

ESTUDIOS

Ideas para la delimitación de los tipos de incendio forestal

IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

Fiscal de la Audiencia Provincial de Huelva

RESUMEN

El presente trabajo pretende contribuir a la delimitación de los tipos de incendio forestal con auxilio de la normativa administrativa protectora del monte. Ésta nos permite situar los delitos de incendio forestal en el marco de la ordenación del territorio –como bien jurídicamente protegido–, nos ayuda a delimitar las circunstancias de la parte objetiva del tipo –singularmente de su objeto material– y aporta criterios de delimitación del dolo y la imprudencia en la parte subjetiva.

SUMARIO: 0. Introducción.–I. La tutela administrativa: Concepto de monte o masa forestal: 1) El concepto administrativo de monte. 2) Protección del monte frente al fuego. 3) Normas sancionadoras. Responsabilidad penal.–II. La tutela penal: Consideraciones generales sobre el bien jurídico y la concurrencia de normas y sanciones.–III. Parte objetiva del tipo de injusto: Acción típica, sujetos y objeto: 1) Sujetos del tipo. 2) EL objeto material del tipo: montes o masas forestales, incendio propagado y no propagado, zona de influencia forestal.–IV. Parte subjetiva del tipo. Delimitación del dolo y la imprudencia: 1) criterios de delimitación del dolo eventual. 2) EL tipo de incendio imprudente del artículo 358 del Código Penal.

0. INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo se pretende contribuir a la difícil tarea de delimitar los tipos de incendio forestal siguiendo dos pautas: la identificación de los principios que disciplinan la tutela general del monte –establecida en el Derecho público común o Derecho administrativo– y la utilización de estos principios para interpretar el alcance y sentido de los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales de incendio forestal. Para ello, entiendo necesaria una primera incursión en ciertos aspectos de la normativa administrativa que nos pueden servir después de criterio de integración o

interpretación de las normas penales. Se busca, pues, comprobar, sin abandonar la sistemática de la teoría jurídica del delito, la funcionalidad de dichos criterios en el ámbito de la tutela penal.

I. LA TUTELA ADMINISTRATIVA: CONCEPTO DE MONTE O MASA FORESTAL Y LA PROTECCIÓN FRENTE A LOS INCENDIOS

1. EL CONCEPTO ADMINISTRATIVO DE MONTE

«Se entiende por monte todo terreno en el que vegetan especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, que cumplan o puedan cumplir funciones ambientales, protectoras, productoras, culturales, paisajísticas o recreativas. Tienen también consideración de forestal: a) los terrenos yermos, roqueados y arenales; b) las construcciones e infraestructuras destinadas al servicio del monte en el que se ubican; c) los terrenos agrícolas abandonados que cumplan las condiciones y plazos que determine la comunidad autónoma y siempre que hayan adquirido signos inequívocos de su estado forestal; y d) todo terreno que, sin reunir las características descritas anteriormente, se adscriba a la finalidad de ser repoblado o transformado al uso forestal, de conformidad con la normativa aplicable (...)». Esta definición se contiene en el artículo 5 de la Ley estatal de Montes (Ley 43/2003 de 21 de noviembre). Se puede distinguir, conforme a la misma:

A) Un concepto general de monte basado en dos clases de características:

a) Físicas: ha de tratarse de un terreno y en el mismo han de vegetar especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas. Ahora bien, estas especies, para ser forestales [art. 6, b) de la Ley], no habrán de ser exclusivamente características del cultivo agrícola.

b) Funcionales: los terrenos citados han de cumplir o poder cumplir funciones ambientales, protectoras, productoras, culturales, paisajísticas o recreativas.

B) Una asimilación al monte, con atribución de consideración forestal a los terrenos de la letra a) (yermos, roqueados y arenales), a las construcciones y estructuras de la letra b) (destinadas al servicio del monte en que se ubican), a los terrenos agrícolas abandonados con las condiciones de la letra c) (cumplimiento de las condiciones normativas autonómicas y adquisición de signos inequívocos de carácter forestal).

C) Una consideración subsidiaria de monte de todo terreno que «se adscriba a la finalidad de ser repoblado o transformado al uso forestal, de conformidad con la normativa aplicable».

Con el término monte se designa, pues, un objeto amplio y heterogéneo. Prácticamente ninguna cualidad sustantiva sirve de denominador común a sus distintas clases. Ni el tipo de terreno –se asimilan incluso ciertas edificaciones y construcciones–, ni las clases de vegetación –ésta incluso puede no existir como en yermos, roqueados y arenales o en las construcciones y estructuras al servicio del monte–, ni la

función que pueden cumplir –cultural, productora, ambiental...– sirven de criterio rector de una definición unitaria. En realidad, puede entenderse que el concepto de monte responde más bien al deseo normativo de otorgar una especial protección a determinados suelos no urbanizables que no estén exclusivamente destinados al cultivo agrícola, en el marco de la ordenación del territorio. La propia Ley estatal señala en la letra *b*) del apartado 2 del artículo 5 que no tiene la condición de monte el suelo urbano y así lo dispone también la Ley andaluza 2/1992 de 15 de junio. Y es que, frente a una opinión extendida que entiende que la protección del monte es puramente medioambiental, las masas forestales se caracterizan por su multifuncionalidad. Así se establece en la Ley estatal de montes, que señala en la letra *b*) de su artículo 3, como principio inspirador de su articulado, «el cumplimiento equilibrado de la multifuncionalidad de los montes en sus valores ambientales, económicos y sociales».

En este sentido, la doctrina administrativa destaca que, a pesar del papel esencial que juega la preservación de la biodiversidad forestal, «no podemos afirmar que estemos ante una legislación exclusivamente atenta hacia los valores ambientales de los montes»¹.

No obstante, es cierto que la función ambiental es predominante, como se desprende del artículo 4 de la citada Ley, que señala que los montes «desempeñan una función social relevante, tanto como fuente de recursos naturales, como por ser proveedores de múltiples servicios ambientales, entre ellos la protección del suelo y del ciclo hidrológico; de fijación de carbono atmosférico; de depósito de diversidad biológica y como elementos fundamentales del paisaje». Este precepto, como después se verá, será un elemento interpretativo fundamental en lo que a la tutela penal se refiere, en contraste con el mero contenido didáctico que algún administrativista le atribuye².

Con razón, por tanto, el artículo 1 de la Ley forestal de Andalucía (Ley 2/1992 de 15 de junio) dice que los montes o terrenos forestales son elementos integrantes para la ordenación del territorio. La definición empleada por la disposición andaluza coincide con la estatal en la consideración general del monte o masa forestal conforme a las dos características indicadas. La física, pues el monte es una superficie rústica cubierta de especies arbóreas, arbustivas, de matorral, o herbáceas, siempre que todas éstas no sean exclusivamente características del cultivo agrícola, y la funcional pues han de cumplir estos terrenos funciones ecológicas, protectoras, de producción, paisajísticas o recreativas. La Ley andaluza 2/1992 también incluye a continuación una asimilación al monte de dos elementos:

1. enclaves forestales en terrenos agrícolas
2. otros terrenos que, no reuniendo los requisitos generales queden adscritos a la finalidad de su transformación futura en forestal en aplicación de las previsiones contenidas en la presente Ley y en los Planes de Ordenación de Recursos Naturales que se aprueben al amparo de la misma.

Añade además la Ley andaluza 2/1992 de 15 de junio una definición negativa, pues aclara qué no tendrá la consideración legal de terreno forestal (siembras o plan-

¹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «Crítica jurídica de la nueva ley de montes», en *Revista española de Derecho administrativo*, número 121, 2004, Civitas, Madrid, p. 13.

² *Ibidem*.

taciones destinadas a cultivos agrícolas en las que no concurren las características de la definición general, suelos urbanos o urbanizables y superficies dedicadas a cultivos de plantas ornamentales y viveros forestales).

2. PROTECCIÓN DEL MONTE FRENTE AL FUEGO

La protección de los espacios constitutivos de monte adquiere especial significación cuando se trata de combatir su enemigo más temible: el fuego. Ahora bien, la singularidad del agente dañoso no modifica el valor del objeto de protección: la afectación de determinadas superficies de terreno al cumplimiento de una función social relevante.

El Capítulo III del Título IV de la Ley estatal de Montes se ocupa de los incendios forestales en los artículos 43 a 49. Se contiene, no obstante, una definición auténtica de incendio forestal antes del capítulo indicado, en el artículo 6, letra k) de la Ley, que lo define como «el fuego que se extiende sin control sobre combustibles forestales situados en el monte».

La regulación estatal realiza una remisión normativa a los ordenamientos de las Comunidades autónomas en el artículo 44.3, al señalar que «Las Comunidades autónomas regularán en montes y áreas colindantes el ejercicio de todas aquellas actividades que puedan dar lugar al riesgo de incendio [...]». A efectos del posterior estudio de la normativa penal, nos interesa también la obligación general de aviso impuesta por el artículo 45, conforme al cual «toda persona que advierta la existencia o iniciación de un incendio forestal estará obligada a avisar a la autoridad competente o a los servicios de emergencia y, en su caso, colaborar, dentro de sus posibilidades, en la extinción del incendio». Es evidente que estamos ante una actuación ciudadana tendente a la extinción del incendio, no subsumible dentro del deber general de denuncia del artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero también es cierto que en la investigación policial del incendio se utiliza como indicio de implicación criminal el hecho de no haber dado la alerta del incendio en sus momentos iniciales.

Interesa también el artículo 48 de la Ley, que configura como «zona de alto riesgo de incendio» aquellas áreas «en las que la frecuencia o virulencia de los incendios forestales y la importancia de los valores amenazados hagan necesarias medidas especiales de protección contra los incendios», lo que precisa declaración administrativa por parte de las Comunidades Autónomas. No cabe duda, como después se verá, de que esta declaración, o el simple dato objetivo de que en la zona se produzcan frecuentes incendios puede servir de elemento de medición del deber de cuidado interno de este delito imprudente, que será más exigente en cuanto al deber de advertir el peligro inherente a la acción realizada.

Es de destacar que el Real Decreto-Ley 11/2005 de 22 de julio, además de prohibir el tránsito de personas por estas zonas de alto riesgo de incendio desde el 23 de julio de 2005 hasta el 1 de noviembre del mismo año, obliga a las Comunidades Autónomas a publicar en el plazo de siete días desde la entrada en vigor del citado instrumento normativo (el propio 23 de julio) las zonas de su ámbito territorial que tengan la consideración de alto riesgo de incendio forestal, conminando a las que no hayan procedido aún a esta declaración a hacerlo dentro de dicho plazo.

En Andalucía, la protección del monte frente a los incendios se articula mediante un instrumento legislativo específico: la Ley 5/1999 de 29 de junio de prevención y lucha contra incendios forestales. En ésta se considera incendio forestal el que afecta a superficies que tengan la consideración de montes o terrenos forestales de conformidad con la legislación forestal, aunque con excepción para los enclaves forestales en terrenos agrícolas y de los árboles aislados (art. 2). El artículo 3 de la Ley añade una protección adicional mediante la constitución de una zona de influencia forestal, constituida por una franja circundante de los terrenos forestales que tendrá una anchura de 400 metros, aunque este ancho puede ser adecuado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad atendiendo a las circunstancias específicas del terreno y de la vegetación. La creación de esta zona cohonesta plenamente con la remisión normativa de la legislación estatal, que se refiere también, según se ha visto, a las zonas colindantes al monte.

3. NORMAS SANCIONADORAS. RESPONSABILIDAD PENAL

La protección frente a los incendios se proyecta, evidentemente, sobre la actividad de los particulares, de modo que éstos quedan sujetos al cumplimiento de la normativa y pueden ser sancionados en caso de incurrir en infracción.

En particular, existen infracciones que, más allá de su propia entidad administrativa, encarnan deberes de cuidado esenciales para la seguridad del monte, de gran importancia para valorar el deber de cuidado externo inherente al tipo penal de incendio imprudente:

A) El artículo 64.3 de la Ley 5/1999 de 29 de junio prevé como infracción la realización de actividades o usos prohibidos conforme al artículo 28 de la misma. Éste prohíbe encender fuego en terrenos forestales y zonas de influencia forestal fuera de los supuestos expresamente previstos o autorizados y arrojar o abandonar objetos en combustión o cualquier clase de material susceptible de originar un incendio. Esto coincide básicamente con la infracción prevista en la normativa estatal, donde el artículo 67.d) tipifica «el empleo del fuego en el monte y áreas colindantes en las condiciones, épocas, lugares o para actividades no autorizadas». Esta infracción tendrá la condición de muy grave cuando cause daños al monte cuyo plazo de reparación o restauración sea superior a diez años, de grave cuando sea inferior a diez años y superior a seis meses, y de leve por debajo del semestre.

B) El artículo 64.4 de la Ley andaluza sanciona la realización de usos o actividades sometidos a autorización previa sin la obtención de la misma o bien con incumplimiento de las condiciones establecidas en ella o en la normativa que resulte de aplicación. El artículo 29.1 de la Ley remite a la normativa reglamentaria para establecer tales usos y actividades y el artículo 29.2 hace idéntica remisión en lo relativo al procedimiento y a las condiciones de la autorización.

El ámbito sancionador se ha visto impulsado, en principio con un carácter coyuntural sólo explicable dentro de las pautas de oportunidad política que rigen hoy día la actividad legislativa, por el Real Decreto-Ley 11/2005 de 22 de julio, con vigencia limitada al tiempo que media entre su entrada en vigor, el mismo día de su publicación –23 de julio de 2005–, y el 1 de noviembre de 2005. Esta disposición establece en su artículo 13 rigurosas prohibiciones en todo el territorio nacional.

Efectivamente, en la letra a) del citado artículo se prohíbe encender fuego en todo tipo de espacios abiertos, con mención expresa a continuación a la quema de rastros, pastos permanentes y de restos de poda, quedando suspendidas las autorizaciones que hubieran sido concedidas para este fin, y la eliminación de residuos mediante quema al aire libre. Se especifica también la prohibición de encender fuego en las áreas de descanso de las carreteras o, a cielo abierto, en las zonas recreativas y de acampada, incluidas las zonas habilitadas para ello.

Dentro ya de las zonas delimitadas como monte por el artículo 5 de la Ley 43/2003, prohíbe la letra b) la circulación de vehículos de motor por las pistas forestales en que no existan servidumbres de paso, la utilización de maquinaria y equipos en los montes y en las áreas rurales situadas en una franja de 400 metros alrededor de aquéllos, en cuyo funcionamiento genere deflagración, chispas o descargas eléctricas, la introducción de material pirotécnico, quedando prohibido expresamente fumar, arrojar o abandonar objetos en combustión o cualquier clase de material susceptible de originar un incendio.

En las zonas declaradas de alto riesgo forestal, que como se ha visto regula el artículo 48 de la Ley estatal, el Real Decreto-Ley prohíbe el tránsito de personas.

Este Real Decreto, conforme a las exigencias del artículo 86.2 de la Constitución española, ha sido convalidado por el Congreso de los Diputados.

Establecidas estas severas reglas de conducta, el Real Decreto-Ley prescribe que, sin perjuicio de la aplicación de las previsiones del Código Penal en la materia, tendrá la consideración de infracciones graves sancionables conforme al artículo 74.b) de la Ley estatal de montes, la violación de las prohibiciones contenidas en el artículo 13.

Finalmente, hay que destacar que la Ley estatal 43/2003 contiene un artículo dedicado a la «responsabilidad penal», señalando este artículo 72 que la Administración queda obligada a poner en conocimiento del órgano jurisdiccional competente la infracción que pueda ser constitutiva de delito, con la consiguiente suspensión del expediente administrativo sancionador en tanto no recaiga sentencia firme o resolución que ponga fin al proceso. Se trata de la concreción de la garantía procedimental del principio sustantivo de prohibición del *bis in idem*. La garantía material la contiene el apartado 2 del propio artículo 72, conforme al cual «la sanción penal excluirá la imposición de la sanción administrativa en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, del hecho y del fundamento. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, el órgano competente continuará, en su caso, el expediente sancionador teniendo en cuenta los hechos declarados probados en la resolución firme del órgano judicial competente».

II. LA TUTELA PENAL: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO Y LA CONCURRENCIA DE NORMAS E INFRACCIONES

De las reflexiones realizadas en torno a la tutela administrativa del monte, me gustaría extraer dos ideas fundamentales: que la protección del monte excede de la defensa de valores ambientales y que el monte, por imperativo de la Ley, cumple una función social relevante de carácter ambiental, tal y como señala el artículo 4 de la

Ley estatal reguladora. Si llevamos estas reflexiones al ámbito de la tutela penal, advertimos pronto que el monte es objeto de una doble protección:

1. De un lado, frente a toda construcción ilegal que se realice en el mismo, que habrá de entenderse subsumida en el artículo 319.1 del Código Penal, dados los especiales valores ambientales que *per se* cumplen las superficies de terreno que tienen esta caracterización, ex artículo 4 de la Ley estatal.

2. De otro lado, frente a la destrucción del monte por acción de la propagación del fuego, que, concurriendo los elementos requeridos por el tipo objetivo y subjetivo, se subsumen en los artículos 352 a 358 del Código Penal.

Ambas manifestaciones de la tutela penal del monte presentan, a pesar de las diferencias en cuanto al agente dañoso, un mismo objeto de protección: la multifuncionalidad del monte en el marco de la ordenación del territorio.

En la medida en que el ámbito funcional del monte excede los puros fines ambientales, la ubicación correcta de las disposiciones penales que lo protegen se encontraría en el Capítulo I del Título XVI del Libro II del Código Penal, dentro, pues, de los delitos contra la ordenación del territorio. Del mismo modo que la construcción o edificación ilegal puede comprometer, según se desprende del artículo 319.1 del Código Penal, valores paisajísticos, históricos, culturales... también la destrucción del monte, singularmente por medio de la propagación del fuego, puede afectar a las funciones ambientales, productoras, protectoras, culturales, paisajísticas o recreativas a que aluden tanto el artículo 5 de la Ley estatal 43/2003 de 21 de noviembre como el artículo 1 de la Ley forestal de Andalucía 2/1992 de 15 de junio. No en vano el artículo 3.b) de la Ley estatal establece como principio inspirador, según hemos anticipado, «el cumplimiento equilibrado de la multifuncionalidad de los montes en sus valores ambientales, económicos y sociales».

El bien jurídico protegido en los delitos de incendio forestal es, de este modo, el mismo que en los delitos relativos a la ordenación del territorio: el uso racional del suelo conforme a la función pública que desempeña. Si en los delitos contra la ordenación del territorio se realiza una protección negativa del suelo no urbano –esto es, se pretende que no se utilice para fines impropios del mismo como las edificaciones y construcciones–, en los delitos de incendio forestal se pretende una protección positiva del suelo no urbano, tendente a que quede afecto a los fines que le son propios: paisajísticos, productivos, culturales, recreativos, ambientales. Si con los primeros se les quiere salvar de su alteración mediante un uso inadecuado, con los segundos se busca salvarlos de su destrucción por el medio más devastador: la propagación del fuego.

Sólo en el caso del artículo 356 del Código Penal –incendio en masa de vegetación no forestal– estamos ante un tipo puramente medioambiental, pues exige que se produzca grave perjuicio para el medio natural. Ahora bien, esta referencia singular refuerza la tesis anterior. En la medida que el monte propiamente dicho, conforme al artículo 5 de la Ley estatal, queda afecto a múltiples fines, sólo de no ser monte, esto es, de no quedar afecto a tales fines por su propia naturaleza, puede exigirse un *aliud que*, de tener cualidad forestal, pertenecería a la esencia del concepto. Así se desprende del artículo 4 de la Ley estatal, que, como se ha visto, establece que los montes desempeñan *per se* e independientemente de su titularidad una función social relevante, tanto como fuente de recursos naturales como por ser proveedores de múltiples servicios ambientales, entre ellos de protección de suelo y del ciclo hidrológico; de

fijación del carbono atmosférico; de depósito de la diversidad biológica y como elementos fundamentales del paisaje. En definitiva, sólo son punibles en el marco de la ordenación del territorio los incendios en terrenos que sin reunir los requisitos necesarios para ser monte, hayan generado un singular impacto ambiental, pues de haberse producido el incendio en monte concurriría siempre este elemento.

Queda, no obstante, por determinar qué se entiende por masa de vegetación no forestal. Para ello, desde luego, no nos vale la mera traslación de las «mieses, pastos o plantíos» que citaba el artículo 553 bis.a) del Texto Refundido de 1973 (SAP de Cádiz –sección séptima– 186/2001 de 19 de noviembre). Antes bien, debemos determinar primero qué es una masa de vegetación forestal para encontrar después el criterio rector de esta relación dialéctica de artículos.

En mi opinión, monte y masa forestal son dos expresiones del mismo concepto. Si se atiende a la definición proporcionada por el letra a) del artículo 6 de la Ley estatal de Montes se advierte que el adjetivo forestal designa, a efectos jurídicos, todo aquello relativo a los montes. Por lo tanto, la masa de vegetación no forestal será aquella que no sea característica de los montes. Si se acude a letra b) del artículo 6 se observa a su vez que son especies forestales las arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas que no son características exclusivas del cultivo agrícola. Serán, *sensu contrario*, masas de vegetación no forestal, las superficies de terreno en las que vegeten especies exclusivamente características del cultivo agrícola. No constituirán en cambio masas de vegetación no forestal los terrenos donde habiten ejemplares aislados de especies forestales, pues en este caso no podría hablarse cabalmente de una masa.

Por otra parte, ¿cómo se determina el grave perjuicio para el medio ambiente que ha de producirse para que el incendio de la masa de vegetación no forestal sea típico? No nos servirán a este fin las declaraciones administrativas, a riesgo de sustituir el principio de accesoriadad limitada de la norma, que rige en España para los tipos penales en blanco, por otro de accesoriadad del acto. Más bien, si en este caso estamos estrictamente ante un tipo ambiental, parece lógico exigir que sea interpretado sistemáticamente conforme a los demás tipos medioambientales del Código. Esto quiere decir que será preciso un riesgo de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales (art. 325), la alteración o destrucción grave del especies o subespecies de flora amenazada o sus propágulos (art. 332), un perjuicio para el equilibrio biológico (art. 333) o el impedimento u obstáculo para la reproducción o migración de especies amenazadas (art. 334). Queda claro que en estos casos puede producirse un concurso. Sin embargo, hay que distinguir hipótesis bien diferentes.

En primer lugar, el caso del concurso con el artículo 332 es el más evidente, por la identidad parcial del verbo rector de la tipicidad. Si el incendio producido quema alguna especie o subespecie de flora amenazada o sus propágulos, se producirá un concurso con el artículo 352, a resolver, a mi modo de ver, de la siguiente manera:

1. Si se trata de monte, se debe, primero, encontrar el elemento distintivo funcional. Debe determinarse si éste es exclusivamente la protección de esa especie o subespecie y su hábitat o si, en cambio, concurre con otra especial protección adicional –paisajística, recreativa, productiva o de otra clase. En el primer caso, la antijuricidad es homogénea, ya que la nueva redacción del artículo 332 exige grave peligro para el medio ambiente, y el concurso ha de ser de normas, a resolver por el criterio de alternatividad del artículo 8, regla cuarta, del Código Penal. En el segundo caso, la antijuricidad es sólo parcialmente homogénea, pues el tipo medioambiental del ar-

título 332 se verá absorbido por el tipo de incendio forestal, que, como expresión de un bien jurídico más amplio, absorbe por consunción la tutela puramente medioambiental, conforme al artículo 8, regla tercera, del Código Penal.

2. Si se trata de vegetación no forestal, en la medida en que la quema de ésta sólo es delictiva por razón del perjuicio al medio natural y la quema de especies o subespecies del artículo 332 requiere grave perjuicio para el medio ambiente, parece claro el concurso aparente de normas. Esto no quiere decir que alguno de estos dos tipos sea inaplicable con carácter general, pues la quema de una especie o subespecie de flora protegida todavía podría producirse en una zona distinta a una masa de vegetación. Sólo supone, por tanto, que no pueden concurrir para castigar el mismo hecho.

En relación con el artículo 325, es evidente que no existe identidad de supuestos, pues los verbos típicos no se solapan, ya que este precepto no contempla la hipótesis de perjuicio medioambiental mediante fuego. Lo mismo cabe decir del artículo 333. En el caso del artículo 334, parece impensable que el fuego pueda utilizarse como instrumento de caza, dada la calcinación de la presa que habría de producirse al arder una masa de vegetación. Cabe descartar también el artículo 336, que alude a medios específicos distintos al incendio.

Especial mención requiere el concurso con los tipos de daños. El artículo 266.1 castiga los daños dolosos ocasionados en el patrimonio ajeno en cuantía superior a 400 euros (art. 263), siempre que sean causados mediante incendio, con pena de prisión de 1 a 3 años. Hay que distinguir dos hipótesis:

1. El concurso con el tipo general de incendio forestal (artículo 352). En este caso, la jurisprudencia se decanta por el concurso de normas, regido por el principio de especialidad. Desde luego, el artículo 266 *in fine* remite al artículo 351 «en caso de incendio», pero esto no puede interpretarse como una declaración general de subsidiariedad frente a todo tipo de incendio, pues la mención al artículo 351 conlleva el elemento distintivo del «peligro para la vida e integridad de las personas». Aún así, las penas del artículo 352.1 siguen siendo superiores a las del artículo 266.1, por lo que la regla supletoria de la alternatividad despeja las dudas. Sólo sería inferior la pena del artículo 354, para el caso de no propagación del incendio. En este supuesto, no podría privarse al reo del beneficio del tipo privilegiado o incluso de la exención de pena, aunque el conato doloso hubiera comportado daños en propiedad ajena. Entendemos, en definitiva, que si el incendio es «forestal», esto es, si afecta a montes o masas de vegetación forestal, la precisión del concreto objeto material del tipo (monte o masa forestal) supone un elemento especial frente al genérico daño del artículo 266.1, por lo que la regla a utilizar será siempre la primera del artículo 8 del Código Penal, haya o no peligro para la vida e integridad de las personas, ya se produzca o no la propagación del incendio. Así lo entiende el Tribunal Supremo (Sentencia 539/2000 de 1 de abril), al que sigue la jurisprudencia menor (v. gr. el auto 205/2005 de 15 de junio de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Castellón)³.

2. Respecto a los daños en masa de vegetación no forestal, parece evidente que el artículo 356 añade dos elementos que lo hacen de aplicación preferente, por idéntico

³ Según el auto citado «el tipo penal del delito de daños dolosos tiene una aplicación residual o subsidiaria, comprendiendo únicamente, según se indica expresamente en el artículo, los daños causados en propiedad ajena «no comprendidos en otros títulos de este código» (véase el art. 8.2 del CP)»

tica regla de especialidad: la exigencia de grave perjuicio ambiental y la necesidad de que el incendio se produzca en una masa de vegetación. Pero también es evidente que la mayor pena señalada en el artículo 266.1 del Código Penal invita a pensar que el artículo 356 no ha querido absorber la posible afección del bien jurídico patrimonial. Esto parece desplazar la concurrencia al terreno de las infracciones, en este caso con carácter ideal. Sin embargo, esta tesis no deja de plantear dudas, dado que es el destino al cultivo agrícola el que, según lo expuesto, caracteriza a la masa de vegetación no forestal, y esto implica forzosamente un daño patrimonial para el titular del cultivo. El perjuicio económico se convierte, así, en inherente al tipo. En definitiva, parece más bien que el concurso es de normas, y la especialidad de los elementos típicos lleva a concluir que el autor del Código ha vuelto a establecer inconscientemente un tipo privilegiado en su afán de exhaustividad.

III. PARTE OBJETIVA DEL TIPO DE INJUSTO: ACCIÓN TÍPICA, SUJETOS Y OBJETO

Para proceder al análisis de los elementos que integran una concreta infracción penal, debe partirse de una previa decisión sobre la estructura sistemática que se encuentra extramuros de la parte especial. Evidentemente, no se debe en este estudio dar razón detallada de los fundamentos dogmáticos de esta previa opción, pero sí considero necesario dejar constancia expresa de la elección realizada. En lo relativo al tipo, se opta, conforme a una sistemática muy extendida, por la división de éste en una parte objetiva integrada por la acción, los sujetos, el objeto y las circunstancias del tipo, y una parte subjetiva, donde se integran el dolo, la imprudencia y los concretos elementos subjetivos del tipo. Esta elección no se toma en una línea de pensamiento ontologista, pues no comparto que existan estructuras lógico-objetivas de la realidad que predeterminen el sistema jurídico. En cambio, sí que me convence la idea, hoy día dominante, de la infracción penal como «injusto personal» en el que los elementos anímicos del autor, en cuanto denotan una peligrosidad objetiva variable, determinan decisivamente la propia desvaloración jurídico-penal del ámbito de la antijuricidad tipificada. Entiendo igualmente que el tipo es portador del significado desvalorativo de la infracción, pero rechazo la noción de un tipo total dividido en una parte positiva –la descrita hasta ahora– y otra negativa integrada por las causas de atipicidad y justificación. La posición sistemática de las causas de justificación, a mi juicio, se encuentra al margen de la teoría del tipo, en el terreno de la antijuricidad penal no tipificada (salvo, quizá, desde la idea de tipo de permisión). Conforme a estos presupuestos sistemáticos, se procede al análisis del tipo de incendio forestal en sus diversas manifestaciones.

1. SUJETOS DEL TIPO

Evidentemente, el tipo de incendio forestal es de carácter común, es decir, puede cometerse por cualquier sujeto penalmente responsable conforme a las reglas generales del sistema penal. No obstante, fuera del puro dato objetivo de su naturaleza

como delito común, la determinación del sujeto activo del delito ofrece especiales dificultades cuando el incendio se desplaza al ámbito del tipo imprudente y el hecho originario de la combustión se ubica en una actividad organizada generadora de un riesgo socialmente aceptado. Es el caso de fallos de instalaciones eléctricas, líneas de ferrocarril, incumplimiento de las compañías titulares de éstas de los deberes de limpieza y vigilancia impuestos... En estos casos deben utilizarse criterios de imputación de la responsabilidad penal acordes con la delimitación de los deberes de cuidado infringidos. Por eso, este punto lo trataremos después al examinar la tipicidad imprudente de la conducta.

2. EL OBJETO MATERIAL DEL TIPO: MONTES O MASAS FORESTALES, INCENDIO PROPAGADO Y NO PROPAGADO, ZONA DE INFLUENCIA FORESTAL

Los artículos 352 y 354 utilizan, para referirse al objeto material del delito, los términos «montes o masas forestales». Esta expresión puede interpretarse en dos sentidos. En primer lugar, pueden considerarse dos expresiones de idéntico significado, pues verdaderamente un monte es una masa de vegetación forestal o masa forestal. La segunda posibilidad sería interpretar la referencia como alternativa, de modo que se castigue tanto el incendio que se produce en el monte en sentido estricto, como superficie de terreno en que vegetan especies no destinadas exclusivamente al uso agrícola, como también el que tiene lugar en los elementos asimilados al monte previstos en el artículo 5 de la Ley estatal– en la letra *a*), yermos, roqueados y arenales, las construcciones y estructuras de la letra *b*) en cuanto destinadas al servicio del monte en que se ubican, o los terrenos agrícolas abandonados con las condiciones de la letra *c*), esto es que cumplan las condiciones normativas autonómicas y la adquisición de signos inequívocos de carácter forestal, o terrenos considerados subsidiariamente como monte en cuanto adscritos a la repoblación forestal o reforestación. A mi juicio, como se anticipaba al tratar el bien jurídico, sólo la primera interpretación puede considerarse correcta, pues el legislador ha querido castigar exclusivamente el incendio que se produce en el monte *stricto sensu*, es decir, como masa forestal o masa en que vegetan especies forestales, en cuanto no destinadas exclusivamente a usos agrícolas.

Hay que tener en cuenta que la propia Ley de montes, según se ha visto, establece un concepto auténtico de incendio forestal, que es «el fuego que se extiende sin control sobre combustibles forestales situados en el monte». Por tanto, incendio forestal sólo es aquel que se propaga a través de combustibles forestales, actuando como tales las especies que vegetan en la superficie de terreno considerada como monte. Donde no hay combustible forestal no hay incendio forestal. No pueden, por tanto, ser objeto de este delito roqueados, arenales, yermos, edificios o construcciones. Se deben, pues, descartar los elementos asimilados no susceptibles de propagación por combustible forestal.

Será, por tanto, monte a efectos del delito de incendio forestal el que reúna el elemento físico y el funcional exigidos, según se dijo, en la normativa administrativa estatal, con independencia de que sea monte público o privado, que dentro de la primera clase sea demanial catalogado o no catalogado o sea patrimonial, o que dentro de la segunda sea o no de especial protección.

No obstante, se plantea un problema de delimitación adicional entre el objeto del tipo del artículo 352 y el del artículo 354, pues el primero castiga el incendio de monte o masa forestal y el segundo lo hace de manera atenuada por razón de falta de propagación del fuego. En ambos casos, a mi modo de ver, sigue siendo preciso el combustible vegetal como objeto de la acción del fuego. Si bien se mira, la diferencia entre ambos tipos se encuentra en el verbo rector: incendiar en el artículo 352 y prender fuego en el artículo 354. Evidentemente, para incendiar también hay que prender fuego y la diferencia verbal apela en realidad a una dimensión diversa en cuanto al resultado, menor en caso de no propagación del fuego prendido (así parece entenderlo la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la parca sentencia de 24 de octubre de 2003, RJ 7645, a la que sigue, por ejemplo, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Castilla y León –sección primera– en sentencia 4/2004 de 11 de octubre). No obstante, esta diferencia plantea dos problemas:

1. Desde un punto de vista dogmático, la divergencia en cuanto al verbo típico puede tener efectos sobre la extensión del dolo. Si el dolo debe abarcar todos los elementos de la tipicidad, en el caso del artículo 354 bastaría que abarcara la mera combustión realizada, sin que el conocimiento y voluntad se extendieran a la propagación infructuosa. Si la voluntad del autor abarcaba también el resultado no producido, esto es, la propagación del fuego, la conducta no debería ser castigada como delito del artículo 354 sino como tentativa del tipo del artículo 352 (o para ser más precisos científicamente, como tipo del injusto del delito intentado en que el tipo subjetivo abarca el resultado específico del art. 352). Es decir, según el alcance del dolo del autor estaríamos ante el tipo del artículo 354 o ante la tentativa del delito previsto en el artículo 352. No estoy de acuerdo, por tanto, con la tesis jurisprudencial de que el tipo del artículo 354 sea en realidad una tentativa de incendio forestal (SAP de Palencia –sección única– de 17 de septiembre de 1999, ARP 2917).

No obstante, esta distinción dogmática pierde cierta virtualidad práctica, pues la pena señalada en el artículo 354 se corresponde con la menor en grado a la prevista en el párrafo primero del artículo 352, con lo que resulta más severa que la pena señalada a los «autores de tentativa de delito» conforme al artículo 62 del Código Penal. En realidad, teniendo en cuenta que la modalidad de tentativa sería acabada –atendiendo a que el fuego efectivamente ha prendido en combustible vegetal– la rebaja procedente sería la de un solo grado, por lo que ambas penas podrían considerarse plenamente coincidentes.

2. Desde el punto de vista de la distinción de ambas figuras, se ha determinar la dimensión correspondiente al auténtico incendio forestal y al incendio no propagado. Para ello, caben al menos dos posibilidades:

a) la utilización de las unidades administrativas mínimas de delimitación del monte, que pueden establecer las Comunidades Autónomas por autorización de la Ley estatal de montes. En la medida que esta unidad marca el mínimo de superficie considerable como auténtico monte, un fuego que abarcara su dimensión sería un auténtico incendio forestal. No obstante, esta opción tiene inconvenientes importantes. El primero, que la delimitación de la dimensión mínima que marca el punto de aplicación del artículo 352 del Código Penal requiere, en mi opinión, del establecimiento de un denominador común estatal, como elemento esencial del núcleo de prohibición penal. De otro lado, la Ley estatal de montes se refiere a esta unidad administrativa mínima como mera posibilidad normativa que pueden utilizar o no las Comunidades Autónomas, sin que, conforme a la jurisprudencia constitucional mar-

cada en Sentencias como la célebre 61/1997 de 20 de marzo, pueda el legislador estatal establecer una cifra supletoria. Esto quiere decir que en aquellas Comunidades en que no se hubiera fijado esta cifra mínima sería precisa la delimitación jurisprudencial, con lo que carecería de utilidad acudir a la normativa autonómica, incapaz por naturaleza para dar una seguridad jurídica completa en la materia.

b) La fijación de criterios jurisprudenciales para la distinción de ambas figuras atendiendo a las dimensiones del incendio, probablemente variables según la riqueza mayor o menor del terreno protegido. En este sentido, no sería idéntico el *quantum* en un pinar cualquiera que en uno perteneciente a un parque natural, a modo de ejemplo. Para la fijación de este baremo jurisprudencial se pueden utilizar conceptos técnicos, como el de conato, pues por tal se entiende –sin soporte normativo– el incendio forestal que, tras ser controlado, resulta ser de superficie inferior a una hectárea⁴.

Otro problema relacionado con la delimitación del objeto del incendio forestal se refiere a la denominada «zona de influencia forestal». Ya se señaló al tratar la tutela administrativa que la Ley estatal de montes prescribe en su artículo 44.3 que «Las Comunidades autónomas regularán en montes y áreas colindantes el ejercicio de todas aquellas actividades que puedan dar lugar al riesgo de incendio [...]» y que esta área colindante sujeta a especial regulación recibe en la Ley andaluza de incendios forestales (5/1999 de 29 de junio) la denominación de zona de influencia forestal, conformada según el artículo 3 de esta Ley, por la franja circundante de los terrenos forestales, que tendrá una anchura de 400 metros, aunque este ancho puede ser adecuado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad atendiendo a las circunstancias específicas del terreno y de la vegetación. En este área, según se señaló igualmente, queda prohibido, conforme al artículo 28 de la Ley autonómica encender fuego fuera de los supuestos expresamente previstos o autorizados y arrojar o abandonar objetos en combustión o cualquier clase de material susceptible de originar un incendio. El incumplimiento de esta prohibición constituye infracción sancionable conforme al artículo 64.3 de la Ley. Esto casa a la perfección con el sistema de protección que para las «áreas colindantes» prevé la Ley estatal, que prohíbe encender fuego en éstas, como también se vio, en el artículo 67.

De todo esto se deriva que la normativa administrativa ha deslindado la zona de influencia forestal como área colindante al monte donde se advierte un especial peligro de propagación del fuego hacia la zona genuinamente forestal, de modo que las prohibiciones de actividades que afectan a esta última se extienden a la primera. Quiero decir con esto que, a mi modo de ver, el legislador considera que el fuego provocado en zona de influencia forestal tiene una probabilidad estimable de extenderse al monte, lo que permite pensar que un incendio forestal doloso puede provocarse desde el área colindante y que un incendio forestal imprudente, dados los especiales deberes que la ley extiende a esta zona adyacente, también puede tener su origen en una zona de influencia forestal. A efectos penales, puede, pues, entenderse:

1) Que un incendio forestal podrá tener su punto de inicio en una zona de influencia forestal, incluso en la tipicidad imprudente de la conducta.

⁴ Vid. ANICETO DEL CASTILLO, José Joaquín, *La investigación de causas de los incendios forestales en Andalucía*, sin publicar, cito el ejemplar mecanografiado, p. 32.

2) Que, no obstante, para que se consume como incendio forestal, será preciso que el fuego llegue a afectar a zona forestal propiamente dicha.

3) Si el incendio no llega a afectar al monte propiamente dicho, la conducta será atípica y sólo podrá ser castigada como mera infracción administrativa.

4) Si, afectando al monte, no llega a propagarse de modo que adquiriera la dimensión requerida por el artículo 352, estaremos ante el tipo del artículo 354, salvo que el autor intentara verdaderamente provocar el incendio forestal, en cuyo caso estaremos ante una tentativa del tipo del artículo 352.

5) En caso de imprudencia, será siempre punible atendiendo al resultado producido, bien en relación con el artículo 352 o con relación al artículo 354.

IV. PARTE SUBJETIVA DEL TIPO: DELIMITACIÓN DEL DOLO Y LA IMPRUDENCIA

1. CRITERIOS DE DELIMITACIÓN DEL DOLO EVENTUAL

EL problema fundamental del tipo subjetivo de incendio forestal radica en la delimitación del dolo y de la imprudencia grave como la única que puede dar lugar a la calificación del hecho como delito. En realidad, bien puede decirse que, junto a las dificultades para el acopio de prueba de cargo, la delimitación del tipo subjetivo es el principal problema de los incendios en la práctica de los tribunales.

En primer lugar, el dolo requiere, como es sabido, conocimiento y voluntad de todos los elementos del tipo, aunque el requisito volitivo está sujeto a modulaciones atendiendo a la forma precisa adoptada por el querer del agente. El problema fundamental estriba, como ocurre generalmente, en la apreciación del dolo eventual. El análisis de su concurrencia deberá realizarse conforme a la teoría, mayoritaria en la doctrina y consolidada en la jurisprudencia, denominada de la aceptación, conforme a la cual el agente se representa el resultado típico y prefiere su realización a desistir de la acción que puede causarlo y que estima necesaria para alcanzar el propósito que verdaderamente persigue. O lo que es igual, acepta la realización del resultado como mal que puede derivar de su acción, pues prefiere, de todos modos, llevarla a efecto. En cambio, en la imprudencia consciente, el sujeto confía razonablemente en que el resultado delictivo no llegará a verificarse a consecuencia de su conducta.

Ciertamente esta delimitación no es en absoluto fácil. Probablemente, parte de una concepción que tiende a ser superada acerca del contenido del dolo, pues autores significados prescinden ya de la voluntad propiamente dicha para exigir en el dolo un conocimiento de la alta probabilidad de producción del resultado, elemento intelectualivo que desde el punto de vista del injusto personal entraña ya la violación de la prohibición normativa que pesa sobre el agente de llevar a efecto la acción peligrosa. De ahí que, partiendo de esta concepción del dolo, más realista y adecuada a las condiciones de vida actuales, pueda entenderse que el dolo eventual requiere una representación de la alta probabilidad de causación del resultado dañoso sin que el

agente tenga una confianza que pueda entenderse como razonable objetivamente en que tal resultado no llegue a producirse. Se mide así el dolo concurrente desde un baremo objetivo de probabilidad y razonabilidad, atendiendo al riesgo voluntariamente generado, sin indemostrables apelaciones subjetivas a lo que el sujeto acepta o no, pues esto, por otra parte, sólo puede deducirse de la probabilidad del riesgo y los elementos que hacen razonable la confianza en que no se materialice el peligro. Las consecuencias de esta tesis vienen a coincidir básicamente con los resultados prácticos de la teoría restringida de la aceptación que siguen autores como Luzón Peña.

Partiendo, en cualquier caso, de la teoría mayoritaria de la aceptación, los supuestos de dolo eventual en el delito de incendio se refieren fundamentalmente a casos donde el fuego se prende voluntariamente. Hay que partir de la idea de que el incendio provocado por el hombre puede deberse a una conducta humana que provoca intencionadamente la combustión del fuego, sea con el fin directo de provocar su propagación o sin él, o a una conducta humana que en modo alguno pretende que el fuego llegue a producirse siquiera en parámetros controlados. En el caso de que la propia ignición se produzca sin voluntad humana (por ejemplo por una chispa de un vehículo o máquina defectuosa o que no reúne los requisitos de seguridad exigidos) hay que descartar el dolo eventual, salvo en casos extremos. En la hipótesis de que la combustión del fuego sea deseada entramos en una zona fronteriza donde deben apreciarse los siguientes factores:

1. la finalidad inmediata perseguida por el agente. Si éste se ve apremiado por circunstancias extraordinarias o gravosas que le hacen prender el fuego para, por ejemplo, quemar su casa de campo y cobrar el seguro, quemar un cadáver o los efectos de un delito que pretende ocultar, estaremos probablemente ante supuestos de dolo eventual, donde el sujeto acepta el riesgo generado y sus posibles consecuencias como necesarios para conseguir un fin que ve como inmediatamente más apremiante, con intención de superar así, a cualquier precio, su situación gravosa (caso de la SAP de Murcia –sección cuarta– de 26 de diciembre de 2001, ARP 293, en la que el acusado trataba con el fuego de atraer la atención de los servicios de extinción). Un caso interesante, en esta línea, es el que pone de manifiesto Escurero Mora (Carmen) en la Memoria de la Red andaluza de Fiscales especialistas en medio ambiente, correspondiente al año 2004. Como escribe la autora:

«Un caso de incendio forestal provocado a raíz de una conducta impulsada por «dolo eventual» fue el analizado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Tribunal de Jurado) de Valencia 24/01, de 17 de diciembre, en el que los acusados depositaron un cadáver del que querían desprenderse en un barranco, rociándolo con gasolina y prendiéndole fuego, ocasionando con ello tanto la quema del cuerpo como la de los terrenos forestales de la zona (unos doscientos metros cuadrados de matorral y un total de ocho pinos). Se entendió por el Tribunal que dichos sujetos tuvieron que representarse como seguro que con tal acción se habría de incendiar inevitablemente toda la masa arbustiva y forestal existente alrededor del cuerpo sin vida, estimándose cumplidas las exigencias del dolo eventual».

Sin embargo, en este caso, si verdaderamente, como afirma el tribunal, los autores debieron «representarse como seguro» el incendio subsiguiente, estaríamos ante una manifestación del denominado dolo directo de segundo grado o, como gusta denominarlo a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dolo de consecuencias necesarias. En el dolo eventual, el resultado –que, como decía Welzel, es lo verdaderamente eventual o hipotético, que no el querer– está todavía en el terreno de la probabilidad,

por más que ésta deba ser alta. Cuando el resultado delictivo se contempla como una consecuencia no deseada pero inexorablemente unida al comportamiento querido estamos ante la modalidad indicada de dolo directo.

En este sentido, debe entenderse que en determinadas circunstancias –época de alto riesgo de incendio, significativo porcentaje de humedad, temperatura de calor extremo...– la mera provocación voluntaria de un fuego fuera de los parámetros estandarizados de riesgo permitido lleva la acción normalmente al terreno de dolo eventual –sobre todo cuando los medios de comunicación han informado constantemente acerca del riesgo inherente a determinadas conductas, lo que ha sucedido a raíz de sucesos trágicos que parecen repetirse año tras año, con pérdida incluso de vidas humanas–. Si además se dan determinadas circunstancias indiciarias como la provocación por una misma persona de una pluralidad de focos en zona forestal, habremos entrado, cuando menos, en el área del dolo de consecuencias necesarias, y es que, como con toda lógica dice la SAP de Barcelona –sección segunda– de 8 de julio de 1998 (ARP 3380), la «diversidad de focos» creados por la misma persona «exterioriza inequívocamente la deliberada intención del agente» (en el mismo sentido se pronuncia la sección quinta de la misma Audiencia en sentencia de 12 de mayo de 2001, ARP 423).

2. Son estas circunstancias ambientales las que, al permitir graduar el riesgo inherente, constituyen el segundo elemento delimitador del dolo eventual. Trataremos las mismas al examinar la imprudencia punible.

3. El tercer elemento delimitador será el riesgo inherente a la acción misma, desconectada de las circunstancias ambientales concurrentes. Si –incluso al margen de las concretas características climatológicas– la propia acción realizada puede generar un riesgo susceptible de provocar un incendio, tendremos el tercer y último elemento indicativo de que la conducta es verdaderamente dolosa, salvo que concurra el elemento negativo. Evidentemente, no es lo mismo encender una barbacoa –que es una actividad que, aunque prohibida en ciertos casos y por lo tanto generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado que conduce ya al terreno de la imprudencia, constituye un riesgo controlable con reglas de cuidado socialmente identificables al margen de las circunstancias ambientales–, que prender fuego en varias acumulaciones de basuras, lo que no puede calificarse como controlable *ex ante* desde pautas de conducta socialmente extendidas.

4. Elemento negativo: que existan circunstancias especiales que generen en el agente una confianza razonable en que no se producirá el efecto antijurídico indeseado. Este elemento remite, evidentemente, a la casuística. Si estas circunstancias no se daban en realidad, podríamos encontrarnos ante un error de tipo que desplazara el hecho a su tipicidad imprudente.

2. EL TIPO DE INCENDIO IMPRUDENTE DEL ARTÍCULO 358 DEL CÓDIGO PENAL

Conviene en este punto realizar un breve recordatorio de los requisitos jurisprudenciales de la imprudencia punible. Frente a otras formulaciones más complejas, me parece particularmente lúcida la sencilla tripartición de los elementos del delito imprudente que realizan las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18

de septiembre de 2001 (RJ 8503) y de 22 de febrero de 2005 (RJ 3613). Los tres requisitos son:

- 1) producción de un resultado que sea la parte objetiva de un tipo doloso.
- 2) Infracción de una norma de cuidado, cuyo aspecto interno es el deber de advertir la presencia del peligro, y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado necesarias para evitar el peligro que debió advertirse.
- 3) Que se haya querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro o sin él, pero no el hecho resultante de la conducta.

En cuanto al primer elemento, es evidente, que la propagación del fuego por monte (art. 352) o masa de vegetación no forestal (art. 356) o el incendio no propagado por masa de vegetación forestal (art. 354) constituyen tipos de resultado y que, como tales, disponen de una parte objetiva que bien puede coincidir con el desvalor de resultado de un injusto imprudente. Así ocurre, efectivamente, por la remisión del artículo 358 del Código Penal. Por lo tanto, en estos tres casos existe tipicidad subjetiva imprudente específica conforme al sistema de *numerus clausus* del artículo 12 del Código Penal.

En lo relativo al tercer elemento, hay que advertir que la acción voluntaria no coincide con la del paralelo tipo doloso, esto es, no consiste necesariamente en «prender fuego». La acción típica del injusto imprudente es la que infringe los específicos deberes de cuidado, de modo que la ignición puede producirse por una acción no voluntaria, siempre que la infracción del deber de cuidado lo sea. Esto ocurre, por ejemplo, si el fuego se provoca por maquinaria agrícola que se encuentra en mal estado y no ha sido revisada ni reparada por su titular, que, no obstante, continúa utilizándola a pesar de esta situación. Ocurre también cuando el fuego se prende por una línea de ferrocarril si la compañía titular de ésta no ha realizado las preceptivas obras de limpieza del lugar de tránsito en determinadas épocas del año. En estos casos, parece claro que la acción voluntaria no es la ignición, como sí ocurre en cambio en otros –como cuando se prende una barbacoa o se queman pastos o rastrojos–, sino la acción infractora del deber de cuidado, o, incluso –y en coherencia con la naturaleza de tipo resultativo– la omisión de las acciones debidas para neutralizar el riesgo, cuya ausencia equivale –conforme a la cláusula del artículo 11 del Código Penal– a la causación del resultado.

Lo trascendental, por lo tanto, está en encontrar los elementos determinantes del deber de cuidado interno y externo. Esta distinción ha calado en la jurisprudencia gracias a la difusión en nuestro país del Tratado de Jescheck (que la toma a su vez de Engisch), quien concibe el deber de cuidado interno, como aquel que consiste en «identificar y valorar correctamente los peligros que acechan al bien jurídico protegido»⁵. Para delimitar este deber siempre se sigue un criterio objetivo, que, con el propio Jescheck, podemos identificar como el de «una persona concienzuda y juiciosa perteneciente al ámbito del que procede el autor», lo que significa «que el tribunal debe indagar la peligrosidad de la situación y basar su decisión desde una perspectiva «*ex ante*», esto es, con anterioridad al acaecimiento del daño», teniendo también en cuenta, «los especiales conocimientos causales del autor»⁶.

⁵ JESHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), Comares, Granada, 2002, p. 622.

⁶ *Ibidem*, p. 623.

Este es el sentir mayoritario de la doctrina española, que, ubicando la imprudencia en el terreno del injusto típico, entiende que la determinación del deber de cuidado debe realizarse con arreglo a un baremo objetivo, para lo que, como es frecuente, se recurre al expediente del «hombre medio ideal», salvo que se trate de una actuación profesional, en cuyo caso, se acude a la idea de «buen profesional»⁷. La simple infracción de estos deberes objetivo-generales dará lugar a la antijuricidad típica aunque existan especiales circunstancias que impidan al sujeto ajustarse subjetivamente a los mismos, pues esta cuestión pertenece ya a la culpabilidad. Ahora bien, la presencia en el agente de conocimientos superiores a la media sobre la concreta esfera de creación del peligro supone también infracción del deber objetivo-general de cuidado, pues la perspectiva *ex ante* utilizada es la del hombre concienzudo ideal «colocado en la situación del autor real»⁸, esto es, añadiéndole sus conocimientos superiores. Pero esto sólo en lo que se refiere a especiales conocimientos del autor, en cuanto transferibles al hombre medio ideal, y no en lo relativo a especiales capacidades del autor, que resultan intransferibles.

De este modo, podemos distinguir:

1. Circunstancias generales que determinan el deber de cuidado interno conforme a la perspectiva previa de la persona concienzuda y juiciosa: En este grupo se ubican las circunstancias ambientales que intensifican el peligro derivado de la utilización del fuego y que determinan lo que se conoce como índice de peligro, que ha sido definido como la «estimación del peligro latente de incendios forestales que puede existir en una zona y momento determinados en función de la probabilidad de ignición, temperatura, fuerza y dirección del viento»⁹. Es evidente que el hombre medio ideal no desconoce, sobre todo con la información suministrada por los medios de comunicación, el especial peligro que para el monte existe en determinadas épocas del año, por razón de la temperatura, como consecuencia del viento, de la sequía...

También influye en la formación del deber objetivo de previsión el historial del terreno en materia de incendios, especialmente si el mismo ha sido declarado zona de alto riesgo de incendio, conforme al artículo 48 de la Ley estatal de montes, que, como se señaló, entiende como tales aquellas áreas «en las que la frecuencia o virulencia de los incendios forestales y la importancia de los valores amenazados hagan necesarias medidas especiales de protección contra los incendios».

En realidad, bien puede decirse que la intensificación del deber de cuidado interno se produce atendiendo a circunstancias espacio-temporales que determinan este peligro especial:

a) Circunstancias temporales: el artículo 2 del Decreto del Consejo de Gobierno de Andalucía 470/1994 de 20 de diciembre de prevención frente a incendios forestales, establece como época de peligro alto de incendio la que va del 1 de julio al 30 de septiembre, como época de peligro medio la que ocupa del 1 de mayo al 30 de junio y del 1 al 31 de octubre, y como época de peligro bajo, la que media del 1 de enero al 30 de abril y del 1 de noviembre al 31 de diciembre. Esta disposición se deja expresamente en vigor por la disposición derogatoria única, apartado 1, del vigente Reglamento de prevención y lucha contra los incendios forestales, aprobado por

⁷ Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *op. cit.*, p. 500.

⁸ *Ibidem*, p. 502.

⁹ ANICETO DEL CASTILLO, José Joaquín, *op. cit.*, p. 33.

el Decreto del Consejo de Gobierno de Andalucía 247/2001 de 13 de noviembre. Sin embargo, las catastróficas experiencias de los últimos años parecen llevar a una prolongación de las épocas de riesgo alto, como se desprende del hecho de que las severas prohibiciones impuestas por el Real Decreto-Ley 11/2005 de 22 de julio se prolonguen hasta el 1 de noviembre del mismo año.

b) Circunstancias espaciales: el artículo 3 del Decreto andaluz de 1994, también dejado en vigor en este aspecto por el vigente de 2001, declara zonas de peligro de incendio forestal las señaladas en su anexo I y áreas de peligro extremo las del anexo II.

2. Circunstancias del ámbito del autor transferibles al hombre medio ideal: estos conocimientos se refieren no sólo a agentes forestales, sino también a otras personas dedicadas a todo tipo de actividades relacionadas con el monte (por ejemplo, como elemento determinante de la apreciación de dolo atiende la SAP de Murcia –sección cuarta– de 26 de diciembre de 2001, ARP 293, a la condición del acusado de coordinador de la Red de Radio de Emergencias en la zona incendiada). Un alto índice de incendios se produce por la inobservancia de deberes de cuidado por quienes realizan actividades profesionales en el monte, como es el caso de quema de pastos, rastrojos o de trabajos forestales. En estos casos, pesa sobre el autor un especial poder de previsión derivado de su frecuente relación con el monte, que le permite advertir con mayor facilidad los peligros que sobre éste se ciernen. También hay que incluir aquí los casos de empresas que utilizan en el monte maquinaria pesada, de compañías titulares de redes eléctricas o ferrocarril, pues éstas generan un riesgo que sólo está jurídicamente aprobado en cuanto cumplan con los deberes de control del peligro que se les impone. En todos estos casos, el deber de advertencia del peligro acompaña a la actividad realizada, que sólo queda jurídicamente autorizada –desde la quema de pastos hasta el paso de la línea de ferrocarril– en la medida en que se garantice el control del riesgo generado.

En cuanto al deber de cuidado externo, Jescheck lo define como «el deber de desarrollar un comportamiento externo adecuado, con la finalidad de evitar así el acaecimiento del resultado típico»¹⁰. Siguiendo la magnífica sistemática del propio autor¹¹, distinguimos:

1. Deber de cuidado como omisión de acciones peligrosas: en estos casos se trata simplemente de «abstenerse de una acción que es adecuada para la realización del tipo que describe el delito imprudente». Estamos ante casos prototípicos de incendio como quema de pastos sin las precauciones y autorizaciones precisas, incendios provocados por colillas de cigarro, barbacoas mal apagadas...

En estos supuestos, los deberes de cuidado impuestos toman, a veces, la forma de auténticas normas jurídicas, como las examinadas al tratar la tutela administrativa. Así, la prohibición del artículo 28 de la Ley andaluza de protección frente a incendios forestales (15/1999 de 29 de junio) de encender fuego en terrenos forestales y zonas de influencia forestal fuera de los supuestos expresamente previstos o autorizados y de arrojar o abandonar objetos en combustión o cualquier clase de material susceptible de originar un incendio, o la más genérica del artículo 67, d) («el empleo del fuego en el monte y áreas colindantes en las condiciones, épocas, lugares o para ac-

¹⁰ JESHECK, H. H., *op. cit.*, p. 624.

¹¹ *Ibidem*, páginas 624 y siguientes.

tividades no autorizadas»). También se ubica aquí la prohibición del artículo 64.4 de la Ley andaluza de realizar usos o actividades sometidos a autorización previa sin la obtención de la misma o bien con incumplimiento de las condiciones establecidas en ella o en la normativa que resulte de aplicación, con remisión a la normativa reglamentaria.

Si acudimos al Decreto del Consejo de Gobierno de Andalucía 247/2001 de 13 de noviembre (que sigue, en este punto, el Decreto 470/1994 de 20 de diciembre de prevención contra incendios forestales), podemos distinguir varias clases de prohibiciones que encarnan deberes de cuidado permanentes y circunstanciales:

A) *Prohibiciones permanentes y absolutas*: el artículo 11 del Decreto andaluz prohíbe durante todo el año y en terreno constitutivo de monte «a) encender fuego para cualquier uso distinto de la preparación de alimentos en los lugares expresamente acondicionados al efecto [...], b) arrojar o abandonar cerillas, colillas, cigarrillos u objetos en combustión [el artículo 22.2 del Decreto prohíbe arrojar desde vehículos que circulan en vías de comunicación colillas, cigarrillos o cualquier objeto en combustión o susceptibles de provocarla, con remisión al artículo 10.4 del Real Decreto-Legislativo 339/1990 de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial], c) arrojar o abandonar sobre el terreno papeles, plásticos, vidrios o cualquier tipo de residuo o basura y, en general, material combustible o susceptible de originar un incendio».

B) *Prohibiciones permanentes susceptibles de levantamiento mediante autorización administrativa*: es el caso, conforme a los artículos 14 y siguientes del Decreto de lucha y prevención de incendios forestales, de las quemas de matorral y pastos (art. 15), de residuos forestales (art. 16) y la quema por actividades agrícolas en zona de influencia forestal (art. 17), que requieren autorización expresa y motivada que fije las condiciones de ejecución de la quema, conforme al artículo 14, que puede obtenerse por el procedimiento previsto en el artículo 18. También requiere autorización administrativa de la Delegación Provincial de Medio Ambiente la utilización de calderas y hornos de carbón y piconeo y la utilización del fuego en el castrado de colmenas –salvo que se utilice ahumador–, siempre que estos elementos estén ubicados en terrenos forestales o zonas de influencia forestal (art. 19).

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo –sección primera– 83/2001 de 4 abril califica de «conducta gravemente imprudente», la quema de rastrojos sin autorización; no obstante, será requisito imprescindible para el castigo imprudente que la quema no se haya realizado con cumplimiento de todas las condiciones que hubieran permitido obtener la autorización de la que se carece (por ejemplo, en la SAP de Málaga –sección segunda– 140/2003, de 9 de junio, además de la falta de autorización, la imprudencia radica en la ejecución defectuosa del cortafuegos).

C) *Prohibiciones temporales*: El artículo 24 del Decreto andaluz prohíbe que en los núcleos de población, edificaciones, instalaciones de carácter industrial y urbanizaciones viviendas, se encienda fuego «fuera de las cocinas o barbacoas o lugares especialmente acondicionados al efecto», prohibiendo también «quemar brozas o despojos de vegetación» durante las épocas de peligro medio y alto» (apartado 3).

2. Deber de cuidado como actuación precavida en situaciones de peligro. En este caso estamos ante situaciones de riesgo tolerado, en las que la acción peligrosa

está permitida por su utilidad social. En cuanto tales actividades llevan consigo un cierto peligro general, la tolerancia de las mismas se produce siempre que respeten las medidas de control del riesgo (medidas de precaución, control y supervisión). En el caso de los incendios forestales, el peligro inherente a ciertas actividades arriesgadas, como las antes citadas, se multiplica, en cuanto el medio circundante es especialmente vulnerable. De ahí que pesen especiales deberes de cuidado sobre los beneficiarios de dichas actividades que, al igual que han puesto en juego todos los elementos necesarios para que las mismas les reporten el beneficio buscado, han de respetar todas las reglas y utilizar todos los medios que impiden que se sigan perjuicios indeseados a terceros.

También en estos casos ciertos deberes de cuidado han adquirido el rango de normas jurídicas. Si se acude al citado Decreto andaluz 247/2001, se observa que:

– En caso de carreteras, vías férreas y otras vías de comunicación, los titulares de las mismas quedan obligados en las épocas de peligro de incendio medio y alto a mantenerlas libres de residuos, matorral y vegetación herbácea, tanto en la zona de dominio público como en la de servidumbre».

– En cuanto a las conducciones eléctricas, el artículo 23 del Reglamento impone a las entidades responsables de las líneas eléctricas el deber de revisar sus elementos de aislamiento y realizar la limpieza de combustible vegetal bajo las instalaciones y en la zona de corta de arbolado prevista en el artículo 35 del Decreto 3151/68 de 28 de noviembre (Reglamento de líneas aéreas de alta tensión), con anterioridad al 1 de mayo de cada año, remitiéndose a los reglamentos electrotécnicos en cuanto a la distancia mínima de los conductores a las copas de los árboles (apartado 1).

– El artículo 19, como hemos señalado anteriormente a su vez, sujeta a autorización administrativa, cumplidas ciertas condiciones, el funcionamiento en el monte de calderas de destilación y hornos de carbón, así como el castrado de colmenas, salvo que se utilice ahumador. Con esta última excepción obliga, para el desarrollo de estas actividades, al establecimiento de un cortafuegos perimetral desprovisto de vegetación herbácea y arbustiva hasta el suelo mineral, de una anchura mínima de 8 metros, con una vigilancia permanente durante los periodos de combustión y disponiendo de los medios materiales de autoprotección destinados a sofocar la caldera u horno así como el incendio que pudiera producirse.

– en caso de viviendas aisladas, instalaciones industriales, y urbanizaciones, se exige en el artículo 24.1 una «faja de seguridad» de 15 metros, libre de residuos, matorral, y vegetación herbácea (extendiéndose la exigencia a las zonas de acampada en el artículo 25, que impone además que estén dotadas de extintores de agua para sofocar fuegos incipientes y de una reserva de agua de al menos 7.000 litros).

– el lanzamiento de globos, cohetes o artefactos de cualquier caso que contengan fuego o puedan provocarlo, queda también sujeto a autorización expresa de la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente, en los términos del artículo 13 del Reglamento.

– Las acampadas quedan también sujetas a un régimen especial, pues sólo pueden realizarse en los montes públicos en los lugares expresamente previstos para ello (arts. 12 del Reglamento y 104 del Decreto andaluz 208/1997 de 9 de septiembre). En los montes de titularidad privada sólo se podrá acampar en las áreas especialmente acondicionadas al efecto, salvo en las épocas de peligro bajo de incendio en las que podrá acamparse en lugares no previstos al efecto siempre que se cuente con

autorización del titular del terreno, que debe comunicarse a la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente con una antelación mínima de 7 días naturales.

3. Deber de cuidado como cumplimiento de un deber de información. En este caso, en palabras de Jesheck, «el autor se procura a tiempo los conocimientos, experiencias y capacidades sin los cuales la realización de la acción sería una irresponsabilidad a causa del riesgo vinculado con ella». Es evidente que determinadas actividades que se desarrollan en el monte (como la quema de matorral o pastos) requieren el conocimiento preciso de las técnicas y normas (especialmente las prohibiciones y limitaciones) que las rigen. La realización de estas actividades sin el previo acopio de la información y habilidad técnica necesaria constituye una temeridad manifiesta que entra dentro del campo de injusto imprudente.