

La responsabilidad penal de los funcionarios en materia ambiental*

Miquel Prats Canut

Catedrático de Derecho Penal

María Marquès i Banqué

Profesora de Derecho Penal de la Universidad Rovira i Virgili

1. Planteamiento. Antecedentes de la vigente regulación.
2. La vigente regulación de los delitos de funcionarios en materia ambiental.
3. La trascendencia de la Directiva IPPC a los efectos de la responsabilidad penal de los funcionarios.
- 3.1. ECA, autorización ambiental integrada y Derecho penal. 3.2. Silencio administrativo y concesión de la autorización ambiental.

1. Planteamiento. Antecedentes de la vigente regulación

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia han establecido la determinación de los ámbitos de responsabilidad propios de la Administración pública en tres distintos niveles, dentro de ese concepto macrocomprensivo que es el de función pública. Así, se diferencia entre aquellos ilícitos que nacen por la toma de decisiones de contenido político, viciadas de ilegalidad; aquellos que derivan de actuaciones de la Administración pública que causa perjuicios a los particulares; y por último, aquellas que encuentran su origen en el mal funcionamiento de los servicios públicos.

Es evidente que dichas tres áreas de actuación tienen una distinta trascendencia, y muy especialmente en el campo del Derecho penal. Pero ello ya nos pone sobre la pista de que las responsabilidades exigibles en el campo administrativo sancionador y en el campo del Derecho penal plantean algunas diferencias de contenido y alcance; no vamos aquí a tratar el debate acerca de las distintas o comunes natu-

*El presente trabajo, realizado en el marco del proyecto "Nuevos enfoques de la responsabilidad ambiental: más allá del principio quien contamina paga" (ref. BJU2003-09190), financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, revisa y actualiza un trabajo anterior de los autores, "La responsabilidad penal de los funcionarios en materia ambiental", en PRATS CANUT, J. M. MARQUÈS I BANQUÈ, M. MORÁN MORA, C., *Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IPPC*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

ralezas del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador, pero sí que es obligado recordar que no cabe establecer una mecánica formalista a la hora de determinar la responsabilidad de los funcionarios públicos en materia penal/ambiental, y que la misma sólo vendrá justificada cuando se acredite un plus de desvalor que dote a la conducta de un elemento diferencial relevante frente a la mera infracción administrativa.

Hecha la salvedad anterior, era generalizada la opinión doctrinal acerca de la necesidad de la creación de un tipo específico de funcionarios en relación con los delitos ambientales.¹ Si bien es cierto que los tipos genéricos de funcionarios, especialmente la prevaricación, podrían bastar para dar una adecuada respuesta a estas situaciones, no es menos cierto que la práctica puso de relieve un escaso recurso a dicha tipicidad penal para sancionar los comportamientos que estamos analizando. Es por ello, sin duda, que tanto en los distintos proyectos de reforma de Código penal español como en Derecho comparado, se ha planteado la inclusión de tipos específicos en esta materia.²

En nuestro país, tal y como señalábamos, todos los proyectos de Código penal han coincidido en la creación de un tipo específico de funcionarios en materia ambiental. El primero que se inscribió en esta línea fue el proyecto de Código penal de 1980. Dos fueron las críticas que mereció dicho precepto; primero la referencia exclusiva a los funcionarios facultativos, por lo que los funcionarios políticos quedarían al margen de dicha responsabilidad penal, sin que se alcance a ver en el plano político-criminal el porqué de dicha diferenciación. Y en segundo lugar, la exclusiva incriminación dolosa de los comportamientos, que dejaba fuera del radio de acción del Derecho penal a la parte más importante en esta materia, como es la actuación negligente del funcionario.³ Todo ello sin olvidar la difícil integración del concepto de “manifiestamente contrario a lo preceptuado en las leyes o reglamentos”.⁴

A continuación, el proyecto de Código penal de 1983 también incorporó una disposición específica para sancionar a los funcionarios en materia ambiental, siendo destacable que el nuevo precepto solventaba muchas de las críticas que se formulaban al proyecto de Código penal de 1980. En este caso, las críticas se centraron en

1. Vid. más extensamente PRATS CANUT, J. M., “Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en materia ambiental”, en *Derecho del medio ambiente y Administración local* (coord. por J. Esteve Pardo), Barcelona, 1996. En Alemania, sin embargo, se mostraron entonces partidarios de aplicar el tipo genérico de infidelidad de los funcionarios del parágrafo 266 StGB, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 22.ª ed., Munich, 1985, pág. 1866 y ss.; IMMEL, F., *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, Frankfurt, 1987, pág. 241 y ss. En Italia, MUSSANO, O., “Responsabilità penale dei pubblici amministratori per le inosservanze di cui alla legge 319/1976”, en *Responsabilità in tema di tutela dell'ambiente*, Atti Convegno CIDIS, Padova, 1986, pág. 309 y ss.

2. Sobre la incriminación de los funcionarios en Derecho comparado, vid. MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Medio ambiente y funcionarios públicos*, Barcelona, 2000, pág. 169 y ss.; GÓRRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 52 y ss.

3. En este sentido PRATS CANUT, J. M., “Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el PrCP de 1980”, en *Estudios jurídicos en honor del profesor O. Pérez Vitoria*, t. II, Barcelona, 1983, pág. 760 y ss.; MENA ÁLVAREZ, J. M., “La ecología como bien jurídico protegido”, en *El proyecto de Código penal*, Barcelona, 1985, pág. 125 y ss.; VICENTE MARTÍNEZ, R., *La responsabilidad penal del funcionario público por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 1993, págs. 118-119.

4. Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “El delito de desobediencia y la desobediencia justificada”, en CPC, núm. 12, 1980, pág. 59 y ss.; T. VIVES ANTÓN, “Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida”, en EPCr, t. V, 1981, pág. 145 y ss.

relación con la falta de proporcionalidad que se daba a la hora de establecer la ponderación en términos de pena de los distintos ilícitos.⁵

Por último, el proyecto de Código penal, tanto en su versión de 1992 como de 1994, mantenía la tipificación de la responsabilidad específica de funcionarios en materia ambiental, si bien ampliaba el número de supuestos, toda vez que se contemplaron en un mismo título de imputación el título XIII del libro II los delitos relativos a la ordenación del territorio y los relativos a la protección de los recursos naturales y la vida silvestre.

2. La vigente regulación de los delitos de funcionarios en materia ambiental

La vigente regulación recogida en el artículo 329 del CP ha sido recibida con notables críticas por parte de la doctrina, muy especialmente por las dificultades de deslinde que dicho precepto plantea en relación con los supuestos de prevaricación genérica, cuestión a la que nos referiremos más adelante.⁶

La punición de las conductas se centra básicamente en dos grandes bloques de modalidades diferenciadas. Por una parte, se recogen las conductas referidas a la concesión indebida de licencias, y por otra, las atinentes al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la actividad inspectora de la Administración. La vinculación de ambas modalidades relevantes de comportamiento típico a la vulneración del bien jurídico propio de los “delitos contra la Administración pública” (que al margen de la fortuna de su rotulación⁷ debe ser entendido como la actividad de la Administración como prestadora de servicios públicos a los ciudadanos en orden a la satisfacción de los intereses generales),⁸ junto con la remisión que el propio precepto hace al delito de prevaricación (artículo 404 del CP) permite calificarlas como de prevaricación específica,⁹ si bien se da en nuestra doctrina alguna posición discrepante al respecto.¹⁰ El tratamiento específico de la “prevaricación

5. Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente”, DJ, vol. II, núm. 37/40, 1983, pág. 930.

6. El artículo 329 del CP señala:

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

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

7. Vid. las críticas que formula OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., “Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)”, en *Libro homenaje al profesor. Dr. D. Angel Torío López*, Granada, 1999, págs. 868-869.

8. Vid. OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *La prevaricación de funcionario Público*, Madrid, 1980, capítulo II *passim*; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., “Delitos contra la Administración pública”, en *Comentarios al nuevo Código penal* (dirigido por G. Quintero Olivares), 3.ª ed., Cizur Menor, 2004, pág. 2013 y ss.

9. Así lo viene entendiendo la doctrina mayoritaria. Vid. DE LA MATA BARRANCO, N. J., “El artículo 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias”, en la obra colectiva *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, 1998; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código penal de 1995”, en AP, núm. 5, 1998; MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Medio ambiente y funcionarios públicos*, op. cit., pág. 176 y ss.

10. VICENTE MARTÍNEZ, R., *La responsabilidad penal del funcionario público por delitos contra el medio ambiente*, op. cit., pág. 182 y ss.

ambiental” responde al hecho de que el recurso al Derecho penal en materia ambiental se produce en un contexto de desconfianza hacia la actuación de la Administración, en una materia en la que ha imperado no sólo la inactividad e ineficiencia sino en ocasiones también la cesión ante la presión de los intereses en juego.¹¹

Cuestión distinta radica en si se justifica político-criminalmente la existencia de una prevaricación agravada y muy especialmente si se piensa que, si bien en el marco de pena alternativa a la pena de multa, cabe imponer para este supuesto pena privativa de libertad que debe sumarse a la que corresponde por la aplicación del artículo 404 del CP. Al margen de la discutible *ratio* político-criminal que dicha regulación merece, cabe encontrar una explicación de la *ratio legis* en la especial trascendencia que para la protección del bien jurídico tienen las funciones encomendadas por la ley a la Administración.¹²

La fundamentación del tratamiento diferenciado de la prevaricación ambiental frente a la prevaricación genérica, puede encontrarse ya sea en que el tipo especial viene a cubrir lagunas punitivas no colmadas por la regulación del artículo 404 del CP,¹³ ya sea en las exigencias del principio de proporcionalidad, toda vez que pueda entenderse que en ausencia del artículo 329 del CP dichas conductas tendrían un tratamiento excesivamente benévolo en el seno de los delitos contra la Administración pública.¹⁴ Frente a dichas posturas se encuentran aquellos que entienden que las prevaricaciones específicas no resuelven ninguna laguna de punibilidad que no pueda ser cubierta con una adecuada interpretación del artículo 404 del CP, y aquellos que entienden que el artículo 329 del CP, muy lejos de suponer un supuesto de exasperación de la pena, en realidad opera como precepto más benigno, ya que de existir, deberían entrar en juego las reglas de autoría y participación en relación con el artículo 325 del CP, lo cual comportaría una mayor dureza punitiva que la que resultaría de la aplicación del 329 del CP.¹⁵

11. A propósito de la prevaricación específica en materia urbanística, MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “De los delitos sobre la ordenación del territorio” en *Comentarios al nuevo Código penal*, *op. cit.*, pág. 1667. Cfr. VERCHER NOGUERA, A., “Las autorizaciones administrativas y los delitos contra el medio ambiente (algunas consideraciones en torno a la Sentencia de 26 de mayo de 1994 de la Audiencia Provincial de Murcia), en AP, núm. 2, 1995, pág. 914; MUSSANO, O., “Responsabilità penale dei pubblici amministratori per le inosservanze di cui alla legge 319/1976”, *op. cit.*, pág. 312.

12. MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “De los delitos sobre la ordenación del territorio” en *Comentarios al nuevo Código penal*, *op. cit.*, pág. 1667. En el mismo sentido, MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Medio ambiente y funcionarios públicos*, *op. cit.*, pág. 157 y ss.

13. En este sentido se manifiesta FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D., “El delito ecológico y la salud pública”, en EPCR, t. XVII, 1994, pág. 81.

14. Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en EPCR, t. XX, 1997, pág. 317; ACALE SÁNCHEZ, M., “La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el título XVI del Código penal: Especial referencia al artículo 320”, en PJ, núm. 47, 1997, pág. 117.

15. Vid. GÓMEZ RIVERO, M. C., “Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental”, en LL, 1996-4, pág. 1239 y ss. Sobre la relación y posible concurso entre el artículo 325 y el artículo 329 del CP, *vid.* la interesante STS 30 septiembre 2003 (RJ 2003/6316), por la que se condena a un alcalde tanto por delito de prevaricación específica como por delito ecológico, en un supuesto de autorización de vertidos de escombros y otros productos sólidos en unos terrenos de interés ecológico de dominio público, con la finalidad de ganar ilícitamente una superficie que después se pretendía reconvertir en suelo urbanizable.

La multiplicidad de argumentos a favor y en contra de la existencia de prevaricaciones específicas pone de manifiesto, en nuestra opinión, que el legislador no ha acertado a la hora de establecer un modelo razonable de coordinación entre el artículo 329 del CP y las modalidades de prevaricación de funcionario público;¹⁶ sin embargo, ello no puede comportar la descalificación de dicha opción a favor del tratamiento diferenciado, ya que todo lo más que permite decir es que nuestro legislador no ha atinado en la regulación legal.

Es por ello que entendemos que las razones que en su día fueron esgrimidas a favor de un tratamiento específico de la responsabilidad de funcionarios en el seno de los delitos contra el ambiente siguen siendo hoy válidas, e incluso cabría decir que con mayor razón.¹⁷ Es cierto que la eficacia preventiva del Derecho penal en la práctica nunca acaba dependiendo de la opción de legalidad asumida por el legislador (tipos específicos/tipos genéricos; leyes especiales/leyes generales), sino que la misma depende en gran medida de la efectiva aplicación de los preceptos penales. Ello hace que acabe siendo difícil hacer caballo de batalla a favor de una u otra opción, pero sí que con relación a los delitos ambientales concurre una palpable constatación: la falta de procesos por prevaricación de funcionario con relación a comportamientos vinculados al antiguo delito ecológico (artículo 347 bis del CP 1973).¹⁸ Por tanto, es dable aceptar que se persigue un cierto efecto simbólico, que evite la sensación de tratamiento desigual entre el particular que es sancionado por contaminar y el funcionario que ha autorizado dicha contaminación; por tanto, efecto simbólico que se legitima en la medida que más que promocionar valores, lo que persigue es la tutela del ambiente frente a las agresiones que recibe, independientemente de quién las ejecute y a través de qué comportamientos lo vulnere, por tanto sin que se agote su función en un mero simbolismo como ocurre con otras figuras.

16. A estos efectos, *vid.* las atinadas críticas que formula OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "Un ejemplo de norma jero-glífica: El artículo 329 del CP. Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre consumación, tentativa, autoría, participación y penas referidas al artículo 329 del CP (y figuras afines)", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, año 2000-1, núm. 3, pág. 13 y ss.

17. *Vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente" en *Documentación Jurídica*, *op. cit.*, pág. 934; PRATS CANUT, J. M., "Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en materia ambiental", en *Cuadernos Jurídicos*, núm. 27, 1995.

18. Más recientemente, se ha producido alguna resolución jurisprudencial, todavía relativa al artículo 347 bis del CP 1973, en la que se condena como autores de un delito ecológico (y no por prevaricación) a distintos funcionarios municipales. Así, por ejemplo, la STS 29 septiembre 2001 (RJ 2001/8515) condena al alcalde, al concejal de Obras y Servicios y al concejal de Obras Públicas, Urbanismo y Medio Ambiente de un municipio por un delito contra el medio ambiente en su modalidad de comisión por omisión, por abstenerse de promover la concesión de la autorización administrativa de un vertido y, previamente, de reponer los dispositivos depuradores al estado de funcionamiento imprescindible para que la misma fuese concedida; o la SAP de Barcelona de 19 de marzo de 2002 (ARP 2002/497), por la que se condena al alcalde y al concejal de Obras, Servicios y Urbanismo de otro municipio por aprobar la instalación de un vertedero sin licencia.

Con relación al Código penal vigente, cabe citar la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de León de 31 de marzo de 2003 (ARP 2003/344), confirmada por la de la Audiencia Provincial de León de 5 de febrero de 2004 (JUR 2004/190822), por la que se condena al presidente de una mancomunidad de municipios como autor de un delito contra el medio ambiente por la instalación de un vertedero ilegal de residuos urbanos, siendo de destacar que en la primera de las sentencias si bien se desprecia la concurrencia del artículo 329 del CP por no darse el supuesto de hecho previsto en el mismo, añade que "en todo caso la comisión del delito del artículo 325, que ahora se declara, absorbería la comisión del delito del artículo 329, pues estaríamos ante un mero supuesto de progresión delictiva cuando como en este caso se atribuyen conductas a la misma persona".

Por otra parte, no puede desconocerse que, al margen de la relevancia cada día mayor que se confiere al bien jurídico ambiente, no es menos cierto que pocos ámbitos de la actividad de la Administración destacan como el ambiental tanto por el grado de intervención como por su nivel de complejidad, de lo cual la directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y el control integrados de la contaminación (en adelante IPPC) y su transposición en nuestro país, por la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, es un ejemplo paradigmático.¹⁹ Ello hace que, si de por sí ya resulta compleja la relación Derecho administrativo/Derecho penal en esta materia, la ausencia de referencia a comportamientos específicos de funcionarios, podría favorecer una notable desconexión entre infracción ambiental y responsabilidad de funcionarios.

Al margen del debate acerca de la necesidad o no de la existencia de las prevaricaciones específicas, desde la perspectiva de la tipicidad cabe destacar que la exigencia del conocimiento de la ilegalidad opera como elemento referencial con la estructura clásica del delito de prevaricación dolosa, y que viene a confirmar el parentesco entre ambas infracciones. Si acaso, cabe señalar que en el presente delito de funcionarios se utiliza el elemento normativo de "ilegalidad" frente al adoptado por la nueva regulación de la prevaricación genérica del artículo 404 del CP que habla de "resolución arbitraria". En nuestra opinión, si bien hubiera sido preferible la utilización unitaria de un mismo concepto para ambas tipicidades, la distinta terminología empleada no otorga un radio de acción distinto por esta causa al precepto, sino que debe interpretarse el elemento "ilegalidad" como contradicción con el ordenamiento jurídico tal y como viene interpretando hasta el presente nuestra jurisprudencia.²⁰

Una de las novedades por contra del nuevo Código penal, con relación a las tipicidades en esta materia, por comparación con los distintos proyectos anteriores, consiste en la punición de los partícipes en decisiones en el seno de órganos colegiados (artículo 329.2 del CP). Ésta es sin duda la conducta que por su tenor se encuentra más directamente emparentada con la prevaricación, pues se "resuelve" a favor de la concesión de autorización conociendo la injusticia de la misma. De su regulación merece ser comentado algún aspecto que puede aparecer como contradictorio o superfluo. En primer lugar, entendemos innecesaria la referencia a que la resolución haya sido adoptada "por sí mismo o como miembro de un órgano colegiado", pues en realidad está haciendo referencia a la misma conducta ejecutada a título personal (autoría) o en grupo (coautoría), de tal suerte que la disyuntiva empleada es innecesaria, ya que la misma debía haber sido resuelta por aplicación de las reglas de la autoría del artículo 28 del CP.²¹

Por el contrario, la referencia "votado a favor de su concesión", no sólo es superflua sino que da lugar a confusión. En este sentido, caben dos posibles interpretaciones; una es que el voto favorable se corresponde con la concesión final de la

19. DOCE L 257, de 10 de octubre de 1996. La abreviatura IPPC es la de uso común fruto de la terminología inglesa "Integrated Pollution and Prevention Control". Por su parte, la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, fue publicada en el BOE núm. 157, de 2 de julio de 2002.

20. *Vid.* STS de 3 de mayo de 1986 (RJ 1986, 4666); 10 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8609), y 16 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4318).

21. *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "Un ejemplo de norma jeroglífica...", *op. cit.*, págs. 21-22.

autorización y por lo tanto se trata de un comportamiento que se superpone con el anterior de resolver “como miembro de un órgano colegiado”, por tanto si dicha posibilidad ya está contemplada, cabe pensar como segunda posibilidad que el legislador intentaba incluir conductas no previstas en el inciso anterior y por tanto se estaría refiriendo a aquellas conductas de voto favorable a la concesión de autorización, sin efectiva concesión de la autorización, ya sea porque la mayoría del órgano colegiado denegó la concesión, en contra de la minoría discrepante, o por otras razones. Por tanto, los dos primeros incisos supondrían concordancia entre voluntad manifestada y resolución adoptada, mientras que en este último caso se daría discrepancia entre voluntad y resolución. Siendo ésta una interpretación aceptable, cabe decir que dada la no-diferenciación de penalidad entre ambos comportamientos, se otorga una relevancia al desvalor de acción y se desprecian las consecuencias que comporta el desvalor de resultado, lo cual supone una manifestación de desconocimiento de las exigencias de proporcionalidad en el seno del injusto.²²

Además, la necesidad de dicha previsión es más que dudosa, toda vez que a través de las reglas generales de la autoría y la participación en el delito permite que la conducta del miembro de un órgano colegiado que dolosamente vota a favor de una resolución de carácter delictivo puede ser considerada como constitutiva de infracción penal. Dicha interpretación sólo dejaría fuera del radio de acción del precepto los supuestos de abstención. Más controvertidos pueden parecer los casos en los que la aprobación de un acuerdo de un órgano colegiado se haya efectuado por asentimiento, sin que se haya procedido a votación, aunque la exigencia de haber votado a favor impide considerar que haya existido delito si no ha tenido lugar un acto de votación.

Por el contrario, el punto 1 del artículo 329 del CP recoge conductas que se alejan del tenor propio de la prevaricación, cual es la toma de una decisión, una resolución,²³ si bien es cierto que *a priori* aparecen como comportamientos que vulneran, en el ámbito ambiental, la actividad de la Administración como prestadora de servicios públicos a los ciudadanos en orden a la satisfacción de los intereses generales. Nos estamos refiriendo a las conductas de “informar favorablemente la concesión de licencias” o “con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general”. Es evidente que la *ratio* del precepto debe buscarse en el intento de evitar lagunas de punición en función de la propia diversidad que pueden tener las formas de toma de decisión en el seno de la Administración y de las diversas actividades que la misma lleva a cabo, en particular en este caso la inspectora.

Ahora bien, si ello es así, sorprende la propia estructura del precepto, pues parecería lógico que la conducta típica base, la recogida en el punto 2 del precepto, apareciera en primer lugar reservando lo apartados siguientes para lo que podríamos llamar *prevaricaciones impropias*. Sin duda, una mejor estructuración del precepto introduciría claridad expositiva y facilitaría la interpretación del mismo.

22. Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “Acto resultado y proporcionalidad”, *op. cit.*

23. Se sostiene tanto por doctrina como jurisprudencia que por resolución debe entenderse todo acto administrativo con manifestación de voluntad y contenido decisorio. Vid. por todos OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación de funcionario público, op. cit.*, pág. 390 y ss. Vid. asimismo ALASTUEY DOBÓN, M. C., “El ámbito de aplicación del artículo 329 del CP: Examen de sus conductas típicas”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 9 (2002).

Por otra parte, desde un punto de vista normativo, no aparecen excesivamente claras cuáles son las fronteras entre informar favorablemente o resolver o votar favorablemente, en la medida que si lo que se pretende es diferenciar la distinta eficacia de la actuación del funcionario o autoridad, en el primer caso emitir un informe y en el segundo la adopción del acuerdo, la distinta gravedad del comportamiento hubiera debido reflejarse a través de una penalidad diferenciada. La ausencia de la distinción en sede de penalidad puede favorecer interpretaciones contradictorias que supongan un tratamiento penológico parificado de comportamientos que, se quiera o no, tienen distinta relevancia, pues no es lo mismo favorecer la adopción de una resolución a través de un informe que dictar la resolución.

A favor del tenor del artículo 329.1 del CP se podría argumentar que en realidad estamos ante una forma de participación de máxima relevancia, equiparada a la inducción o a la cooperación necesaria del artículo 28 del CP, elevada a la categoría de autoría,²⁴ pues de haberse diferido dicho comportamiento a la aplicación de las reglas generales de autoría y participación, podría ser inaplicable la sanción a los supuestos de informes emitidos por particulares,²⁵ dadas las reglas de participación en delitos especiales.²⁶ Sin embargo, dicho argumento quiebra en la medida que también el artículo 329.1 del CP requiere del sujeto activo la condición de “autoridad o funcionario público”. Por tanto, parece que estamos ante la tipificación específica de formas de participación de autoridades o funcionarios bajo la fórmula de autoría con el defecto de su no-sometimiento a los principios de unidad del título de imputación y accesoriad que informan la participación en el delito y por tanto desligado dicho comportamiento de la ulterior concesión o no de la autorización.²⁷ En conclusión, entendemos que hubiese sido preferible renunciar a dicha tipificación, dejando la solución de dichos supuestos a las reglas generales de autoría y participación.

La última conducta que corresponde analizar es la de silenciar las infracciones o incumplimientos conocidos con motivo de la actividad inspectora de la Administración. De esta modalidad de comportamiento típico destaca, por una parte, su difícil compatibilidad con la prevaricación genérica,²⁸ si bien, por el contrario, concurre un claro paralelismo con el artículo 408 del CP y, por otra parte, la clara necesidad político-criminal de sancionar dichos comportamientos.²⁹

24. En este sentido DE LA MATA BARRANCO, N. J., “El artículo 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, *op. cit.*, pág. 139; GONZÁLEZ CUSSAC, J., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Valencia, 1997, pág. 152 y ss.

25. Piénsese por ejemplo en los estudios de impacto ambiental, *vid.* PRATS CANUT, J. M. y MARQUÉS I BANQUÉ, M., “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Comentarios al nuevo Código penal*, *op. cit.*, pág. 1605; TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente”, *op. cit.*, pág. 324.

26. *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974.

27. Acerca de los riesgos que una interpretación de dicho tenor comporta, *vid.* OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., “Un ejemplo de norma jeroglífica...”, *op. cit.*, págs. 30-31.

28. *Vid.* en este sentido las críticas formuladas por MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Medio ambiente y funcionarios públicos*, *op. cit.*, pág. 308 y ss.

29. Muestra de ello es el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, de 31 de diciembre de 2001 (JUR 2002/123472), que deja sin efecto el sobreseimiento provisional acordado con anterioridad, por considerar que existen indicios de delito contra el medio ambiente y de prevaricación en un supuesto de inactividad por parte del alcalde de un municipio, pese a las constantes denuncias por ruidos de los vecinos ante la Policía Local.

La normativa ambiental, hasta el presente, nos ha deparado un alto nivel de complejidad, fiándose gran parte de su éxito en un modelo sancionador de diversa intensidad en función de la gravedad de los comportamientos. Dicha opción se ha revelado ineficaz, de tal suerte que, sin renunciar a los medios punitivos, la normativa ambiental pretende asentarse alrededor de los principios de prevención y precaución. De dicho modelo de intervención, la actividad inspectora de la Administración se erige en piedra angular del sistema y por tanto los incumplimientos en la ejecución de la misma ponen en cuestión el sistema. Un buen ejemplo de dicho sistema lo constituye la Directiva IPPC y las previsiones que en las normas de transposición se pueda hacer acerca de quién debe ejecutar dicha labor inspectora, en particular si la misma se cede a organizaciones cuya caracterización jurídica, a caballo entre lo privado y lo público, como son la entidades colaboradoras de la Administración,³⁰ abre un nuevo abanico de posibilidades que trataremos más adelante.

Es cierto, por tanto, que el comportamiento típico de no revelar los datos obtenidos en la inspección ambiental, no encuentra su mejor acomodo posible en el seno del artículo 329.1 del CP, y que sin duda hubiese sido preferible, que en el marco de los delitos ambientales, hubiese recibido una tipificación autónoma, que, por una parte, evitaría la discusión acerca de su vinculación con la prevaricación y, por otra, el debate acerca de la naturaleza del tipo de injusto y su posible consideración como forma de comisión por omisión.³¹

Ahora bien, en aras a defender el principio de conservación de las leyes penales, entendemos que la interpretación que corresponde hacer es que no estamos frente a un comportamiento omisivo, sino que cabe defender que se trata de un comportamiento activo, en la medida que la actividad de inspección se organiza de forma planificada y ello comporta que el funcionario que la ejecuta cumple la actividad que ha decidido previamente el servicio de inspección correspondiente, de manera que el funcionario está obligado a la elaboración de un informe, normalmente a través de un acta de inspección o como mínimo expedición de certificado que acredite la realización de dicha inspección, en donde deben constar, con mayor o menor detalle, los extremos que ha conocido en su actividad inspectora, y por tanto el comportamiento típico se dará cuando en dicho informe se silencie el incumplimiento de la legalidad ambiental y por tanto se afirme que la instalación inspeccionada se ajusta a la normativa vigente. Por tanto, no estaremos ante una conducta omisiva, sino activa de alteración de la realidad conocida en el informe inspector emitido.

En este sentido se pronunció la SAP de Barcelona de 7 de mayo de 2001 (ARP 2001, 598), que con relación a esta cuestión señalaba:

30. En este sentido cabe citar que la ley catalana que transpone la Directiva IPPC se refiere expresamente a las entidades colaboradoras de la Administración para llevar a cabo la actividad inspectora.

31. *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, Madrid, 1999, pág. 355 y ss. Con relación a la prevaricación urbanística omisiva, *vid.* RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. y VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística", en G. Quintero Olivares y F. Morales Prats (coord.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 1753 y ss.

“[...] es evidente que la regulación penal de esta conducta omisiva no es completa. Se habla de silenciar en la inspección de leyes o disposiciones normativas de carácter general, sin que exista referencia alguna, sin embargo a la omisión de inspecciones –lo que ocurre en el caso de autos– lo cual es totalmente incomprensible a todas luces, y que lleva como resultado que el Código Penal de 1995 viene a penalizar parte del contenido (silenciar en la inspección la infracción de leyes...) dejando, sin embargo, impune el continente (omisión de inspecciones).”

Sin embargo, en fase de casación el Tribunal Supremo adoptó el criterio contrario en su Sentencia núm. 449/2003, de 24 de mayo de 2003 (RJ 2003/4387), y dictó segunda sentencia condenando al alcalde presidente del ayuntamiento del municipio en que se desarrollan los hechos sobre la base de los siguientes argumentos:

“Nadie discute que, a pesar de la descripción utilizada, el tipo específico encierra en sí el contenido de la prevaricación genérica, lo que nos lleva a la posibilidad de admitir la comisión por omisión. Es cierto que las otras dos modalidades concretas de prevaricación funcional, en materia de ordenación del territorio y patrimonio histórico, no contemplan, de manera expresa, la comisión omisiva, pero no se puede olvidar que la prevaricación omisiva ha sido admitida por esta sala en Acuerdo general de 30 de junio de 1997, por lo que no existe obstáculo alguno para acudir a la cláusula general del artículo 11 del Código penal. [...] Así, la omisión del preceptivo informe de impacto ambiental, de cualquier industria que se instale en el territorio sobre el que tiene competencia en esta materia constituye, por inactividad dolosa, una decisión o actitud que equivale a la concesión de autorización o licencia, por vía de la tolerancia y permisividad y con manifiesta infracción de la normativa medioambiental.”

Cabe todavía una última consideración acerca de las modalidades subjetivas de comisión, pues si bien puede entenderse que en relación con la “prevaricación ambiental” sólo son punibles los comportamientos dolosos, en el plano sistemático se plantea alguna duda toda vez que el artículo 331 del CP, que prevé la sanción imprudente de los tipos ambientales no recoge excepción alguna abarcando en principio también a los supuestos del artículo 329 del CP.

Sin embargo, entendemos que cabe argüir algunas razones sobre las cuales fundar la no aplicación de la previsión del artículo 331 del CP a los supuestos recogidos en el 329 del CP. La primera de ellas estriba en que ni antes ni ahora con la nueva regulación la prevaricación de funcionario genérica ha sido considerada como punible a título de imprudencia.³² Por tanto, aceptada en la mayoría de los supuestos la naturaleza común o referencial entre el artículo 404 del CP y el artículo 329 del CP, parece razonable que se circunscriban a los mismos criterios de incriminación. En segundo lugar, dado que el artículo 329 del CP recoge en su descripción típica una partícula de intencionalidad “a sabiendas”, ello hace que se excluyan del radio de la tipicidad otras formas de dolo, que no sean las de dolo

32. Si bien es cierto que en el ámbito de los delitos de los delitos contra la Administración de justicia se encuentra el artículo 447, que señala: “El juez o magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.” Y que, por tanto, incorpora una modalidad imprudente, pero que no es extrapolable al artículo 329, tanto por los sujetos activos en juego, como por la ubicación sistemática.

directo, de tal suerte que nos encontraríamos con la paradoja de aceptar la punición de la prevaricación ambiental a título de imprudencia, siendo a su vez la forma de dolo eventual la única no punible, lo cual es poco sostenible en términos de proporcionalidad.³³ Ello nos lleva a concluir que, si bien el legislador hubiera debido regular con criterios más claros esta materia, la única conclusión plausible es que en materia de prevaricación ambiental sólo es punible la forma dolosa.³⁴

3. La trascendencia de la Directiva IPPC a los efectos de la responsabilidad penal de los funcionarios

La Directiva IPPC y sus distintas normas de transposición en el Estado español (Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, y en el ámbito autonómico la Ley 3/1998, de la Generalitat de Cataluña, de 27, de febrero de la intervención integral de la Administración ambiental), tienen particular trascendencia a los efectos de determinar la responsabilidad penal de funcionarios en esta materia, pues al regular de forma específica las distintas modalidades de permiso ambiental determina con más claridad el ámbito de las obligaciones funcionariales y puede permitir establecer más fácilmente si se ha producido o no infracción de las mismas. Por tanto, de entrada cabe señalar que la nueva regulación introduce certeza frente a la anterior regulación, lo cual debe ser valorado positivamente. No obstante, ello no impide para que sea pertinente el análisis de dos aspectos que derivan del modelo que instaura la Directiva IPPC, que en caso de suscitarse la necesidad de intervención del Derecho pueden ser fuente de conflicto. En concreto, nos estamos refiriendo a la intervención en los procesos de autorización y control de las entidades colaboradoras de la administración (ECA), por una parte, y por otra, a la posible eficacia del llamado silencio positivo, en la concesión o renovación de la autorización ambiental integrada.³⁵

3.1. ECA, autorización ambiental integrada y Derecho penal

En un mundo cada vez más tecnificado, es previsible que las exigencias de responsabilidad administrativa aumenten en consonancia con la confianza en el funcionamiento de los sistemas de control y supervisión del Estado para que opere de forma preventiva frente a los riesgos y peligros, de entre los cuales destacan los ambientales. Daños ambientales que, aun no siendo causados directamente por los poderes públicos, cabe plantearse el análisis de cuál podría ser el fundamento y grado de responsabilidad administrativa por causa de la inactividad o mal funcionamiento de los servicios administrativos de inspección.

33. En el mismo sentido de inadmisión de la punición de los comportamientos imprudentes *vid.* CONDE-PUMPIDO, C., "Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho penal", en *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, en CGPJ, Madrid, 1997, pág. 471; HERNÁNDEZ ALONSO, R. J., "Prevaricación específica de funcionario público en el área medioambiental", en AP, núm. 11, 1999, pág. 196.

34. Si bien es cierto que algún autor se ha inclinado por la punición de las formas imprudentes. Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código penal de 1995", en AP, núm. 5, 1998, págs. 245-246.

35. Sobre las repercusiones de la directiva IPPC en Derecho penal, *vid.* más extensamente PRATS CANUT, J. M., MARQUÉS I BANQUÉ, M. y MORÁN MORA, C., *Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IPPC*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

Por tanto, la inspección administrativa ambiental deviene un elemento esencial de la política integral ambiental que propone la directiva. La realidad es que dicha actividad inspectora en muchas ocasiones queda en manos de entidades cuyo carácter público es discutible, lo cual supone que pueden resultar inaplicables a las mismas las previsiones del artículo 329 del CP.

A estos efectos, el artículo 30 de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, remite expresamente la actividad inspectora y de control al ámbito competencial de las comunidades autónomas,³⁶ es en este sentido que si tomamos como referente la normativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña, vemos que según la regulación de la ley catalana, las entidades colaboradoras de la administración asumen tanto actuaciones de control inicial de carácter general (artículo 43), como actuaciones de control periódico de carácter ambiental (artículo 44), y que por tanto sus comportamientos son susceptibles de ser incardinados en distintas modalidades típicas de la llamada *prevaricación ambiental* (artículo 329 del CP). Así, “informar favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales” o “con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de las leyes”. Sin embargo, y toda vez que estamos ante un delito especial, es decir que requiere la cualidad de autoridad o funcionario público en el sujeto activo, es necesario determinar si dicha condición es atribuible a las ECA y sobre el mismo fundar el juicio de imputación.

El concepto de autoridad o funcionario público es un concepto normativo legalmente determinado por nuestro Código penal en su artículo 24.³⁷ Del tenor del precepto referido parece obvio concluir que las ECA en ningún caso pueden ser reputadas como autoridad pues carecen de jurisdicción, que es el dato característico de las mismas, de ahí que la pregunta deba reconducirse a si las mismas merecen o no la atribución de funcionario en términos del Código penal.

De conformidad con las previsiones de nuestro Código penal, la condición de funcionario jurídico penalmente relevante nace de un doble dato, a saber, el origen del mandato y el ejercicio de funciones públicas.³⁸ Pocas dudas ofrece el hecho de que las ECA ejercen funciones públicas, pues su intervención en el campo del control y la inspección ambiental es de indudable naturaleza pública. Dicha cualidad de pública de su actuación nace del mandato competencial que el artículo 3 de la Directiva IPPC establece cuando al hablar de “principios generales de las obligaciones fundamentales del titular” se refiere a que serán los estados miembros quienes tomarán las medi-

36. El artículo 30 de la Ley estatal de transposición de la Directiva IPPC señala: “Las comunidades autónomas serán las competentes para adoptar las medidas de control e inspección necesarias para garantizar el cumplimiento de esta ley, sin perjuicio de la competencia estatal en esta materia respecto de los vertidos en cuencas intercomunitarias.”

37. El artículo 24 del CP señala:

“1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí sólo o como miembro de alguna corporación, tribunal u 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.”

38. Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *El delito de desobediencia de funcionarios públicos*, Barcelona, 1987, pág. 123 y ss.; VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, en CPC, núm. 62, 1997, pág. 445 y ss.

das necesarias para que las autoridades competentes lleven a cabo las actividades de control e inspección,³⁹ previsión que en nuestro país encuentra su referente en el título IV, referido a la “disciplina ambiental” de la Ley estatal de transposición de la Directiva IPPC, a tenor del cual la misma se atribuye a las comunidades autónomas, que gozan de personalidad pública, exceptuándose de dicha atribución competencial lo relativo a las cuencas intercomunitarias que corresponderá al Estado.

A mayor abundamiento, el concepto de “colaborador” propio de las ECA debe ser entendido como entidades con fines lucrativos que de forma organizada realizan en colaboración con los poderes públicos una función propia de éstos, fundándose la colaboración en distintos motivos: descargar de funciones a la Administración, realizar el servicio público de manera más eficaz o más económica, etc. No obstante, en ningún caso supone dicha colaboración la mutación de una función pública en favor de una función de naturaleza jurídica privada; por tanto se hace una cesión del ejercicio pero no de la titularidad.⁴⁰

A los efectos de garantizar la titularidad pública de la actividad, la doctrina insiste en que una de las garantías que deben darse para que sea asumible la cesión a entidades privadas el ejercicio de potestades públicas es la reserva de ley,⁴¹ en la medida que la misma debe establecer previsiones por lo que a la potestad inspectora y al modo de ejercerla se refiere.⁴²

Más complejo resulta determinar el origen del mandato sobre el cual se ejerce dicha función pública, si bien es cierta la complejidad de la relación entre Administración pública y ECA, algunas notas de la misma parece que obligan a concluir que el origen del mandato permite la calificación de éstas como sujetos de Derecho público.

Un primer dato a retener estriba en que normalmente el sistema de “entidad colaboradora” aparece como subsidiario del régimen de concesión, de tal suerte que las ECA vienen a cubrir una actividad que tradicionalmente había sido ejecutada mediante el régimen concesional. Pues bien, si ya la naturaleza de las concesionarias parecía en muchas ocasiones difícil de acomodar a la naturaleza pública, con mayor motivo debe predicarse de las ECA su caracterización como entidades de Derecho privado.⁴³

Por otra parte, cabe destacar que en el plano de la responsabilidad las ECA son consideradas como sujetos sometidos al Derecho privado y como tal susceptibles de responsabilidad civil, quedando excluida la responsabilidad administrativa recogida en el capítulo I del título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Las razo-

39. Vid. anexo 1, artículo 3, en relación con el 13 y 14 de la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996.

40. Vid. SANTIAGO GONZÁLEZ, F. y VARAS IBÁÑEZ, J., “El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros”, en REDA, núm. 94, 1997, pág. 216.

41. Vid. RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, Madrid, 2000, págs. 155-156.

42. En este sentido, la Ley 3/98, de 27 de febrero, del Parlamento de Cataluña, de la intervención integral de la Administración ambiental, consciente de esta problemática y de la necesidad de una especial legitimación para articular este sistema, establece en su disposición adicional quinta que el sistema de acreditación de las ECA deberá regularse por ley del Parlamento.

43. Vid. OJEDA MARÍN, C., “Entidades privadas colaboradoras de la Administración en el ámbito técnico”, en *Libro homenaje a José Antonio García Trevijano Fos*, Madrid, 1982, págs. 611-615.

nes aquí esgrimidas parece que abonan la idea de que los integrantes de las ECA difícilmente podrán ser considerados como susceptibles de ser calificados como funcionarios como requiere el tipo del artículo 329 del CP. Es cierto que el Derecho penal goza de autonomía a la hora de caracterizar sus elementos normativos y por tanto cabría forzar los conceptos ya sea de “disposición inmediata de la ley” o de “nombramiento de autoridad competente”, y sobre los mismos fundar la condición de funcionarios de las ECA. Sin embargo, ello entendemos supondría favorecer una interpretación poco respetuosa con las exigencias del principio de legalidad, alterando la plausible interpretación extensiva en favor de una auténtica analogía contraria *a reo*.

La conclusión pertinente, entendemos que debe ser que la regulación del artículo 329 del CP abre una nueva brecha que pone de manifiesto la poca previsión que se tuvo en la redacción del precepto. La responsabilidad penal de las ECA debía haberse previsto de forma expresa en el tipo penal, tal y como ocurre con relación al delito de cohecho cuando el artículo 422 del CP amplía el radio de acción de los delitos de cohecho a los jurados, árbitros, peritos o *cualesquiera personas que participan en el ejercicio de la función pública*. Si bien incluso entendemos que sería preferible, como propone un sector de la doctrina,⁴⁴ que la equiparación del funcionario y el particular encargado de un servicio público o de una función pública se hiciese en la propia definición del concepto de autoridad y funcionario que hace el artículo 24 en la parte general del Código penal, delimitándose, eso sí, en qué delitos cabe aplicarse dicho concepto extensivo de funcionario, dentro de los cuales sin duda deberían recogerse los delitos ambientales.

Por tanto, creemos que se debe aceptar que las ECA carecen de la condición de funcionarios públicos, de manera que éstas no podrían ser imputadas como responsables de un delito de prevaricación ambiental del artículo 329 del CP, lo cual tampoco es nuevo, pues como ya hemos apuntado anteriormente en la modalidad del régimen concesional administrativo se viene dando la misma problemática, produciéndose un vacío legal significativo, sobre todo si tenemos en cuenta la tendencia actual de ceder a dichas entidades funciones que tradicionalmente eran ejercidas directamente por la Administración.

Ahora bien, el hecho de que queden al margen de una posible imputación del delito de prevaricación ambiental no implica automáticamente su plena exención de cualquier responsabilidad penal en materia ambiental. Así, es perfectamente posible la atribución de responsabilidad a las ECA a título de partícipe en los delitos ambientales comunes, ya sea el tipo básico del artículo 325 y su modalidad agravada del artículo 326, ya sea el supuesto de establecimiento de depósito o vertederos ilegales del artículo 328. Sin embargo, dicha solución implica tener que recurrir a veces a complejos criterios de imputación que además ofrecen notables dificultades probatorias, lo cual hace que la solución de incriminar estas conductas por la vía de la participación en el delito no deje de ser un mal menor que debía haber encontrado su cauce de resolución en una mejor tipificación del delito de prevaricación ambiental.

44. Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, *op cit.*, pág. 474 y ss.

3.2. Silencio administrativo y concesión de la autorización ambiental

La modificación de la regulación del silencio administrativo fue uno de los motivos principales que impulsó la reforma del procedimiento administrativo común a través de la Ley 4/1999, de 13 de enero.⁴⁵ A los efectos del presente trabajo se plantea la cuestión de si el silencio administrativo puede tener eficacia en orden a la concesión de la autorización integrada ambiental y por tanto puede erigirse en una de las formas de prevaricación específica de las recogidas en el artículo 329 del CP.

Dicha discusión se ve acrecentada cuando las normas de transposición de la Directiva IPPC en nuestro país, si bien con distinta relevancia, otorgan eficacia positiva al silencio en orden a la concesión de autorización. Así la ley catalana de transposición, en sus artículos 21.3 y 32.2 establece que transcurrido el plazo establecido, si no ha recaído resolución sobre la solicitud presentada, se entiende que la autorización o licencia ambiental respectivamente quedan otorgadas. Más limitada aparece la eficacia del silencio positivo en la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, ya que el silencio no es entendido como positivo a efectos de concesión de autorización, limitándose la eficacia positiva del mismo a la renovación de la autorización ambiental integrada (artículo 25.3).

Por tanto, la pregunta que surge es si la concesión de una autorización o su renovación a través del mecanismo del silencio positivo puede integrar la conducta de resolver a favor de una autorización ambiental conociendo la injusticia de dicha concesión. En nuestra opinión varias son las razones que abonan una respuesta negativa a dicha pregunta.

En primer lugar, porque la autorización que nace de un silencio administrativo, lo que hace no es alterar el contenido de la autorización sino que la misma se resuelve por un cauce procedimental distinto, es decir, que el silencio positivo no puede autorizar una actividad que se encuentre al margen de la legalidad, pues dicha concesión se sigue sometiendo a los principios de buena fe y sobre todo al de confianza legítima,⁴⁶ pero nunca puede comportar autorizar una actividad ilegal.

Un segundo aspecto radica en discutir si, desde el punto de vista del principio de legalidad, el término "resolver una concesión" admite la forma omisiva como forma de ejecución. En nuestra opinión, dado el tenor de la alocución "resolver" estamos ante modalidades activas de ejecución que por su propia naturaleza descartan los comportamientos omisivos. A mayor abundamiento cabe señalar que, por otra parte, sería muy complejo por no decir imposible, establecer el juicio de equivalencia normativa que reclama el artículo 11 del CP, entre la concesión de la autorización a través del dictado de una resolución administrativa y la autorización obtenida por silencio administrativo.

Finalmente, no cabe desconocer que la inmensa mayoría de las situaciones de silencio administrativo son fruto de actuaciones negligentes de la Administración pública o nacen de un exceso de volumen de actividad que hace imposible la res-

45. Vid. PAREJO ALFONSO, L., "La nueva regulación del llamado silencio administrativo", en DA, núm. 254-255, mayo-diciembre de 1999, pág. 111 y ss.

46. Vid. DEL CASTILLO, F., *El principio de confianza legítima*, Madrid, 1998.

puesta en plazo al ciudadano.⁴⁷ Ello pone de manifiesto que desde la óptica de la imputación subjetiva del tipo no se darán comportamientos dolosos sino que por el contrario nos encontraríamos todo lo más frente a conductas realizadas a título de culpa, que como ya hemos argumentado anteriormente, no son punibles pues entendemos que las previsiones del artículo 331 del CP no son extrapolables al artículo 329 del CP.

De todo ello cabe concluir por tanto, que en caso de concesión de autorización o renovación de autorización a través del mecanismo del silencio positivo, la misma no podría dar lugar a responsabilidad penal del funcionario que tenía la obligación de resolver y no lo hizo en plazo conforme al tenor del artículo 329 del CP. Cuestión distinta es que el particular que se entiende autorizado, a través de la institución del silencio administrativo, pueda invocar el mismo como fundamento de un error relevante en su conducta, pero dicha consideración escapa del ámbito que queremos abordar en el presente trabajo.⁴⁸

47. *Vid.* AGUADO I CUDOLÀ, V., "Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado constitucional", en RAP, núm. 145, 1998, pág. 123.

48. *Vid.* sobre esta cuestión el epígrafe relativo a la eficacia penal de la autorización administrativa en PRATS CANUT, J. M., MARQUÉS I BANQUÉ, M. y MORÁN MORA, C., *Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IPPC*, op. cit., pág. 95 y ss. Otra cuestión igualmente interesante que se plantea relacionada con las autorizaciones administrativas y que no es objeto del presente trabajo, es la relativa a la trascendencia penal de los planes de descontaminación gradual y las autorizaciones concedidas al amparo de los mismos. Sobre ello, *vid.* el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de octubre de 2000 (ARP 2000/3261), por el que se acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones respecto al querellado, responsable de medio ambiente de una comunidad autónoma.