

Paradojas en la regulación de los incendios en el Anteproyecto de Código Penal 2013 -versión de 20 de septiembre- (¿Agravación o privilegio?)

María A. Trapero Barreales

Profesora Titular (acr. Catedrática) de Derecho Penal
Universidad de León

*Abstract**

Los devastadores incendios forestales de la época estival han sido el factor determinante de este proyecto de reforma penal. Para dar una respuesta adecuada a los graves daños ambientales y/o al peligro para las personas que generan los incendios, se propone el incremento de las consecuencias penales aplicables a los autores de este delito, a la vez que se plantean nuevas circunstancias agravatorias. La falta de coordinación entre las distintas figuras delictivas, las existentes y la que se propone modificar, genera, sin embargo, el efecto contrario al pretendido: el privilegio punitivo para el sujeto que cometa un incendio forestal generador de un peligro para las personas. La imprecisión en la descripción de las circunstancias agravatorias es una de las causas de su escasa aplicación judicial, y es previsible que esta situación se mantenga en el futuro. Es, sin duda, un ejemplo más de la utilización simbólica del Derecho penal, a la vez que de la irreflexión en la propuesta tipificadora.

The devastating forest fires in the summer period have been the decisive factor for this criminal reform bill. To respond appropriately to the serious environmental damage and/or danger to the persons, is proposed the increase of the criminal consequences for the perpetrators of this crime and also new aggravating circumstances. However, the lack of coordination between the different legal descriptions of the crimes, the existing ones and those that are on the way to be modified, creates the opposite effect to that intended: the punitive privilege to the perpetrator of a forest fire that causes danger to the persons. The vagueness in the description of the aggravating circumstances is one of the causes of their poor judicial enforcement, and it is expected that this situation will continue in the future. It is, undoubtedly, one more example of the symbolic use of criminal law and the lack of reflection on the punitive proposal.

Palabras Clave: incendio forestal, peligro para las personas, daños ambientales, gran incendio, efecto erosivo, núcleo de población, lugares habitados, hábitat de especies amenazadas, condiciones de vida animal o vegetal, destrucción de recursos, beneficio económico, espacio natural protegido.

Keywords: forest fire, danger to the persons, environmental damage, large fire, erosive effect, population center, inhabited areas, endangered species habitat, living conditions of animals or plants, destruction of resources, economic benefit, protected natural area.

* Abreviaturas utilizadas: AP: Audiencia Provincial; Art.: artículo; CCAA: Comunidades Autónomas; CF: Consejo Fiscal; CGPJ: Consejo General del Poder Judicial; ComLP: Comentarios a la Legislación especial (director Cobo del Rosal); Coord/s.: coordinador/es; CP: Código Penal; Dir/s.: director/es; DP: Derecho penal; DRAE: Diccionario Real Académica Española; Ed.: editor; EM-Fernández Albor: Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor, Universidad de Santiago de Compostela, 1989; EPB: Enciclopedia Penal Básica (director Diego-Manuel Luzón Peña), Comares, Granada, 2002; LH-Prats Canut: Estudios de derecho ambiental. Libro Homenaje al profesor Joseph Miquel Prats Canut, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; LL: La Ley (citada por año y tomo); LO: Ley Orgánica; N.: nota; Nm.: número marginal; Núm.: número; P.: página; PE: Parte especial; PG: Parte general; RDPP: Revista de Derecho y Proceso Penal (citada por número y año); RECPC: Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológicas; S., ss.: siguiente/s; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia; TS: Tribunal Supremo. Este artículo se enmarca en los Proyectos de Investigación DER2010-16558, del Ministerio de Ciencia e Innovación (financiado con fondos FEDER) y LE066A11-1, de la Junta de Castilla y León; en ambos Proyectos el investigador principal es el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo.

Sumario

1. Introducción
2. ¿Incremento punitivo o uso simbólico del DP?
3. ¿Incremento punitivo o una nueva prueba de la desconfianza hacia Jueces y Tribunales?
4. El incremento punitivo, ¿una “buena” técnica para la prevención de incendios forestales?
5. Las circunstancias cualificantes del delito de incendio forestal: una enumeración heterogénea
6. La penalidad de los delitos de incendio forestal: el Anteproyecto, ¿propone una agravación o un privilegio punitivo?
7. Análisis de las circunstancias cualificantes en el art. 353 Anteproyecto
 - 7.1. Las circunstancias objetivas (art. 353.1)
 - 7.2. Las circunstancias subjetiva (art. 353.2)
8. La circunstancia (¿hiper?)cualificante de afectación a un espacio natural protegido
9. Bibliografía

1. Introducción

Los graves incendios forestales ocurridos durante el año 2012 generaron una rápida reclamación de varios dirigentes políticos de endurecer el tratamiento penal de los incendios forestales, si bien la reclamación del incremento punitivo en los incendios imprudentes de momento no se ha cumplido¹. Esta defensa del endurecimiento penal se hizo visible en el primer Anteproyecto de LO de reforma del CP, el presentado en el Consejo de Ministros en el mes de julio de 2012 y se ha mantenido en el último Anteproyecto presentado al Consejo de Ministros, el de 20 de septiembre de 2013 (Anteproyecto-septiembre 2013)².

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se ofrece una explicación de esta propuesta reformadora dirigida al endurecimiento penológico del delito de incendio forestal tipificado en el art. 353 CP. Así, se afirma que los incendios forestales siguen siendo uno de los problemas más importantes que afectan a nuestros montes, añadiéndose que los incendios de mayor gravedad han tenido una causa intencionada, ocasionando en muchos casos “importantes daños al patrimonio natural y a bienes públicos o privados, o generan situaciones de peligro para la integridad física de las personas que pueden acarrear la pérdida de vidas, convirtiéndose en delitos de suma gravedad”.

¹ Véase las declaraciones de varios políticos del Partido Popular en los siguientes enlaces: www.lavozdeg Galicia.es/noticia/galicia/2012/03/22/xunta-reabre-pide-gobierno, declaraciones del Presidente de la Xunta de Galicia; www.elperiodico.com/es/noticias/sociedad/print-2055061.shtml, el Ministro de Justicia; www.magrama.gob.es/eu/prensa/noticias/miguel-arias-ca%C3%B1ete-%E2%80, declaraciones el Ministro de Agricultura y Medio ambiente (este último después de presentado el primer Anteproyecto de LO de reforma del CP el 16 de julio de 2012); y www.elmundo.es/elmundo/2012/07/23/espana/1343070556.html, para declaraciones del Ministro del Interior reclamando el endurecimiento de las penas en los incendios forestales imprudentes. La respuesta frente al incendio forestal imprudente en el Anteproyecto de LO de reforma del CP de 20 de septiembre de 2013 (Anteproyecto-septiembre 2013) se ha producido en el sentido opuesto al reclamado, ya que la reforma que se propone del art. 353 va a tener consecuencias indirectamente en la regulación de este delito en su modalidad imprudente, y con reducción de pena. Porque en la proyectada reforma se pretende incrementar la pena de prisión de esta modalidad delictiva en su forma dolosa, y pasará a castigarse con la pena de prisión de tres a seis años, pero esta pena será la principal y única para la modalidad agravada, por lo que en el futuro el delito imprudente se castigará con la pena de prisión de hasta tres años menos un día. Pero en la regulación vigente el incendio forestal agravado del art. 353 CP se castiga con las penas de prisión de tres a cinco años y multa de quince a dieciocho meses, y esta modalidad delictiva cuando es cometida imprudentemente se castiga con las penas de prisión de hasta tres años menos un día y con la de multa de hasta quince meses menos un día.

² El Anteproyecto-julio 2012 fue retocado y modificado hasta la aprobación el 17 de octubre del Anteproyecto de LO de reforma del CP (Anteproyecto-octubre 2012), texto que será presentado para su preceptivo informe al CF y al CGPJ. Una vez emitidos los preceptivos informes, el 3 de abril de 2013 se remite al Consejo de Estado para su dictamen un nuevo Anteproyecto de LO de reforma del CP (Anteproyecto-abril 2013). En este texto se han introducido modificaciones para la incorporación de las observaciones y sugerencias puestas de manifiesto en aquellos informes. Tras la emisión del dictamen del Consejo de Estado (número de expediente 358/3013, aprobado el 27 de junio de 2013), el 20 de septiembre de 2013 el Consejo de Ministros ha aprobado el Anteproyecto de LO de reforma del CP (Anteproyecto-septiembre 2013), texto en el que se han introducido cambios para la incorporación de las observaciones puestas de relieve en este dictamen. En el comentario que se va a realizar se tomará como referencia el Anteproyecto-septiembre 2013, si bien, para advertir la evolución que se ha ido produciendo en la propuesta regulativa, también se tendrán en cuenta el Anteproyecto-octubre 2012 y el Anteproyecto-abril 2013.

Para reforzar este argumento justificativo del incremento penológico se alude a la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2009, sobre los incendios forestales durante el verano de 2009 (2010/C 224 E/01), en la que se aboga por el endurecimiento y aplicación de las sanciones penales a los actos delictivos que dañen el medio ambiente, en particular a quienes provoquen incendios forestales, si bien en la Resolución de 2009 se concluye este razonamiento defensor del endurecimiento de la pena al autor del delito de incendio forestal reclamando castigos proporcionados, argumento que se omite en esta Exposición de Motivos. También se omite que en la citada Resolución del Parlamento Europeo, con el objetivo de prevenir incendios forestales, se pide la puesta en marcha de otras medidas preventivas³ más eficaces que el manido recurso a la reforma del CP para elevar las penas del delito en cuestión, en este caso del de incendio forestal.

Tras esta declaración de intenciones la propuesta de reforma gira en torno a los siguientes aspectos:

En primer lugar, el tipo básico de incendio forestal definido en el art. 352 CP se mantiene intacto. Una decisión que tendrá mucha relevancia teórico-práctica, como veremos más adelante.

En segundo lugar, se ofrece una nueva redacción del delito de incendio forestal agravado del art. 353.1, y en este Anteproyecto-septiembre 2013 se cambia también la redacción del apartado número 2⁴.

En tercer lugar, la nueva redacción del delito de incendio forestal agravado del proyectado art. 353.1 se traduce básicamente en una agravación de la pena aplicable, que suponemos será la pena de prisión (pues se ha hecho referencia a la duración de la pena que puede imponerse pero no a la clase de pena aplicable, a salvo la explicación ofrecida en la Exposición de Motivos del Anteproyecto) y en una nueva redacción de las circunstancias que agravan esta pena, algunas de nueva aparición, como se comentará más adelante. En cuanto a la nueva redacción del proyectado art. 353.2, el cambio se reduce a la conminación penal, proponiendo la imposición de la misma pena que la prevista en el apartado primero, lo que supone un incremento punitivo para el que comete un incendio forestal para obtener

³ Se advierte que los incendios forestales se ven agravados por el progresivo abandono del campo y sus actividades tradicionales, la falta de mantenimiento de los bosques, la existencia de grandes extensiones forestales con una única especie arbórea, la plantación de variedades inadecuadas, la ausencia de una política adecuada de prevención, la aplicación insuficiente de leyes que prohíban las edificaciones ilegales y garanticen la reforestación. También se afirma que los daños causados por los incendios forestales en el verano del año 2009 podrían haber sido evitados si algunos Estados miembros hubieran desarrollado y aplicado políticas de prevención más eficientes y una legislación adecuada sobre la conservación y el uso adecuado del suelo.

⁴ En el Anteproyecto-octubre 2012 y el Anteproyecto-abril 2013 no se había introducido cambio alguno en relación con el vigente art. 353.2 CP, manteniéndose por tanto la redacción referida a que se impondrán las mismas penas cuando el autor actúe para obtener un beneficio económico. El cambio introducido en el Anteproyecto-septiembre 2013 es consecuencia de la observación realizada en el dictamen del Consejo de Estado (número de expediente 358/2013, 57), proponiendo que el proyectado art. 353.2 se redacte comenzando así: "Se impondrá la misma pena", porque se ha advertido que si en el proyectado art. 353.1 sólo se ha previsto una pena (y se supone que es la de prisión), entonces en coherencia con esta modificación también en el apartado segundo se ha de prever una sola pena.

un beneficio económico, sin que se haya explicado en la Exposición de Motivos este incremento en la sanción (pues en la justificación de la reforma no se explicita que los incendios intencionados sean cometidos por personas que persiguen obtener beneficios económicos, aun a costa de causar importantes daños al patrimonio natural y a los bienes o riesgo para las personas).

En cuarto lugar, adquiere autonomía propia la circunstancia de que el incendio forestal afecte a un espacio natural protegido, con una doble previsión: por un lado, como circunstancia cualificante del delito de incendio forestal agravado del proyectado art. 353.1.3⁵, y, por otro lado, a través de la introducción de un nuevo precepto, el art. 358 bis⁶. Refiriéndonos a este segundo aspecto, en esta propuesta regulativa se hace un paralelismo con la regulación de los delitos contra el medio ambiente y los delitos contra la flora y la fauna del Título XVI del Libro II CP, cuando las conductas tipificadas en estos delitos se desarrollan y/o afectan a un espacio natural protegido. Tal sustantividad va a significar que la pena aplicable al autor del incendio forestal que afecte a un espacio natural protegido será la superior en grado a la inicialmente prevista para la modalidad delictiva cometida, esto es, a la pena prevista en los arts. 352 a 354 CP (y a la prevista en el art. 358 para los incendios forestales imprudentes)⁷.

⁵ En el Anteproyecto-octubre 2012 la circunstancia relativa a que el incendio afecte a un espacio natural protegido sólo estaba prevista como agravación a través del proyectado art. 358 bis, y no se mencionaba como circunstancia cualificante del incendio forestal en el proyectado art. 353.1 (lo que era un cambio desde el punto de vista de la regulación vigente). Esta propuesta regulativa se modifica en el Anteproyecto-abril 2013, donde ya se propone la introducción de la circunstancia cualificante de afectación a un espacio natural protegido de manera duplicada: una, a través de la cualificación introducida en el proyectado art. 353.1.4, dos, a través de la previsión contenida en el proyectado art. 358 bis. Más adelante se tratará de encontrar las razones de este cambio y, sobre todo, se analizarán las consecuencias que puede acarrear una propuesta de este tipo si prospera la reforma.

⁶ También en el ámbito aplicativo del proyectado art. 358 bis se ha producido una evolución. En el Anteproyecto-octubre 2012 y Anteproyecto-abril 2013 con esta propuesta se pretendía aplicar lo dispuesto en los arts. 338 a 340 del CP a los delitos regulados en las secciones 2^a, 3^a y 4^a del capítulo, es decir, a los delitos dolosos de incendios forestales, de incendios en zonas de vegetación no forestal y de incendio en bienes propios. El Anteproyecto-septiembre 2013 ha cambiado la propuesta aplicativa de este proyectado art. 358 bis, y ahora se propone que lo dispuesto en los arts. 338 a 340 se aplique a los delitos regulados en el Capítulo, por tanto, a todos los delitos, dolosos e imprudentes, incluido el delito de incendio común (el tipificado en el art. 351 CP y en el art. 358 CP en su modalidad imprudente). Más adelante se explicará este cambio planteado en el Anteproyecto-septiembre 2013.

⁷ Como se explicará más adelante, en la regulación vigente el incendio forestal que afecte a un espacio natural protegido da lugar a la aplicación del art. 353.1.3^o CP, lo que supone la imposición de las penas de prisión de tres a cinco años y multa de quince a dieciocho meses, si con el incendio forestal no se pone en peligro la vida o integridad de las personas, o la imposición de las penas de prisión de quince a veinte años y multa de dieciocho a veinticuatro meses o prisión de siete años y seis meses a diez años menos un día y multa de dieciocho a veinticuatro meses, si con el incendio forestal se pone en peligro la vida o integridad de las personas. Para el caso de que finalmente se apruebe la propuesta regulativa del Anteproyecto-septiembre 2013, y si aceptamos de momento que la circunstancia relativa a la afectación a un espacio natural protegido se podrá aplicar a todos los incendios forestales (afirmación que, como veremos más adelante, difícilmente se podrá mantener), las consecuencias penológicas serán las siguientes (obviando en este momento los problemas de concurrencia que se generarán entre el vigente art. 352.2 CP y el proyectado art. 353 si la propuesta llega a aprobarse): aplicado al art. 352.1 CP, prisión de cinco años y un día a siete años y seis meses y multa de dieciocho meses y un día a veintisiete meses; aplicado al art. 352.2 CP, prisión de veinte años y un día a treinta años y multa de veinticuatro meses y un día a treinta

En quinto lugar, como ya se ha indicado, se pretende introducir un nuevo artículo, el 358 bis, para extender la aplicación de los arts. 338 a 340 a todos los delitos del Capítulo dedicado a los delitos de incendio, por tanto, a los delitos, dolosos e imprudentes, de incendio común (arts. 351 y 358 CP) los delitos de incendio forestal (arts. 352-354 y 358 CP), en zonas de vegetación no forestal (arts. 356 y 358 CP) y al delito de incendio de bienes propios (arts. 357 y 358 CP), esto es, la agravación ya mencionada consistente en que el hecho afecte a un espacio natural protegido, la adopción de medidas dirigidas a la restauración del equilibrio ecológico a cargo del autor del hecho y la atenuación consistente en la reparación voluntaria del daño causado⁸.

En sexto lugar, de manera indirecta, como consecuencia de la proyectada reforma del art. 353.1, también se produce una reducción de la respuesta punitiva frente al autor de este delito cometido de manera imprudente, alejándose de una de las reclamaciones del actual Ministro del Interior⁹.

Finalmente¹⁰, y a esta propuesta de modificación no se alude en la Exposición de Motivos (al menos no en la explicación de la razón de la reforma de los incendios forestales), el incremento sancionador frente a los autores de los delitos de incendio, no sólo de los incendios forestales, se produce en el ámbito de las medidas de seguridad aplicables a los condenados por este delito (y culpables). En particular, se propone incluir un nuevo artículo, el 385 quinqués, que afectaría a todo el Título XVII del Libro II CP, en el que se establecerá que a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título relativo a los delitos contra la seguridad colectiva se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada¹¹.

meses o prisión de diez años a quince años menos un día y multa de veinticuatro meses a treinta meses; aplicado al futuro art. 353.1, prisión de seis años y un día a nueve años; aplicado al futuro art. 353.2, prisión de seis años y un día a nueve años; aplicado al art. 354 CP, prisión de un año y un día a un año y seis meses y multa doce meses y un día a dieciocho meses.

⁸ Como ya se ha explicado anteriormente, en el Anteproyecto-octubre 2012 y Anteproyecto-abril 2013 la previsión de esta disposición común se limitaba a los delitos dolosos de incendios forestales, de zonas de vegetación no forestal y de incendio en bienes propios. Tras las observaciones puestas de relieve en el dictamen del Consejo de Estado -número de expediente 358/2013, aprobado el 27 de junio de 2013 (a las que nos referiremos con detalle más adelante) en el Anteproyecto-septiembre 2013 se ha modificado el ámbito aplicativo de la proyectada disposición común en la forma como se ha indicado en el texto. En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se hace una breve referencia a esta propuesta de remisión normativa a los arts. 338 a 340 CP, indicando que la misma pretende solucionar los problemas de reparación del daño causado por el incendio así como para permitir la imposición de medidas encaminadas a restaurar el ecosistema forestal dañado y la protección de los espacios naturales. De tal explicación se deduce que, en la actualidad, no cabe adoptar ninguna de estas medidas, conclusión totalmente desacertada, como se indicará más adelante.

⁹ Véase lo explicado en la n. 1, sobre esta reclamación y el efecto contrario al reclamado en la penalización del incendio forestal imprudente.

¹⁰ Habría aún una modificación más en este Anteproyecto-septiembre 2013 (cambio que se ha planteado desde el Anteproyecto-octubre 2012), y que está mencionada expresamente en la Exposición de Motivos, cambio del que no nos ocuparemos en este comentario: la decisión de excluir los delitos de incendio forestal de la competencia del Tribunal del Jurado, con los argumentos de que se trata de delitos complejos y que resulta necesario llevar a cabo una investigación lo más ágil posible.

¹¹ En el Anteproyecto-septiembre 2013 también se propone un cambio en la regulación de la medida de

Vista la forma como se ha concretado la propuesta reformadora, en una primera aproximación a la justificación plasmada en la Exposición de Motivos del Anteproyecto ya nos surgen varias dudas: si los incendios de mayor gravedad ocasionan importantes daños al patrimonio natural y a bienes públicos o privados, o generan situaciones de peligro, parece que con la circunstancia de la afectación a un espacio natural protegido (con la doble propuesta regulativa, como agravación en el proyectado art. 353.1 y como disposición común aplicable a todos los delitos de incendio forestal en el proyectado art. 358 bis) se estaría dando respuesta, con un incremento punitivo, a los importantes daños al patrimonio natural (con independencia de que se consiga una respuesta punitiva agravada también a través de otras circunstancias cualificantes descritas en la proyectada reforma del art. 353.1), pero ¿de qué manera se ofrece una respuesta punitiva a los importantes daños a los bienes? No parece que tal respuesta se pueda hallar a través de la nueva circunstancia relativa a que el incendio afecte a zonas próximas a núcleos de población o a lugares habitados, pues en principio habrá que entender que con la misma se pretende sancionar de manera más grave los casos generadores de un peligro elevado (en la terminología empleada en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto cuando se explicita que en el art. 353 se recogen nuevas agravantes). Pero esta conclusión nos lleva a plantearnos otro interrogante: en la regulación vigente, ¿acaso no hay respuesta punitiva, o esta no es adecuada, atendida la importancia de los bienes jurídicos en peligro, cuando se comete un incendio forestal que pone en peligro la vida o integridad de las personas? Sobre estas dudas volveremos más adelante.

Pasando de lo general a lo concreto, la propuesta de redacción es como sigue¹²:

Art. 353.1. *“Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de tres a seis años¹³ cuando el incendio alcance especial gravedad, atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes:*

1º Que afecte a una superficie de considerable importancia.

seguridad de libertad vigilada. En el proyectado art. 104.1 se prevé que esta medida se impondrá cuando se cumplan los siguientes requisitos: primero, cuando la imposición de la medida esté prevista en la Ley para el delito cometido; segundo, que se haya impuesto al sujeto una pena de prisión de más de un año de duración; tercero, que se cumplan los requisitos de los números 2 y 3 del art. 95.1. Este último artículo también se ve afectado por la propuesta reformadora, en concreto estos requisitos establecen que, para la imposición de una medida de seguridad, será preciso que del hecho y circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos y que la imposición de la medida de seguridad resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto. En el Anteproyecto-octubre 2012 el incremento sancionador era aún más acentuado, ya que se pretendía introducir la medida de seguridad de custodia de seguridad, y entre los delitos a los que se podría aplicar esta medida estaban los delitos de incendio. En el Anteproyecto-abril 2013 la medida de seguridad ha desaparecido de la propuesta regulativa (aunque se mantiene su mención en la lista de medidas de seguridad en el proyectado art. 96.2.4), decisión que se mantiene en el Anteproyecto-septiembre 2013 (y aquí ya se ha suprimido la mención de la lista de medidas de seguridad en el proyectado art. 96).

¹² Se van a destacar en cursiva las modificaciones que se pretenden introducir en la regulación de los delitos de incendio forestal en el Anteproyecto-septiembre 2013.

¹³ En el Anteproyecto-octubre 2012 y Anteproyecto-abril 2013 este apartado 1 se redactaba de la siguiente manera: “Los hechos serán castigados con una pena de tres a seis años...”

2º Que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos.

3º Que altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal, o afecte a algún espacio natural protegido¹⁴.

4º Que el incendio afecte a zonas próximas a núcleos de población o a lugares habitados.

5º Que el incendio sea provocado en un momento en el que las condiciones climatológicas o del terreno incrementen de forma relevante el riesgo de propagación del mismo.

6º En todo caso, cuando se ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados.

2. *Se impondrá la misma pena*¹⁵ cuando el autor actúe para obtener un beneficio económico con los efectos derivados del incendio”.

Art. 358 bis: “Lo dispuesto en los artículos 338 a 340 será también aplicable a los delitos regulados en este capítulo”¹⁶.

Art. 385 quinqués: “A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada”.

2. *¿Incremento punitivo o uso simbólico del DP?*

La cuestión se suscita por la forma como se redactan las circunstancias descritas en el proyectado art. 353 que cualifican el delito de incendio forestal, y que van a dificultar su aplicabilidad en el caso concreto. Este problema aplicativo no surge con la propuesta reformadora, sino que es un hecho constatado desde que se han introducido en el CP (anterior) los delitos de incendio forestal, en el año 1987, pues la mayoría de las circunstancias cualificantes ya estaban previstas en el CP 1944/1973.

¹⁴ En el Anteproyecto-octubre 2012 esta circunstancia ocupaba el lugar número 4 y se redactaba de diferente manera: que el incendio afecte a zonas forestales que constituyan el hábitat de especies animales en peligro de extinción o de flora amenazada, o altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal. En el Anteproyecto-abril 2013, también ocupando el lugar número 4, la redacción de esta circunstancia cualificante era como sigue: que altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal, o afecte a algún espacio natural protegido.

¹⁵ En el Anteproyecto-octubre 2012 y Anteproyecto-abril 2013 la redacción de este apartado 2 era como sigue: “Se impondrán las mismas penas cuando...”.

¹⁶ En el Anteproyecto-octubre 2012 y Anteproyecto-abril 2013 la redacción del proyectado art. 358 bis era del siguiente tenor: “Lo dispuesto en los artículos 338 a 340 será también aplicable a los delitos regulados en las secciones 2ª, 3ª y 4ª de este capítulo”.

En efecto, si atendemos a la vigente regulación contenida en el art. 353 CP, no han faltado críticas de la doctrina especializada basadas en la falta de taxatividad en la descripción de las circunstancias cualificantes, ya que en su redacción se han empleado elementos muy vagos, amplios e indeterminados, dando lugar a un amplio arbitrio judicial a la hora de la aplicación de este tipo cualificado¹⁷. Además, en muchas ocasiones la apreciación o no de estos efectos causados por el incendio forestal exigirá del informe de técnicos y de peritos, lo que revela un problema más para la construcción del elemento cognoscitivo del dolo en relación con esta modalidad delictiva del delito de incendio forestal¹⁸, cuando los mismos

¹⁷ Véase, en este sentido, RUIZ RODRÍGUEZ, «Los incendios forestales y la protección del medio ambiente», en TERRADILLOS BASOCO (ed.), *DP del medio ambiente*, 1997, p. 98; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p. 138 y s.; CUGAT MAURI, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios PE II*, 2004, p. 1514; MONGE FERNÁNDEZ, «Aspectos dogmáticos de los delitos de incendios forestales», en MARTOS NÚÑEZ (dir.), *DP ambiental*, 2006, p. 212; RODRÍGUEZ YAGÜE, en ARROYO ZAPATEIRO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLVÍE/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO (dirs.)/ NIETO MARTÍN/PÉREZ CEPEDA (coords.), *Comentarios*, 2007, p. 783; CARDONA TORRES, *PE*, 2010, p. 423; GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *PE*, 2ª, 2010, p. 260, quienes advierten que el legislador ha depositado *en manos del Juez* la tarea de determinar cuándo concurre la mayor parte de las circunstancias cualificantes previstas en el art. 353 CP (cursiva en el original); MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, p. 901, quien añade que esta técnica facilita las interpretaciones viciadas por la presión o alarmas sociales, que perturbarán la correcta exégesis del tipo; MUÑOZ CONDE, *PE*, 18ª, 2010, p. 641; MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *DP ambiental*, 2012, p. 367 s.; ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *PE*, 3ª, 2010, tema 34.2-CD, 6, quien llega a afirmar que el sistema elegido “no deja de presentar problemas en relación con el principio de legalidad”; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 6ª, 2010, p. 965; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentario*, 2010, p. 783, quien añade que los Jueces se han convertido en poder colegislador de los tipos penales en blanco; DE LA CUESTA AGUADO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE II*, 2011, p. 1205; GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios*, 2ª, 2011, p. 1353 y s.; MARAVER GÓMEZ, en AAVV, *Memento Práctico*, 2011, p. 1281 (nm. 14837); PIÑOL RODRÍGUEZ, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *PE*, 6ª, 2011, p. 415; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *PE*, 9ª, 2011, p. 1418, quien también denuncia el riesgo de que acaben aplicándose las circunstancias cualificantes atendiendo a aspectos ajenos al mayor desvalor del hecho, como puede ser la aplicación o no del tipo penal dependiendo de la repercusión que haya tenido el hecho en los medios de comunicación, el debate político que se haya producido en torno al hecho u otros factores; MORENO ALCÁZAR, en BOIX REIG (dir.), *PE III*, 2012, p. 239; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, en SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *PE*, 2012, p. 512.

¹⁸ Son muy variados los problemas que surgen a la hora de plantear la modalidad dolosa del delito de incendio forestal cualificado por los efectos ambientales tipificado en el art. 353.1 CP: porque nos encontramos ante circunstancias descritas de manera vaga e indeterminada, porque su apreciación requiere de conocimientos especiales que precisan de una formación especializada, porque su apreciación exige la realización de juicios de pronóstico a corto, medio y largo plazo, valorando las múltiples circunstancias que pueden concurrir para pronosticar dicha evolución. Las dificultades en la construcción del dolo en el delito de incendio forestal cualificado por los efectos ambientales se han tratado de solventar de dos maneras diferentes: por un lado, la solución propuesta por SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, pp. 132 y s., 137, 142, quien defiende interpretar las circunstancias descritas en el art. 353.1 CP como criterios de valoración judicial *ex post*, que permitirían determinar judicialmente si se ha producido efectivamente o no el resultado de especial gravedad exigido por este tipo penal, pero que no sería necesario que tales circunstancias fueran abarcadas por el dolo del sujeto, proponiendo en su lugar que el dolo del sujeto debería ir referido al conocimiento y voluntad de que el incendio pueda alcanzar una gravedad especialmente importante, desde un punto de vista cuantitativo (por la extensión destructiva) o cualitativo (por la dimensión ecológica del incendio). Esta tesis interpretativa lleva a entender las circunstancias cualificantes descritas en el art. 353.1 CP, y la propia cláusula justificadora de la agravación penológica, “cuando el incendio alcance especial gravedad”, como una especie de tipificación de condiciones objetivas de mayor punibilidad, que serán tenidas en cuenta por el Juez o Tribunal a los solos efectos de imponer una pena mayor o menor dependiendo de si concurren o no en el caso concreto,

incluso pueden surgir posteriormente como consecuencia de la confluencia de diversos factores ajenos al propio incendio, o porque tales efectos han de establecerse recurriendo a juicios de pronóstico, lo que no resultará sencillo ya que después de provocado el incendio el responsable o, en todo caso, la Administración Pública competente están obligados a la reparación y restauración de los terrenos forestales incendiados (arts. 50 y 77 Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes), por lo que incluso el experto o perito deberá recurrir a juicios hipotéticos en torno a los posibles efectos medioambientales que el incendio forestal hubiera ocasionado a corto y, sobre todo, medio y largo plazo de no haberse restaurado la zona incendiada¹⁹.

De todas formas, se ha tratado de encontrar una justificación a esta técnica legislativa empleada, por cuanto la indefinición en esta materia es inevitable, ya que es sumamente difícil ser más explícito en la determinación material de las circunstancias que permitan la agravación de la pena en un incendio forestal de estas características²⁰.

pero sin necesidad de que dichas circunstancias sean ya abarcadas por el dolo del sujeto. Aunque ciertamente este autor no llega a extraer esta conclusión, ya que para poder apreciar el tipo cualificado de incendio forestal por los efectos ambientales sí exige que el sujeto conozca y quiera realizar un incendio forestal especialmente grave. La otra solución propuesta para solventar las dificultades en la construcción del tipo subjetivo doloso del delito tipificado en el art. 353.1 CP es la de SUÁREZ MONTES, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP I*, 1999, pp. 195 y ss., consistente en entender que el art. 353.1 CP es un delito cualificado por el resultado, lo que significa que se apreciará esta modalidad delictiva cuando el sujeto actúe con dolo de cometer un incendio forestal, aunque su dolo no se extienda a los efectos medioambientales que con tal conducta va a ocasionar. Parece aceptar esta propuesta interpretativa DE LA CUESTA AGUADO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE II*, 2011, p. 1206, cuando señala que no se podrá imputar el resultado más grave descrito en el art. 353 CP si no ha existido respecto al mismo, al menos, responsabilidad por imprudencia. También MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, p. 901, reconoce que de la redacción del art. 353 CP se desprende “un cierto tufillo” a los delitos cualificados por el resultado. Ciertamente, no se puede negar que la redacción del art. 353 CP recuerda a esta clase de delitos, pero la interpretación literal no debe ser la que guíe la exégesis de este precepto, en particular cuando además el CP 1995 ha querido acabar con los vestigios de la responsabilidad objetiva, contraria a la vigencia del principio de responsabilidad subjetiva. Sólo se justificará la existencia del delito cualificado por el resultado cuando la pena con la que se sancione no resulte superior (o excesivamente superior) a la que resultaría de apreciar las reglas concursales entre el delito doloso y el delito imprudente concurrentes, en este caso, entre el delito doloso de incendio forestal básico (art. 352 CP) y el delito imprudente de incendio forestal agravado por los efectos ambientales (art. 358 CP). Sobre la definición de los delitos cualificados por el resultado, las dudas doctrinales sobre si en el CP 1995 existen o no delitos de esta clase y sobre los problemas de compatibilización de esta clase de delitos con el principio de responsabilidad subjetiva (o, para otros autores, con el principio de culpabilidad), véase, por todos, LUZÓN PEÑA, *PG*, 2^a, 2012, pp. 326, 327 y s., 329 y s. (nm. 29 y ss., 33 y ss., 44 y ss.).

¹⁹ Sobre estas críticas, por todos, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 129; DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *Incendios forestales*, 2001, p. 191; EL MISMO, *Protección penal frente a los incendios forestales*, 2004, p. 88, quien pone de relieve que el Juez, para apreciar las agravaciones del art. 353, deberá sustentarse en criterios técnicos proporcionados por peritos, con riesgo grave de que para la apreciación de los efectos habrá que considerar los que puedan producirse a corto, medio o largo plazo, y la dificultad de evaluación se centrará en los efectos a medio y largo plazo.

²⁰ De esta opinión, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 130, quien añade que la imprecisión no es tanta, si se tiene en cuenta que, como requisito esencial y presupuesto de la apreciación del tipo, aparece la exigencia de que el incendio haya alcanzado una especial gravedad, y este será el elemento que dará sentido a las fórmulas empleadas en la descripción de las circunstancias agravantes; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Incendios*, 2004, p. 40; LOS MISMOS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*

Pero aparte de la falta de taxatividad en la descripción de estas circunstancias cualificadoras del incendio forestal, se plantea otro problema en torno a su aplicación. Y es que los efectos del incendio forestal pueden verse incrementados como consecuencia de la repetición de incendios forestales en la misma zona en un corto plazo de tiempo, provocados por la acción del hombre (de manera dolosa, imprudente o fortuita) o por causas naturales, dando lugar a la aplicación del tipo cualificado que nos ocupa como consecuencia de la acumulación de los efectos de los distintos incendios forestales desencadenados en la zona. En otras ocasiones los daños medioambientales derivados del incendio forestal se verán incrementados con otros efectos medioambientales que tienen su origen en otras causas: de las explotaciones industriales²¹, del propio aprovechamiento forestal y explotación de los recursos naturales... Los efectos para la erosión en los suelos, la alteración de las condiciones de la vida silvestre, animal o vegetal, el deterioro o destrucción de los recursos afectados, provocados por incendios anteriores o por otras causas, ¿se imputarán al autor del incendio forestal que se ha conseguido procesar? O, en caso contrario ¿cómo poder deslindar los efectos que han producido en el medio ambiente los incendios anteriores (o los daños ambientales generados por otras causas) y los efectos producidos por el último de los incendios forestales que se está juzgando? Porque si hemos destacado que la aplicación de estos conceptos vagos e indeterminados va a depender de la apreciación de informes de expertos, también será difícil para los peritos emitir un informe que pueda imputar los distintos efectos medioambientales a cada uno de los incendios acaecidos en la zona, o a cada factor concurrente con el incendio forestal, máxime cuando el aumento o disminución del efecto medioambiental va a depender de una pluralidad de factores que pueden aparecer con el paso del tiempo. Y aunque se pudieran fijar con cierta aproximación los efectos medioambientales que han desencadenado cada uno de los incendios, lo que no puede negarse es que los incendios posteriores se van a aprovechar de los efectos provocados por los incendios anteriores, aumentando sus efectos en mayor medida, y aunque el sujeto sepa que es una zona castigada por incendios forestales (sea por

CP X-III, 2007, p. 157, para quienes es inevitable la utilización de estos conceptos, pues sería casi imposible cuantificar esa gravedad.

²¹ Como muestra cabe citar el caso juzgado en la STS núm. 8749/1990, de 30 de noviembre. La Central Térmica del Cercs utiliza para su funcionamiento y quema un combustible de carbón tipo lignito que contiene un elevado porcentaje de azufre. La combustión da lugar a la emisión de humos altamente cargados de dióxido de azufre que en ocasiones provoca la lluvia ácida; tales componentes junto a partículas sólidas procedentes de la combustión han ocasionado la necrosis de gran parte de la masa boscosa. Como hipótesis podría plantearse la cuestión de cómo se hubiera resuelto el caso si además en la zona se hubiera provocado dolosamente un incendio forestal que se hubiera propagado hasta el lugar afectado por la lluvia ácida: ¿se apreciaría el delito de incendio forestal agravado tipificado en el art. 353.1 CP porque ha afectado a una extensión considerable? (cuando parte de la zona quemada estaba afectada por la lluvia ácida). O si la acumulación de la lluvia ácida junto con el incendio incrementa considerablemente la erosión del terreno ¿se apreciaría la agravante del delito de incendio forestal prevista en el art. 353.1 CP? Por otro lado, si el incendio forestal sólo afecta a la masa boscosa afectada por la lluvia ácida, ¿se apreciará el delito de incendio forestal? Porque el anhídrido sulfuroso se difunde por la atmósfera y también es absorbido por la masa arbórea, provocando la necrosis de la masa boscosa, y se sedimenta en el suelo, haciendo imposible la regeneración espontánea, y el fuego destruye vegetación forestal muerta; en estas circunstancias parecería que el incendio de la masa forestal afectada por la lluvia ácida no supone un incremento en la afectación del medio ambiente, a lo sumo podrá tener repercusión en el control de la erosión de la zona, ya que, aunque el árbol esté muerto, su tronco, ramas y raíces seguirán actuando como amortiguadores de los factores de erosión (agua y viento).

la acción del hombre, sea por causas naturales), ¿se le podrá imputar el grave efecto medioambiental causado con su conducta incendiaria sumada a los incendios anteriores?²²

Los problemas aplicativos denunciados no se están subsanando con la propuesta de regulación del art. 353 en el Anteproyecto, por lo que, de llegar a convertirse en texto legal, se puede aventurar que las dificultades aplicativos del incendio forestal agravado por parte de los Tribunales se van a mantener.

Lo que nos lleva a que la respuesta a la cuestión inicialmente formulada es que, si bien formalmente se está proponiendo un incremento punitivo para el autor de un incendio forestal cualificado, en realidad no estamos sino ante una nueva manifestación de la utilización simbólica del DP²³, referida a la aparente agravación de la responsabilidad penal.

3. ¿Incremento punitivo o una nueva prueba de la desconfianza hacia Jueces y Tribunales?

La cuestión formulada se suscita atendiendo a una de las razones esgrimidas en la Exposición de Motivos del Anteproyecto para defender esta propuesta reformadora. Como se ha indicado anteriormente, se ha afirmado que los incendios de mayor gravedad generan situaciones de peligro para la integridad física de las personas, y se propone el incremento punitivo para este tipo de hechos (además de pretender castigar más gravemente los graves daños que generan los incendios forestales) tomando como referencia la propuesta formulada en la Resolución de 2009 del Parlamento Europeo a favor de la agravación de la pena.

²² También en los incendios forestales puede tener aplicación el tratamiento del problema causal y de imputación objetiva del resultado, de lesión o de peligro para el bien jurídico, por acumulación y repetición de varias acciones. Para más detalles sobre esta cuestión, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, «¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del art. 325 del Código penal», *La Ley*, 1997-3, pp. 1714 y ss.; EL MISMO, *La expansión del Derecho Penal*, 3ª, 2011, pp. 138 y ss., pp. 143 y ss.; SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, 2012, pp. 64 y s.; DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2ª, 1999, *passim*; MENDOZA BUERGO, *Delitos de peligro abstracto*, 2001, pp. 61 y ss., pp. 490 y ss.; LA MISMA, en JORGE BARREIRO (dir.), *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente*, 2005, pp. 111, 141 y s.; ALCÁCER GUIRAO, «La protección del futuro y los daños cumulativos», *RECPC 04-08*, 2002, pp. 8 y ss., 12 y ss., 16 y ss., 20 y ss.; HEFENDEHL, «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», *RECPC 04-14*, 2002, pp. 10 y s.; GRACIA MARTÍN, *Modernización y expansión del DP*, 2003, pp. 139 y ss., pp. 159 y s.; MARQUÈS I BANQUÉ, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *PE*, 9ª, 2011, pp. 1287 y s.

²³ Sobre esta cuestión, LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª, 2012, p.17 (nm. 52), quien explica en qué consiste la utilización simbólica del DP, un uso absolutamente rechazable: se emplea la legislación penal incriminando nuevas conductas o agravando las sanciones existentes con finalidad exclusiva o predominantemente simbólica cuando es previsible, incluso el legislador lo sabe, que no se va a aplicar o que va a ser claramente ineficaz. Habría otras manifestaciones de criticable empleo simbólico del DP, como el endurecimiento en la imposición judicial y cumplimiento de ciertas penas con fines simbólicos, aun sabiendo su ineficacia a efectos preventivos.

Si atendemos a esta argumentación habría que deducir que el Anteproyecto está tratando de colmar una laguna de punibilidad claramente censurable, o al menos trata de corregir la previsión de una pena claramente inadecuada por ineficaz y/o no proporcional con la gravedad del hecho y la importancia de los bienes jurídicos en peligro, y esta podría ser la finalidad de la circunstancia cualificante de nueva aparición consistente en que el incendio afecte a zonas próximas a núcleos de población o a lugares habitados.

El problema es que tal laguna de punibilidad no existe, pues en la regulación de los delitos de incendio forestal sí hay respuesta punitiva, y con una pena muy elevada, para el caso de que con el incendio forestal cualificado por los efectos ambientales se ponga en peligro la vida o integridad de las personas, a través de la puesta en relación del art. 353 CP con la modalidad de incendio forestal con riesgo para las personas tipificado en el art. 352 segundo párrafo CP²⁴ (precepto que remite al art. 351 CP para establecer la pena de prisión, diferenciando por tanto entre peligro de mayor o menor entidad -y valorando las demás circunstancias concurrentes- para decidir si se impone la pena de prisión del art. 351 primer inciso o segundo inciso, junto a la pena de multa expresamente prevista en el art. 352 segundo párrafo CP), o, si esta interpretación no es asumida, para el caso de que se cometa un incendio forestal cualificado por los efectos ambientales que pone en peligro a las personas, a través de la aplicación del delito de incendio común tipificado en el art. 351 CP, precepto que entraría en concurso de delitos con otras figuras delictivas para apreciar el adicional desvalor de acción y de resultado causado con el incendio forestal²⁵, en este caso,

²⁴ Véase, en este sentido, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p. 138; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 134; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP II*, 2ª, 2004, p. 1041; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.)/DÍAZ MARTÍNEZ (coord.), *CP II*, 3ª, 2012, p. 1251; CUGAT MAURI, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios PE II*, 2004, p. 1513; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 6ª, 2010, p. 966; DE LA CUESTA AGUADO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE II*, 2011, p. 1205; GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios*, 2ª, 2011, p. 1355; MARAVER GÓMEZ, en AAVV, *Memento Práctico*, 2011, p. 1281 (nm. 14838); MESTRE DELGADO, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2012, p. 571. A otra conclusión llega POLAINO NAVARRETE, *El nuevo CP y la Ley del jurado*, 1998, pp. 278 y s.; EL MISMO, *EPB*, 2002, pp. 811 y s., 813, pues este autor considera que las circunstancias cualificantes previstas en el art. 353 CP sólo son aplicables en relación con los incendios forestales del art. 352 primer párrafo CP; parece que, finalmente, defienden la misma opinión MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, p. 902, quien añade que, en caso contrario, se llegaría a una penalidad excesiva; y PIÑOL RODRÍGUEZ, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *PE*, 6ª, 2011, p. 414, cuando afirma que el art. 353 CP contiene un conjunto de agravaciones respecto del delito básico de incendio forestal. Ahora bien, frente al argumento de la penalidad excesiva cabría objetar que tal penalidad se deriva del marco penal previsto en el art. 351 CP y, a pesar de ello, la pena prevista en este precepto tendrá que aplicarse cuando con la provocación de un incendio se ponga en peligro la vida o integridad de las personas. Por otro lado, en contra de la conclusión a la que llega este autor cabe objetar que la misma llevaría a una paradójica consecuencia, difícilmente entendible: pues el peligro para las personas surgido en un incendio forestal cualificado por los efectos ambientales quedaría sin sanción y, sin embargo, cuando este peligro surge de un incendio forestal sin esta cualificación, o del incendio de otro objeto material, sí encuentre respuesta penal, y con una pena que puede resultar desproporcionada por excesiva.

²⁵ Esta es la solución que propone TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *PE*, 9ª, 2011, p. 1419, para quien la agravación de la pena establecida en el art. 353.1 CP está prevista sólo respecto de las penas del artículo 352, no las del art. 351 CP, pues a pesar de que en el art. 352 segundo párrafo CP se hace una remisión a este segundo precepto, no son propiamente las “penas del artículo anterior” a que alude el art. 353 CP. Cuando con el incendio forestal agravado por los efectos ambientales se ponga en peligro a las personas, este autor propone que se aplique el art. 351 en concurso

con el tipo cualificado por los efectos ambientales del delito de incendio forestal del art. 353 CP.

En concreto, en la vigente tipificación de los delitos de incendio forestal, desde la perspectiva de los arts. 352 y 353 CP, se ha diferenciado entre las siguientes modalidades delictivas (limitando esta exposición a los delitos dolosos):

Incendio forestal básico, art. 352 primer inciso	Prisión de 1 a 5 años y Multa de 12 a 18 meses
Incendio forestal básico con peligro para las personas, art. 352 segundo inciso	Prisión de 10 a 20 años y multa de 12 a 24 meses, o Prisión de 5 a 10 años menos 1 día y multa de 12 a 24 meses
Incendio forestal agravado por los efectos ambientales, art. 353.1 en relación con el art. 352 primer párrafo	Prisión de 3 a 5 años y multa de 15 a 18 meses
Incendio forestal agravado por los efectos ambientales y con peligro para las personas, art. 353.1 en relación con el art. 352 segundo párrafo	Prisión de 15 a 20 años y multa de 18 a 24 meses Prisión de 7 años y 6 meses a 10 años menos 1 día y multa de 18 a 24 meses
Incendio forestal agravado por el móvil económico, art. 353.2 en relación con el art. 352 primer párrafo	Prisión de 3 a 5 años y multa de 15 a 18 meses
Incendio forestal agravado por el móvil económico con peligro para las personas, art. 353.2 en relación con el art. 352 párrafo segundo	Prisión de 15 a 20 años y multa de 18 a 24 meses Prisión de 7 años y 6 meses a 10 años menos 1 día y multa de 18 a 24 meses

con el correspondiente delito contra el medio ambiente que pueda abarcar el daño ambiental producido, el art. 330 o el art. 332 CP.

La única cuestión que resulta discutible y discutida es qué grado de peligro se está exigiendo para la aplicación de cada uno de los tipos penales, si peligro concreto²⁶ o peligro abstracto²⁷, o si la modalidad castigada con la pena más grave está reservada a la puesta en peligro concreto de la vida o integridad personales y la modalidad castigada con la pena menor para los supuestos de peligro abstracto para estos bienes jurídicos²⁸.

La práctica judicial ha revelado la escasa aplicación de las modalidades de incendios forestales con peligro para las personas, quizás porque en la práctica no se hayan producido, quizás porque no resulta fácil apreciar estas modalidades delictivas, dificultades que se verán incrementadas considerablemente si finalmente prevalece su interpretación como delitos de peligro concreto.

Constatada esta poca operatividad judicial de las modalidades delictivas existentes, pareciera que la culpa fuera de los Jueces y Tribunales, siempre propensos a interpretaciones restrictivas, defensores de conceptos que no se ajustan a la realidad o, al menos, a aquella realidad imaginada al parecer por el resto de la sociedad. Ante esta situación, una vez más la respuesta toma la misma dirección de relajar los principios garantísticos de esta rama del Derecho: ya no será necesario demostrar que el incendio ha puesto en peligro concreto a las personas, y que el sujeto actuaba con el correspondiente dolo de peligro, en su lugar bastará con que el incendio afecte a zonas próximas a núcleos de población o a lugares habitados para que concurra la circunstancia de cualificación.

Porque la técnica de la tipificación de delitos de peligro concreto resulta poco “eficaz” en la satisfacción del ideario de la seguridad es fácilmente predecible de qué manera va a reaccionar el legislador, modificando el tipo penal correspondiente y pasando, de un delito de peligro concreto a uno de peligro abstracto o, más censurable aún, proponiendo circunstancias de las que puede presumirse la peligrosidad de la conducta, con presunciones *iuris et de iure*.

Este puede ser el objetivo no declarado de la propuesta de reforma, incrementando la pena de los incendios forestales cuando se produzca un grave efecto ambiental o cuando implique un peligro (abstracto) para las personas; y “fácilmente” se puede presumir este peligro para las personas si el incendio se aproxima a una zona habitada o afecta a un lugar poblado, con mayor motivo aún si, además, no se precisa que tal circunstancia sea abarcada por el dolo del sujeto.

²⁶ Véase, en este sentido, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p. 138; CUGAT MAURI, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios PE II*, 2004, p. 1513; MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, p. 899, si bien formula esta interpretación en relación con el art. 352 párrafo segundo.

²⁷ Deducida esta conclusión desde la perspectiva del art. 351 CP. Véase, en este sentido, GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *PE*, 2ª, 2005, p. 742; EL MISMO, en MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2011, p. 796; GORDILLO ÁLVAREZ VALDÉS, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 3ª, 2005, p. 480; RODRÍGUEZ YAGÜE, en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLVÍE/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO (dirs.)/ NIETO MARTÍN/PÉREZ CEPEDA (coords.), *Comentarios*, 2007, p. 779.

²⁸ Véase, en este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 6ª, 2010, p. 966.

4. El incremento punitivo, ¿una “buena” técnica para la prevención de incendios forestales?

En la Exposición de Motivos se trata de justificar el incremento punitivo del delito de incendio forestal apelando a los graves daños ambientales que se producen con este comportamiento incendiario, o a los riesgos que se generan para las personas²⁹. De manera interesada se apoya este argumento con la Resolución 2009 del Parlamento Europeo, en la que se pide a los Estados el endurecimiento de las penas para los que provocan incendios forestales.

Como ya se ha indicado, en esta argumentación se omite deliberadamente el apostillado de que el incremento punitivo reclamado ha de producirse respetando el principio de proporcionalidad. Y, sobre todo, se prescinde de la referencia expresa a la lucha contra los incendios forestales a través de otras medidas preventivas claramente más eficaces que el manido recurso al DP, medidas que involucran directamente a las Administraciones Públicas en el desarrollo de políticas adecuadas en la conservación, mantenimiento y explotación de los montes, conjugadas con las políticas adecuadas de desarrollo del medio rural y de las actividades agrícolas y ganaderas³⁰.

Una vez más, ante la constatación de un grave problema que parece generar alarma social, en este caso presentado de manera “objetiva” a través de los devastadores incendios forestales ocurridos sobre todo en la época estival de los dos últimos años, la única solución de la que se nos da noticia es la del recurso al DP, aquí traducido en el incremento del límite máximo de la pena de prisión (se supone) aplicable en los hechos más graves. Aun cuando parezca un planteamiento reiterativo y vano, alejado del ideario que guía a nuestros legisladores de las últimas décadas, sea cual sea su signo político, debemos seguir insistiendo en la importancia de que se mantengan los principios rectores y limitadores del *ius puniendi*, lo que nos lleva a la inmediata consecuencia de que el DP no puede ser ni el principal ni el primer recurso para prevenir comportamientos nocivos para la sociedad³¹.

En la regulación vigente tienen una clara finalidad preventiva las medidas previstas en el art. 355 CP³², dirigidas a evitar ciertos usos del suelo que impidan la regeneración de la

²⁹ El incremento en la respuesta penal frente a los autores del delito de incendio forestal se comparte por el CGPJ, Informe al Anteproyecto de LO de reforma del CP, 2013, 71, al valorar de manera positiva la propuesta reformadora porque la mayor intensidad de la respuesta penal depende de circunstancias que denotan mayor peligro para las personas o el entorno ambiental (es el informe al Anteproyecto-octubre 2012).

³⁰ Como ya se ha indicado con anterioridad, en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de septiembre de 2009 se reconoce de manera expresa que el incendio forestal se ve agravado por el progresivo abandono del campo y de sus actividades tradicionales, por la falta de mantenimiento de los bosques, por la existencia de grandes extensiones forestales con una sola especie arbórea, por la plantación de variedades arbóreas inadecuadas, por la ausencia de una política adecuada de prevención, y por la aplicación insuficiente de leyes que prohíban las edificaciones ilegales y garanticen la reforestación.

³¹ Véase, para más detalles, QUERALT JIMÉNEZ, PE, 6ª, 2010, p. 963, quien advierte que el DP en este ámbito se ha demostrado totalmente ineficaz, y que sin el recurso al sistema punitivo e implementando políticas sociales y sectoriales adecuadas el fin perseguido es alcanzando con menor coste humano.

³² Sobre la exégesis de este precepto, véase, por todos, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p.

zona, la recalificación del suelo en urbanizable y el aprovechamiento de la madera quemada³³. Pero su regulación es deficitaria, al establecerse como medidas que puede adoptar el Juez o el Tribunal, y porque su establecimiento se limita a los supuestos en los que se haya cometido un delito doloso, cuando lo más correcto sería que su imposición fuera imperativa, al menos cuando se trate de la recalificación del suelo y de usos que impidan la regeneración de la vegetación, y con carácter general, para todos los delitos de incendio forestal. Como contrapartida hemos de advertir que, aun cuando la previsión del art. 355 CP no existiera, las medidas mencionadas habrían de ser adoptadas, imperativamente (si bien se admiten excepciones a su adopción), porque las mismas están contenidas en las leyes, estatal y autonómicas, aprobadas en materia de montes y/o de prevención de incendios forestales. Baste citar a título ejemplificativo la previsión contenida en el art. 50 Ley 43/2003, de montes.

5. Las circunstancias cualificantes del delito de incendio forestal: una enumeración heterogénea

Desde la perspectiva de la regulación vigente, se ha optado por una equiparación penológica entre las circunstancias calificadas como objetivas, descritas en el apartado 1 del art. 353 CP, y que atienden a los efectos ambientales que se derivan de un incendio forestal, y la circunstancia subjetiva, descrita en el apartado 2 del art. 353 CP, que atiende al móvil económico que está detrás de muchos incendios forestales dolosos.

Esta equiparación penológica entre circunstancias de distinto significado puede ser objeto de crítica, pues se supone que el fundamento de agravación de las circunstancias objetivas y la subjetiva es diferente, aunque de manera generalizada³⁴ acaba aceptándose al menos la

144; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, pp. 160 y ss.; DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *Incendios forestales*, 2001, pp. 203 y ss.; EL MISMO, *Protección penal frente a los incendios forestales*, 2004, pp. 105 y ss.; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Incendios*, 2004, pp. 48 ss.; LOS MISMOS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP X-III*, 2007, p. 164 ss.; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *PE*, 2ª, 2005, pp. 743 y s.; EL MISMO, en MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2011, p. 798; GÓMEZ TOMILLO, «Análisis de las consecuencias jurídicas del delito de incendio forestal: restricciones a la clasificación y uso del suelo e intervención administrativa de la madera quemada», *RDPP* 18, 2007, pp. 36 y ss.; PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *PE*, 8ª, 2009, p. 1340; RUIZ RODRÍGUEZ, en TERRADILLOS BASOCO (ed.), *DP del medio ambiente*, 1997, p. 41; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *PE*, 9ª, 2011, p. 1421 y s.

³³ En el estudio realizado sobre motivaciones de los incendios forestales intencionados en España, que abarca el periodo comprendido entre 1995 y 2004, se describen los distintos motivos que hay detrás de un incendio forestal; entre ellos tienen un lugar destacado los siguientes: la eliminación de matorral y residuos agrícolas, la regeneración de los pastos, la modificación del uso del suelo, contra las repoblaciones, para bajar el precio de la madera (el estudio puede consultarse en www.magrama.gob.es/.../incendios-forestales/.../estudio_incendios).

³⁴ Muestran su discrepancia con la previsión del art. 353.2 CP, COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Incendios*, 2004, p. 43; LOS MISMOS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP X-III*, 2007, p. 160, pues para estos autores no resulta tan claro que una agravación basada exclusivamente en el ánimo de lucro pueda “ser aplaudida en todo caso, sin el debido anclaje de carácter objetivo”, proponiendo que se debería exigir que, en lugar de la previsión cualificadora basada en el ánimo de lucro, se debería exigir que se haya producido

previsión de la circunstancia subjetiva atendiendo a que el móvil económico está detrás de muchos incendios provocados dolosamente³⁵.

Pero también puede ponerse en entredicho la equiparación penológica producida entre las mismas circunstancias objetivas, pues el hecho de que el incendio afecte a una superficie de considerable importancia no implica necesariamente que se haya producido una mayor afectación del medio ambiente, al menos si en esta circunstancia cualificante se está valorando el efecto en superficie quemada en el incendio y no es otra la razón de la agravación. Esta objeción se verá incrementada si finalmente prospera la reforma planteada en el Anteproyecto-septiembre 2013, pues entre las circunstancias objetivas que servirán para incrementar la responsabilidad penal del autor del incendio forestal se van a incluir tanto las que van referidas a los efectos ambientales que puede provocar el incendio forestal como la relativa al riesgo para las personas que se podría deducir de la circunstancia de que el fuego alcance a lugar habitado o afecta a una zona próxima a un núcleo de población. O porque se va a equiparar el incendio que afecta a una superficie de considerable importancia (o de graves o grandes efectos erosivos, o que altera significativamente las condiciones de la vida animal o vegetal) con el incendio provocado en un momento en que concurren circunstancias que incrementan el riesgo de propagación, pero sin que efectivamente se llegue a producir la propagación hasta el punto de que acabe convirtiéndose en un gran incendio (al menos esta parece ser la conclusión a la que puede

un objetivable y objetivo beneficio económico en el sujeto activo del delito de incendio forestal. También RUIZ RODRÍGUEZ, en TERRDILLOS BASOCO (ed.), *DP del medio ambiente*, 1997, p. 101, reclama un elemento objetivo en esta circunstancia cualificante, relacionada con la efectiva producción del beneficio, o al menos que dicho beneficio hubiese podido producirse de forma material.

³⁵ Para más detalles, FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 976, para quien la circunstancia que se comenta está estrechamente unida a la culpabilidad del autor, no existiendo una relación con el fundamento del injusto de los delitos de incendio forestal; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *PE*, 2ª, 2005, p. 120, quien considera acertada la inclusión de esta circunstancia porque la mayor parte de los incendios forestales se cometen motivados por el ánimo de lucro; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p. 139, 143 y s., para quien “elementales razones de prevención recomendaban dirigir la conminación penal reforzada precisamente a ese grupo de sujetos, con la finalidad de conseguir una disuasión ‘personalizada’”; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP II*, 2ª, 2004, p. 1041, para quien la agravación se fundamenta en el desvalor de acción, en el móvil de lucro que una parte de la sociedad considera está tras la etiología de muchos incendios de bosques madereros o zonas a urbanizar, lo que introduce un componente patrimonial en el delito; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.)/DÍAZ MARTÍNEZ (coord.), *CP II*, 3ª, 2012, p. 1250; CUGAT MAURI, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios PE II*, 2004, p. 1515, para quien la mención de esta circunstancia está plenamente justificada, basada en claros fines preventivos de la pena, al actuar como contramotivo castigando directamente el móvil delictivo; PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *PE*, 8ª, 2009, p. 1338, para quien es una circunstancia plenamente oportuna, porque la realidad criminológica pone de manifiesto que en muchas ocasiones el móvil lucrativo, vinculado a la explotación forestal, es la causa de muchos incendios. Esta explicación es asumida por TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *PE*, 9ª, 2011, p. 1418; MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, p. 901, quien reconoce que las circunstancias del apartado primero se basan en el desvalor de resultado, mientras que la circunstancia del apartado segundo se construye sobre el mayor desvalor de acción; MUÑOZ CONDE, *PE*, 18ª, 2010, p. 641, quien considera justificada la circunstancia ante la frecuencia de estos supuestos, si bien advierte que es un elemento extraño desde el punto de vista del bien jurídico; de la misma opinión MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *DP ambiental*, 2012, p. 373. Más contundente en relación con la previsión de la circunstancia subjetiva, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 6ª, 2010, p. 965, quien afirma que la agravación de la pena para el que comete el incendio forestal por un móvil económico no es suficiente.

llegarse atendida la forma como se ha redactado la nueva circunstancia cualificante prevista en el proyectado art. 353.1.5 del Anteproyecto).

Además, el hecho de que se hayan descrito en el mismo precepto todas las circunstancias pone en duda de qué manera se ha de valorar el supuesto en el que concurren varias de las cualificaciones en un mismo incendio, sean todas ellas objetivas, sean una o varias objetivas y la subjetiva (problema que ya se plantea en la vigente regulación del art. 353 CP). Porque evidentemente no puede tener la misma respuesta punitiva el sujeto que, por móvil económico, comete el incendio forestal básico que el sujeto que, por el mismo móvil económico, comete el incendio forestal causando alguno de los resultados descritos en el proyectado art. 353.1.

Desde el punto de vista de la regulación vigente, ya se ha planteado la cuestión de si la previsión contenida en el art. 353 CP debe ser interpretada como un tipo mixto alternativo o como un tipo mixto acumulativo, incluyendo en esta discusión la relación entre las propias circunstancias objetivas del art. 353.1 CP. En el caso de la concurrencia de varias de las circunstancias objetivas descritas en este precepto penal, de manera unánime se ha excluido la posibilidad de acumular los efectos agravatorios establecidos en este art. 353.1 CP, apoyada esta interpretación, entre otros argumentos, en el hecho de que el propio legislador cuando ha querido acumular los efectos agravatorios de la pena por la concurrencia de varias circunstancias lo ha hecho expresamente (como por ejemplo en la regulación de los delitos de estafa), deduciéndose que si en la regulación de los incendios forestales no se ha establecido esta agravación de manera expresa es que tal incremento punitivo no se puede apreciar³⁶.

Si la propuesta reformadora llega a prosperar, el efecto acumulativo entre las circunstancias cualificantes objetivas descritas en el proyectado art. 353.1 a lo sumo se podrá plantear en una ocasión: cuando una de las circunstancias concurrentes sea la de la afectación a un espacio natural protegido. Pues como en el Anteproyecto-septiembre 2013 esta circunstancia se menciona de manera duplicada, será posible plantear el proyectado art. 353.1 para valorar la concurrencia de una de estas circunstancias agravatorias y, a continuación, se aplicará el proyectado art. 358 bis para valorar la afectación al espacio natural protegido. Más adelante, al ocuparnos de esta circunstancia cualificante volveremos sobre esta cuestión.

Como se ha indicado, en el Derecho vigente también pueden concurrir una o varias de las circunstancias objetivas (art. 353.1 CP) junto con la circunstancia subjetiva de actuar para obtener un beneficio económico (art. 353.2 CP), siendo discutible en este caso cuál habrá de ser la solución a adoptar. Desde el punto de vista del tenor literal parece que la conclusión ha de ser la misma a la defendida en el caso de que concurren una o varias de las circunstancias objetivas, pues en el vigente art. 353.1 se establece que “las penas señaladas

³⁶ Para más detalles, por todos, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p. 143 n. 208; DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *Incendios forestales*, 2001, p. 195; EL MISMO, *Protección penal frente a los incendios forestales*, 2004, p. 96; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Incendios*, 2004, p. 42; LOS MISMOS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP X-III*, 2007, p. 159.

en el artículo anterior se impondrán en su mitad superior cuando el incendio alcance especial gravedad”, y en el vigente art. 353.2 se prescribe que “también se impondrán dichas penas en su mitad superior”, esto es, las penas del artículo anterior (y no las penas del art. 353.1) cuando el autor actúe para obtener el beneficio económico. En ambos casos (en el apartado 1 y 2) se establece la misma regla de determinación de la pena: se impondrán las penas del art. 352 en su mitad superior cuando el incendio alcance especial gravedad o el autor actúe para obtener un beneficio económico, no incrementándose la pena aplicable cuando el incendio alcance especial gravedad y además el autor haya actuado para obtener un beneficio económico.

Ahora bien, pese a que no se pueden acumular los efectos agravatorios cuando concurren varias de las circunstancias descritas en el art. 353 CP (sea que concurren sólo circunstancias objetivas, sea que concurren las circunstancias objetivas junto con la subjetiva), lo que sí podrá tener en cuenta el Juez, a la hora de la individualización judicial de la pena, es la concurrencia de varias de dichas circunstancias para imponer la pena concreta dentro de los límites establecidos en este precepto. Esta ha sido la interpretación prácticamente unánime en la doctrina³⁷, si bien algún autor³⁸ ha defendido que en el caso de que concorra alguna de las circunstancias objetivas (art. 353.1 CP) con la circunstancia subjetiva (art. 353.2 CP) serán aplicables las dos, proponiendo la solución del efecto acumulativo, no con el incremento de la responsabilidad penal a través del art. 353 CP, pues el tenor literal no lo permite, sino a través del planteamiento de un concurso ideal entre el delito de incendio forestal agravado porque el autor ha actuado para obtener un beneficio económico (art. 353.2 CP) y el delito contra el medio ambiente (arts. 325.1 o 326 CP) porque el incendio forestal ha alcanzado especial gravedad al concurrir alguna de las circunstancias objetivas descritas en el art. 353.1 CP.

En el Anteproyecto-octubre 2012 y Anteproyecto-abril 2013 no quedaba suficientemente claro si se iba a mantener o no la equiparación penológica entre las circunstancias descritas en el apartado 1 y la circunstancia subjetiva del apartado 2. Porque la modificación del apartado 1, para eliminar la regla de determinación de la pena, había de afectar necesariamente al apartado 2, y, sin embargo, en ambos textos prelegislativos se había

³⁷ Admiten la concurrencia de las circunstancias objetivas junto con la circunstancia subjetiva, sin acumular los efectos agravatorios de la responsabilidad penal, pero utilizando una de las circunstancias para establecer la pena del art. 352 en su mitad superior, y valorando las restantes circunstancias concurrentes en la individualización judicial de la pena, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 977; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP II*, 2ª, 2004, p. 1041; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.)/DÍAZ MARTÍNEZ (coord.), *CP II*, 3ª, 2012, p. 1251; GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios*, 2ª, 2011, p. 1355, quien se muestra partidario de que, a efectos de pena, se debería tener en cuenta la posibilidad de que concurren varias circunstancias descritas en este precepto; MARAVER GÓMEZ, en AAVV, *Memento Práctico*, 2011, p. 1281 (nm. 14841). Por su parte, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 133, admite también la compatibilidad entre las circunstancias del art. 353.1 y la circunstancia subjetiva del art. 353.2 CP, sin que ello suponga una acumulación de los efectos agravatorios de la responsabilidad penal, pero critica esta opción legislativa, por cuanto la diferente naturaleza del fundamento de las agravaciones y su compatibilidad debería haberse valorado para permitir una hiperagravación en los casos en los que concurrieran las circunstancias objetivas con la subjetiva.

³⁸ Es la tesis defendida por QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 6ª, 2010, p. 966.

mantenido la regla de determinación de la pena de la regulación vigente “También se impondrán dichas penas en su mitad superior”, una regla que estaba conectada con el apartado 1 y que, con el cambio de redacción propuesto de este apartado, difícilmente se podía mantener esta conexión, pues ¿qué penas se impondrán en su mitad superior si en el apartado 1 hay sólo una pena? ¿Cómo se va a imponer también dichas penas en su mitad superior si no hay un supuesto inicial en que se haya dispuesto que las penas se impondrán en su mitad superior?

Como esta modificación en la redacción del art. 353.2 en el Anteproyecto-octubre 2012 y Anteproyecto-abril 2013 se tenía que producir necesariamente, ¿sería correcto que la solución fuera dar una nueva enumeración a las circunstancias previstas en el proyectado art. 353.1, pasando de seis a siete circunstancias cualificantes?³⁹ Ello significaría mantener la equiparación penológica entre circunstancias de diferente fundamento agravatorio, y no se castigaría más gravemente al sujeto que, actuando por un móvil económico, es capaz de causar un incendio forestal de graves efectos ambientales.

Creo que la solución podría ser otra, si se sigue aceptando que el sujeto que actúa por el móvil económico ha de tener una respuesta punitiva especial: en el art. 352 CP se podrían tipificar dos modalidades delictivas, la primera sería la existente, incendiar montes o masas forestales, castigada con las penas de prisión de 1 a 5 años y multa de 12 a 18 meses, y la segunda sería la conducta de incendiar montes o masas forestales para obtener un beneficio económico, y se castigaría con las anteriores penas en su mitad superior (la misma regla de determinación de la pena cuando en el hecho concurre una circunstancia agravante), esto es, prisión de 3 a 5 años y multa de 15 a 18 meses. Y en el art. 353 se regularía el delito de incendio forestal agravado por los efectos ambientales, y para que la pena fuera diferente dependiendo de si concurre o no el móvil económico, se podrían establecer dos reglas de determinación de la pena diferentes, dependiendo de si el sujeto actuaba o no con tal motivo cuando ha cometido el incendio forestal agravado (si no concurre este motivo, prisión de 3 a 6 años, y si concurre dicho motivo, prisión de 4 años y 6 meses a 6 años). Y aún quedaría por resolver qué pena sería aplicable al autor del incendio forestal básico, con o sin móvil económico, y agravado por los efectos ambientales, con o sin móvil económico, que pone en peligro a las personas.

³⁹ Esta propuesta de reenumeración de todas las circunstancias mencionadas en el vigente art. 353 CP, dejando de diferenciar entre las descritas en el apartado 1 y la descrita en el apartado 2, es defendida por VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentario*, 2010, p. 783. De hecho, en algunas exposiciones explicativas de los delitos de incendio forestal aparece esta fórmula, al hacerse una enumeración de todas las circunstancias cualificantes del art. 353 CP. Este es el método expositivo utilizado por GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *PE*, 2ª, 2010, p. 260; CORTÉS BECHIARELLI, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, p. 614. Por su parte, TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *PE*, 9ª, 2011, p. 1417, ofrece como argumento explicativo para esta diferenciación de las circunstancias cualificantes en dos apartados del art. 353 CP el diferente origen histórico de las mismas: las descritas en el apartado 1º proceden del CP 1944/1973 (en concreto, de la reforma operada en el año 1987), la descrita en el apartado 2º se introduce con la aprobación del vigente CP. De todas maneras, este autor también reconoce la diferencia de contenido material entre las circunstancias descritas en uno y otro apartado, lo que en principio podría explicar su deslinde a través de apartados diferentes.

El Anteproyecto-septiembre 2013 ha optado por otra solución diferente. Se ha corregido la redacción del proyectado art. 353.2 para establecer que se impondrá la misma pena, se supone que se está refiriendo a la misma pena del apartado 1, por tanto se impondrá la pena de (prisión) tres a seis años⁴⁰. Se repite, pues, la equiparación penológica entre las circunstancias del apartado 1 y la circunstancia del apartado 2 de la regulación vigente, sólo modificada con la propuesta del incremento penológico, pasándose por alto que entre ellas existe un fundamento de agravación diferente (la mayoría, basadas en los efectos ambientales del incendio, alguna en la supuesta peligrosidad del incendio y la agravación basada en el móvil económico del autor) y con la imposibilidad o dificultad para el incremento punitivo en caso de que concurren varias circunstancias en el mismo hecho.

Al igual que en el caso de concurrencia de circunstancias objetivas, si la propuesta de reforma prospera, habría un caso en el que se podría producir el efecto acumulativo de varias circunstancias, con el consiguiente incremento penológico: cuando el incendio cometido por el sujeto que actúa por móvil económico afecte a un espacio natural protegido: el proyectado art. 353.2 entraría en aplicación para abarcar el desvalor adicional concurrente basado en el móvil económico (castigándose con una pena de tres a seis años – de prisión-), y, para atender al mayor desvalor por la afectación a un espacio natural protegido, en lugar de apreciar el proyectado art. 353.1.3 se podría aplicar la disposición común del proyectado art. 358 bis, con el consiguiente incremento de pena que ello supondría (se castigaría con prisión de seis años y un día a nueve años). Veremos más adelante, al ocuparnos de la circunstancia (hiper) cualificante de afectación a un espacio natural protegido si esta posibilidad sería o no factible, nuevamente en caso de prosperar la reforma en la manera como se ha planteado en el Anteproyecto-septiembre 2013.

6. La penalidad de los delitos de incendio forestal: el Anteproyecto, ¿propone una agravación o un privilegio punitivo?

Como se ha indicado en la introducción de este comentario, el objetivo de la reforma es endurecer la respuesta penal frente al autor de un incendio forestal que ocasiona importantes daños al patrimonio natural y a bienes públicos y privados, o al que genera situaciones de peligro para la integridad física de las personas.

La forma como se ha concretado esta finalidad ha sido, sí, el aumento de la pena de prisión para los incendios forestales cualificados por los efectos ambientales, pues de la pena de prisión de 3 a 5 años y multa de 15 a 18 meses (art. 353 CP) se va a pasar a la pena de

⁴⁰ El cambio introducido en el Anteproyecto-septiembre 2013 en la redacción del proyectado art. 353.2 se debe a la incorporación de una de las observaciones puestas de relieve en el dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto-abril 2013; en concreto, se advirtió que debía corregirse la concordancia en número –singular- entre los apartados 1 y 2 del art. 353, de forma que el apartado 2 comenzara “Se impondrá la misma pena...”, porque el apartado 1 se refiere sólo a una pena (y en este momento también se pide que se precise que la pena del apartado 1 es la de prisión, observación que no se ha tenido en cuenta en la redacción del Anteproyecto-septiembre 2013). Véase dictamen del Consejo de Estado, número de expediente 358/2013, aprobado el 27 de junio de 2013, 57.

prisión (se supone) de 3 a 6 años. Nos surge la duda de si esta pena va a incrementarse considerablemente o no si el incendio forestal agravado por el efecto ambiental afecta a un espacio natural protegido, pues de la pena de prisión de 3 a 5 años y multa de 15 a 18 meses prevista en el vigente art. 353.1.3º CP se va a pasar a la pena de (prisión) de 3 a 6 años, si se aprecia en tal caso el proyectado art. 353.1.3º, o a la pena de prisión de 5 años y 1 día a 7 años y 6 meses y multa de 18 meses y 1 día a 27 meses, si se opta por aplicar la disposición común del proyectado art. 358 bis al delito de incendio forestal (tipificado en el art. 352 CP) y, en consecuencia, se inaplica el proyectado art. 353.1.3º. Lo que no parece que pueda plantearse es la aplicación acumulada de los dos preceptos en proyecto, el 353.1.3º y el 358 bis, cuando la única circunstancia cualificante concurrente sea la afectación a un espacio natural protegido, pues ello supondría sí, un importante aumento de la pena, pues podría llegar a imponerse la de 6 años y 1 día a 9 años (de prisión), pero a costa de la vulneración del principio *ne bis in idem*, pues se estaría valorando dos veces la misma circunstancia, la afectación a un espacio natural protegido⁴¹. Y dudoso resulta que pueda apreciarse la acumulación de estos dos preceptos (los proyectados arts. 353.1 y 358 bis), con el efecto en el incremento de la pena de 6 años y 1 día a 9 años, cuando junto a la afectación a un espacio natural protegido concurre otra u otras circunstancias cualificantes del proyectado art. 353.1, a no ser que se defienda que, de manera poco correcta técnicamente, a través de la aplicación conjunta de los dos mencionados preceptos propuestos, se ha introducido un supuesto de tipo mixto acumulativo: cuando de las varias circunstancias cualificantes descritas en el proyectado art. 353.1 una de ellas sea la afectación a un espacio natural protegido. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, en el apartado 8 de este comentario.

Sin justificación en la Exposición de Motivos, también se produce un incremento punitivo para el sujeto que comete un incendio forestal para obtener un beneficio económico con los efectos derivados del incendio, pues de las penas de prisión de 3 a 5 años y multa de 15 a 18 años del vigente art. 353.2 CP se pasa a la pena de 3 a 6 años (de prisión) en el proyectado art. 353.2.

Pero tal incremento punitivo no se produce en absoluto para el caso de que nos encontremos ante un incendio forestal que genera situaciones de peligro para la integridad física de las personas. Porque en la regulación vigente se ha tipificado la conducta de incendiar monte o masa forestal existiendo peligro para las personas, en el art. 352 segundo párrafo CP, y esta conducta se castiga con las penas de prisión de 10 a 20 años y multa de 12 a 24 meses, y si el peligro causado fuera de menor entidad (atendiendo también a las

⁴¹ Este incremento punitivo hasta la pena de seis años y un día a nueve años sí se podía plantear con el Anteproyecto-octubre 2012, ya que en esta versión la afectación a un espacio natural protegido sólo se había previsto en la disposición común, en el proyectado art. 358 bis. Ahora bien, para que tal situación se pudiera plantear era necesario que, previamente, se pudiera apreciar alguna de las circunstancias cualificantes del proyectado art. 353.1 para, a continuación, añadir la afectación al espacio natural protegido (y un incendio que afecta a un espacio natural protegido sí puede ser relativamente frecuente que cause alguno de los efectos que se describen en las circunstancias del proyectado art. 353.1, por ejemplo la alteración significativa de las condiciones de la vida animal o vegetal, la destrucción o el deterioro de los recursos afectados, la afectación a una superficie de considerable importancia –si esta se valora desde un punto de vista cualitativo-).

demás circunstancias del hecho), la conducta se castiga con las penas de prisión de 5 a 10 años menos 1 día y multa de 12 a 24 meses. También se ha tipificado la conducta de incendiar monte o masa forestal causando un grave daño ambiental y poniendo en peligro la vida o integridad de las personas, en el art. 353.1 en relación con el art. 352 segundo párrafo CP, o actuando por un móvil de obtener un beneficio económico y poniendo en peligro la vida o integridad personales, en el art. 353.2 en relación con el art. 352.2 CP; y estas conductas se castigan con las penas de prisión de 15 a 20 años y multa de 18 a 24 meses, y si el peligro causado fuera de menor entidad (atendiendo también a las demás circunstancias del hecho), las conductas se castigan con las penas de prisión de 7 años y 6 meses a 10 años menos 1 día y multa de 18 a 24 meses. El Anteproyecto-septiembre 2013, planteado para incrementar la pena a los sujetos que cometen un incendio forestal generando situaciones de peligro para la integridad física de las personas, va a castigar esta conducta con la pena de prisión de 3 a 6 años, pues este hecho se puede subsumir en el proyectado art. 353.1.4. Y si el incendio forestal que pone en peligro a las personas además afecta a un espacio natural protegido, la pena se incrementará a prisión de 6 años y 1 día a 9 años, siempre y cuando se acabe aceptando la acumulación de los proyectados arts. 353.1 y 358 bis, o dicho de otra manera, siempre y cuando no se mantenga que el proyectado art. 353.1 sigue siendo un tipo mixto alternativo, sin excepciones, por lo que, en el caso de que se cumplan varias de las circunstancias en él descritas, sólo este precepto vendrá en aplicación.

La posibilidad de apreciar el delito de incendio forestal del art. 352.2 CP para atender al peligro para las personas, evitando de este modo el privilegio punitivo que puede generar la reforma en este punto, se ha complicado un poco más con el Anteproyecto-septiembre 2013, al menos cuando este peligro para las personas surja de la aproximación del incendio a núcleos de población o a lugares habitados. Esta dificultad se debe a que en este Anteproyecto-septiembre 2013 se ha precisado aún más el ámbito aplicativo del proyectado art. 353.1, proponiéndose su aplicación a “los hechos a que se refiere el artículo anterior”⁴² y estos hechos son incendiar montes o masas forestales (art. 352.1 CP) e incendiar montes o masas forestales si ha existido peligro para la vida o integridad de las personas (art. 352.2 CP).

⁴² En el Anteproyecto-octubre 2012 y el Anteproyecto-abril 2013 el proyectado art. 353.1 tenía la siguiente redacción: “Los hechos serán castigados con una pena de tres a seis años cuando el incendio alcance especial gravedad...”. En el dictamen del Consejo de Estado se advirtió que con aquella referencia a “los hechos” no se especificaba de qué hechos se trataba, proponiendo que se precisara que se ha de referir a “los hechos contemplados en el artículo anterior”, esto es, el incendio de montes o masas forestales. Véase dictamen del Consejo de Estado, número de expediente 358/2013, aprobado el 27 de junio de 2013, 57. La precisión tendría completo sentido si fuera cierto que en el artículo anterior (el art. 352 CP) el hecho que se contempla es el incendio de montes o masas forestales, pero en esta observación se olvida que el art. 352 CP tiene un segundo apartado, en el que precisamente se establece la pena para el que cometa un incendio forestal poniendo en peligro la vida o integridad de las personas. Por esta razón, la concreción que se propone en el dictamen del Consejo de Estado puede generar el efecto señalado en el texto de que la reforma pretendida va a suponer un privilegio punitivo para el que comete un incendio forestal poniendo en peligro a las personas, al menos cuando este peligro se derive de la aproximación del incendio a una zona poblada o a un lugar habitado, pues la concreción realizada en el apartado 1 del proyectado art. 353 tendrá como efecto la imposibilidad de recurrir al delito de incendio forestal tipificado en el art. 352.2 CP para castigar este hecho.

Hecha esta exposición comparativa, ¿se está cumpliendo la premisa de la que se ha partido en la Exposición de Motivos del Anteproyecto? ¿Se pretende luchar contra los incendios intencionados que ponen en peligro a las personas con un aumento de la pena?

Porque con esta pretendida reforma no sólo se estaría poniendo en duda la posibilidad de aplicar la pena que ahora se prevé en el delito de incendio forestal agravado por el efecto ambiental y el peligro para las personas a través del art. 353.1 en relación con el art. 352 segunda parte CP, sino que el propio delito básico de incendio forestal con peligro para las personas, tipificado en el art. 352 segunda parte CP, estaría siendo “revisado” con esta propuesta de reforma, a pesar de que el Anteproyecto no ha querido modificar este precepto penal, pues de prosperar la propuesta de reforma el tipo cualificado de incendio forestal se aplicaría, bien porque con el incendio se han producido graves efectos ambientales, bien porque con el incendio se ha generado una situación de riesgo para las personas, riesgo que se deduciría del hecho de que el fuego afecte a zonas próximas a núcleos de población o a lugares habitados. A no ser que, para mantener la vigencia del delito básico de incendio forestal con peligro para las personas, se pretenda diferenciar supuestos diversos en los que puede producirse el riesgo para las personas como consecuencia de la comisión de un incendio forestal⁴³: cuando el peligro aparezca porque el fuego alcanza a una zona poblada, se aplicaría el art. 353 en la versión proyectada, por tanto se aplicaría la pena de prisión de 3 a 6 años, y cuando el peligro aparezca en otras circunstancias, peligro para las personas que se encuentran en el monte, alejadas de zonas pobladas, etc., se aplicaría el art. 352 segunda parte CP, por tanto se aplicaría la pena de prisión de 10 a 20 años y multa de 12 a 24 meses o prisión de 5 a 10 años menos 1 día y multa de 12 a 24 meses ¿? O que con la propuesta de reforma lo que realmente se pretende castigar más gravemente no es el peligro personal que se puede derivar de la aproximación del fuego a una zona poblada, a pesar de lo expresado en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, sino los daños a bienes públicos y privados que se van a ocasionar con el fuego que ha alcanzado a la zona poblada, pues recordemos que este también es uno de los objetivos de la propuesta de reforma (los incendios en muchos casos ocasionan importantes daños a bienes públicos o privados) ¿?

⁴³ Habría otra forma de salvar la vigencia del delito básico de incendio forestal con peligro para las personas: entendiendo que en el art. 352.2 CP se está castigando el peligro concreto para la vida e integridad personales, y que en la regulación vigente hay una laguna de punibilidad, incomprensible e injustificada, pues no hay modalidad delictiva que resulte aplicable cuando el incendio se cometa en circunstancias de las que se pueda derivar la peligrosidad *ex ante* de esta conducta para la vida e integridad de las personas, es decir, no hay tipo penal aplicable cuando el incendio comporta peligro abstracto para las personas, tampoco el genérico delito de incendio común del art. 351 CP, pues recordemos que el art. 352.2 CP remite a este precepto cuando con el incendio forestal se pone en peligro a las personas, y hemos de entender que tal remisión es a todos los efectos, no sólo para la aplicación de las consecuencias jurídicas descritas en él. Desde la tesis que aquí se defiende, efectivamente, los arts. 351 y 352.2 CP tipifican delitos de peligro concreto para la vida e integridad de las personas, pero esto no significa que no haya posibilidad de castigar conductas incendiarias que impliquen peligrosidad para tales bienes jurídicos, pues tal castigo se podrá lograr a través de los genéricos delitos cualificados de daños cometidos mediante incendio del art. 266 CP. Para más detalles sobre esta propuesta interpretativa, véase TRAPERO BARREALES, *Incendio, estragos y daños*, 2006, *passim*, y en especial pp. 94 y ss., pp. 149 y ss., pp. 291 y ss., pp. 310 y ss.

Como ya se ha mencionado, indirectamente, la proyectada reforma del art. 353 va a afectar al delito de incendio forestal imprudente, y en este caso con un efecto de privilegio punitivo⁴⁴. En primer lugar, porque en la propuesta de reforma del art. 353 se incrementa la pena en su límite máximo, pero no en su límite mínimo, y se suprime la pena de multa, por lo que la regla de determinación de la pena del delito imprudente prevista en el art. 358 CP se aplicará de idéntica manera, pero sólo respecto de la pena de prisión, desapareciendo la pena de multa, pena que sí se impone en la vigente regulación del delito de incendio forestal imprudente. Y, en segundo lugar, como se acaba de indicar, porque en la propuesta de reforma del art. 353 se rebaja la pena cuando con el incendio forestal se genera riesgo para las personas, pasando a ser prisión de 3 a 6 años, por lo que la pena aplicable al incendio forestal imprudente con riesgo para las personas será sustancialmente menor a la que puede imponerse en la regulación vigente⁴⁵.

⁴⁴ Uno de los efectos privilegiantes en la pena del delito de incendio forestal imprudente se ha corregido, sin pretenderlo, ya en el Anteproyecto-abril 2013 y se mantiene en el Anteproyecto-septiembre 2013. Me explico. En el Anteproyecto-octubre 2012, una vez eliminada la circunstancia de afectación a un espacio natural protegido de la enumeración del proyectado art. 353.1, se había propuesto introducir la disposición común en el proyectado art. 358 bis, aplicable a los delitos dolosos de incendios forestales, de zonas de vegetación forestal y de bienes propios, a través de la cual se proponía incrementar la pena en estos delitos cuando el hecho afecte a un espacio natural protegido, pero no se había previsto esta posibilidad cuando el incendio se cometa por imprudencia grave. De esta falta de previsión resultaba que en el incendio forestal imprudente que afectara a un espacio natural protegido esta circunstancia no iba a tener relevancia (a salvo la posibilidad de su valoración en la individualización judicial de la pena) a diferencia de lo que sucede en la regulación vigente, pues el incendio forestal que afecta a un espacio natural protegido está descrito en el vigente art. 353.1.3º CP, por lo que sí tiene una respuesta penal agravada cuando tal incendio se comete imprudentemente, a través de la aplicación del art. 358 en relación con el art. 353.1.3º CP. Como se ha indicado, este efecto privilegiante se ha corregido, ya en el Anteproyecto-abril 2013, al introducir como circunstancia cualificante en el proyectado art. 353.1.4 la consistente en que el incendio afecte a un espacio natural protegido, y en el Anteproyecto-septiembre 2013, por una doble vía, a través de su inclusión como circunstancia cualificante en el proyectado art. 353.1.3 y a través de la disposición común del proyectado art. 358 bis, pues aquí se propone aplicar esta disposición común a todos los delitos de incendio (con las dudas que genera sobre si ello ha de entenderse referido a la creación de un supuesto de acumulación o no de penas entre los proyectados arts. 353 y 358 bis en relación con el vigente art. 358 CP). Por cierto, en el caso de incendio imprudente que afecta a un espacio natural protegido la pena más grave resulta de apreciar el proyectado 353.1.3º en relación con el vigente art. 358 (castigando con la pena de un año y seis meses a tres años menos un día –de prisión–), pues si se plantea acumuladamente el vigente art. 358 y el proyectado art. 358 bis la pena sería menor (la pena del delito imprudente del art. 358 se tendría que construir partiendo del art. 352.1 CP, y luego se aplicaría la disposición común) mientras que en el caso del incendio doloso que afecta a un espacio natural protegido la pena más grave resulta de apreciar el vigente art. 352.1 CP en relación con el proyectado art. 358 bis (se castigará con la pena de cinco años y un día a siete años y seis meses y multa dieciocho meses y un día a veintisiete meses).

⁴⁵ En la regulación vigente los delitos de incendio imprudentes se tipifican en el art. 358 CP, recurriendo a una regla de determinación de la pena para establecer la pena que ha de ser aplicada a cada una de las modalidades delictivas. De esta manera, para el incendio forestal imprudente con peligro para las personas (arts. 352.2 en relación con el art. 358 CP) se castigará con las penas de prisión de cinco a diez años menos un día y multa de seis a doce meses menos un día y si el peligro fuera menor (y atendidas el resto de circunstancias), prisión de dos años y seis meses a cinco años menos un día y multa de seis a doce meses menos un día. Si se acepta la posibilidad de que se aplique el delito imprudente de incendio forestal agravado por los efectos ambientales y el peligro para las personas a través de la conexión entre los arts. 353.1-352 segundo párrafo y 358 CP, entonces la pena aplicable sería la siguiente (y para la aplicación de la cláusula de determinación de la pena habrá que partir inicialmente de la pena establecida hecha la conexión entre los arts. 352.2 y 358 CP): primera modalidad, prisión de tres años y nueve meses a siete años y seis meses menos un día y multa de cuatro meses y quince días a nueve meses menos un día, y

Veamos a continuación el sentido de cada una de las circunstancias cualificantes del proyectado art. 353 y las posibles interpretaciones de las más cuestionables, lo que nos permitirá comprobar si el denunciado privilegio punitivo se confirma⁴⁶.

7. Análisis de las circunstancias cualificantes en el art. 353 Anteproyecto

Centraremos nuestra atención en las circunstancias novedosas, al menos aparentemente, de esta propuesta tipificadora:

7.1. Las circunstancias objetivas (art. 353.1)

Se utiliza este término para diferenciar las circunstancias enumeradas en el número 1 de la circunstancia enumerada en el número 2 del art. 353, cuando el autor actúa para obtener un beneficio económico.

Se enumeran seis circunstancias agravatorias, cada una de ellas con una referencia específica a los efectos que normalmente causan o pueden causar los incendios forestales, si bien la última de las circunstancias actúa a modo de cláusula general en la que se pueden incluir las mencionadas con anterioridad y cualquiera otra que tenga relación con el incendio forestal.

a) La circunstancia primera: superficie de considerable importancia

Se mantiene sin ningún cambio en el Anteproyecto-septiembre 2013. En la interpretación sobre el alcance de esta circunstancia interesa destacar básicamente dos cuestiones: en primer lugar, cómo ha de resultar afectada la superficie, y, en segundo lugar, cómo ha de valorarse si la superficie afectada es o no de considerable importancia.

segunda modalidad, prisión de un año, diez meses y quince días a tres años y nueve meses menos un día y multa de cuatro meses y quince días a nueve meses menos un día. Con la propuesta de reforma del art. 353, al pretender castigar el riesgo para las personas a través de la circunstancia cualificante de que el incendio afecte a zona próxima a núcleos de población o a lugares habitados, la primera duda que surgirá es si la modalidad de incendio forestal imprudente con peligro para las personas (art. 352.2 en relación con el art. 358 CP) tendrá o no aplicación, al igual que se planteará dicha duda con la misma modalidad delictiva cometida dolosamente, tal como se ha indicado anteriormente en el texto. Y la segunda duda que surgirá es si la modalidad agravada que se proyecta introducir en el art. 353 tendrá aplicación para el incendio cometido imprudentemente. Para el caso de que se responda afirmativamente a esta cuestión, en tal caso la reducción de la pena sería considerable, ya que pasaría a castigarse con la pena de prisión de un año y seis meses a tres años menos un día.

⁴⁶ Conviene realizar en este momento una precisión previa. Si finalmente prospera la reforma pretendida, y si acaba confirmándose el temor manifestado de que con la introducción de la circunstancia cualificante de que el incendio afecte a núcleos de población o a lugares habitados se vacíe de contenido la previsión del art. 352.2 CP, en tal caso el privilegio punitivo que supone la reforma del art. 353 ha de ser valorado de manera negativa, pues significará que el peligro para la vida e integridad de las personas tiene diferente respuesta penal dependiendo de circunstancias como el objeto material incendiado: si es un monte o masa forestal, se castigará a través del futuro art. 353, con la pena de prisión de tres a seis años, si es otro el objeto material, se castigará a través del art. 351 CP, con las penas de prisión de diez a veinte años o prisión de cinco a diez años menos un día.

Respecto de la primera cuestión, se ha interpretado de forma restrictiva, en el sentido de que se ha de referir a la superficie que ha sido objeto de la combustión por el fuego, excluyendo cualquiera otra forma de incidencia que haya podido menoscabar o perjudicar esa superficie⁴⁷.

En cuanto a la segunda de las cuestiones de interés, la discusión doctrinal se ha centrado en torno a si la superficie de considerable importancia ha de ser evaluada desde una perspectiva cualitativa, esto es, sólo será aplicable cuando la superficie afectada por el incendio sea de considerable importancia atendiendo a los bienes forestales alcanzados por las llamas, atendidas su relevancia ecológico-ambiental y forestal⁴⁸, o si ha de ser evaluada desde una perspectiva cuantitativa, es decir, valorando la extensión de la superficie afectada por el incendio⁴⁹, o, finalmente, si ha de ser valorada desde una perspectiva mixta, cualitativa y cuantitativa, atendiendo a la extensión alcanzada por el incendio y a su valor ecológico⁵⁰.

Esta última interpretación es la que debería estar en consonancia con la *ratio* de la agravación: la superficie puede ser de considerable importancia por la extensión que es pasto de las llamas y/o por el valor ecológico de la superficie afectada (aunque su extensión sea reducida). Porque podrá suceder que el incendio alcance una extensión de considerable importancia, pero el valor ecológico y ambiental de la zona incendiada sea cuantitativamente poco relevante (desde la perspectiva del valor ambiental principalmente), lo que no impedirá, no obstante, la apreciación de esta circunstancia cualificante, o que el incendio alcance una extensión reducida y, sin embargo, el valor ecológico de la zona incendiada sea considerable o muy importante, y no tendría sentido dejar de aplicar en este caso la agravación. Pues ha de tenerse en cuenta, además, que en incendios de reducidas dimensiones, pero de valor ecológico importante, no siempre podrán ser aplicadas las restantes circunstancias cualificantes objetivas. Piénsese, por ejemplo, en el incendio en una zona forestal que aún no ha sido declarada espacio natural protegido y, sin embargo, su valor ecológico es notorio.

⁴⁷ De esta opinión, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 135.

⁴⁸ De esta opinión, POLAINO NAVARRETE, «Sistema legal de incriminación de los delitos de incendio en la reforma de 1987. Especial referencia a los incendios forestales», en AAVV, *ComLP XIII*, 1991, p. 386, aunque este autor en *EPB*, 2002, p. 813, parece decantarse por otra interpretación, al advertir que esta circunstancia cualificante descrita en el art. 353.1.1.º recurre a un “criterio cuantitativo jurídicamente indeterminado”.

⁴⁹ De esta opinión, entre otros, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p. 140, quien advierte de que el tenor literal del art. 353.1.1.º CP alude a la importancia de la superficie en cuanto a su dimensión; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 134 y s.; VERCHER NOGUERA, en DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO (coords.), *CP II*, 3ª, 2002, p. 2117, quien puntualiza que este criterio cuantitativo deberá ser constantemente revisado si se sigue reduciendo la superficie forestal; DE LA CUESTA AGUADO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE II*, 2011, p. 1205, para quien el criterio determinante es la superficie afectada, porque para el valor de lo destruido se tiene en cuenta otras circunstancias del art. 353.1 CP.

⁵⁰ Defienden esta interpretación, entre otros, DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *Incendios forestales*, 2001, p. 192; EL MISMO, *Protección penal frente a los incendios forestales*, 2004, p. 90; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Incendios*, 2004, p. 40; LOS MISMOS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP X-III*, 2007, p. 157.

Queda aún por concretar cuándo la superficie afectada por el incendio es de considerable importancia. A este respecto puede ser orientativa la clasificación de los incendios forestales, atendiendo a la superficie afectada, que ha realizado el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en las estadísticas anuales sobre incendios forestales. En ellas se hace una clasificación de los incendios atendiendo a la extensión alcanzada, diferenciando entre el conato de incendio, que no supera la ha de extensión, el incendio forestal, cuando el fuego alcanza una extensión entre 1 y 500 has, y el gran incendio, cuando el incendio se extiende a una superficie superior a 500 has⁵¹.

Esta circunstancia cualificante se ha aplicado en alguna ocasión por los Tribunales, en concreto, en el incendio forestal ocurrido en la Comunidad Valenciana que alcanzó una extensión total de 2350 has de pinos maderables y otras especies⁵².

b) La circunstancia segunda: grandes o graves efectos erosivos en los suelos

Tampoco esta circunstancia cualificante ha sido modificada en el Anteproyecto-septiembre 2013.

⁵¹ MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *DP ambiental*, 2012, p. 368, recurren a esta clasificación del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente para interpretar esta circunstancia cualificada y, desde esta perspectiva, el gran incendio daría lugar a apreciar esta circunstancia. DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *Incendios forestales*, 2001, p. 192; EL MISMO, *Protección penal frente a los incendios forestales*, 2004, pp. 88 y ss., citaba la clasificación realizada por la antigua Dirección General de Conservación de la Naturaleza del Ministerio de Medio Ambiente: si la superficie afectada es menor a 1 ha es un conato de incendio; si la superficie afectada oscila entre 1 ha y 5 ha es un incendio de pequeña extensión; si la superficie forestal afectada oscila entre 5 y 500 ha es un incendio de mayor extensión; si la superficie afectada oscila entre 500 y 1000 ha es un incendio de gran magnitud, y si la superficie afectada supera 1000 ha es un gran incendio.

⁵² El caso fue juzgado por la AP de Valencia, en Sentencia de 28 de marzo de 1996. Los hechos declarados probados fueron los siguientes: el acusado, el día 26 de mayo de 1994, roció con líquido inflamable varias partidas forestales, prendiéndolas fuego a continuación. Debido al estado del monte y a las condiciones climatológicas se inicia un fuerte incendio forestal, afectando a un total de 2350 has. El incendio, que se había dado por extinguido en las primeras horas del día 2 de junio, por causas indeterminadas se reprodujo a las 12,45 horas de ese día en varios focos, alcanzando un total de 2963 has de otras zonas colindantes al incendio inicial, llegando el fuego a aproximarse a la población de Sot de Chera y Chulilla, lo que obligó a la evacuación de sus habitantes. El incendio se extinguió totalmente el 10 de junio. El Tribunal condenó al acusado por un delito de incendio forestal agravado por el peligro para las personas concurriendo la circunstancia cualificante de haber afectado a una superficie de considerable importancia (la extensión total afectada por el incendio forestal ha sido superior a 5000 has, art. 553 bis b.1^a en relación con el art. 553 bis a.1 CP 1944/1973, supuesto de hecho que se subsumiría en el art. 353.1.1^o en relación con el art. 352.2 CP 1995). La Sentencia fue recurrida, y el TS, en STS núm. 69/1998, de 27 de enero, casó parcialmente la sentencia anterior, ya que sólo se demostró que el acusado había cometido el incendio forestal declarado el día 26 de mayo de 1994, el que afectó a una superficie de 2350 has, condenando al acusado por el delito de incendio forestal básico concurriendo la circunstancia cualificante de haber afectado a una superficie de considerable importancia (art. 553 bis b.1^a en relación con el art. 553 bis a.2 CP 1944/1973, supuesto que se subsumiría en el art. 353.1.1^o en relación con el art. 352.1 CP 1995). También se ha aplicado el delito de incendio forestal agravado por afectar a una superficie de considerable importancia en la SAP Guadalajara núm. 10/2012, de 9 de julio, en este caso el fuego se ha extendido a una superficie total de 12874 has.

A través de la misma se pone de relieve una de las funciones de los montes o masas forestales, la función medioambiental, al contribuir a la protección de los suelos, reduciendo y/o amortiguando su erosión⁵³.

La erosión se define como el progresivo desgaste de la superficie terrestre debido a la acción de agentes geomorfológicos externos (lluvia, viento, hielo) o a la acción antrópica, esto es, debido a la intervención del hombre provocando una elevación de las pérdidas del suelo mediante la alteración de alguno de los factores que controlan este fenómeno⁵⁴.

Los factores que controlan la erosión son, por un lado, la mayor o menor agresividad de los agentes erosivos (lluvia, viento), la erosionabilidad del suelo (esto es, la resistencia del suelo a los procesos de desprendimiento y transporte, atendiendo a las propiedades del suelo especialmente, y a su posición topográfica, pendiente y grado de alteración), y la naturaleza de la cubierta vegetal⁵⁵. La vegetación actúa como capa amortiguadora entre la atmósfera y el suelo: los componentes aéreos (hojas y tallos) absorben parte de la energía de las gotas de lluvia, del agua en movimiento y del viento, de modo que su efecto es menor que si actuaran directamente sobre el suelo, y los componentes subterráneos (los sistemas radiculares) contribuyen a la resistencia mecánica del suelo⁵⁶.

El incendio forestal actúa sobre el elemento que controla y amortigua los factores erosivos: porque el fuego destruye la cubierta vegetal, lo que favorece y/o incrementa la erosividad del agua (aumenta el impacto del agua y la correspondiente salpicadura, al caer directamente sobre el suelo, sin contrarrestación de la cubierta vegetal) y del viento (al desaparecer la vegetación se elimina uno de los obstáculos que actúan sobre la mayor o menor velocidad del viento), y destruye las propiedades del suelo. El mayor o menor

⁵³ Esta función medioambiental ha sido reconocida expresamente en la legislación, estatal y autonómica, en materia de montes. A mero título ejemplificativo, en el art. 4 de la Ley 43/2003 de montes. En esta misma Ley se dedica un Título (el IV) a la conservación y protección del monte, objetivos que se tratan de conseguir a través de la regulación de los usos del suelo (Capítulo I), la conservación de suelos, la lucha contra la erosión y la desertificación y restauración hidrológico-forestal (Capítulo II), la regulación relativa a los incendios forestales (Capítulo III) y la sanidad y genética forestal (Capítulo IV). En relación con la conservación de los suelos y la lucha contra la erosión y la desertificación, se ha previsto en esta Ley la elaboración y aprobación de un Programa de Acción Nacional contra la desertificación, que tendrá como objetivos la prevención y la reducción de la degradación de las tierras, la rehabilitación de las tierras parcialmente degradadas y la recuperación de las tierras desertificadas (art. 41.1 y 2). También se ha previsto en esta Ley la elaboración y aprobación de un Plan Nacional de Actuaciones Prioritarias de Restauración Hidrológico-Forestal, que diagnosticará e identificará, por subcuencas, los procesos erosivos, clasificándolos según su intensidad y riesgo potencial para las poblaciones, cultivos e infraestructuras, definiendo las zonas prioritarias de actuación (art. 41.3 y 4).

⁵⁴ Es la definición propuesta por DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *Incendios forestales*, 2001, p. 193; EL MISMO, *Protección penal frente a los incendios forestales*, 2004, p. 90.

⁵⁵ Para más detalles, MORGAN, *Erosión y conservación del suelo*, 1997, pp. 69-87; ARTEMI CERDÁ, «La erosión del suelo y sus tasas en España», *Ecosistemas* 3, 2001, p. 4.

⁵⁶ MORGAN, *Erosión y conservación del suelo*, 1997, pp. 87-94. Advierte este autor de la importancia de los terrenos forestales en la protección del suelo frente a la erosión: porque mantienen altas tasas de evapotranspiración, interceptación e infiltración, y, por tanto, generan pequeñas escorrentías. Y las bajas tasas de escorrentía y el papel protector de la capa de residuos sobre la superficie del suelo producen reducidos índices de erosión (p. 205); ARTEMI CERDÁ, *Ecosistemas* 3, 2001, p. 4, quien advierte que la cubierta del suelo determina las tasas de erosión.

impacto en los factores erosivos va a depender de la intensidad del incendio y de las especies vegetales afectadas por el mismo (si el incendio destruye o no totalmente la cubierta vegetal) y de su capacidad de regeneración natural⁵⁷. Y porque tras el incendio, las labores de extracción de la madera quemada y las labores de preparación del terreno para su reforestación también pueden incidir en mayor o menor medida en los factores erosivos⁵⁸.

Pese a que es un hecho ampliamente reconocido que los incendios forestales son factores que aceleran el efecto erosivo, ello no facilita la apreciación de esta circunstancia cualificante. Al contrario, se van a plantear particulares problemas para su apreciación, por varios motivos: en primer lugar, porque en la degradación o desgaste de los suelos van a intervenir diversos factores, algunos de ellos ajenos al incendio forestal, como la inclinación del terreno, o la intensidad de las lluvias en la zona, o la capacidad de regeneración espontánea de la vegetación. En segundo lugar, porque este efecto erosivo aparecerá a largo plazo (o, en todo caso, tras el incendio, al dejar al descubierto el suelo), y su apreciación requerirá normalmente de un juicio de pronóstico de especialistas, que tendrán que evaluar los efectos erosivos que se hubieran producido de no llevar a cabo la reparación y restauración de la zona incendiada⁵⁹, además de evaluar los efectos erosivos que se van a derivar de las labores de limpieza de la zona incendiada y de su restauración artificial. Y, en tercer lugar, porque la evaluación del efecto erosivo en los suelos (ya existente y/o el que surgirá a medio y largo plazo) exige un conocimiento reservado a expertos, conocimientos especiales de los que carecerá normalmente el autor del incendio

⁵⁷ Para más detalles, ARTEMI CERDÁ, *Ecosistemas* 3, 2001, p.3; ECHEVARRÍA/PÉREZ-CABELLO/IBARRA/DE LA RIVA/CÁNCER, en MARZOLFF/RIES/DE LA RIVA/SEEGGER (eds.), *Uso del suelo y degradación*, 2003, p. 74, quienes destacan que el calcinamiento de la vegetación no es total, pues suelen salvarse las estructuras lignificadas de los árboles y arbustos que, junto a los sistemas radiculares subyacentes, reducen la susceptibilidad a la erosión, porque limitan la velocidad del flujo y mejoran los parámetros de infiltración, y disminuyen el potencial cinético de la precipitación neta.

⁵⁸ ECHEVARRÍA/PÉREZ-CABELLO/IBARRA/DE LA RIVA/CÁNCER, en MARZOLFF/RIES/DE LA RIVA/SEEGGER (eds.), *Uso del suelo y degradación*, 2003, pp. 86 y s.: las tareas extractivas de madera intensifican los procesos de degradación edáfica, porque la apertura de trochas y pistas, la compactación del terreno por la circulación de maquinaria pesada y la decapitación de los horizontes superficiales a raíz del arrastre de los troncos disminuyen considerablemente la capacidad de infiltración del suelo. Y las labores de preparación del terreno para la reposición de la cubierta vegetal provocan la aparición de zonas sujetas a procesos de desestructuración edáfica.

⁵⁹ La obligación de restauración de la zona incendiada aparece prevista en todas las legislaciones, estatal y autonómicas, relativas a esta materia. Tal obligación recae, bien sobre el propietario de la masa forestal, bien sobre el responsable del incendio forestal, y en todo caso, de forma subsidiaria, en las Administraciones Públicas competentes. Véase, ampliamente, y a mero título ejemplificativo, arts. 50 y 77 Ley 43/2003, de montes; arts. 51, 53 y 70 Ley 5/1999, de 29 de junio, de prevención y lucha contra los incendios forestales de Andalucía; arts. 65 y 96 de la Ley 3/2004, de 23 de noviembre, de montes y ordenación forestal del Principado de Asturias; art. 13 Ley 2/1988, de 31 de mayo, de conservación del suelo y protección de cubiertas vegetales naturales de Castilla-La Mancha; arts. 70 a 78, 92 a 96, 124 y 125 Ley 3/2009, de 6 de abril, de montes de Castilla y León; arts. 41 y 79 Ley 6/1988, de 30 de marzo, Forestal de Cataluña; arts. 62 y 80 Ley 5/2004, de 24 de junio, de prevención y lucha contra los incendios forestales en Extremadura; arts. 64 y 113 Ley 7/2012, de 28 de junio, de montes de Galicia; arts. 51, 54 a 60, 92 Ley 2/1995, de 10 de febrero, de protección y desarrollo del patrimonio forestal de La Rioja; arts. 48, 54, 66 a 69, 111 Ley 16/1995, de 4 de mayo, forestal y de protección de la naturaleza en la Comunidad de Madrid; arts. 57.4, 70 y 71 Ley 3/1993, de 9 de diciembre, Forestal de la Comunidad Valenciana.

forestal, lo que dificultará la construcción del tipo subjetivo respecto de esta circunstancia cualificante⁶⁰.

Los problemas aplicativos de esta circunstancia cualificante acabados de señalar no se han tratado de subsanar en la propuesta de reforma de los incendios forestales, pues, como ya se ha indicado, la circunstancia cualificante se mantiene en su literalidad.

Para su apreciación se requiere que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos. Con el primer adjetivo, “grandes”, se estaría aludiendo a la extensión de superficie degradada como consecuencia del incendio, y con el otro adjetivo, “graves”, se aludiría al grado de degradación del suelo, cualquiera que sea la extensión que haya alcanzado. De este modo, se pretende abarcar toda trascendencia erosiva del incendio forestal, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa, aunque sea a costa de establecer el mismo tratamiento para cuando se producen estas graves consecuencias desde los dos puntos de vista de manera conjunta⁶¹.

⁶⁰ Para más detalles, GONZÁLEZ GUITIÁN, «La nueva regulación del delito de incendios forestales», en *EM-Fernández Albor*, 1989, pp. 370 y s.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p. 141, quien, para evitar estos inconvenientes en la aplicación de la circunstancia cualificante, propone una redacción diferente de la circunstancia, bastando con el peligro de grandes o graves efectos erosivos de los suelos (“que puedan derivarse grandes o graves efectos erosivos en los suelos”), y para plantear el dolo respecto de esta circunstancia bastaría con que el sujeto conociera las circunstancias de riesgo en un grado suficiente, no siendo necesario su efectiva previsión del resultado; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 136 y s.; GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios*, 2ª, 2011, p. 1354, quien añade que, probablemente, lo que el legislador quiso es hacer referencia a la posibilidad de que, como consecuencia del incendio, se puedan derivar graves efectos erosivos, vinculando el incremento de la pena a la posibilidad de que se produzca esa consecuencia, no a la efectiva realidad de la erosión, pero el artículo no dice esto, por lo que las posibilidades de aplicación de esta circunstancia cualificante se ven drásticamente reducidas; MARAVER GÓMEZ, en AAVV, *Memento Práctico*, 2011, p. 1281 (nm. 14837), quien advierte de la utilización de conceptos muy técnicos en la redacción del art. 353.1 CP, cuya interpretación corresponde al juzgador, en este caso el Tribunal del Jurado. Rechazan estos problemas sobre la aplicación de la circunstancia cualificante del art. 353.1.2º CP, COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Incendios*, 2004, p. 41; LOS MISMOS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP X-III*, 2007, p. 158, porque, en su opinión, la circunstancia cualificante requiere que se deriven efectos erosivos en los suelos, por lo que no se exige realizar ningún juicio de pronóstico, sino un juicio valorativo en relación con la eficacia lesiva del incendio concreto de que se trate. Por otro lado, la agravación no se hace depender de la cualidad del suelo, sino de la envergadura y efectos del incendio sobre el mismo, y los datos ajenos al propio incendio serán elementos integradores del objeto material sobre el que recae el incendio y determinantes de la lesividad del medio empleado. Sobre esta circunstancia cualificante, CUGAT MAURI, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios PE II*, 2004, p. 1514, es de la opinión de que la misma concurre cuando se causan efectos erosivos, que no significa lo mismo que la efectiva erosión de la tierra. Esto es, para esta autora la circunstancia se aplica cuando “como consecuencia del incendio se degrada la calidad de la tierra haciéndola más vulnerable a las lluvias, etc., y para la consumación de este tipo penal no se exige que la erosión haya tenido lugar efectivamente y que se haya desprendido la tierra por el efecto de la tormenta”.

⁶¹ Véase, para más detalles, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p. 141 y s., quien añade que tampoco hubiera sido aconsejable la agravación de la responsabilidad penal para el caso de que el efecto erosivo fuera al mismo tiempo grande y grave; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 138 n. 45; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Incendios*, 2004, p. 42; LOS MISMOS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP X-III*, 2007, p. 159; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentario*, 2010, p. 783; MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *DP ambiental*, 2012, p. 369. Ya con anterioridad, POLAINO NAVARRETE, en AAVV, *ComLP XIII*, 1991, p. 386, destacaba que, a diferencia de la circunstancia primera (relativa a la superficie afectada por el incendio), en la circunstancia cualificante relativa a los efectos erosivos se

c) La circunstancia tercera: alteración significativa de las condiciones de vida animal o vegetal, o afectación a algún espacio natural protegido

Estamos ante una circunstancia cualificante que ha sufrido un cambio en la propuesta regulativa, desde el Anteproyecto-octubre 2012, en el que, ocupando el lugar número 4, su tenor literal iba referido al incendio que afecta a zonas forestales que constituyan el hábitat de especies animales en peligro de extinción o de flora amenazada, o que altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal, el Anteproyecto-abril 2013, que, manteniendo el puesto número 4 en la enumeración, cambia su redacción, volviendo al tenor de la misma circunstancia cualificante prevista en el vigente art. 353.1.3º CP, que el incendio altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal o afecte a algún espacio natural protegido, hasta el Anteproyecto-septiembre 2013, en el que sólo introduce respecto del anterior Anteproyecto un cambio en la ordenación de la circunstancia, pasando del número 4 al número 3⁶².

Aunque ya se ha abandonado esta propuesta regulativa, parece oportuno que se haga una referencia a la circunstancia cualificante que se había planteado en el Anteproyecto-octubre 2012, la basada en la afectación a zonas forestales que constituyen el hábitat de especies animales en peligro de extinción o de flora amenazada. Con esta circunstancia parece que se pretendía dar respuesta a una de las razones esgrimidas para defender la reforma de los incendios forestales, justificando el incremento punitivo del proyectado art. 353: los incendios forestales ocasionan importantes daños al patrimonio natural.

Pero, ¿significa que la regulación vigente no tiene respuesta penal frente al incendio forestal que causa daños importantes al patrimonio natural? Una vez más, la respuesta ha de ser negativa. Porque la circunstancia cualificante ya existente consistente en la alteración significativa de las condiciones de la vida animal o vegetal bien puede ser utilizada para dar el tratamiento penal adecuado frente a los daños ambientales ocasionados con el incendio. Con mayor motivo la respuesta ha de ser negativa a la vista de la forma como se ha interpretado esta circunstancia: además de exigir que se trate de una alteración negativa⁶³, la exégesis se ha hecho en concordancia con los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna (regulados en el Capítulo IV, en el Título XVI del Libro II CP), en el

establecía como criterio de cualificación punitiva la mera producción de efectos erosivos, tanto grandes como graves, en una forma indiscriminada, en el sentido de que, en vez de procederse a valorar la relevancia de la erosión conforme a su alcance cualitativo-cuantitativo, se acogía el criterio cuantitativo junto al genuinamente cualitativo, con una valoración unilateral e indiscriminadamente igualitaria entre sí.

⁶² Este cambio en la ordenación de las circunstancias se debe a que en el dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto-abril 2013 se había pedido la reconsideración de la alteración en la enumeración de las circunstancias en el art. 353.1, pues, aunque sean meramente formales, introducen disfunciones para los operadores jurídicos, especialmente en el manejo de la jurisprudencia. Véase dictamen del Consejo de Estado, número de expediente 358/2013, aprobado el 27 de junio de 2013, 57.

⁶³ Así lo advierte SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p. 142 y s., poniendo como ejemplo de alteración positiva de las condiciones de vida animal o vegetal el incendio que destruye árboles enfermos que amenazan con contaminar a extensiones mayores de bosque. De la misma opinión, haciendo referencia a que la alteración ha de ser negativa, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 139; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Incendios*, 2004, p. 42; LOS MISMOS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP X-III*, 2007, p. 159.

sentido de que ha de implicar la destrucción o la alteración grave del hábitat natural (art. 332 CP), y/o la destrucción de la fauna, impidiendo o dificultando la reproducción de las especies, con el consiguiente peligro de extinción (arts. 334 y 336 CP)⁶⁴. También se ha propuesto como criterio hermenéutico la comprobación de que la destrucción o perturbación tiene carácter irreversible y/o catastrófica, en el sentido de la circunstancia cualificante del delito contra el medio ambiente descrita en el art. 326 CP; especialmente útil será la valoración de si la alteración tiene o no carácter irreversible atendiendo a las dificultades para la regeneración de las condiciones de vida animal o vegetal⁶⁵, si bien, desde esta perspectiva, en la práctica puede resultar inaplicable tal criterio, dada la obligación de reparación y restauración de los montes que recae en el responsable del incendio forestal o, en su caso, en las Administraciones Públicas (arts. 50 y 77 Ley de montes)⁶⁶.

En cualquier caso, sea o no este el sentido de la circunstancia consistente en alterar significativamente las condiciones de la vida animal o vegetal⁶⁷, en la actualidad es objeto de discusión doctrinal como ha de resolverse la relación concursal existente entre los delitos de incendio forestal y los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna, cuando con el incendio forestal se destruye gravemente el hábitat de especies amenazadas o en peligro de extinción (una de las posibles conductas típicas de los arts. 332 y 334 CP)⁶⁸.

⁶⁴ Para más detalles en torno a la incidencia de los incendios forestales en la alteración de las condiciones de vida animal o vegetal, DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *Incendios forestales*, 2001, p. 194; EL MISMO, *Protección penal frente a los incendios forestales*, 2004, p. 92; DE LA CUESTA AGUADO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE II*, 2011, p. 1205.

⁶⁵ Este es el criterio interpretativo que ha manejado VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *CP*, 1988, p. 3296, en la exégesis de esta misma circunstancia cualificante de los incendios forestales en el CP 1944/1973. Así, este autor advertía que si el incendio forestal no dañaba sensiblemente la masa forestal, de manera que la vida animal en la zona podía seguir desarrollándose como antes del incendio, aunque fuera con leves alteraciones, en tal caso no se debería apreciar la circunstancia cualificante. Y si la vida vegetal se reconstituía por sí misma después del incendio tampoco se apreciaría la circunstancia cualificante; sólo si era necesaria la intervención de la mano del hombre se estaría en presencia de una reforestación necesaria por imposibilidad de reproducción espontánea de la vida vegetal, en cuyo caso sí se apreciaría la agravante.

⁶⁶ Sobre este particular, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p. 143, advierte que, para valorar si se ha producido o no una alteración significativa de las condiciones de la vida animal o vegetal, no se tendrá en cuenta las eventuales labores repobladoras que se adopten tras el incendio forestal.

⁶⁷ La aplicación judicial de esta circunstancia ha sido escasa, y no se ha podido deducir cuál ha sido el criterio tenido en cuenta para su apreciación. Así, en la SAP Lugo núm. 166/2003, de 5 de diciembre, se ha aplicado las circunstancias 2ª, 3ª y 4ª del art. 353.1 CP a un incendio forestal. En la declaración de hechos probados se afirma que el incendio ha provocado graves efectos erosivos en los suelos, ha alterado significativamente las condiciones de la vida animal y vegetal y ha causado un grave deterioro y destrucción de los recursos afectados. Tal conclusión se ha extraído atendiendo a los informes de dos peritos, pero no hay un relato de hechos que permitan llegar a tal deducción.

⁶⁸ La mayoría de la doctrina ha optado por el recurso a las reglas del concurso de leyes, resuelto a favor del delito de incendio forestal (y en esta solución también se incluye el delito de daños en un espacio natural protegido, tipo penal que plantea el problema concursal con el vigente delito cualificado de incendio forestal del art. 353.1.3º CP cuando el incendio afecta a un espacio natural protegido). Así, de esta opinión, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p. 150; CALDERÓN CEREZO, en CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, p. 387; PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *PE*, 8ª, 2009, p. 1338; MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, p. 901; GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios*, 2ª, 2011, p. 1354; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *PE*,

El Anteproyecto-octubre 2012 parece que pretendía dar carpetazo a esta discusión, pues con aquella circunstancia cualificante se podría llegar a la conclusión de que no podría plantearse el concurso de delitos entre el incendio forestal y el delito contra la flora o la fauna, al menos no cuando la conducta típica de estos últimos delitos sea la relativa a destrucción o alteración grave del hábitat de la especie de fauna en peligro de extinción (sí se planteará el problema concursal cuando se destruya el hábitat de especie de fauna amenazada) o de flora amenazada. Pero no hubiera sido una tesis concluyente, pues se podría diferenciar entre afectar a una zona que constituye el hábitat de las especies amenazadas (verbo típico del delito de incendio forestal agravado en el Anteproyecto-octubre 2012) y destruir o alterar gravemente el hábitat (verbos típicos de los delitos relativos a la protección de la flora o la fauna)⁶⁹.

9ª, 2011, p. 1418 s.; SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, 2012, pp. 213 y s. CUGAT MAURI, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios PE II*, 2004, p. 1514, quien parece ser partidaria de resolver el concurso a favor de los delitos contra el medio ambiente, al afirmar que “en su caso (estos) podrían desplazar, si no al delito de incendio, sí a la cualificación”. De otra opinión, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP II*, 2ª, 2004, p. 1041; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.)/DÍAZ MARTÍNEZ (coord.), *CP II*, 3ª, 2012, p. 1250, quienes proponen recurrir a las reglas del concurso de delitos, si bien estos autores proponen tal solución cuando concurran los requisitos de los delitos contra el medio ambiente tipificados en los arts. 325 y 330 CP; MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *DP ambiental*, 2012, p. 370, también proponen la aplicación de las reglas del concurso de delitos, pues los bienes jurídicos protegidos son diferentes: en los arts. 332 y 334 CP se protegen especies amenazadas, en el art. 353 la seguridad colectiva y el medio ambiente representado en elementos bióticos no necesariamente amenazados.

⁶⁹ En cuanto al alcance en particular de esta circunstancia cualificante que se proponía introducir en el Anteproyecto-octubre 2012, a través del verbo afectar se podría entender que el incendio destruye o altera, si bien no se descartan otras interpretaciones posibles como que el incendio tenga incidencia en la zona forestal sin necesidad de destruir dicha vegetación. La afectación habría de recaer sobre la zona forestal que constituye el hábitat de determinadas especies, resultando llamativo que en esta modalidad agravada se cambiara el término con el que se denomina el objeto material de los delitos de incendio forestal, pues si en el tipo básico este es el monte o la masa forestal, ahora en el tipo agravado en el Anteproyecto-octubre 2012 se denominaba con el término zona forestal, lo que significa que no se estaba aludiendo al objeto material del delito de incendio forestal propiamente dicho, sino al lugar donde existe vegetación forestal, reafirmando así que el verbo afectar no implicaría necesariamente la destrucción o deterioro de la vegetación. Se restringiría la aplicación de esta circunstancia cualificante al requerir que se estuviera ante el hábitat de especies animales en peligro de extinción o de flora amenazada, quedando fuera la posibilidad de aplicar este supuesto cuando el incendio afectara a zonas forestales que constituyen el hábitat de especies animales amenazadas. Las expresiones en peligro de extinción o amenazadas se interpretarían en concordancia con los mismos términos empleados en la regulación de los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna, para concretar su significado habría que atender a la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad. Resulta dudosa la calificación de este elemento típico (especies en peligro de extinción o amenazadas), si se hubiera tratado de un elemento normativo del tipo o hubiera sido un elemento teórico (o, incluso, un elemento teórico con un componente normativo); en cualquier caso, fuera cual fuera su calificación, hubieran sido muy complejos los problemas que hubieran planteado en el tratamiento del error, en medida muy similar o prácticamente idéntica a los problemas del error sobre los genuinos elementos normativos del tipo. Para más detalles sobre estas cuestiones, véase, ampliamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, 2008, p. 97 ss. Finalmente, el incendio habría de afectar a zonas forestales que constituyan el hábitat de especies catalogadas, en el catálogo español o en el correspondiente catálogo de las CCAA, como en peligro de extinción si son especies animales o como amenazadas si son especies de flora. Y el sujeto tendría que abarcar con el dolo todos los elementos que hubieran conformado esta circunstancia.

Como se ha indicado con anterioridad, el Anteproyecto-octubre 2012 fue enviado al CF⁷⁰ y al CGPJ⁷¹ para que se elevaran los preceptivos informes sobre la propuesta de reforma. Como consecuencia de las observaciones formuladas directa o indirectamente a esta circunstancia cualificante, en el Anteproyecto-abril 2013 se procedió a su eliminación, recuperando la redacción de la vigente circunstancia cualificante descrita en el art. 353.1.3^o CP (ocupando un lugar distinto, el número 4 en el Anteproyecto), propuesta que se mantiene en el Anteproyecto-septiembre 2013 (volviendo a ocupar el puesto número 3 en este Anteproyecto).

Volviendo a la propuesta regulativa del Anteproyecto-septiembre 2013, en este número 3 se enumeran dos circunstancias cualificantes; su propuesta de redacción no altera (al menos directamente) la doble cualificación que ya se prevé en el vigente art. 353.1.3^o CP. Se

⁷⁰ En el Informe CF al Anteproyecto de LO de reforma del CP, 2013, 281 (en relación con la propuesta reguladora del Anteproyecto-octubre 2012), se indica que la nueva redacción dada al proyectado art. 353.1.4 no mejora el texto del vigente art. 353.1.3^o CP, donde se perfila la agravación de manera más general y eficaz, por lo que se propone mantener la redacción vigente. No entraremos a valorar el fondo de esta observación, tan solo conviene ahora destacar que no se aclara de qué manera se debe articular esta propuesta de mantenimiento de la circunstancia mencionada en el vigente art. 353.1.3^o, consistente en que el incendio altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal o *afecte a algún espacio natural protegido*, con la introducción en la propuesta de reforma de una circunstancia cualificante aplicable a todos los delitos de incendio forestal (entre otros delitos), consistente también en que el incendio afecte a algún espacio natural protegido, a través de la disposición común del proyectado art. 358 bis. De manera clara, la observación formulada por el CF ha sido la que se ha incorporado al Anteproyecto-abril 2013, y se mantiene en el Anteproyecto-septiembre 2013.

⁷¹ En el Informe CGPJ al Anteproyecto de LO de reforma del CP, 2013, 229 s. (en relación con la propuesta reguladora del Anteproyecto-octubre 2012) no se plantea ninguna objeción a la introducción de esta circunstancia cualificante, pero sí se considera contraproducente que se pueda apreciar conjuntamente con la circunstancia relativa a la afectación a un espacio natural protegido (esta última a través de la disposición común del proyectado art. 358 bis), pues la aplicación conjunta de ambas circunstancias cualificantes daría lugar a una punición notablemente exasperada. Para evitar este efecto en el informe se aconseja introducir un matiz en el proyectado art. 353.1.4 para que este precepto no resulte de aplicación cuando el incendio se produzca en un espacio natural protegido. Sin entrar a valorar lo acertado o no de esta alegación, pues de la misma parece deducirse que existe una cierta similitud, no identidad, entre la afectación a un espacio natural protegido y la afectación a zonas forestales que constituyan el hábitat de especies amenazadas o la alteración significativa de las condiciones de vida animal o vegetal, de esta propuesta formulada en el Informe se puede deducir lo siguiente: en primer lugar, cuando el incendio afecte a una zona que constituya el hábitat de especies amenazadas o altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal este hecho no implica necesariamente que también concurra la circunstancia de que el incendio está afectando a un espacio natural protegido (deducción que sería correcta). En segundo lugar, entre estas circunstancias sí hay cierta similitud, pues el espacio natural protegido es generalmente una zona que constituye el hábitat de especies amenazadas, o en el espacio natural protegido se desarrolla la vida silvestre (deducción razonable, siempre y cuando no se quiera identificar plenamente). En tercer lugar, se estaría aceptando la aplicación conjunta de los proyectados arts. 353.1 y 358 bis en relación con la agravación consistente en que el hecho afecta a un espacio natural protegido. En cuarto lugar, tal aplicación conjunta tendría una excepción: cuando el incendio afecta a zonas forestales que constituyen el hábitat de especies amenazadas o altera significativamente las condiciones de vida animal o vegetal y afecta a un espacio natural protegido, por tratarse de circunstancias cualificantes que tendrían una gran semejanza; en este caso, de la propuesta de no apreciar la agravación de proyectado art. 353.1.4^o se ha de derivar que la solución debería pasar por la apreciación del delito básico de incendio forestal tipificado en el art. 352 y la agravación propuesta en el proyectado art. 358 bis, con la consecuencia penológica que se deduciría de tal aplicación conjunta. En quinto lugar, el proyectado art. 353.1.4^o vendría en aplicación cuando el incendio causante de los efectos descritos en esta circunstancia no afecte al mismo tiempo a un espacio natural protegido.

trata de una agravación con la que se destaca la función medioambiental que cumplen los montes o masas forestales, en su contribución al mantenimiento de la capacidad productiva de la biodiversidad⁷².

La primera circunstancia, que el incendio altere significativamente de las condiciones de vida animal o vegetal, su aplicabilidad depende de la concreción del adverbio “significativamente”, pues inherente al incendio forestal será la destrucción o menoscabo de la masa forestal alcanzada por las llamas, y también la alteración o modificación de las condiciones de vida animal o vegetal de la zona afectada por la combustión de la vegetación forestal⁷³. Para el establecimiento de su alcance, como ya se ha indicado, en el Derecho vigente se ha planteado una interpretación sistemática con determinados delitos contra el medio ambiente, fundamentalmente (pero no exclusivamente) con los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna.

La segunda, que el incendio afecte a algún espacio natural protegido. Para la concreción del ámbito de aplicación de esta circunstancia cualificante⁷⁴ es preciso recurrir a la legislación estatal y autonómica relativa a la conservación de los espacios naturales⁷⁵. En el ámbito

⁷² Esta función de los montes ha sido reconocida expresamente en el art. 4 de la Ley 43/2003 de montes, en la definición de la función social de los montes, desde la perspectiva de su consideración como proveedores de múltiples servicios ambientales. Para DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *Incendios forestales*, 2001, p. 41, el mantenimiento de la biodiversidad es la manifestación de la función biológica que cumplen los montes, no corresponde a la función medioambiental.

⁷³ La doctrina especializada en la exégesis de los delitos de incendio forestal ha advertido de que todo incendio forestal altera las condiciones de la vida animal o vegetal, por lo que resulta inevitable exigir un elemento adicional para poder apreciar la circunstancia cualificante. Este requisito adicional se ha incorporado a través de un término vago o impreciso, con el adverbio significativamente, si bien se ha reconocido que no resulta posible una concreción mayor de esta circunstancia cualificante. Para más detalles, por todos, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p. 142; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 138 y s.; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Incendios*, 2004, p. 42; LOS MISMOS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP X-III*, 2007, p. 159.

⁷⁴ Puede ser objeto de discusión si nos encontramos ante un elemento normativo del tipo o ante una norma penal en blanco o un elemento en blanco de un tipo penal (que son elementos normativos en sentido amplio o afines a los elementos normativos). Sobre estas categorías, su definición y las dificultades que plantean en relación con el tratamiento del error sobre las mismas, véase, ampliamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, 2008, *passim*, y en particular pp. 41 y ss., pp. 81 y ss. y n. 8 p. 82, n. 31 p. 91, pp. 189 hasta el final; EL MISMO, «El error en el derecho penal económico», en SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de DP empresarial*, 2010, pp. 49 y ss.

⁷⁵ Así lo reconocen, entre otros, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 140, quien añade que estamos ante la circunstancia cualificante que prescinde de criterios valorativos para su apreciación, por lo que su aplicación no va a generar las dudas valorativas que se plantearán con el resto de circunstancias del art. 353.1 CP, pero este efecto se ha conseguido a costa de aumentar la accesoria o dependencia de los actos administrativos, y de manera intensificada, pues la declaración del espacio natural protegido puede ser competencia de la Administración estatal o autonómica; DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *Incendios forestales*, 2001, p. 194; EL MISMO, *Protección penal frente a los incendios forestales*, 2004, p. 92. Proponen esta interpretación desde la perspectiva de la circunstancia cualificante regulada en el Título XVI del libro II CP, dedicado a los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, el patrimonio histórico y los delitos contra el medio ambiente, entre otros, FARALDO CABANA, «Art. 330», en FARALDO CABANA (dir.)/PUENTE ABA (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente*, 2011, pp. 345 y ss.; HAVA GARCÍA, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZ OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE II*, 2011, p. 1074; SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA (dir.)/PUENTE ABA (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente*, 2011, p. 462; SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, 2012, pp. 210 y s.

estatal, la definición de los espacios naturales se encuentra en el art. 27⁷⁶ de la Ley 42/2007, del patrimonio natural y de la biodiversidad; según el art. 29 de la misma Ley, los espacios naturales protegidos se clasifican en a) parques⁷⁷, b) reservas naturales⁷⁸, c) áreas marinas protegidas⁷⁹; d) monumentos naturales⁸⁰ y d) paisajes protegidos⁸¹⁸². En el ámbito autonómico, la clasificación de los espacios naturales coincide ampliamente con la legislación estatal, si bien en algunos ámbitos territoriales se añaden otras categorías, atendiendo a su singularidad⁸³, planteándose la duda de si no resultará excesiva la

⁷⁶ La definición es como sigue: “1. Tendrán la consideración de espacios naturales protegidos 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”.

⁷⁷ El art. 30.1 de la Ley 42/2007 define los parques de la siguiente manera: “son áreas naturales que, en razón a la belleza de sus paisajes, la representatividad de sus ecosistemas o la singularidad de su flora, de su fauna o de su diversidad geológica, incluidas sus formaciones geomorfológicas, poseen unos valores ecológicos, estéticos, educativos y científicos cuya conservación merece una atención preferente”.

⁷⁸ En el art. 31.1 de la Ley 42/2007 se definen las reservas naturales como sigue: “son espacios naturales, cuya creación tiene como finalidad la protección de ecosistemas, comunidades o elementos biológicos que, por su rareza, fragilidad, importancia o singularidad merecen una valoración especial”.

⁷⁹ Las áreas marinas protegidas se definen en el art. 32.1 de la Ley 42/2007: “son espacios naturales designados para la protección de ecosistemas, comunidades o elementos biológicos o geológicos del medio marino, incluidas las áreas intermareal y submareal, que en razón de su rareza, fragilidad, importancia o singularidad, merecen una protección especial”.

⁸⁰ Los monumentos naturales se definen en el art. 33.1 Ley 42/2007: “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./ 2. Se considerarán también monumentos naturales los árboles singulares y monumentales, las formaciones ecológicas, los yacimientos paleontológicos y mineralógicos, los estratotipos y demás elementos de la gea que reúnan un interés especial por la singularidad o importancia de sus valores científicos, culturales o paisajísticos”.

⁸¹ Los paisajes protegidos se definen en el art. 34.1 de la Ley 42/2007: “son partes del territorio que las Administraciones competentes, a través del planeamiento aplicable por sus valores naturales, estéticos y culturales, y de acuerdo con el Convenio del paisaje del Consejo de Europa, consideren merecedores de una protección especial”.

⁸² A estas cinco categorías mencionadas en el art. 29 de la Ley 42/2007 habrá que añadir la Red Ecológica Europea Natura 2000, compuesta por los Lugares de Importancia Comunitaria, Zonas Especiales de Conservación y Zonas de Especial Protección para las Aves, que tienen la consideración de espacios protegidos con la denominación de espacio protegido Red Natura 2000 (véase arts. 41 a 48 Ley 42/2007). E, igualmente, se han de incluir las áreas protegidas por instrumentos internacionales (art. 49 Ley 42/2007), entre los que se mencionan los humedales de importancia internacional (del Convenio relativo a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas), los sitios naturales de la lista del Patrimonio Mundial (de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural), las áreas protegidas (del Convenio para la protección del medio ambiente marino del Atlántico del nordeste), las Zonas Especialmente Protegidas de Importancia para el Mediterráneo (del Convenio para la protección del medio marino y de la región costera del Mediterráneo), los Geoparques (declarados por la UNESCO), las Reservas de la Biosfera (declaradas por UNESCO), las Reservas biogenéticas (del Consejo de Europa). FARALDO CABANA, en FARALDO CABANA (dir.)/PUENTE ALBA (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente*, 2011, pp. 347 y s., propone este concepto amplio de espacio natural protegido, incluyendo también las categorías que se reconozcan en las diferentes legislaciones de las CCAA.

⁸³ Así, en la Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el inventario de espacios naturales protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección, en el art. 2 se establecen los siguientes regímenes de protección en Andalucía, además de las figuras establecidas en la Ley estatal (en la antigua Ley 4/1989): parajes naturales, parques periurbanos, reservas naturales concertadas y zonas de

importancia comunitaria, definiéndose a continuación estas cuatro categorías; la Ley 6/1998, de 19 de mayo, de espacios naturales protegidos de Aragón: en el art. 8 los espacios naturales protegidos de Aragón se clasifican en a) parques nacionales, b) parques naturales, c) reservas naturales (y en el art. 11 se distinguen dos tipos, las reservas naturales integrales y las reservas naturales dirigidas), d) monumentos naturales y e) paisajes protegidos, definiéndose cada una de estas categorías en los arts. 9 a 13; la Ley 5/1991, de 5 de abril, de protección de los espacios naturales de Asturias: en el art. 15 se clasifican los espacios naturales protegidos en a) parque natural, b) reserva natural, y estas se clasifican en reservas naturales integrales y reservas naturales parciales, c) monumentos naturales y d) paisajes protegidos, definiéndose cada categoría en los arts. 16 a 20; el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de ordenación del territorio de Canarias y de espacios naturales de Canarias: en el art. 48 se clasifican los espacios naturales protegidos a) parques, diferenciando entre parques naturales y parques rurales, b) reservas naturales, diferenciando entre reservas naturales integrales y reservas naturales especiales, c) monumentos naturales, d) paisajes protegidos y e) sitios de interés científico, definiendo a continuación cada categoría; la Ley 4/2006, de 19 de mayo, de conservación de la naturaleza de Cantabria: en el art. 8 se clasifican los espacios naturales en a) parques nacionales; b) parques naturales; c) reservas naturales; d) monumentos naturales; e) paisajes protegidos; f) zonas de la Red Ecológica Europea Natura 2000; g) áreas naturales de especial interés, definiendo cada categoría en los arts. 9 a 15; la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de conservación de la naturaleza de Castilla-La Mancha: en el art. 40 se clasifican los espacios naturales protegidos en a) parques naturales, b) reservas naturales, c) microrreservas, d) reservas fluviales, e) monumentos naturales, f) paisajes protegidos y g) parajes naturales, definiéndose cada categoría en los arts. 41 a 47; la Ley 8/1991, de 10 de mayo, de espacios naturales de Castilla y León: en el art. 12 se clasifican los espacios naturales protegidos en a) parques, distinguiéndose entre los parques regionales y los parques naturales b) reservas naturales, c) monumentos naturales y d) paisajes protegidos, definiéndose cada categoría en los arts. 13 a 16; la Ley 12/1985, de 13 de junio, de espacios naturales de Cataluña: en el art. 21 los espacios naturales se clasifican en a) parques nacionales, b) parajes naturales de interés nacional, c) reservas naturales y d) parques naturales, definiéndose cada una de estas categorías en los arts. 22 a 25; la Ley 8/1998, de 26 de junio, de conservación de la naturaleza y de espacios naturales de Extremadura: en el art. 16 se clasifican los espacios naturales en a) parques naturales, b) reservas naturales, c) monumentos naturales, d) paisajes protegidos, e) zonas de interés regional, f) corredores ecológicos y de biodiversidad, g) parques periurbanos de conservación y ocio, i) lugares de interés científico, j) árboles singulares y j) corredores ecoculturales, definiéndose cada categoría en los arts. 17 a 26; la Ley 9/2001, de 21 de agosto, de conservación de la naturaleza de Galicia: en el art. 9 los espacios naturales protegidos se clasifican en a) reserva natural, b) parque nacional, c) parque natural, d) monumento natural, e) humedal protegido, f) paisaje protegido, g) zona de especial protección de los valores naturales, h) espacio natural de interés local, y) espacio privado de interés natural, definiéndose cada categoría en los arts. 11 a 18; la Ley 1/1991, de 30 de enero, de espacios naturales y de régimen urbanístico de las áreas de especial protección de las Islas Baleares: en el art. 2 las áreas de especial protección se clasifican en a) área natural de especial interés, b) área rural de interés paisajístico y c) área de asentamiento en paisaje de interés, definiéndose a continuación cada una de estas categorías. Y los espacios naturales protegidos se regulan en la Ley 5/2005, de 26 de mayo, para la conservación de los espacios de relevancia ambiental, clasificando los espacios de la siguiente manera: a) parques naturales, b) parajes naturales; c) reservas naturales (integrales y especiales), d) monumentos naturales, e) paisajes protegidos, f) lugares de interés científico y g) microrreservas, definiendo cada categoría en los siguientes artículos; la Ley 4/2003, de 26 de marzo, de conservación de espacios naturales de La Rioja: en el art. 12 se clasifican los espacios naturales protegidos en a) parques naturales, b) reservas naturales, c) monumentos naturales, d) paisajes protegidos, e) zonas especiales de conservación de importancia comunitaria, y f) áreas naturales singulares, definiéndose cada categoría en los arts. 13 a 18; la Ley 4/1992, de 30 de julio, de ordenación y protección del territorio de la región de Murcia: en el art. 48 los espacios naturales se clasifican en a) parques regionales, b) reservas naturales, c) monumentos naturales y d) paisajes protegidos, remitiendo a la Ley estatal (la antigua Ley 4/1989) para la definición de cada una de estas categorías; la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio, de espacios naturales de Navarra: en el art. 3 los espacios naturales se clasifican en a) reservas integrales, b) reservas naturales, c) enclaves naturales, d) áreas naturales recreativas, e) monumentos naturales, f) paisajes protegidos y g) parques naturales, definiendo a continuación cada una de las categorías; la Ley 16/1994, de 30 de junio, de conservación de la naturaleza del País Vasco: en el art. 13 los espacios naturales protegidos se clasifican en a) parque natural, b) biotopo protegido, c) árbol singular y d) zona o lugar incluido en la Red Europea Natura 2000, definiéndose cada categoría en los arts. 14 a 16 bis; la Ley 11/1994, de 17 de diciembre, de

aplicación de esta circunstancia cualificante en algunas de estas categorías, por ejemplo en el caso de que el incendio se cometa en un parque periurbano o en áreas naturales recreativas, que se definen como espacios naturales situados en las proximidades de un núcleo urbano que se declaran como tales con el fin de adecuar su utilización a las necesidades recreativas de las poblaciones en función de las cuales se declara⁸⁴.

Los espacios naturales protegidos han de ser declarados como tales a través de una disposición normativa, en la mayoría de las ocasiones a través de una Ley o de un Decreto, pero a veces también a través de Órdenes de las correspondientes Consejerías (o denominación similar)⁸⁵; en ella se establece la zona de extensión del espacio natural protegido y los usos permitidos, autorizables y prohibidos que pueden desarrollarse en la zona, entre otras directrices, pudiendo modificarse tales medidas, bien porque se extienda la declaración de espacio natural a otra zona próxima, bien porque se modifiquen las directrices relativas a los usos y aprovechamientos, entre otras. Y en caso de que desaparezcan los elementos y/o fundamentos que motivaron la declaración del espacio natural protegido se procederá a la descatalogación del mismo a través de la disposición normativa del mismo rango que sirvió para su declaración. Dada la necesidad de una disposición normativa para la declaración, modificación y descatalogación de un espacio natural protegido se puede plantear la duda en torno a la posibilidad de aplicar o no esta circunstancia cualificante para el caso de que el incendio forestal se provoque antes de la

espacios naturales protegidos de la Comunidad Valenciana: en el art. 3 los espacios naturales protegidos se clasifican en a) parques naturales, b) parajes naturales, c) parajes naturales municipales, d) reservas naturales, e) monumentos naturales, f) sitios de interés y g) paisajes protegidos, definiéndose cada categoría en los arts. 7 a 13. En esta misma Ley, y por reforma aprobada por la Ley 1/2010, de 11 de marzo, se han añadido los espacios protegidos en la Red Natura 2000, formando parte de ella: a) los lugares de importancia comunitaria hasta su designación como zonas especiales de conservación, b) zonas especiales de conservación y c) zonas de especial protección para las aves.

⁸⁴ Los parques periurbanos son espacios naturales protegidos en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura. Y las áreas naturales recreativas son espacios naturales protegidos en la Comunidad de Navarra. Otro de los espacios naturales protegidos que podría plantear problemas respecto de la aplicación de esta circunstancia cualificante es el espacio privado de interés natural, incluido como espacio natural en la Ley 9/2001, de 21 de agosto, de conservación de la naturaleza de Galicia, pero en esta misma Ley se advierte que los espacios privados de interés natural no se incluirán en la Red gallega de espacios naturales protegidos (art. 18.3).

⁸⁵ Véase, para más detalles, arts. 5 y 8.3 Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el inventario de espacios naturales protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección; art. 18 de la Ley 6/1998, de 19 de mayo, de espacios naturales protegidos de Aragón; art. 23 de la Ley 5/1991, de 5 de abril, de protección de los espacios naturales de Asturias; art. 240 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, del texto refundido de ordenación del territorio de Canarias y de espacios naturales de Canarias; art. 19 de la Ley 4/2006, de 19 de mayo, de conservación de la naturaleza de Cantabria; art. 21 de la Ley 8/1991, de 10 de mayo, de espacios naturales de la Comunidad de Castilla y León; art. 34 de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de conservación de la naturaleza de Castilla-La Mancha; arts. 22 a 25 de la Ley 12/1985, de 13 de junio, de espacios naturales de Cataluña; art. 33 de la Ley 8/1998, de 26 de junio, de conservación de la naturaleza y de espacios naturales de Extremadura; art. 24 de la Ley 9/2001, de 21 de agosto, de conservación de la naturaleza de Galicia; arts. 23 y 24 de la ley 5/2005, de 26 de mayo, para la conservación de los espacios de relevancia ambiental de las Islas Baleares; art. 23 de la Ley 4/2003, de 26 de marzo, de conservación de espacios naturales de La Rioja; art. 48.3 de la Ley 4/1992, de 30 de julio, de ordenación y protección del territorio de la región de Murcia; art. 4 de la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio, de espacios naturales de Navarra; art. 17 de la Ley 16/1994, de 30 de junio, de conservación de la naturaleza del País Vasco; art. 24 de la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de espacios protegidos de la Comunidad Valenciana.

declaración del espacio natural protegido, o antes de la modificación de dicha normativa para ampliar o modificar la extensión del espacio natural protegido, cuando el incendio afecta a la zona que va a ser ampliada, o antes de su descatalogación. Tal cuestión tiene relevancia práctica, ya que uno de los motivos que inducen a la provocación de incendios forestales está relacionado con la declaración de espacios naturales protegidos, porque los habitantes del entorno del espacio natural consideran que tal declaración supone una limitación a su modo de vida tradicional así como un perjuicio a sus intereses. La solución a esta duda ha de venir de la mano de los principios de legalidad penal y de irretroactividad/retroactividad de las normas penales desfavorables.

En ocasiones, además de la declaración de los espacios naturales protegidos se establecen zonas periféricas de protección, que están destinadas a evitar los impactos ecológicos o paisajísticos procedentes del exterior⁸⁶, planteándose la cuestión de si el incendio forestal cometido en esta zona periférica de protección da lugar o no a la apreciación de esta circunstancia cualificante⁸⁷, duda que habrá de ser resuelta de manera negativa, desde una

⁸⁶ Así se reconoce, entre otras, en el art. 37 Ley 42/2007, del patrimonio natural y la biodiversidad; art. 3 de la Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el inventario de espacios naturales protegidos de Andalucía; art. 15 de la Ley 6/1998, de 19 de mayo, de espacios naturales protegidos de Aragón; art. 22 de la Ley 5/1991, de 5 de abril, de protección de los espacios naturales de Asturias; art. 48 de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de conservación de la naturaleza de Castilla-La Mancha; art. 9 de la Ley 8/1991, de 10 de mayo, de espacios naturales de la Comunidad de Castilla y León; art. 9.3 de la Ley 9/2001, de 21 de agosto, de conservación de la naturaleza de Galicia; art. 20 de la Ley 4/2003, de 26 de marzo, de conservación de espacios naturales de La Rioja; art. 18 de la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio, de espacios naturales de Navarra; art. 17.2 de la Ley 16/1994, de 30 de junio, de conservación de la naturaleza del País Vasco; art. 29 de la ley 11/1994, de 27 de diciembre, de espacios naturales protegidos de la Comunidad Valenciana.

⁸⁷ Esta cuestión ha sido planteada y resuelta afirmativamente por la SAP Barcelona núm. 16/2001, de 12 de mayo, en la que se han juzgado los siguientes hechos: el acusado, sobre las 4,00 horas del día 28 de junio de 1998, cuando se dirigía andando hacia la masía "Can Cadafalch", utilizando una pista forestal que une la población con la masía, atravesando zona forestal, prendió fuego en once puntos distintos del recorrido. El fuego afectó a un total de cuatro mil cien metros cuadrados, de los cuales tres mil eran zona boscosa, y del total del terreno afectado por el fuego, mil doscientos metros cuadrados de zona boscosa estaban situados dentro de la zona periférica del parque natural de Sant Llorenç de Munt y Serra de L'Obac. La zona boscosa situada dentro de la zona periférica del Parque Natural estaba protegida por el Plan Especial de Protección del Medio Ambiente y del Paisaje del Espacio Natural de Sant Llorenç de Munt y L'Obac. El Tribunal condena al acusado por un delito de incendio forestal apreciando la circunstancia prevista en el art. 353.1.3º CP, al afectar a un espacio natural protegido, a tenor de lo dispuesto en el art. 18 de la ya derogada Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre. Se advierte que mediante la Resolución de fecha 19 de junio de 1998, publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 2721, de 9 de septiembre de 1998, se había aprobado definitivamente la modificación del Plan Especial de Protección del Medio Físico y de Paisaje del Espacio Natural de Sant Llorenç de Munt y L'Obac. La Sentencia es confirmada, en cuanto a la calificación de la conducta como constitutiva de un delito de incendio forestal agravado por afectar a un espacio natural protegido, por STSJ de Cataluña núm. 15/2001, de 17 de septiembre. A otra solución se llega en la SAP Málaga núm. 140/2003, de 9 de junio, con los siguientes hechos probados: los acusados, en la mañana del día 12 de julio de 2001, realizaban labores de limpieza en una finca quemando los rastrojos existentes en la misma. Debido a que realizaron un precario cortafuegos, y dadas las condiciones de temperatura de la época del año, el viento a favor y las condiciones de la vegetación, las llamas desbordaron el perímetro del cortafuegos, declarándose un incendio que afectó a dos hectáreas de pastizal, matorral, tarajes y rivera del río, así como a una hectárea de la zona periférica de protección del Paraje Natural de la Laguna de Fuente Piedra, considerada como Reserva de la Biosfera. El Tribunal condena a los dos acusados como responsables de un delito de incendio forestal imprudente (art. 358 en relación con el art. 352.1 CP), no planteándose en la sentencia la posibilidad de apreciar el tipo agravado del delito de incendio forestal por

interpretación restrictiva de esta circunstancia cualificante, a no ser que el incendio provocado en la zona próxima acabe afectando al propio espacio natural protegido, de una manera penalmente relevante, atendiendo al significado que se proponga del término afectación. Esta interpretación restrictiva se debería acentuar aún más si acaba prosperando la propuesta reformadora de los incendios forestales, por si fuera posible la diferenciación entre la afectación a un espacio natural protegido que daría lugar a la apreciación de esta circunstancia cualificante y la afectación a un espacio natural protegido que se reconduciría a la apreciación del delito de incendio forestal básico (art. 352.1 CP) y la circunstancia cualificante que se plantea introducir en el proyectado art. 358 bis. De esta manera se podría discriminar a efectos de pena entre grados de afectación, el más grave se castigaría a través del proyectado art. 353.1.3, el menos grave, pero aún así penalmente relevante, a través de la otra solución penológica.

Porque, si la propuesta reformadora se mantiene, se puede introducir una diferenciación cualitativa en la interpretación del verbo afectar, para darle un significado más restrictivo en su utilización para describir la afectación a algún espacio natural protegido como circunstancia cualificante del proyectado art. 353.1.3, y más laxo o amplio en su utilización para describir la afectación a algún espacio natural protegido como circunstancia cualificante en el proyectado art. 358 bis. Si bien ya adelantamos que lo más razonable sería eliminar la mención de esta circunstancia del elenco de agravaciones del proyectado art. 353.1, para evitar las disfunciones aplicativas que genera esta doble propuesta regulativa, se acepte o no el doble significado, más restrictivo y más laxo o amplio, de la circunstancia afectación a algún espacio natural protegido atendiendo a su duplicada presencia en la propuesta regulativa de los incendios forestales.

Según el DRAE, afectar significa menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente, producir alteración o mudanza en algo. Desde esta perspectiva, será necesario que con la acción de incendiar monte o masa foresta se produzca un menoscabo o perjuicio en el espacio natural protegido, sin llegar al extremo de exigir necesariamente que se dañen los elementos que han dado lugar a su constitución, ya que este hecho tendría otra calificación jurídicopenal, a través del delito de daños en un espacio natural protegido⁸⁸. Para dar entidad propia a esta circunstancia cualificante del proyectado art. 353.1.3, diferenciándola de la afectación a algún espacio natural protegido como circunstancia cualificante aplicable a todos los delitos de incendio forestal descrita en el proyectado art. 358 bis, autonomía que podría ser construida en apoyo de la cláusula utilizada para describir el apartado 1, “cuando el incendio alcance especial gravedad”, se puede entender que, para que sea

afectar a un espacio natural protegido, quizás porque los daños causados con el incendio han sido de poca entidad (dieciocho euros), aunque sí se ha admitido que el incendio ha afectado al paraje natural de la Laguna de Fuente de Piedra.

⁸⁸ Obviamente, si la afectación llega a tener esta entidad, en tal caso habrá que plantear el problema concursal entre el delito de incendio forestal agravado y el delito de daños en un espacio natural protegido. Si en la circunstancia cualificante del proyectado art. 353.1.3 se propone una interpretación restrictiva, exigiendo una afectación cualitativamente relevante o significativa, significará que el desvalor de acción y de resultado que se deduce de la afectación-destrucción del elemento que sirve para declarar el espacio natural protegido estará abarcado de manera completa por el delito de incendio forestal, por tanto entre estos delitos habría que plantear las reglas del concurso de leyes, a favor del incendio forestal.

aplicado el proyectado art. 353.1.3 es necesario que tal afectación suponga necesariamente un daño ambiental cualitativamente significativo, porque sólo así se puede establecer la diferencia, cualitativa, entre esta circunstancia y la disposición común del proyectado art. 358 bis⁸⁹. Nuevamente, como ya se ha indicado con anterioridad, con la pretensión de establecer esta diferenciación cualitativa, la afectación a algún espacio natural protegido subsumible en esta circunstancia cualificante del proyectado art. 353.1.3 podría entenderse requiriendo necesariamente que el incendio se desarrolle en el interior del espacio natural protegido, si bien esta exigencia se tiene que relativizar, porque los efectos en el espacio natural pueden ser especialmente graves sin necesidad de que el fuego se desarrolle en su interior.

Obviamente, en la propuesta regulativa también existen argumentos que pueden llevar a no establecer ninguna diferencia en el significado de la circunstancia afectación a algún espacio natural protegido dependiendo de si se pretende aplicar el proyectado art. 353.1.3 o el proyectado art. 358 bis, pues aunque en este segundo precepto no se exija que el hecho sea especialmente grave, también se puede llegar a esta deducción derivando la gravedad cualitativa de la afectación del hecho mismo de tratarse de un espacio natural protegido.

En este segundo caso, si no cabe formular ninguna diferencia cualitativa en la interpretación de la circunstancia afectación del espacio natural protegido según que resulte aplicable uno u otro de los proyectados preceptos, entonces en la exégesis de la circunstancia cualificante que ahora nos ocupa, la descrita en el proyectado art. 353.1.3, se tendrá que asumir la interpretación laxa o amplia, con la exigencia de que, al menos, sea un deterioro o destrucción de una mínima gravedad para que adquiera la relevancia penal respetuosa con los principios garantísticos y limitadores de esta rama del Derecho.

En cualquier caso, se acabe aceptando la interpretación diferenciada de la circunstancia afectación a algún espacio natural protegido, pidiendo un deterioro o destrucción desde un punto de vista cualitativamente más grave en el proyectado art. 353.1.3, el deterioro o destrucción ya no sería tan grave cualitativamente para apreciar el proyectado art. 358 bis, o se descarte esta propuesta interpretativa y se acabe defendiendo un único significado, laxo o amplio, de la circunstancia cualificante sea cual sea el precepto en proyecto que la describa, su doble regulación, en el proyectado art. 353.1.3 y en el proyectado art. 358 bis, va a generar no pocos problemas aplicativos, tal como se expondrá en el último apartado de este comentario.

⁸⁹ En la regulación vigente, la circunstancia de afectación a un espacio natural protegido forma parte de la circunstancia cualificante descrita en el art. 353.1.3^o CP, razón que justifica su interpretación restrictiva, pues todas las circunstancias cualificantes descritas en este precepto exigen para su apreciación que el incendio alcance especial gravedad. Desde esta perspectiva SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 141 y s., ha propuesto una interpretación restrictiva de esta circunstancia, en el sentido de que la afectación puede consistir en la destrucción por el fuego del espacio natural, pero también abarca supuestos en los que la afectación no consiste en la combustión del espacio natural, pero tiene suficiente relevancia, se deriva directamente del incendio y se traduce en la lesión de la realidad ecológica del espacio natural. En resumen, la afectación ha de entenderse en sentido ecológico cualitativo, como alteración lesiva de las condiciones esenciales del espacio natural protegido.

d) La circunstancia cuarta: afectación a zonas próximas a núcleos de población o a lugares habitados

Nos encontramos con una de las novedades más destacadas de este Anteproyecto de reforma de los delitos de incendio forestal y, sin ningún género de duda, si finalmente acaba convirtiéndose en texto legal, la que más problemas aplicativos va a generar a los Tribunales en casos límite.

Primer problema exegético, ¿la afectación se refiere a zonas próximas a núcleos de población o a zonas próximas a lugares habitados? O ¿ha de entenderse que el incendio afecta a zonas próximas a núcleos de población o afecta a lugares habitados? Como puede intuirse, la opción por una u otra tesis tiene consecuencias prácticas importantes, pues no es lo mismo exigir que el incendio llegue hasta las proximidades de los lugares habitados a exigir que el incendio llegue al lugar habitado propiamente dicho.

Segundo problema exegético, el alcance de las expresiones núcleos de población o lugares habitados. Se deduce de estas expresiones la intención de abarcar cualquier espacio o lugar donde habiten personas, con independencia de si este llega a constituir un municipio o es una entidad local de ámbito territorial inferior al municipio, o es un pueblo, una parroquia, una aldea, o es una zona de asentamiento de población donde las viviendas están más o menos alejadas unas de otras, o son entidades singulares de población dentro del término municipal⁹⁰.

Tercer problema interpretativo, y el de mayor alcance, el ámbito aplicativo de esta circunstancia cualificante. Atendiendo a las razones esgrimidas en la Exposición de Motivos para reformar el delito de incendio forestal, la aplicación de esta circunstancia cualificante debería estar orientada al castigo de los incendios que ocasionan importantes daños a bienes públicos o privados y/o que generan situaciones de peligro para la integridad física de las personas.

En una primera aproximación a esta circunstancia cualificante podríamos entender que a través de ella se pretende castigar más gravemente los importantes daños a los bienes. Pero

⁹⁰ Los conceptos entidades singulares de población y núcleos de población y diseminado, se emplean en la elaboración del padrón municipal por el Instituto Nacional de Estadística. La entidad singular de población se define como cualquier área habitable del término municipal, habitada o excepcionalmente deshabitada, claramente diferenciada dentro del mismo, y es conocida por una denominación específica que la identifica sin posibilidad de confusión (por ejemplo, las urbanizaciones y zonas residenciales de temporada pueden ser entidades singulares de población). A las parroquias, hermandades, concejos, diputaciones u otras, se les considera unidad intermedia entre la entidad singular de población y el municipio, y son denominadas agrupaciones de entidades singulares que conforman una entidad colectiva de población con personalidad propia y un origen histórico definido (estas agrupaciones no se han de confundir con las entidades locales menores que son entes locales de ámbito territorial inferior al municipio). Y el núcleo de población se define como el conjunto de al menos diez edificaciones, que están formando calles, plazas y otras vías urbanas. Por excepción, el número de edificaciones podrá ser inferior a diez, siempre que la población que habita en las mismas supere los cincuenta habitantes. También se incluyen en el núcleo aquellas edificaciones que, estando aisladas, distan menos de doscientos metros de los límites exteriores del mencionado conjunto. Las edificaciones o viviendas de una entidad singular de población que no pueden ser incluidas en el concepto de núcleo se consideran en diseminado.

si la circunstancia cualificante consiste en que el incendio afecte a zonas próximas a núcleos de población, por tanto no al propio núcleo de población, ¿qué daños a bienes públicos o privados se habrán ocasionado? El fuego ha estado cerca de la zona poblada, pero sólo las zonas próximas se han visto afectadas, normalmente en esas zonas próximas se habrá quemado la vegetación que rodea a la zona habitada, ¿son estos los importantes daños a bienes públicos o privados que se quieren evitar con el endurecimiento de la pena de prisión? Desde la perspectiva de la otra alternativa, que el incendio afecte a lugares habitados, y entendiendo que la afectación sí alcanza al lugar habitado, en ese caso el fuego sí causará daños a bienes, pues las llamas destruirán ese lugar (la construcción que es utilizada como vivienda y los enseres). En este caso el daño sí ha de calificarse como relevante al suponer la destrucción, total o parcial, del lugar destinado como vivienda, en ocasiones puede tratarse de la primera vivienda del afectado⁹¹.

Ahora bien, si la circunstancia cualificante se describe como que el incendio afecte a zonas próximas a núcleos de población o que el incendio afecte a lugares habitados, está claro que el incendio trasciende a su potencialidad destructiva de objetos o bienes para mostrar su verdadera sustantividad como medio peligroso para la vida e integridad de las personas. Y es esta la verdadera razón de la introducción de esta circunstancia cualificante en el Anteproyecto de reforma del delito de incendio forestal tipificado en el art. 353, tal como se reconoce en la Exposición de Motivos, al destacarse de manera expresa que el incendio genera situaciones de peligro para la integridad física de las personas que puede acarrear la pérdida de vidas, convirtiéndose en un delito de suma gravedad.

En definitiva, a través de esta circunstancia cualificante se estaría introduciendo un delito de peligro para la vida e integridad de las personas. Pero ¿qué clase de delito de peligro se estaría tipificando?

La primera posibilidad, la tipificación de un delito de peligro concreto, debe quedar totalmente descartada, pues para los casos en los que con el incendio forestal se destruye la vegetación forestal y se pone en concreto peligro la vida o integridad de las personas el tipo penal aplicable es el previsto en el vigente art. 352.2 CP, precepto que no se ha propuesto modificar en este Anteproyecto de reforma, castigado con penas de prisión de 10 a 20 años y multa o con prisión de 5 a 10 años menos 1 día y multa.

Si, pese a todo, se admite que con esta circunstancia cualificante se pretende castigar la puesta en concreto peligro de las personas cuando el incendio afecta a un lugar poblado, entonces habría otro argumento para descartar la aplicación del proyectado art. 353.1.4 en situaciones de este tipo, ya no reclamando la aplicación del delito de incendio forestal con peligro para las personas (art. 352.2 CP), pues por el hecho de que el incendio afecta a un

⁹¹ En la actualidad, la respuesta penal frente a estos incendios forestales que acaban afectando a bienes de un grupo indeterminado de personas, destruyendo sus viviendas y enseres, y para el caso que quede descartada la aplicación del delito de incendio forestal agravado por el peligro para las personas, puede resolverse a través de la aplicación de las reglas del concurso ideal de delitos entre el delito de incendio forestal, básico o agravado, y el delito de daños correspondiente (arts. 263 ss. CP), incluida la modalidad de daños cometido mediante incendio (art. 266 CP).

lugar poblado, y derivado del tenor literal con el que se ha redactado el apartado 1 de este proyectado art. 353, con el “Los hechos descritos en el artículo anterior”, tal aplicación estaría descartada, pero en su lugar habría que proponer la aplicación del delito de incendio común tipificado en el art. 351 CP, delito en el que pasa a segundo término el objeto o bien que se incendia, teniendo sólo como elemento sustancial el peligro derivado por la provocación del incendio. De esta manera se evitaría la, en otro caso, consecuencia harto criticable de privilegiar la pena al que comete un incendio forestal poniendo en peligro a las personas por el simple hecho de que tal incendio sea de masa forestal y afecte a una zona poblada o a un lugar habitado, privilegio que resultaría si se defiende que, en tal caso, habría que aplicar el proyectado art. 353.1.4. Y como con la conducta se ha puesto en peligro a las personas y se ha cometido un incendio forestal, el delito de incendio común del art. 351 CP entraría en concurso ideal con el delito de incendio forestal tipificado en el art. 352.1 CP.

Al delito de incendio común también habría que recurrir en el caso de que el incendio forestal cause un daño ambiental grave y, además, pone en peligro concreto la vida o integridad de las personas, y aquel tipo penal entraría en concurso de delitos con el delito de incendio forestal agravado por el daño ambiental (el futuro art. 353).

Por tanto, si se quiere mantener la coherencia en la regulación de los delitos de incendio, y se quiere mantener la vigencia del denominado delito básico de incendio forestal con peligro para las personas (art. 352.2 CP), la modalidad cualificada que se pretende incluir en el art. 353 no debería ser aplicada en situaciones en las que con el incendio forestal se pone en concreto peligro la vida o integridad de las personas⁹².

Descartada esta primera posibilidad, cabría entender que con esta circunstancia cualificante se estaría introduciendo un delito de peligro abstracto, entendido este en sentido técnico jurídico-penal correcto, esto es, como un delito en el que se ha de demostrar la peligrosidad *ex ante* de la conducta consistente en incendiar un monte o masa forestal, valorando para ello las circunstancias concurrentes en el momento en el que se inicia la conducta incendiaria, y el dolo del sujeto abarcando tal peligrosidad de su conducta, no siendo suficiente con la presunción de tal peligro⁹³. Tal peligrosidad *ex ante* podría deducirse atendiendo a las circunstancias concurrentes de las que se puede deducir la probabilidad de que el fuego acabe propagándose afectando a zonas próximas a zonas pobladas, circunstancias conocidas por el sujeto en el momento de iniciar la conducta incendiaria.

⁹² A no ser que se pretenda introducir una interpretación harto cuestionable, ya mencionada anteriormente: cuando el incendio forestal pone en concreto peligro a las personas porque el fuego alcanza a zonas habitadas, el tipo penal aplicable sería el proyectado art. 353; cuando el incendio forestal pone en concreto peligro a las personas porque estas se encuentran en el propio monte o zona forestal, pero alejados de las zonas pobladas, el tipo penal aplicable sí sería el art. 351 en concurso con el correspondiente tipo penal relativo a los incendios forestales: el agravado, si se causa un efecto ambiental grave, o el incendio forestal básico en otro caso.

⁹³ Para más detalles sobre la definición de los delitos de peligro abstracto, y la explicación del tipo subjetivo, doloso o imprudente, sobre esta clase de delitos, véase, LUZÓN PEÑA, *PG*, 2^o, 2012, pp. 169 y s. (nm. 45-48), 255 (nm. 90-91).

Para que esta interpretación pueda prosperar será necesario que, previamente, se haya aceptado la conclusión, defendida en este trabajo, de que en el delito de incendio común tipificado en el art. 351 CP (y, en consecuencia, también en el delito básico de incendio forestal con peligro para las personas, tipificado en el art. 352.2 CP) se está exigiendo la puesta en concreto peligro de la vida e integridad personales, tanto en la modalidad básica, castigada con la pena de prisión de 10 a 20 años, como en la modalidad atenuada, castigada con la pena de prisión de 5 a 10 años menos 1 día (y a estas penas de prisión habría que añadir la pena de multa de 12 a 24 meses en el caso de que venga en aplicación el art. 352.2 CP). Ahora bien, esta propuesta interpretativa está lejos de ser aceptada de manera unánime tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, tal como se ha mencionado en otro apartado de este comentario. Y, si se acaba reconociendo esta posible interpretación del delito de incendio común tipificado en el art. 351 CP (y, consecuentemente, también del delito de incendio forestal con peligro para las personas del art. 352.2 CP), en tal caso surgiría una situación de difícil explicación: si en el delito de incendio común se pide la puesta en concreto peligro para las personas para su aplicación, no habiendo sanción (al menos no a través de este art. 351 CP) cuando el incendio comporte peligrosidad *ex ante* para las personas, ¿por qué se ha de cambiar de criterio y sí ha de castigarse el peligro abstracto para la vida o integridad personales cuando el objeto incendiado es un monte o masa forestal? ⁹⁴

Descartada la posibilidad de que nos encontremos ante la tipificación de un delito de peligro concreto para la vida e integridad de las personas, descartada también la posibilidad de que se esté tratando de tipificar un delito de peligro abstracto para estos bienes jurídicos, quedaría como última opción entender que, a través de esta circunstancia cualificante, se estaría pretendiendo introducir, o una presunción *iuris et de iure* de peligro para las personas, o lo que puede resultar más preocupante aún, un tipo de peligro creado como condición objetiva de punibilidad. Esto es, bastaría con la constatación objetiva de que el fuego ha afectado a la zona próxima a un núcleo de población, o que ha afectado a un lugar habitado, para que la circunstancia cualificante entre en aplicación, deduciéndose de este hecho que se ha generado una situación peligrosa para las personas, sin necesidad de que se demuestre si el dolo del sujeto ha abarcado o no tal peligro. Desde esta perspectiva la reforma sí iría en la línea de la agravación de la responsabilidad penal del autor del incendio forestal, pero a costa de vulnerar principios básicos en DP que se ponen en entredicho cuando se recurre a las presunciones *iuris et de iure* o cuando se prescinde del principio de responsabilidad subjetiva en la tipificación penal. Además, una tipificación de

⁹⁴ Es más, la tipificación de esta circunstancia cualificante como una especie de condición objetiva de punibilidad (consistente en la constatación de que el fuego ha afectado a proximidades de una zona poblada o a un lugar habitado) daría lugar a la aplicación automática de la modalidad delictiva proyectada, en detrimento del delito de incendio forestal con peligro para las personas tipificado en el art. 352.2 CP, pues para la aplicación de esta modalidad delictiva sí se exige la prueba del dolo de peligro (concreto). O es que acaso detrás de esta propuesta de reforma se esconde una incorrecta interpretación/aplicación del delito de incendio forestal con peligro para las personas (cuando también el autor ha podido actuar con dolo de peligro) al entender que, cuando el fuego alcanza a una zona habitada, de manera preventiva habitualmente se procede a la evacuación de los habitantes de la zona, y esto significa que no ha habido peligro concreto para las personas (¿?), por lo que resulta inaplicable esta modalidad delictiva, procediéndose, por tanto, a castigar sólo por el incendio del monte o masa forestal.

este tenor tendría el efecto no deseado, ya advertido en alguna ocasión: la práctica derogación, por inaplicación, del delito de incendio forestal con peligro para las personas tipificado en el art. 352 párrafo segundo CP, dada la “facilidad” probatoria del delito construido sobre una presunción.

e) La circunstancia quinta: provocación del incendio cuando las condiciones climatológicas o del terreno incrementen relevantemente el riesgo de propagación

Se trata de una circunstancia de nueva aparición en la propuesta reformadora del delito de incendio forestal cualificado, de difícil justificación a la vista de su tenor literal, pues parece estar refiriéndose a la provocación de un incendio concurriendo circunstancias que generan el riesgo de que se convierta en un gran incendio (ya que el incendio de grandes dimensiones está previsto en la circunstancia primera del art. 353.1)⁹⁵.

Desde esta perspectiva, si atendemos a las razones esgrimidas para justificar la reforma en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, la misma no responde a ninguna de ellas, ya que no hace referencia a los daños importantes que se ocasionan al patrimonio natural ni a bienes públicos o privados, y tampoco alude al riesgo para las personas que se derivan de los incendios. Tampoco parece responder al fundamento común de la mayoría de las circunstancias cualificantes del art. 353.1, los efectos ambientales que ocasionan los incendios forestales, valorados a través de los efectos erosivos, en la biodiversidad, en la destrucción o deterioro de los recursos afectados o, indirectamente, atendiendo a la superficie afectada por el incendio. Por el contrario, la circunstancia que ahora nos ocupa no atiende al efecto que puede ocasionar el incendio en el medio ambiente, a lo sumo puede tener esta fundamentación si se interpreta como la tipificación de una tentativa de gran incendio forestal deduciendo indirectamente que, de producirse un gran incendio, se podría causar una gran destrucción o deterioro de los recursos afectados o se podría causar un incendio que hubiera afectado a una superficie de considerable importancia.

Pero aun cuando se pudiera defender esta interpretación, la misma llevaría a una consecuencia penológica difícilmente explicable, ya que se estaría equiparando a efectos de pena un incendio que causa graves efectos destructivos y/o ambientales (medidos a través de la extensión de la superficie incendiada, los efectos erosivos, la destrucción de condiciones de vida animal o vegetal, la afectación a algún espacio natural protegido, el grave deterioro de los recursos) con un incendio que podría haber acabado convirtiéndose en un gran incendio (con el consiguiente eventual riesgo de que se hubieran causado los graves efectos destructivos y/o medioambientales).

Tampoco la redacción de esta circunstancia cualificante es la más correcta técnicamente. Porque se exige que se provoque un incendio concurriendo determinados factores que

⁹⁵ En el Informe del CF al Anteproyecto de LO de reforma del CP, 2013, 270 s., esta circunstancia cualificante se conecta con el segundo de los aspectos destacados en la Exposición de Motivos sobre los cambios que se proponen en el art. 353: se introducen nuevas agravantes relacionadas con los “casos especialmente lesivos para el medio ambiente o *generadores de un peligro elevado*”. Tal explicación viene a corroborar la impresión descrita en el texto.

incrementan de manera relevante el riesgo de propagación. Ahora bien, para estar en presencia de un incendio es necesario que el fuego se propague por el objeto material, en este caso por el monte o la masa forestal. Si esto es así, surge la duda de si en esta circunstancia cualificante se está exigiendo o no que se cometa un auténtico incendio forestal. Ciertamente, la duda ha de ser despejada atendiendo a la redacción del propio art. 353.1, al establecer como criterio genérico para la agravación de la pena que el incendio alcance especial gravedad, requiriendo claramente que se trate de un auténtico incendio forestal, por tanto ha de tratarse de un fuego que se propaga de manera descontrolada por el monte o la masa forestal.

La apreciación de este supuesto se hace depender de la concurrencia de determinadas condiciones que incrementen de manera relevante el riesgo de propagación, es decir, de manera significativa, importante, lo que generará la duda en supuestos límite si el incremento del riesgo de propagación puede ser calificado o no de esta manera. Por otro lado, si el incendio forestal requiere la propagación efectiva del fuego, de manera descontrolada, no se alcanza a entender qué significado tiene la circunstancia basada en la concurrencia de circunstancias que aumentan dicho riesgo de propagación ¿acaso se pretende diferenciar entre el incendio forestal cometido en condiciones que generan el riesgo de propagación del fuego y el incendio forestal cometido en condiciones que, existiendo tal riesgo de propagación, este se ve incrementado, y de manera significativa? Tal diferenciación sólo parece cobrar sentido desde el punto de vista del incendio forestal que no ha llegado a alcanzar el calificativo de gran incendio, aunque las circunstancias concurrentes sí hacían presagiar este resultado.

En resumidas cuentas, todo parece indicar que se estaría tipificando el incendio forestal cometido cuando concurren condiciones climatológicas o del terreno (no se atiende a la propia vegetación forestal, elemento que también influye de manera importante en la propagación del fuego) que incrementan el riesgo de que se cause un gran incendio.

f) La circunstancia sexta: grave deterioro o destrucción de los recursos afectados

Se mantiene sin cambios, sólo en la enumeración, la misma circunstancia que aparece en el vigente art. 353.1.4º CP.

Se trata de una cláusula de recogida, destinada a abarcar los supuestos de cierta gravedad que no son incluidos en las circunstancias anteriores, cuando no incluso una cláusula reiterativa, por cuanto su campo aplicativo puede resultar coincidente con el de las restantes circunstancias cualificantes fundamentadas en los efectos ambientales que pueden ocasionar los incendios forestales⁹⁶.

⁹⁶ Véase, en este sentido, entre otros, GONZÁLEZ GUTIÁN, *EM-Fernández Albor*, 1989, p. 372; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p. 143; RUIZ RODRÍGUEZ, en TERRADILLOS BASOCO (ed.), *DP del medio ambiente*, 1997, p. 98; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 142; DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *Incendios forestales*, 2001, p. 195; EL MISMO, *Protección penal frente a los incendios forestales*, 2004, p. 93; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Incendios*, 2004, p. 42; LOS MISMOS, en COBO DEL ROSAL (dir.),

Tratando de ofrecer un ámbito operativo autónomo a esta circunstancia⁹⁷, se podría formular como una especie de cláusula de cierre con la que se quiere aludir a las graves consecuencias, desde un punto de vista cualitativo o cuantitativo, que pueden generarse con un incendio forestal y que no están suficientemente reflejadas a través de las restantes circunstancias cualificantes descritas en el art. 353.1. En esta misma línea, se ha entendido que la mención de la destrucción o deterioro grave de los recursos afectados no habrá de referirse a los recursos arbóreos o vegetales, ya que estos se ven afectados directamente por el incendio, sino que habrá de efectuarse una interpretación más amplia de los mismos, abarcando los diversos factores y elementos que conforman un determinado ecosistema, con interconexiones mutuas entre ellos⁹⁸, poniendo en conexión esta circunstancia cualificante con el concepto de desarrollo sostenible, entendido como la utilización de los recursos sin ponerlos en peligro de desaparición⁹⁹.

Pero también desde la perspectiva de los propios recursos forestales en sentido estricto cabe dar sentido a la circunstancia consistente en ocasionar un grave deterioro o destrucción de los mismos, entendiendo que el grave deterioro o destrucción ha de valorarse desde la mayor o menor capacidad de regeneración de la vegetación destruida en el incendio, o incluso de la propia entidad de la destrucción de la vegetación forestal que impide cualquier aprovechamiento de los recursos madereros, pudiendo introducir algún factor restrictivo en esta última exégesis, atendiendo a la clase de vegetación o masa arbórea destruida (porque el valor ecológico de las especies es diferente, no puede significar lo mismo la destrucción total de masa arbórea perteneciente a una u otra especie).

Comentarios CP X-III, 2007, p. 159; DE LA CUESTA AGUADO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE II*, 2011, p. 1205; MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *DP ambiental*, 2012, p. 372 y s. En opinión de QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 6ª, 2010, p. 965, quizás hubiera sido suficiente con que se hubieran mencionado las circunstancias primera y cuarta del vigente art. 353.1 CP en la descripción del tipo agravado del delito de incendio forestal.

⁹⁷ Se trata de delimitar un ámbito de aplicación propio de esta circunstancia cualificante, sin que suponga una aplicación generalizada de la misma. No se comparte, pues, la objeción formulada por GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios*, 2ª, 2011, p. 1354, cuando afirma que difícilmente se puede imaginar un supuesto en el que, como consecuencia de un incendio forestal, no se vean gravemente deteriorados los recursos afectados por el fuego, por lo que en la práctica esta circunstancia se tendrá que aplicar en todos los supuestos de incendios forestales. Y si no se produce la grave afección habitualmente será fruto del azar. En conclusión, no entiende este autor la razón de esta agravación punitiva consistente en la grave destrucción o deterioro de los recursos afectados por el incendio forestal.

⁹⁸ Véase, para más detalles, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 142 y s. También DE LA CUESTA AGUADO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE II*, 2011, p. 1205, se refiere a que nos encontramos ante una cláusula de cierre que permite abarcar el menoscabo o destrucción de los recursos naturales ambientales, cualesquiera que sean.

⁹⁹ Plantea esta conexión entre la circunstancia cualificante cuarta y el concepto de desarrollo sostenible DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *Incendios forestales*, 2001, p. 194 s.; EL MISMO, *Protección penal frente a los incendios forestales*, 2004, p. 93, añadiendo que por desarrollo sostenible ha de comprenderse que “la gestión sostenible significa la administración y el uso del bosque y su suelo de tal modo y en tal grado que mantenga su biodiversidad, productividad, capacidad de regeneración, vitalidad y potencialidad, de modo que satisfaga, ahora y en el futuro, funciones de importancia ecológica, económica y social, relevantes a nivel local, nacional y global, y que no causen perjuicio a otros ecosistemas”, haciéndose eco de la definición de gestión forestal sostenible propuesta en el art. 6.e de la Ley 42/2003, de montes.

Finalmente, a través de esta circunstancia cualificante se podrían valorar los efectos, incluidos los paisajísticos, que provocan los incendios forestales que destruyen la zona arbolada próxima a los lugares poblados¹⁰⁰.

Esta circunstancia se ha apreciado¹⁰¹ en el incendio forestal en el que se quemaron diez hectáreas de roble y doscientas cuarenta hectáreas de monte bajo, además el fuego ocasionó daños y perjuicios consistentes en la pérdida de leña no recuperable en diez años, la merma de los recursos hidráulicos y de la vegetación de la zona por un período aproximado de diez años, y la pérdida de la renta cinegética durante un plazo de cinco años.

7.2. La circunstancia subjetiva (art. 353.2)

El Anteproyecto-octubre 2012 y Anteproyecto-abril 2013 habían mantenido sin variaciones la descripción de esta circunstancia subjetiva en el vigente art. 353.2 CP, generando la consiguiente distorsión en la fijación de la pena aplicable al responsable de este hecho, pues el cambio en la conminación penal propuesto para el proyectado art. 353.1 tiene que ir acompañado necesariamente por el cambio de la pena del apartado 2, con independencia de cuál sea el criterio que se adopte para operar dicha modificación. Como ya se ha indicado, en el Anteproyecto-septiembre 2013 se ha corregido esta deficiencia, proponiendo que se imponga la misma pena (se supone que la pena prevista en el apartado 1) cuando el autor actúe para obtener un beneficio económico con los efectos derivados del incendio.

Formulado el cambio en la conminación penal, la descripción de la circunstancia subjetiva no sufre ninguna variación, por lo que se seguirán planteando las cuestiones controvertidas en torno a su alcance surgidas desde el momento de su incorporación en el vigente CP (pues esta circunstancia no tenía equivalente en la regulación de los incendios forestales en el anterior CP 1944/1973).

La primera cuestión discutida versa sobre la persona que ha de actuar para obtener un beneficio económico. En el texto del art. 353.2 CP tal persona se identifica con el término “el autor”, planteándose la duda de qué significado ha de atribuirse a este concepto, si ha de entenderse en su sentido estricto, atendiendo a lo dispuesto en el art. 28 párrafo primero CP¹⁰², o si se ha de interpretar este concepto en un sentido amplio, abarcando tanto a los autores en sentido estricto como a los que son considerados autores a tenor de lo dispuesto en el art. 28 párrafo segundo letras a) y b) CP, esto es, incluyendo también a los inductores y a los cooperadores necesarios¹⁰³. Esta segunda opción puede basarse en la terminología

¹⁰⁰ A estos efectos sobre el entorno de las poblaciones que causan los incendios forestales alude QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 6ª, 2010, p. 965, calificando de curioso que en el vigente art. 353.1 CP no se haya hecho referencia al mencionado efecto.

¹⁰¹ En la SAP Ourense núm. 3/1999, de 20 de abril.

¹⁰² De esta opinión, FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 977.

¹⁰³ Defienden esta interpretación amplia del concepto de autor, ORTS BERENGUER/MORENO ALCÁZAR, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios II*, 1996, p. 1637; RUIZ RODRÍGUEZ, en TERRADILLOS BASOCO (ed.), *DP del medio ambiente*, 1997, p. 102 y s.; RODRÍGUEZ SOL, «Los incendios forestales y los incendios fraudulentos en

legal empleada en la redacción del art. 28 CP, abarcando con el mismo término a los autores en sentido estricto y a los que, sin serlo, son considerados autores, y en la utilización de este mismo concepto, “autor”, en otros preceptos del CP (en concreto, en los arts. 61 y 62) queriendo abarcar con el mismo tanto a los autores en sentido estricto como a los inductores y a los cooperadores necesarios.

La opción por un concepto amplio o estricto de autor tiene una relevancia práctica considerable, ya que en ocasiones el sujeto que pretende obtener un beneficio económico con los efectos del incendio forestal no realiza personalmente el hecho, sino que induce a un tercero a cambio de una contraprestación económica. Si se opta por la interpretación estricta del término autor, en este caso el tercero no actúa para obtener un beneficio con los efectos del incendio, por lo que no concurrirá esta circunstancia subjetiva, aunque sí se le podrá aplicar, en su caso, la agravante genérica de precio, recompensa o promesa (art. 22.3^a CP); y, en aplicación del principio de accesoriedad limitada de la participación, si el autor comete el delito de incendio forestal básico o, en su caso, el agravado por los efectos ambientales, ese sería el delito en el que participaría el inductor, al que no se podría aplicar la agravante genérica de precio por tratarse de una circunstancia de carácter subjetivo, comunicable¹⁰⁴. Por el contrario, si se opta por la interpretación amplia del término autor, abarcando tanto a los cooperadores necesarios como a los inductores, en este caso la solución sería diferente: al autor en sentido estricto se le aplicaría el delito de incendio forestal básico (o agravado por los efectos ambientales), aplicando la circunstancia agravante genérica de precio, recompensa o promesa, y al inductor se le aplicaría el tipo cualificado de incendio forestal por la actuación para obtener un beneficio económico.

Parece que la segunda solución es la que mejor se ajusta al hecho cometido, si bien supone introducir correcciones en los principios de accesoriedad de la participación y de unidad del título de imputación¹⁰⁵, pues supone castigar al partícipe por un hecho injusto distinto al que ha sido cometido por el autor, al tiempo que implica ofrecer una interpretación amplia del término autor que quizás no resulta ser la más adecuada cuando la misma se realiza en un precepto de la parte especial, ya que, en principio, se ha de partir de la tesis de que la autoría en sentido estricto y sus distintas formas están descritas en los distintos tipos penales de la parte especial¹⁰⁶ (aunque también haya un artículo en el libro I del CP

bienes propios», *Expansión V*, 1999, p. 535; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 145 y s.; DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, *Incendios forestales*, 2001, p. 196; EL MISMO, *Protección penal frente a los incendios forestales*, 2004, pp. 96 y s.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP II*, 2^a, 2004, p. 1041; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.)/DÍAZ MARTÍNEZ (coord.), *CP II*, 3^a, 2012, p. 1251; MARAVER GÓMEZ, en AAVV, *Memento Práctico*, 2011, p. 1281 (nm. 1840); MORENO ALCÁZAR, en BOIX REIG (dir.), *PE III*, 2012, p. 239.

¹⁰⁴ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 145 y s.; y GORDILLO ÁLVAREZ VALDÉS, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 3^a, 2005, p. 484, aplican la agravante de precio sólo al autor en sentido estricto, mientras que RODRÍGUEZ SOL, *Expansión V*, 1999, p. 535, aplica la agravante de precio a los dos sujetos. Para más detalles sobre el ámbito de aplicación de la agravante de precio regulada en el art. 22.3^a CP, véase, por todos, DE VICENTE REMESAL, *EPB*, 2002, p. 43; MIR PUIG, *PG*, 9^a, 2011, pp. 638 y s.

¹⁰⁵ Sobre el significado de estos principios, véase, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, pp. 978 y ss.

¹⁰⁶ Véase, en este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, p. 148.

referido a las distintas clases de autoría, el art. 28 CP), por tanto, cuando el art. 353.2 se refiere al autor ha de entenderse que se está utilizando este concepto en sentido estricto.

Por estas razones, para facilitar la aplicación de esta modalidad agravada del delito de incendio forestal a los sujetos que persiguen obtener un beneficio económico con el incendio, pero no llevan a cabo la acción incendiaria personalmente, sino que inducen a otro para que cometa el hecho, quizás fuera aconsejable sustituir el término autor por el de responsable en la redacción de esta circunstancia, pues desde luego el inductor y el cooperador necesario son responsables del incendio forestal, si atendemos a la acepción de esta palabra como persona obligada a responder por algo o por alguien (primer significado del sustantivo responsable en el DRAE).

La segunda cuestión objeto de atención es la referida al especial elemento subjetivo del injusto exigido en esta modalidad cualificante, la actuación para obtener un beneficio económico, convirtiendo a este modalidad cualificada en un delito de resultado cortado¹⁰⁷. Dos son los aspectos debatidos en torno a este elemento, el referido a si el mismo exige la actuación con dolo directo o, por el contrario, si cabe formular una interpretación que resulte compatible con el dolo eventual, cuando el sujeto es consciente de que es probable (o posible), aceptándolo, que puede beneficiarse económicamente con los efectos del incendio forestal que se dispone a cometer¹⁰⁸. El otro aspecto que plantea controversia es el propio significado y alcance del beneficio económico. El denominador común ha sido su identificación con la obtención de un lucro, proponiendo a continuación una interpretación amplia de esta circunstancia, no limitándose a la obtención de cantidades dinerarias derivadas de la venta de terrenos o de la madera o de los restos del incendio¹⁰⁹. En su exégesis se ha relacionado esta circunstancia cualificante con las medidas previstas en el art. 355 CP, abarcando cualquier maniobra especulativa que pudiera recaer sobre la zona afectada por el incendio forestal¹¹⁰. Pero fuera de estos supuestos también podrían incluirse en esta circunstancia cualificante subjetiva otras motivaciones de carácter económico que

¹⁰⁷ Acepta esta clasificación del tipo que nos ocupa, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, p. 139.

¹⁰⁸ No lo entiende así SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Incendio*, 1999, pp. 140, 144, quien pone en conexión esta circunstancia cualificante subjetiva con las medidas previstas en el art. 355 CP, y advierte que tales medidas están reservadas a la comisión del incendio con dolo directo, ya que tanto en los de dolo eventual como en los imprudentes no cabe afirmar la presencia de motivación económica en el autor.

¹⁰⁹ TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *PE*, 9ª, 2011, p. 1418, limita la aplicación de la circunstancia cualificante que nos ocupa a dos supuestos: la obtención de un beneficio económico con la venta de la madera y con la recalificación del terreno. Si la obtención del beneficio económico se establece desde la perspectiva de la propia recalificación de la zona afectada por el incendio, en tal caso no se podría oponer la objeción formulada por GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *PE*, 2ª, 2010, p. 260, quienes descartan la aplicación de la circunstancia cualificante si se quema el monte para levantar en él una urbanización, aunque evidentemente antes de que se pueda levantar en la zona una urbanización será necesario que se proceda a la recalificación de la misma; en el mismo sentido ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *PE*, 3ª, 2010, tema 34.2 CD, 6 s.

¹¹⁰ Véase, en este sentido, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 144 y s.; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Incendios*, 2004, p. 43; LOS MISMOS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP X-III*, 2007, p. 160; MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, p. 901; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 6ª, 2010, p. 965; DE LA CUESTA AGUADO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE II*, 2011, p. 1204; MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *DP ambiental*, 2012, p. 373.

pueden estar detrás del incendio forestal: por ejemplo, las empresas dedicadas a la extinción de incendios forestales y a labores de reforestación, los dueños de viveros, o las personas que pretenden ser contratadas en épocas estivales en la extinción de los incendios forestales y en la reforestación, la obtención de subvenciones de las Administraciones Públicas en las labores de reforestación y reparación del medio natural, el cobro del seguro de incendios forestales, la obtención de subvenciones de las Administraciones Públicas para realizar actividades vinculadas con la gestión forestal sostenible (arts. 63 ss. de la Ley de montes)¹¹¹.

Por último, ha de tratarse de un beneficio económico derivado de los efectos del incendio forestal, lo que supone una relación causal entre ambos elementos, entendido como consecuencia material derivada del incendio y susceptible de ser aprovechada para obtener un beneficio económico¹¹². Este es el elemento que no concurre cuando el autor comete el incendio forestal por precio o promesa, pues el beneficio económico no se va a obtener derivado de los efectos de un incendio forestal¹¹³.

8. La circunstancia (¿hiper?)cualificante de afectación a un espacio natural protegido

Como ya se ha indicado en la introducción a este comentario, en el Anteproyecto-septiembre 2013 se propone introducir el art. 358 bis, precepto en el que se establecerían varias disposiciones comunes a todos los delitos de incendio, dolosos e imprudentes¹¹⁴: la

¹¹¹ DE LA CUESTA AGUADO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE II*, 2011, p. 1204, también propone la aplicación de esta circunstancia cualificante cuando el ganadero consigue nuevos pastos, o cuando el cazador consigue que se abra el coto antes cerrado gracias al incendio forestal, o al cazador que hace salir a la pieza con el incendio. Por su parte, RUIZ RODRÍGUEZ, en TERRADILLOS BASOCO (ed.), *DP del medio ambiente*, 1997, p. 102, concluye que el art. 353.2 CP parece estar pensando en castigar a sujetos que realizan actividades agrícolas, ganaderas o industriales cuya evolución pueda depender de las vicisitudes por las que atraviese su fuente de recursos, no en sujetos que de forma particular puedan obtener alguna ventaja del incendio no directamente asociado a los objetos incendiados como fuente de recursos económicos. Desde esta perspectiva, no apreciará la agravante en el sujeto que incendia el monte para que la Administración aumente la plantilla de los retenes de extinción de incendios y sea contratado.

¹¹² Véase, para más detalles, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Delitos de incendio*, 2000, p. 145.

¹¹³ Véase, entre otros, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentario*, 2010, p. 783; DE LA CUESTA AGUADO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE II*, 2011, p. 1204.

¹¹⁴ En el Anteproyecto-octubre 2012 se preveía la aplicación del proyectado art. 358 bis a “los delitos regulados en las secciones 2ª, 3ª y 4ª de este capítulo”, por tanto a los delitos dolosos de incendio forestal, de zonas de vegetación no forestal y de incendio en bienes propios. Es incorrecta la lectura que se hace por el CGPJ, Informe al Anteproyecto de LO de reforma del CP, 2013, 71, refiriéndose al Anteproyecto-octubre 2012, cuando se valora de manera adecuada la previsión del art. 358 bis al contener medidas aplicables a los delitos de estrago, de riesgo provocado por una explosión o de incendio. El Anteproyecto-abril 2013 ha mantenido esta misma propuesta regulativa, por tanto restringiendo la aplicación de las disposiciones comunes a los delitos dolosos de incendio forestal, de zonas de vegetación no forestal y de bienes propios. En el dictamen del Consejo de Estado se sugiere ponderar la aplicabilidad de estas disposiciones comunes también a la sección primera, con el argumento de que ello permitiría, por ejemplo, que se adoptaran, a cargo del autor, las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, y cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes, en caso de incendios de zonas de

circunstancia (hiper)cualificante de afectación a un espacio natural protegido, la reparación del daño como circunstancia atenuante y la obligación de restaurar el equilibrio ecológico perturbado con cargo al autor del hecho. Una previsión en la que se utilizará la técnica de la remisión normativa, en concreto se propone la remisión a lo dispuesto en los arts. 338 a 340.

Se trata de novedades aparentes, pues en la regulación vigente estas tres circunstancias ya se tienen en cuenta de una u otra manera. Así, en el vigente art. 353.1.3º CP se ha previsto como circunstancia cualificante que el incendio forestal afecte a un espacio natural protegido, si bien su operatividad agravatoria es menor, pues sirve para imponer la pena del art. 352 CP en su mitad superior, y sólo es aplicable como circunstancia cualificante del delito de incendio forestal. Como ya se ha advertido, en el Anteproyecto-septiembre 2013 esta circunstancia va a pasar a ser una cualificación del incendio forestal agravado en el proyectado art. 353.1.3 y una cualificación aplicable a todos los delitos de incendio, también a todas las modalidades de los delitos de incendio forestal, incluido el proyectado art. 353 (veremos si es o no posible y de qué manera) y el aumento de pena es considerablemente mayor, pues se establecerá la regla de determinación de la pena consistente en la imposición de la pena superior en grado¹¹⁵.

vegetación no forestales cuando no supusiera un perjuicio grave del medio natural (véase dictamen del Consejo de Estado, número de expediente 358/2013, aprobado el 27 de junio de 2013, 57). Argumentación que debería ser concretada más, remitiendo al art. 351 párrafo segundo CP, párrafo en el que se remite al art. 266 CP para castigar el incendio que no ha causado peligro para las personas como daños cualificados por el medio comisivo, el incendio. La sugerencia formulada en el Consejo de Estado se ha incorporado al Anteproyecto-septiembre 2013.

¹¹⁵ La previsión de esta regla de determinación de la pena aplicable a todos los delitos de incendio forestal lleva a plantear su aplicación también en el delito de incendio forestal con riesgo para las personas (arts. 352.2 y 358 bis), si se acepta la tesis de partida de que la proyectada reforma del art. 353.1 no puede significar la derogación tácita del delito de incendio forestal básico con peligro para las personas tipificado en el art. 352.2 CP (tal como se ha explicado en otro lugar de este comentario), lo que supondrá imponer una pena de prisión de veinte años y un día a treinta años y multa de veinticuatro meses y un día a treinta meses o prisión de diez años a quince años menos un día y multa de veinticuatro meses y un día a treinta meses. Esta futura regulación tendrá un efecto no previsto, pues va a suponer anular la valoración uniforme del riesgo para las personas derivado de un incendio, sea cual sea el objeto material incendiado y/o el lugar donde se cometa el hecho. Hasta ahora tal uniformidad valorativa se ha respetado, pues cuando con el incendio forestal se pone en peligro la vida o integridad personales el art. 352.2 CP remite al art. 351 CP para su castigo, y también se ha respetado en el delito cualificado de incendio forestal tipificado en el art. 353 CP, ya que el límite máximo de la pena aplicable en esta modalidad delictiva no va a superar el límite de las penas previstas en el art. 351 CP. Si la previsión del Anteproyecto acaba convirtiéndose en Derecho positivo, en tal caso esta uniformidad valorativa desaparecerá, y sucederá que la puesta en peligro de la vida o integridad personales se castigará con mayor dureza si el incendio afecta a un espacio natural protegido, hasta el punto de que se va a poder imponer una pena superior a la prevista para el delito de asesinato concurriendo varias circunstancias, salvo que también acabe prosperando la propuesta de reforma de este Anteproyecto en relación con el delito de asesinato (en la redacción vigente del art. 140 CP, el asesinato concurriendo varias circunstancias se castiga con la pena de prisión de veinte a veinticinco años. En el Anteproyecto se ha previsto que el delito de asesinato se castigue con prisión permanente revisable cuando concurran determinadas circunstancias). El Anteproyecto-septiembre 2013 ha corregido la descoordinación penológica denunciada en primer lugar, al extender la disposición común del proyectado art. 358 bis a todos los delitos de incendio, por tanto también al delito de incendio común del art. 351 CP, consiguiendo así que también el incendio que pone en peligro la vida o integridad de las personas y afecte a algún espacio natural protegido se castigue con las penas de prisión de veinte años y

En cuanto a la reparación voluntaria del daño, en la regulación vigente ya se puede apreciar a través de la atenuante genérica de reparación del daño del art. 21.4ª CP, por lo que el Juez impondrá la pena del delito cometido en su mitad inferior, salvo que aprecie esta circunstancia atenuante como muy cualificada, en cuyo caso podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados (art. 66.1.1ª y 2ª CP). En principio, el efecto atenuatorio de la reparación del daño será mayor si prospera la propuesta realizada en el art. 358 bis Anteproyecto, ya que con carácter general se establece que si el sujeto procede a reparar voluntariamente el daño causado el Juez impondrá la pena inferior en un grado a la prevista para el delito cometido¹¹⁶.

Y en relación con la obligación de restaurar el daño causado, esta obligación ya está prevista en la legislación, estatal y autonómica, relativas a los montes y/o a los incendios forestales, obligación que recae en el responsable del incendio forestal de imperativa adopción tras la extinción del incendio. Por otro lado, la restauración del daño causado también será uno de los elementos a los que hay que atender para el establecimiento de la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito de incendio forestal, por tanto tal obligación también está prevista en la ley, si bien en este caso sometida a los principios regulativos de esta clase de responsabilidad (arts. 109 ss. CP)¹¹⁷.

un día a treinta años o prisión de diez años a quince años menos un día, sin la adicional pena de multa porque esta situación de peligro para las personas afectando a algún espacio natural protegido no se deriva de un incendio forestal (ya que si a estos elementos añadimos el incendio de masa forestal estaríamos en el campo de aplicación del art. 352.2 CP). Otra cosa es cómo se va a poder plantear en la práctica, si la reforma prospera finalmente, la relación entre el delito de incendio común tipificado en el art. 351 y la circunstancia cualificante de afectación a algún espacio natural protegido del proyectado art. 358 bis: de qué manera se provoca un incendio que, sin recaer sobre masa forestal, se afecta al espacio natural protegido y se pone en peligro la vida o la integridad de las personas?

¹¹⁶ Son varias las cuestiones controvertidas en torno a la regulación de la reparación del daño causado en el art. 340 CP (precepto al que remite el futuro art. 358 bis), entre las que cabe destacar las siguientes: la naturaleza jurídica de la reparación del daño, el sujeto que ha de realizar este comportamiento reparador, los requisitos para su apreciación, el momento temporal en el que se ha de realizar, los daños que han de ser reparados, la virtualidad atenuatoria de la reparación parcial o del propio esfuerzo del sujeto dirigido a este fin, la relación entre la regulación de la reparación del daño del art. 340 y la atenuante genérica del art. 21.5ª CP. Sobre estas y otras cuestiones, véase, ampliamente, CUADRADO RUIZ, en MARTOS NÚÑEZ (dir.), *DP ambiental*, 2006, pp. 231 y ss., pp. 235 y ss., pp. 239 y s.; BAUCCELLS I LLADÓS, en *LH-Prats Canut*, 2008, pp. 429 y s., 435 y ss., 439 y s., 441 y ss.; PUENTE ABA, en *LH-Prats Canut*, 2008, pp. 692 y ss., 696, 709 y ss., 712, 720 ss.; EL MISMO, en FARALDO CABANA (dir.)/PUENTE ABA (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente*, 2011, pp. 468, 472 y s., 474 y s.; TAMARIT SUMALLA, en *LH-Prats Canut*, 2008, pp. 749 ss., 754 ss., 758 s.; VIDALES RODRÍGUEZ, en *LH-Prats Canut*, 2008, pp. 762 y ss., 765 y ss., 770 y ss., 781 y s.; HAVA GARCÍA, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZ OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE II*, 2011, pp. 1076 y s.; SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, 2012, pp. 264 y s., 267 y ss.

¹¹⁷ El CGPJ, Informe Anteproyecto LO de reforma CP, 2013, 72, califica como “singularmente relevante” la aplicación a los delitos de incendio forestal la obligación de restaurar el equilibrio ecológico perturbado. También en relación con la regulación de la obligación de restaurar el equilibrio ecológico perturbado en el art. 339 CP (precepto al que remite el futuro art. 358 bis) se plantean varias cuestiones controvertidas, como la naturaleza jurídica de esta regulación, las personas que están obligadas a hacer frente a la restauración, las medidas restauradoras que se pueden adoptar, las otras medidas que se pueden adoptar con cargo al autor del hecho, la relación entre la obligación de restaurar el equilibrio ecológico y la regulación sobre la responsabilidad civil derivada del delito. Sobre estas y otras cuestiones, véase, ampliamente, CUADRADO RUIZ, en MARTOS NÚÑEZ (dir.), *DP ambiental*, 2006, p. 224; HAVA GARCÍA, en

Centrando nuestra atención en la circunstancia (hiper)cualificante de afectación a un espacio natural protegido, se trata de una de las novedades introducidas en el CP 1995 en comparación con la regulación de los delitos de incendio forestal en el CP anterior, si bien su ámbito aplicativo es limitado, al ser una de las circunstancias cualificantes del delito de incendio forestal tipificado en el art. 353.1.3º CP.

Como ya se ha mencionado, en el Anteproyecto-septiembre 2013 la circunstancia cualificante de afectación a algún espacio protegido tiene una presencia redoblada, como cualificación del proyectado art. 353 y como (hiper)cualificación aplicable a todos los delitos de incendio, incluidas todas las modalidades de los delitos de incendio forestal, a través del proyectado art. 358 bis¹¹⁸.

Pero, ¿de dónde procede esta redoblada valoración de la afectación a algún espacio natural protegido como circunstancia cualificante o hipercualificante en los delitos de incendio forestal?

Como ya se ha indicado, en el Anteproyecto-octubre 2012 la propuesta regulativa era diferente. En primer lugar, se había dado otra redacción para el proyectado art. 353.1.4,

ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZ OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE II*, 2011, pp. 1075 y s.; SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA (dir.)/PUENTE ABA (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente*, 2011, pp. 464, 466 s.; SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, 2012, pp. 259 y ss., 261 y s. Al emplearse la técnica de la remisión normativa, a los problemas interpretativos mencionados se tendrá que añadir uno más, pues el art. 339 CP se refiere a la obligación de restaurar el equilibrio ecológico perturbado, pero con la comisión de un delito de incendio forestal no sólo se producen daños en el equilibrio ecológico, por lo que la obligación de restauración tendría que ser más amplia.

¹¹⁸ No entramos a valorar si se justifica la aplicabilidad de esta circunstancia en los delitos de incendio en zona de vegetación no forestal o de incendio de bienes propios, y menos aún en el delito de incendio común, pues para dar una respuesta razonada a tal cuestión sería necesario que, previamente, se planteara el ámbito aplicativo de estas modalidades delictivas, objetivo que está fuera del marcado en este trabajo. Desde la perspectiva de los delitos de incendio forestal, la previsión de esta circunstancia cualificante (sin entrar a valorar si se justifica o no su planteamiento como hipercualificante) está totalmente justificada si atendemos al reconocimiento expreso de la función social que cumple el patrimonio natural y la biodiversidad, por su vinculación estrecha con el desarrollo, la salud y el bienestar de las personas, así como por su aportación al desarrollo social y económico. En el art. 4 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad se formula este reconocimiento de la función social y la aportación al desarrollo social y económico del patrimonio natural y de la biodiversidad. Los principios que han de inspirar su protección ponen de relieve su importancia, lo que sirve para explicar la intervención penal como refuerzo para lograr dicha protección. Entre los principios mencionados en el art. 2 Ley 42/2007 cabe destacar los siguientes: a) el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas vitales básicos; b) la conservación de la biodiversidad y de la geodiversidad; c) la utilización ordenada de los recursos, garantizando el aprovechamiento sostenible del patrimonio natural y, en particular, de las especies y de los ecosistemas, su restauración y mejora; d) la conservación y preservación de la variedad, singularidad y belleza de los ecosistemas naturales, de la diversidad geológica y del paisaje; e) la integración de los requerimientos de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y la biodiversidad en las políticas sectoriales; f) la prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística; g) la precaución en las intervenciones que pueden afectar a especies naturales y/o especies silvestres. La plurifuncionalidad de los espacios naturales coincide con la de los montes, pues estos también cumplen funciones biológica, medioambientales, paisajísticas, además de las socioeconómicas, lo que demuestra la interrelación existente entre el monte y el espacio natural, justificándose perfectamente la previsión de la circunstancia cualificante consistente en que el incendio afecte a un espacio natural protegido en la regulación de los delitos de incendio forestal.

para castigar más gravemente el incendio que afecte a zonas forestales que constituyan el hábitat de especies animales en peligro de extinción o de flora amenazada, o altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal, eliminando por tanto la circunstancia de que el incendio afecte a algún espacio natural protegido. En segundo lugar, a través de las disposiciones comunes del proyectado art. 358 bis se pretendía aplicar la circunstancia cualificante de afectación a algún espacio natural protegido a todos los delitos *dolosos* de incendio forestal.

El Anteproyecto-octubre 2012 fue enviado al CF y al CGPJ para la emisión de los preceptivos informes. En el Informe del CGPJ no se plantea ninguna objeción a la introducción de la disposición común de afectación a algún espacio natural protegido a través del proyectado art. 358 bis, pero sí que se considera contraproducente que se pueda apreciar conjuntamente esta circunstancia en relación con la circunstancia cualificante descrita en el proyectado art. 353.1.4, pues la aplicación conjunta de ambas circunstancias cualificantes daría lugar a una punición notablemente exasperada. Para evitar este efecto exasperado de la pena en el informe se aconseja introducir un matiz en la mencionada circunstancia número 4 para que este precepto no resulte de aplicación cuando el incendio se produzca en un espacio natural protegido¹¹⁹.

En el Informe CF se indica que la nueva redacción dada a la circunstancia del proyectado art. 353.1.4 no mejora el texto del vigente art. 353.1.3^o CP, donde se perfila la agravación de manera más general y eficaz, por lo que se propone mantener la redacción vigente¹²⁰. Y, por otro lado, se hace referencia a la explicación de la Exposición de Motivos relativa a que los incendios que afecten a espacios naturales protegidos se ha de castigar del mismo modo que los delitos contra el medio ambiente, relacionando esta explicación con el proyectado art. 358 bis. Pero se añade la siguiente observación “nada se dice sobre este extremo(s) en la propuesta de reforma del artículo 353, en el que se establece(n) una(s) pena(s) máxima superior a la actual, se pasa de penas de tres a cinco años a pena de tres a seis años, pero en ningún caso se hace remisión expresa a alguno de los tipos penales que regulan los delitos contra el medioambiente (arts. 325 a 331)”¹²¹.

En el Anteproyecto-abril 2013 se incorporan estas observaciones, claramente la formulada en el informe CF, de la manera ya conocida: se recupera la redacción del vigente art. 353.1.3^o CP para redactar la circunstancia cualificante del proyectado art. 353.1.4 y se mantiene la redacción de la disposición común del proyectado art. 358 bis para aplicar la

¹¹⁹ Véase el Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO de reforma del CP, 2013, 229 s. Esta observación supone reconocer que existe plena equiparación o similitud entre las tres cualificaciones (incendio que afecta a zonas forestales que constituyan el hábitat de especies animales en peligro de extinción o de flora amenazada, incendio que altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal e incendio que afecte a algún espacio natural protegido). Ciertamente, se puede aceptar mucha proximidad entre estas circunstancias, pero no hasta el punto de hacer coincidir plenamente su contenido. Pues ello significaría tanto como entender que el espacio natural protegido tiene la consideración de tal por ser el hábitat de especies amenazadas o en extinción, lo que no es así necesariamente.

¹²⁰ Véase El Informe del CF al Anteproyecto de LO de reforma del CP, 2013, 281.

¹²¹ Véase Informe del CF al Anteproyecto de LO de reforma del CP, 2013, 281 s.

agravante de afectación a algún espacio natural protegido a todos los delitos dolosos de incendio forestal (entre otros delitos).

El Anteproyecto-abril 2013 fue remitido al Consejo de Estado para su dictamen. Una de las observaciones formuladas en el dictamen ya se ha comentado, la sugerencia de que la disposición común contenida en el proyectado art. 358 bis se aplique a todos los delitos de incendio. La segunda observación es una advertencia, sin más aclaraciones: “ha de advertirse que el artículo 338 prevé que, cuando las conductas definidas en esas Secciones afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas; y el artículo 353.1.4 proyectado contempla el mismo factor de agravación, (...) cuando el hecho ‘afecte a algún espacio natural protegido’”.

El Anteproyecto-septiembre 2013 ha incorporado una de las observaciones señaladas, modificando el ámbito aplicativo de la disposición común del proyectado art. 358 bis, pero no ha hecho caso a la segunda de las advertencias.

Así es como llegamos a la propuesta regulativa del Anteproyecto-septiembre 2013, donde la afectación a algún espacio natural protegido aparece con una función de cualificación o hipercualificación de la pena de los delitos de incendio forestal.

Pero, ¿es esta la intención del prelegislador? ¿Se pretende dar este efecto (hiper)cualificante a la circunstancia de afectación a algún espacio natural protegido? Y si esta es realmente la pretensión, ¿será obligada la fijación de un diferente significado al sustantivo que describe esta circunstancia, afectación?

Comencemos por este segundo interrogante, la respuesta es afirmativa al menos si se pretende aplicar la cualificación de afectación a algún espacio natural protegido del proyectado art. 358 bis al delito de incendio forestal básico tipificado en el art. 352 CP. Pues sólo así se podrá evitar la, en otro caso, aplicación automática del proyectado art. 353.1.3, previsto para castigar con una pena de tres a seis años cuando en los hechos a que se refiere el artículo anterior (el art. 352 CP) concurra la circunstancia “afecte a algún espacio natural protegido”.

El diferente significado del verbo afectar, o del sustantivo afectación, nos obligaría a establecer diferencias cualitativas, desde el punto de vista ambiental, en el menoscabo, deterioro, alteración, perjuicio causado en el espacio natural protegido (distinción que no resultará sencilla en la práctica judicial): el más grave se castigaría a través del proyectado art. 353.1.3, el menos grave, pero penalmente relevante, a través de la disposición común del proyectado art. 358 bis¹²².

¹²² La diferencia interpretativa que se propone de la circunstancia “afectación a algún espacio natural protegido” supone la introducción de un problema añadido en la construcción del tipo subjetivo de esta circunstancia (hiper)cualificante, pues si inicialmente para el sujeto puede ser sencillo saber si el fuego se comete en una zona declarada como espacio natural protegido, por ejemplo, por la publicidad que puede existir en la propia zona, será más difícil para el sujeto saber si con tal incendio se va a producir o no la

Este diferente significado del mismo verbo típico, afectar, hasta el punto de exigir para el proyectado art. 353.1.3 un efecto ambiental relevante o grave, se puede apoyar en la cláusula introducida en el proyectado art. 353.1 para que se puedan apreciar las circunstancias que se enumeran a continuación: en la exigencia de que el incendio alcance especial gravedad.

Según lo acabado de indicar, el verbo típico empleado en la redacción de la disposición común del proyectado art. 358 bis tendría que ser interpretado de manera laxa, para facilitar la aplicación de esta disposición a todos los delitos de incendio forestal. Sólo habría un supuesto en el que estaría descartada la aplicación de esta disposición común, cuando la afectación a algún espacio natural protegido fuera de entidad relevante, tanto que daría lugar a la apreciación de la circunstancia cualificante del proyectado art. 353.1.3, pues es evidente que una afectación cualitativamente relevante es afectación, sin más calificativos.

Desde esta perspectiva, la aplicación de esta disposición común no va a requerir la destrucción o daño en los elementos que han servido para declarar el espacio natural protegido. Tampoco ha de suponer un menoscabo o perjuicio relevante o significativo del valor ecológico o ambiental del espacio natural.

Con más laxitud aún, la afectación no va a requerir que el incendio se desarrolle en el interior del espacio natural protegido¹²³, pues los efectos negativos se pueden manifestar aunque el incendio se haya desarrollado en el perímetro del espacio¹²⁴.

afectación, “grave o menos grave”, en el espacio natural, máxime cuando este resultado de perjuicio o menoscabo en el espacio natural protegido puede producirse por la concurrencia de circunstancias que confluyen en el incendio. Las dificultades indicadas afectarán en última instancia, y de manera más acusada, en la construcción del tipo subjetivo doloso respecto de la afectación “grave” al espacio natural protegido.

¹²³ La aplicación judicial de esta circunstancia cualificante sí se ha limitado a los supuestos en los que el incendio se ha cometido en la zona declarada como espacio natural protegido, extendiendo su aplicación en aquellos supuestos en los que el incendio forestal se ha desarrollado en las zonas periféricas de protección, pero sin que se haya hecho una declaración expresa de que con esta acción incendiaria se haya producido una afectación al propio espacio natural. Véase, SAP Barcelona núm. 16/2001, de 12 de mayo, confirmada por la STSJ Cataluña núm. 15/2001, de 17 de septiembre; STS núm. 691/2005, de 5 de mayo. Pero en la SAP Málaga núm. 140/2003, de 9 de junio, se ha aplicado el tipo básico de incendio forestal a pesar de que el fuego se ha extendido al Paraje Natural de la Laguna de Fuente Piedra, considerada Reserva de la Biosfera, y quizás esta conclusión haya estado motivada, bien porque se ha tratado de un incendio forestal imprudente, bien porque los daños ocasionados han sido de escasa entidad. También RUIZ RODRÍGUEZ, en TERRADILLOS BASOCO (ed.), *DP del medio ambiente*, 1997, p. 99 s., atendiendo a la ubicación actual de la circunstancia en el art. 353.1.3º CP, interpreta que el verbo afectar implica quemar, por lo que resulta suficiente con que arda algún elemento de un monte o masa forestal que haya sido catalogado como espacio natural protegido, aunque no es necesario que se trate del elemento que ha servido para su calificación como espacio natural protegido. Y MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *DP ambiental*, 2012, p. 371, entienden que es suficiente con que el incendio se haya propagado al espacio natural protegido, aunque los elementos concretos destruidos no tengan gran relevancia dentro del espacio natural o la superficie afectada no haya sido extensa.

¹²⁴ Sobre la interpretación de esta circunstancia cualificante en los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales, SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, 2012, pp. 211 y ss., quienes proponen una interpretación de la afectación a un espacio natural protegido atendiendo a los requisitos típicos exigidos para la apreciación del delito de

Aceptando como hipótesis este diferente significado del verbo afectar en la redacción de la circunstancia “afectación a algún espacio natural protegido”, se puede responder a la segunda interrogante, no desde la perspectiva de si ha sido o no la intención del prelegislador, pero sí en su consecuencia: si prospera esta propuesta regulativa del Anteproyecto-septiembre 2013, esta circunstancia de afectación a algún espacio natural protegido va a tener el doble efecto, de cualificación y de hipercualificación, en su aplicación a los delitos de incendio forestal. Veamos de qué manera.

La disposición común de afectación a algún espacio natural protegido vendrá en aplicación cuando nos encontremos ante el menoscabo o deterioro mínimo que sea penalmente relevante.

De este modo se podrá aplicar como circunstancia cualificante al delito de incendio forestal básico del art. 352.1 CP, pues la afectación al espacio natural no es lo suficientemente grave como para que entre en aplicación el proyectado art. 353.1.3. También se podrá aplicar como circunstancia cualificante al delito de incendio forestal básico con peligro para las personas del art. 352.2 CP, si se descarta la tesis de que la proyectada reforma va a suponer, de facto, la derogación de tal modalidad delictiva como consecuencia de la introducción de la circunstancia “el incendio afecte a zonas próximas a núcleos de población o a lugares habitados”.

También se aplicará a la modalidad atenuada consistente en prender fuego sin que se llegue a propagar del art. 354 CP.

Finalmente, como circunstancia hipercualificante se podrá aplicar al proyectado art. 353, con una sola excepción, cuando la circunstancia cualificante que concurra de este proyectado precepto sea la afectación a algún espacio natural protegido (porque la afectación que se produce es cualitativamente más grave).

El resultado penológico que resultaría de este planteamiento sería el siguiente:

- Art. 352.1-358 bis= P. de 5 años y 1 día a 7 años y 6 meses y M de 18 meses y 1 día a 27 meses.
- Art. 352.2-358 bis: P. 20 años y 1 día a 30 años y M de 24 meses y 1 día a 30 meses/ o P. de 10 a 15 años menos 1 día y M de 24 meses y 1 día a 30 meses¹²⁵.
- Art. 353.1.1, 2, 3 (primera parte), 4, 5, 6-358 bis: P. 6 años y 1 día a 9 años

contaminación ambiental (delito del que se ocupan principalmente en este estudio).

¹²⁵ Para evitar posibles efectos distorsionadores en la conminación penal, en este supuesto la disposición común del proyectado art. 358 bis vendría en aplicación también cuando la afectación al espacio natural protegido sea cualitativamente grave, pues en otro caso se tendría que plantear un concurso entre el vigente art. 352.2 CP y el proyectado art. 353.1.3, que tendría que ser resuelto a través de las reglas del concurso de delitos, pero esto significaría castigar doblemente el incendio forestal, y, por otro lado, la pena resultante sería cualitativamente menor a la que resultaría de aplicar directamente la disposición común del proyectado art. 358 bis al vigente art. 352.2 CP.

- Art. 353.1.3 (segunda parte)-358 bis: sólo se aplicaría el primero: P. 3 a 6 años
- Art. 353.2-358 bis: P. 6 años y 1 día a 9 años.
- Art. 354-358 bis: P. 1 año y 1 día a 1 año y 6 meses y M. de 12 meses y 1 día a 18 meses.

Comparando el tratamiento penológico que genera la proyectada reforma, partiendo de esta propuesta interpretativa, con la regulación vigente, resultaría lo siguiente:

En la regulación vigente de los incendios forestales la afectación a algún espacio natural protegido sólo se menciona en el art. 353.1.3º CP. No ha lugar al planteamiento de la doble interpretación de esta circunstancia cualificante, por tanto. Esto significa que, en el momento en que se produce una afectación penalmente relevante del espacio natural protegido el hecho pasa a ser calificado a través del art. 353 CP. En consecuencia:

- Art. 353.1.3: si falta la situación de peligro para las personas: P. de 3 a 5 años y M. de 15 a 18 meses
- Art. 353.1: si hay situación de peligro para las personas: P. 15 a 20 años y M. de 18 a 24 meses/ o P. de 7 años y 6 meses a 10 años menos 1 día y M. de 18 a 24 meses.

La exposición realizada hasta ahora se ha construido desde la premisa de que la afectación a algún espacio natural protegido puede tener un diferente alcance dependiendo de qué precepto se aplique: si el proyectado art. 353.1.3 o el proyectado art. 358 bis.

Pero posiblemente la intención del prelegislador no es establecer este diferente significado para la misma circunstancia, pero sí lo sea que la afectación a algún espacio natural protegido actúe como cualificante o hipercualificante. ¿Habría algún modo de conseguir este doble efecto agravatorio manteniendo una única interpretación sobre el alcance de la circunstancia?

Esta consecuencia se podría lograr si se acepta que el delito cualificado de incendio forestal del proyectado art. 353 generalmente es un tipo mixto alternativo, pero habría una excepción, que actuaría como tipo mixto cumulativo: cuando de las varias circunstancias concurrentes una de ellas sea la afectación a algún espacio natural protegido, pues para la apreciación de esta última circunstancia se aplicaría el proyectado art. 358 bis. Sólo habría un supuesto en el que la afectación a algún espacio natural protegido se castigaría a través del proyectado art. 353, actuando como circunstancia cualificante, no como disposición común, cuando esta circunstancia sea la única que concurra.

Ahora bien, desde esta perspectiva la disposición común ya no sería aplicable al vigente art. 352.1 CP, pues desde el momento en que se aprecia la circunstancia de afectación a algún espacio natural protegido, si esta circunstancia cualificante es la única que concurre, en tal caso obligatoriamente habrá que plantear el tipo cualificado del proyectado art.

353.1.3, y si concurren otras circunstancias cualificantes junto a la afectación a algún espacio natural protegido, nuevamente se tendrá que plantear el tipo cualificado del proyectado art. 353.1 o 2, pues entrará en aplicación la disposición contenida en este proyectado precepto: “Los hechos a que se refiere el artículo anterior”; “Se impondrá la misma pena”.

Si prospera la reforma propuesta, parece que tampoco sería aplicable la disposición común al vigente art. 352.2 CP, pues el peligro para las personas parece que quiere que sea subsumido en la circunstancia consistente en la afectación del incendio a zonas próximas a núcleos de población o a lugares habitados, lo que significa que tendríamos que reconducir este incendio forestal al proyectado art. 353.1.4. Solución que no comparto¹²⁶.

El resultado penológico que resultaría de este planteamiento sería el siguiente:

- Art. 352.1-358 bis: No procede, pues vendría en aplicación el proyectado art. 353.1.3: P. 3 a 6 años
- Art. 352.2-358 bis: Por el peligro para las personas el hecho se reconduciría al proyectado art. 353.1.4. La circunstancia adicional de afectación a algún espacio natural protegido da lugar a la construcción del tipo mixto acumulativo peculiar, a

¹²⁶ Si prospera la reforma en la forma como se ha planteado, no debería ser esta la solución aplicable. Al contrario, el peligro concreto para las personas no puede ser abarcado por esta circunstancia cualificante del proyectado art. 353.1.4, pues supondría, por un lado una derogación de lo dispuesto en el vigente art. 352.2 CP, en segundo lugar, un absurdo privilegio punitivo en comparación con el delito de incendio común del vigente art. 351 CP y, en tercer lugar, una absurda diferencia punitiva para el que con un incendio pone en peligro a las personas, haciendo depender esta diferencia del objeto material que se incendia: si es un objeto forestal, aplicación del proyectado art. 353, si es cualquier otro objeto, aplicación del delito de incendio común. Para abarcar el peligro para las personas, ¿se tendrá que aplicar el vigente art. 352.2, porque la proyectada reforma no va a afectar a la interpretación de esta modalidad delictiva? ¿En última instancia se tendrá que recurrir al delito de incendio común del vigente art. 351 CP? Y, una vez abarcado el desvalor referido al peligro para las personas, ¿cómo se castigará el desvalor añadido de que se trata de un incendio forestal afectando a algún espacio natural protegido, cuando pueden concurrir adicionalmente otras circunstancias cualificantes? Desde el planteamiento que aquí se ha defendido en la interpretación del vigente art. 352.2 CP, y de la proyectada cualificación del incendio forestal que afecta a zona próxima a núcleos de población o a lugares habitados, cuando el incendio forestal pone en peligro a las personas se tiene que aplicar el vigente art. 352.2 CP, al que tendría que aplicarse el proyectado art. 358 bis si además se afecta a algún espacio natural protegido; la apreciación conjunta de estos dos preceptos actuaría con un efecto oclusivo a la cláusula establecida en el proyectado art. 353.1, para anular su aplicación por la concurrencia de una de sus circunstancias cualificantes, la afectación a algún espacio natural protegido. Si concurren otras circunstancias cualificantes junto a la afectación a algún espacio natural protegido, ¿se apreciarán conjuntamente el art. 352.2 y el proyectado art. 353, y adicionalmente el proyectado art. 358 bis? O en la primera parte de la relación haría reaparecer el delito de incendio común y el incendio forestal cualificado por efectos ambientales y/o móvil económico llevaría a plantear el proyectado art. 353, y adicionalmente habría que plantear la aplicación de la disposición común? Creo que esta última sería la solución que habría que adoptar, ya que el proyectado art. 353 absorbería el desvalor propio del incendio forestal con los efectos ambientales y/o el móvil económico, quedando subsistente el peligro para las personas, desvalor que sería abarcado con la apreciación del delito de incendio común. No se nos escapa que esta solución haría desaparecer la pena de multa de la conminación penal, pena que sí resulta aplicable cuando el hecho se califica como incendio forestal con peligro para las personas, castigado a través del art. 352.2 CP.

través de la apreciación de la disposición común del proyectado art. 358 bis: P. de 6 años y 1 día a 9 años.

- Art. 353.1.1, 2, 3 (primera parte), 4, 5, 6-358 bis: Aplicación de la construcción del tipo mixto cumulativo: P. de 6 años y 1 día a 9 años.
- Art. 353.1.3 (segunda parte)-358 bis: No procede: P. de 3 a 6 años
- Art. 353.2-358 bis: Aplicación de la construcción del tipo mixto acumulativo: P. de 6 años y 1 día a 9 años.
- Art. 354.1-358 bis: P. 1 año y 1 día a 1 año y 6 meses y M. 12 meses y 1 día a 18 meses.

El efecto cualificante o hipercualificante de la circunstancia afectación a algún espacio natural protegido se ha conseguido en esta segunda interpretación replanteando el delito de incendio forestal del proyectado art. 353 como un tipo mixto cumulativo, de una manera peculiar, con apoyo de la disposición común del proyectado art. 358. Pero, ¿será esta tesis la que finalmente se acabe planteando? Porque es posible que, de prosperar la reforma proyectada, lo que ocurra es que se mantenga la interpretación de que el delito cualificado de incendio forestal por los efectos ambientales y/o el móvil económico es un tipo mixto alternativo, a lo sumo en la individualización judicial de la pena se podrá atender al hecho de que concurren varias de las circunstancias cualificantes. Y, desde esta perspectiva, la afectación a algún espacio natural protegido, manteniendo un único significado consistente en la alteración, menoscabo del espacio natural de entidad suficiente para que sea penalmente relevante, será una simple circunstancia cualificante, que dará lugar a la aplicación del proyectado art. 353.1.3 o al proyectado art. 358 bis.

El resultado penológico que resultaría de este planteamiento sería el siguiente:

Art. 352.1-358 bis: No procede, pues vendría en aplicación el proyectado art. 353.1.3: P. 3 a 6 años.

Art. 352.2-358 bis: No procede este planteamiento, por las razones explicadas anteriormente (reconducción al proyectado art. 353.1.4): P. 3 a 6 años.

Art. 353.1, 2, 3, 4, 5, 6-358 bis: No procede (tipo mixto alternativo): P. de 3 a 6 años.

Art. 353.2-358 bis: No procede (tipo mixto alternativo): P. de 3 a 6 años.

Art. 354.1-358 bis: P. 1 año y 1 día a 1 año y 6 meses y M. 12 meses y 1 día a 18 meses.

Para concluir esta larga exposición cabe preguntarse cuál es la verdadera intención del prelegislador al proponer introducir la disposición común referida a la cualificación de la pena cuando el incendio afecte a algún espacio natural protegido.

Descartada la idea de que se pretenda introducir una tesis como la primera, apoyada en el distinto significado de la circunstancia “afectación a algún espacio natural protegido”, lo que sí parece más o menos claro es que se pretende aplicar a *todos* los delitos de incendio la disposición común del proyectado art. 358 bis.

Tomando como referencia este objetivo, ¿hay alguna forma más sencilla para conseguirlo? Creo que los problemas aplicativos se solucionarían de un plumazo si se decidiera retomar la propuesta regulativa adoptada en el Anteproyecto-octubre 2012: en el proyectado art. 353.1, sin entrar ahora a concretar qué circunstancias cualificantes se tienen que incluir, y cuál sería su tenor literal (y hecha la abstracción de otros problemas valorativos), se tiene que eliminar la circunstancia cualificante “afectación a algún espacio natural protegido”; esta circunstancia sólo debe aparecer mencionada en la disposición común del proyectado art. 358 bis.

Esta propuesta se ajusta completamente a la explicación ofrecida en la Exposición de Motivos del Anteproyecto relativa a la intención de que los incendios que afecten a espacios naturales protegidos se castiguen del mismo modo que los delitos contra el medio ambiente (no significa que, en la propuesta regulativa de los incendios forestales, se tenga que remitir a los delitos tipificados en los arts. 325 a 331, como ha observado el CF en su informe al Anteproyecto-octubre 2012).

Desde esta perspectiva, el resultado penológico coincidiría con el enunciado en primer lugar, sin necesidad de estar apoyado en el doble significado de la circunstancia “afectación a algún espacio natural protegido”, y ya no sería necesario tener que recurrir al planteamiento del tipo mixto acumulativo, al menos cuando una de las circunstancias concurrentes sea la de afectación al espacio natural protegido.

9. Bibliografía

Rafael ALCÁCER GUIRAO (2002), *La protección del futuro y los daños cumulativos*, RECPC 04-08 pp. 1-30.

Artemi CERDÁ (2001), *La erosión del suelo y sus tasas en España*, en *Ecosistemas*, Revista de Ecología y medio ambiente 3, pp. 1-11 (www.aeet.org/ecosistemas/013/revisiones1.htm).

Joan BAUCCELLS I LLADÓS (2008), *La atenuante de reparación del daño ambiental ante la Directiva 2004/35/CE de la responsabilidad ambiental*, en *LH-Prats Canut*, pp. 427-444.

Ángel CALDERÓN CEREZO (2005), en CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Deusto Jurídico, Barcelona.

Juan CARDONA TORRES (2010), *Derecho penal. Parte especial*, Bosch, Barcelona.

Manuel COBO DEL ROSAL / Manuel QUINTANAR DÍEZ (2004), *Sobre "los incendios"*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Manuel COBO DEL ROSAL / Manuel QUINTANAR DÍEZ (2007), en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época, tomo X, Volumen III*, CESEJ, Madrid.

Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (2004), en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal Comentado. Tomo II. Con concordancias y jurisprudencia* (arts. 319 al final), 2ª, Bosch, Barcelona.

Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO/ J. SÁNCHEZ-JUNCO MANS (2012), en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.)/DÍAZ MARTÍNEZ (coord.), *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010. Tomo II. Artículos 319 al final*, 3ª, Bosch, Barcelona.

Emilio CORTÉS BECHIARELLI (2010), en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Tecnos, Madrid.

Mª Ángeles CUADRADO RUIZ (2006), «Consecuencias jurídicas en los delitos contra el medio ambiente», en MARTOS NÚÑEZ (dir.), *Derecho penal ambiental*, Exlibris ediciones, Madrid, pp. 221-240.

Paz DE LA CUESTA AGUADO (1999), *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

- LA MISMA (2011), en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *Derecho penal español. Parte especial. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Miriam CUGAT MAURI (2004), en CÓRDOBA ROBA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo II*, Marcial Pons, Madrid.

Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2002), «Autoría», en *EPB*, pp. 139-153.

- EL MISMO (2002), «Participación», en *EPB*, pp. 977-987.

- EL MISMO (2008), «El error sobre elementos normativos del tipo penal», La Ley, Madrid.

- EL MISMO (2010), «El error en el derecho penal económico», en SERRANO-PIDECASAS/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Colex, Madrid, pp. 39-61.

M^a Teresa ECHEVARRÍA/ Fernando PÉREZ-CABELLO/ Paloma IBARRA/ Juan DE LA RIVA/ Luis Antonio CÁNCER (2003), «Estudio de la dinámica ambiental postincendio en el prepirineo occidental. Análisis experimental en Agüero», en MARZOLFF/RIES/DE LA RIVA/SEEGER (eds.), *El cambio en el uso del suelo y la degradación del territorio en España*, Universidad de Zaragoza, pp. 73-84.

Patricia FARALDO CABANA (2011), *Art. 330*, en: FARALDO CABANA (dir.)/PUENTE ABA (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 342-357.

Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ (1997), en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid.

Pastora GARCÍA ÁLVAREZ (2012), en MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Manuel GÓMEZ TOMILLO (2007), «Análisis de las consecuencias jurídicas del delito de incendio forestal: restricciones a la clasificación y uso del suelo e intervención administrativa de la madera quemada», *RDPP* (18), pp. 35-45.

- EL MISMO (2011), en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2^a, Lex Nova, Valladolid.

José Luis GONZÁLEZ CUSSAC/Ángela MATALLÍN EVANGELIO/ Enrique ORTS BERENGUER/ Margarita ROIG TORRES (2010), *Esquemas de Derecho penal. Parte especial*, 2^a, Tirant lo Blanch, Valencia.

Luis GONZÁLEZ GUITÍAN (1989), «La nueva regulación del delito de incendios forestales», en *EM-Fernández Albor*, pp. 365-379.

Juan José GONZÁLEZ RUS (1997), en COBO DEL ROSAL (dir.)/CARMONA SALGADO/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/POLAINO NAVARRETE/PORTILLA CONTRERAS/SEGRELLES DE ARENAZA, *Curso de Derecho penal español. Parte Especial, tomo II* (en el volumen II también colabora Segrelles de Arenaza), Marcial Pons, Madrid.

- EL MISMO (2005), en en COBO DEL ROSAL (coord.)/CARMONA SALGADO/COBO DEL ROSAL/DEL ROSAL BLASCO/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/QUINTANAR DÍEZ, *Derecho penal español. Parte Especial, 2ª*, Dykinson, Madrid.

- EL MISMO (2011), en MORILLAS CUEVA (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid.

Ignacio GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS (2005), en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho penal. Parte Especial, 3ª*, Colex, Madrid.

Luis GRACIA MARTÍN (2003), *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del DP y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Esther HAVA GARCÍA (2011), en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *Derecho penal español. Parte especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Roland HEFENDEHL (2002), «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», *RECPC 04-14*, pp. 1-13.

Carmen LÓPEZ PEREGRÍN (2012), en MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (2012), *Lecciones de Derecho penal. Parte general, 2ª*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Juan Ignacio DE LA MADARIAGA Y APELLÁNIZ (2001), *La protección del medio ambiente frente al delito de incendios forestales. Problemática jurídica y criminológica*, Dykinson, Madrid.

- EL MISMO (2004), *La protección penal frente a los incendios forestales en España. (Adaptado a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes y a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, Modificadora de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal)*, Dykinson, Madrid.

José Luis MANZANARES SAMANIEGO (2010), *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) (Comentarios y jurisprudencia), II, Parte especial (Artículos 138 a 639)*, Comares, Granada.

Mario MARAVER GÓMEZ (2011), en AAVV, *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

María MARQUÈS I BANQUÉ (2011), en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).

Blanca MENDOZA BUERGO (2001), *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada.

- LA MISMA (2005), «El delito ecológico: configuración típica, estructura y modelos de tipificación», en JORGE BARREIRO (dir.), *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, pp. 109-150.

Esteban MESTRE DELGADO (2012), en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid.

Santiago MIR PUIG (2011), *Derecho penal. Parte general*, 9ª, Reppertor, Barcelona.

Antonia MONGE FERNÁNDEZ (2006), «Aspectos dogmáticos de los delitos de incendios forestales», en MARTOS NÚÑEZ (dir.), *Derecho penal ambiental*, Exlibris ediciones, Madrid, pp. 197-218.

Miguel Ángel MORENO ALCÁZAR (2012), en BOIX REIG (dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen III. Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, contra los derechos de los trabajadores, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, contra la seguridad colectiva y las falsedades*, Iustel, Madrid.

R.P.C MORGAN (1997), *Erosión y conservación del suelo*, versión española de P. Urbano Terrón/J.M. Urbano López de Meneses, Mundi-Prensa, Madrid.

Francisco MUÑOZ CONDE (2010), *Derecho penal. Parte especial*, 18ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- EL MISMO (2012), en MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Enrique ORTS BERENGUER (2010), en VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia.

Enrique ORTS BERENGUER / Miguel Ángel MORENO ALCÁZAR (1996), en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995, volumen II (artículos 234 a Disposiciones finales)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

José Ramón PIÑOL RODRÍGUEZ (2011), en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6ª, Thomson Reuters, Madrid.

Miguel POLAINO NAVARRETE (1991), «Sistema legal de incriminación de los delitos de incendio en la reforma de 1987. Especial referencia a los incendios forestales», en *ComLP*, tomo XIII. Propiedad industrial e intelectual, libertad sexual, incendios forestales, pp. 261-390.

- EL MISMO (1998), «Medio ambiente e incendios forestales en el sistema del Código penal de 1995», en *Actas del Congreso de Derecho penal y Procesal, El nuevo Código penal y la Ley del Jurado*, Fundación del Monte, Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 255-281.

- EL MISMO (2002), «Incendios», en *EPB*, pp. 807-816.

José Miguel PRATS CANUT (2009), en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).

Luz María PUENTE ABA (2008), «La atenuación de la pena en los delitos contra el medio ambiente: entre la prevención y la reparación de los daños medioambientales», en *LH-Prats Canut*, pp. 685-728.

- LA MISMA (2011), «Art. 340», en FARALDO CABANA(dir.)/PUENTE ABA (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 468-478.

Joan QUERALT JIMÉNEZ (2010), *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª, Atelier, Barcelona.

Luis RODRÍGUEZ SOL (1999), «Los incendios forestales y los incendios fraudulentos en bienes propios», en Garrigues & Andersen, *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*, manual V, publicado por el periódico *Expansión*, volumen V, Madrid, pp. 515-548.

Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE (2007), en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/ TERRADILLOS BASOCO (dirs.)/NIETO MARTÍN/PÉREZ CEPEDA (coords.), *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid.

Luis Ramón RUIZ RODRÍGUEZ (1997), «Los incendios forestales y la protección del medio ambiente», en TERRADILLOS BASOCO (ed.), *Derecho penal del medio ambiente*, Trotta, Madrid, pp. 83-108.

- EL MISMO (2011), en TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Derecho penal. Parte especial. Volumen II*, Iustel, Madrid.

José E. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2000), *Los delitos de incendio*, Comares, Granada.

Alfonso SERRANO GÓMEZ/ Alfonso SERRANO MAÍLLO (2012), en SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (1999), *Los delitos de incendio. Técnicas de tipificación del peligro en el nuevo Código penal*, Marcial Pons, Madrid.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ (1997), «¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del art. 325 del Código penal», *La Ley* 1997-3, pp. 1714-1725.

- EL MISMO (2011), *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª, Edisofer, Madrid.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ / Raquel MONTANER FERNÁNDEZ (2012), *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, Atelier, Barcelona.

Eva María SOUTO GARCÍA (2011), «Arts. 338 y 339», en FARALDO CABANA (dir.)/PUENTE ABA (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 457-468.

Fabio SUÁREZ MONTES (1999), «Comentario al artículo 5», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal, tomo I, artículos 1 a 18*, Edersa, Madrid, pp. 165-206.

Joseph María TAMARIT SUMALLA (2008), «La reparación como instrumento de protección penal del ambiente», en *LH-Prats Canut*, pp. 747-760.

- EL MISMO (2011), en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).

María A. TRAPERO BARREALES (2006), *Los delitos de incendio, estragos y daños tras la reforma de la LO 7/2000 y la LO 15/2003*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA (1988), *Doctrina y jurisprudencia del Código penal*, Edersa, Madrid.

- EL MISMO (2010), *Comentario al Código Penal*, La Ley, Madrid.

Antonio VERCHER NOGUERA (2002), en DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO (coords.), *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, tomo II, 3ª, Comares, Granada.

Javier DE VICENTE REMESAL (2002), «Agravantes», en *EPB*, pp. 41-45.

Caty VIDALES RODRÍGUEZ (2008), «La reparación del daño en los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente. Análisis del artículo 340 del Código penal», en *LH-Prats Canut*, pp. 761-791.