos ante un concurso de normas en el que el artículo 325 es *lex compsumtae* (art. 8.3)».
- (25) Claramente en este sentido *Carrasco Andrino, M^a. M., op. cit.*, p. 1099, cuando afirma que «en cuanto que el bien jurídico protegido es el mismo: la preservación de la biodiversidad, en esos casos existirá un concurso aparente de normas penales entre el artículo 330 y el delito relativo a la flora o fauna correspondiente agravado por la circunstancia específica del artículo 338. Lo que de acuerdo con la regla 4^a del artículo 8 habrá de resolverse a favor del precepto penal más grave». Igualmente CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, pp. 714-715, al señalar que nos encontramos ante «un *concurso aparente*, a solventar, por lo general, en base al criterio de alternatividad (art. 8.4º CP (LA LEY 3996/1995)); lo que significa que, dada la penalidad que señala el art. 330, en la mayoría de los casos aquél se resolverá a favor de este último precepto».
- (26) *Carrasco Andrino, M^a. M., op. cit.*, p. 1101, llega a la misma conclusión si bien considera aplicable el principio de consunción ya que el delito de incendio «es el que implica un mayor plus de antijuridicidad por el riesgo que en sí comporta este medio comisivo para los bienes jurídicos que pueden resultar afectados por el incendio».