

LA SALVACION IN EXTREMIS DEL BIEN JURIDICO EN EL DELITO DE INCENDIO FORESTAL SIN PROPAGACIÓN (ARTÍCULO 354.2 CP)¹

Mertxe Landera Luri

Profesora de Derecho Penal

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

A mi amiga SUSANA SOTO NAVARRO con cariño

Resumen: La acción de extinción del incendio forestal antes de la propagación realizada de un modo voluntario y positivo por parte del autor del incendio es dotada de efectos eximentes por el artículo 354.2 del Código penal español. El interés del estudio de esta figura se concreta, fundamentalmente, desde dos ámbitos. En primer lugar, el artículo 354.2 se enmarca de un área de delitos de gran trascendencia; los delitos contra el medioambiente. La delimitación del contenido del medioambiente como objeto de tutela penal del siglo XXI es motivo de unas reflexiones previas. En segundo lugar, su controvertida naturaleza, en estrecha

Recibido: junio 2007. Aceptado: septiembre 2007

1 El presente trabajo se inscribe y está financiado por el Proyecto (I+D+I) SEJ 206-13791/JURI del MEC.

relación con la configuración del incendio forestal genérico del artículo 352, aconseja un estudio más detenido del que ha sido objeto hasta el momento. En este sentido, fijada la consumación del delito de incendio forestal en la mera capacidad hipotética de propagación del fuego provocado, la conducta prevista en el artículo 354.2 constituye un caso de comportamiento postdelictivo. Como tal, ha sido objeto del tratamiento habitual de estas figuras. Concretamente, se le adjudica un fundamento político-criminal de promoción, incentivo del comportamiento eximido, la extinción del incendio provocado y una ubicación alejada del injusto culpable que integra la esencia del comportamiento delictivo. En esta investigación, la autora realiza un planteamiento diferente que vincula la exención al principio central del Derecho penal moderno: *la protección exclusiva de bienes jurídicos*. Este principio se manifiesta, en la exención prevista, por medio de la eliminación, que el autor del incendio realiza, del proceso de deterioro progresivo que sobre la integridad del medio ambiente supone la propagación del incendio. Esta contrarrestación del peligro se realiza, además, en un estadio inicial del proceso de deterioro aludido. En esta fase, todavía, se puede afirmar que una acción de estas características tiene una incidencia tal sobre el bien jurídico que consigue recuperarlo en casi toda su integridad. A la luz de estas consideraciones se moldea el fundamento y el contenido de esta cláusula.

Palabras clave: incendio forestal, medioambiente, excusa absolutoria, acción contratípica, bien jurídico, valor de acción, valor de resultado.

Abstract: The action of extinction of the forest fire before the spreads realized in a voluntary and positive way by the author of the fire is provided with exempting effects by the article 354.2 of the penal Spanish Code. The interest of the study of this figure shows, fundamentally, two perspectives. First, the article 354.2 places of an area of crimes of great transcendancy; the crimes against the environment. The delimiting of the content of this object of penal protection is cause for a few previous reflections. Secondly, its controversial nature, in relation with the configuration of the forest generic fire of the article 352, demand a detailed study. Fixed the consummation of the crime of forest fire in the hypothetical capacity of spread of the provoked fire, the conduct foreseen in the article 354.2 constitutes a case of postcriminal behaviour. As a postcriminal behaviour, it has been an object of the habitual treatment of these figures: a political-criminal grounds of promotion, incentive of the exempted behaviour and a location removed from the unjust guilty that integrates the essence of the criminal behaviour. In this investigation the autoress proposes a different approach that links the exemption to the central principle of the modern Criminal law: *the exclusive protection of*

juridical goods. This principle express itself, in the foreseen exemption, through the elimination of the process of progressive deterioration of the environment caused by the spread of the fire. This elimination takes place in an initial stadium of the process of deterioration, when it is still possible to affirm that the action has a such effect on the juridical good, which manages to recover it in almost all its integrity.

Keywords: Forest fire, environment, absolatory excuse, contra-typical action, juridical good, value of action, value of result.

I. PRESENTACION DEL OBJETO DE ESTUDIO

El Foro de Naciones Unidas sobre los bosques (FNUB)² aprobó en abril de 2007 un documento para proteger la cubierta forestal en el mundo. En éste se declara, sin ambages, *la preocupación por la continua deforestación, degradación de los bosques, así como las bajas tasas de aforestación y reforestación y recuperación de la cubierta boscosa que implican un impacto negativo en la economía, el medioambiente, incluyendo la biodiversidad, y la*

-
- 2 El Foro de Naciones Unidas sobre los bosques, en inglés United Nations Forum on Forests (UNFF), fue creado en el año 2000 en el marco del Consejo económico y social de Naciones Unidas (ECOSOC) y celebra conferencias anuales para identificar estrategias de combate frente a la pérdida progresiva de las zonas boscosas. En abril del 2007 adoptó, en su séptima sesión, un instrumento no vinculante jurídicamente sobre todo tipo de bosques. Este documento declara como primer objetivo global:

la reversión de la pérdida de cubierta mundial forestal a través de una gestión sostenible de los bosques, incluyendo protección, restauración, aforestación y reforestación, así como un incremento de los esfuerzos para prevenir la degradación forestal.

Para más información ver <http://www.un.org/esa/forests/index.html>.

Lamentablemente, las dudas sobre la influencia real de este órgano sobre los países miembros en la forma de gestionar sus bosques están justificadas. Por una parte, queda patente la falta de compromiso de los estados miembros incapaces de adoptar resoluciones que les vinculen, así, la declaración recién adoptada no tiene ningún efecto vinculante sobre los estados miembros (II Principios 2a). Por otra parte, la persistencia del neoliberalismo como fuerza ideológica que rige las decisiones económicas internacionales. Esta política que, está en la base de la excesiva explotación forestal, sigue sin tener visos de dejar paso a otra vía compatible con la preservación del medioambiente.

forma de vida de, al menos un billón de personas y su herencia cultural ³.

Desgraciadamente, estos acuerdos llegan como respuesta a un proceso de deterioro avanzado y progresivo de los bosques del planeta. Como ejemplo, en los últimos ochenta años se ha

Todos los esfuerzos encaminados a proteger los bosques están destinados a fracasar a menos que se dé un cambio importante en el orden económico mundial. En tercer lugar, el escaso protagonismo otorgado a la sociedad civil, a los organismos independientes implicados directamente en la explotación de los bosques, fundamentalmente, a las comunidades indígenas. También la UE se ha dotado de distintos instrumentos para encarar esta degradación progresiva de los bosques, aunque la política forestal es competencia de los Estados miembros. Concretamente a la protección del bosque contra los incendios se refiere el Reglamento CEE 2158/92 de 23 de julio sobre protección de los bosques comunitarios contra los incendios que expiró el 31 de diciembre de 2001. Más recientemente, han visto la luz el 6º Programa comunitario de actuación en materia de medio ambiente que contempla la coordinación de todos los sectores implicados en la política forestal y el Reglamento 2152/2003 que crea el *Forest Focus* e implanta el sistema europeo de información sobre incendios forestales (EFFIS). Este programa ha sido reemplazado por el LIFE +, un instrumento financiero de la Comisión de apoyo a políticas de medio ambiente, como se prevé en el Plan de Acción de la UE en defensa de los bosques (2007-2011). En cualquier caso, la ineficacia de estas políticas es patente, sobre todo en el área mediterránea donde se registran las mayores pérdidas en términos de superficie forestal quemada. Tan sólo en 2005 en España, Portugal, Italia, Francia y Grecia ardieron un total de 589.559 hectáreas en 73.325 incendios ocurridos en los meses de verano. De estos, significativamente, el 88% de los siniestros tuvieron lugar en la península ibérica, que también supera con creces en el número de hectáreas quemadas al resto de países (85% del total). www.cafebabel.com/es/dossierprintversion.asp?Id=331.

- 3 Este párrafo constituye el principio número 6 del documento. Esta declaración tiene como precedentes: la Conferencia de Naciones Unidas sobre medioambiente y desarrollo que tuvo lugar en Rio de Janeiro en 1992 y la adopción de la Agenda 21, cuyo capítulo 11 está dedicado a los bosques. Esta preocupación por los bosques está presente en la actividad de la ONU de los últimos años. Así, la Resolución del Consejo social y económico 35/2003 de 18 de octubre de 2000, en la que se insiste seis años después a través de la Resolución 49/2006 de 28 de julio. Estos datos aparecen en el texto del Instrumento jurídico no vinculante para todo tipo de bosques aprobado en abril de 2007 que se puede encontrar en su formato original en

perdido tanta extensión forestal como en los anteriores 10.000. Y el ritmo se acelera; en los últimos treinta años, han desaparecido tantos bosques como en los pasados 5.000⁴. En este proceso de menoscabo son desgraciados actores: el fenómeno del calentamiento global del planeta y los incendios forestales⁵.

El panorama del Estado español no es más halagüeño que el mundial anteriormente descrito. Con la especificidad de que en el Estado español, en el ámbito de las causas de deforestación señaladas, los incendios forestales cobran un triste protagonismo⁶.

http://www.cedaf.org.do/eventos/forestal/index.html. En la revisión de los Acuerdos de Río en 1997 la Asamblea de la ONU también se hizo eco de esta preocupación en los siguientes términos “la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques son fundamentales para el desarrollo económico y social, la protección del medio ambiente y los sistemas sustentadores de la vida en el planeta. Los bosques son parte integrante del desarrollo sostenible”, DE MADARIAGA Y APELLANIZ, *La protección del medio ambiente*, p. 72.

- 4 GREENPEACE, *Revista trimestral*, 4/06, p.14. Este número está dedicado a la terrible situación en la que se encuentran los bosques primarios del Planeta y ofrece interesantes datos al respecto. En su Editorial se subraya que “sólo nos queda el 20% de los bosques primarios, los bosques originales del planeta, superficie que supone tan sólo el 7% de la superficie terrestre”.
- 5 A este respecto GREENPEACE, cit., p. 24, ofrece el preocupante dato de que “en los últimos tres años el fuego ha sido el principal responsable de la desaparición de más de siete millones de hectáreas de selva amazónica[...] Detrás de estos fuegos [intencionados] se encuentra la creciente demanda de nuevas áreas para cultivar soja; demanda promovida por grandes empresas productoras y exportadoras de este alimento [...] La mayoría de esta soja es utilizada para la fabricación de piensos destinados a la alimentación de los pollos, cerdos y vacas que componen la dieta de los países occidentales.”
- 6 Según la clasificación facilitada por la Administración pública, entre las causas del incendio forestal se encuentran: incendios provocados por campesinos para eliminar matorral y residuos agrícolas (rastrojeras, rizabas, etc.); incendios provocados por pastores y ganaderos para regenerar el pasto; incendios provocados por venganzas; incendios provocados para ahuyentar animales (lobos, jabalíes) que producen daños en los ganados o en los cultivos; incendios provocados por cazadores para facilitar la caza; incendios provocados contra el acotamiento de la caza; incendios provocados por disensiones en cuanto a la titularidad de los montes públicos o privados; incendios provocados como represalia al reducirse las inversiones

Los incendios forestales son la pesadilla veraniega de los habitantes de los bosques y sus cercanías en todo el Estado español. La climatología de ciertas zonas del mismo, con prolongadas sequías y altas temperaturas, facilita una vegetación con acentuado grado de sequedad, pasto fácil para el incendio prolongado y devastador. Los bosques españoles son muy proclives al incendio, siendo favorecida la combustibilidad por la densificación del sotobosque, con la acumulación de combustible forestal ante el desuso de los aprovechamientos tradicionales⁷.

La progresiva toma de conciencia de la necesidad de preservar el medioambiente llevó hace años, dada la gravedad del problema, a incluir entre los delitos del Código penal español, el relativo al delito de incendio forestal. Se ha discutido largamente sobre la conveniencia o no de la intervención penal en esta materia cuestionándose, fundamentalmente, la efectividad del instrumento penal para conseguir el objetivo de erradicar las conductas incendiarias⁸. Sin entrar en esta cuestión, y ciñéndose

públicas; incendios provocados para obtener salarios en la extinción de los mismos y en la restauración posterior de las áreas incendiadas; incendios provocados por los pirómanos; incendios provocados para hacer bajar el precio de la madera; incendios provocados para obtener la modificación del uso del suelo, convirtiéndolo en urbanizable; incendios provocados por grupos políticos para crear malestar social como forma de protesta; incendios provocados por animadversión contra repoblaciones forestales; incendios provocados por delincuentes, para distraer a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. ICONA, *Revista Ecología*, fuera de serie, número 1, Madrid, 1990 citado por CALVO CHARRO, M., "Incendios forestales y reclasificación de terrenos", *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 128, Mayo 1992, p. 63. Un estudio reciente realizado por GREENPEACE, *Revista trimestral*, 3/07, p. 32 y ss., añade a las causas indicadas otras, rara vez mencionadas, como las maniobras militares, ejercicios de tiro o el mantenimiento defectuoso de las líneas eléctricas. Motivos, éstos, de fuegos de gran magnitud, entre ellos, el incendio que tuvo lugar en Granollers y Manresa en 1994 y que quemó 25.800 hectáreas. En este caso, tras una sentencia condenatoria en primera instancia, la empresa FECSA fue absuelta en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona.

7 DE MADARIAGA Y APELLANIZ, *La protección del medio ambiente*, cit., p. 55. En el mismo sentido, MORENO MOLINA, *Lecciones de Derecho de Medio Ambiente*, 4ª edición, Lex Nova, p. 316-17.

al derecho positivo español, de hecho, el Código penal español incluye entre los delitos contra la seguridad colectiva, y dentro de los delitos de incendios genéricos, los delitos de incendio forestal. En la sección dedicada a estos delitos se recogen dos diferentes conductas incendiarias dolosas: el incendio con propagación y el incendio sin propagación. La primera, que sanciona a quien *incendie montes o masas forestales*, representa el tipo básico del delito de incendio forestal. La segunda, constituye un delito *sui generis* cuestionado por su naturaleza jurídica y hace referencia a la conducta de *prender fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos*. A pesar de la limitada trascendencia práctica de esta segunda modalidad, dada su escasa entidad lesiva, se trata de un delito especialmente controvertido. A esta disputa, no es ajena la previsión en su segundo párrafo de una norma de gran interés y especificidad: la previsión que exime de pena al autor de un delito de incendio forestal que extingue el fuego *voluntaria y positivamente* antes de que éste llegue a propagarse. Al examen de esta previsión va dedicado este artículo.

Un análisis riguroso de la causa de exención contenida en el artículo 354.2 requiere, sin embargo, de la aclaración de algunas cuestiones previas referidas al delito al que es de aplicación, artículo 354.1. La relación entre estos dos párrafos es tal que la

8 A estas alturas no parece necesario justificar la necesidad de la dispensa de protección penal al entorno. Aunque se pueda poner en duda su eficacia. Sobre este tema se ha discutido largamente, fundamentalmente, acerca de la función simbólica que desempeñaría el Derecho Penal en esta área. Por todos, HORMAZABAL MALAREE, H, "Delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal", en *El delito ecológico*, Juan Terradillos Basoco, Trotta, 1992, p. 51 y ss. Sin lugar a dudas, lo que es indiscutible es que el valor del bosque es más que suficiente para merecer tutela penal. En una época como la actual en que la realidad del calentamiento del planeta es ya una triste realidad, los bosques interceptan la radiación solar, frenan el viento, evitan la erosión del terreno y su desertización, en definitiva, constituyen uno de los principales factores reguladores del clima de nuestro planeta. También es decisiva su aportación en el mantenimiento de la vida de los animales, vertebrados e invertebrados, y plantas que tienen en los bosques su hogar.

interpretación que se realice de uno de ellos condiciona al otro irremediabilmente. Así, esta controversia tiene efectos directos sobre el incendio forestal del artículo 352 como delito genérico. Por este motivo, la investigación que aquí comienza realiza previamente un examen que afecta tanto al incendio forestal básico como al incendio forestal sin propagación. Este examen se enfoca desde tres perspectivas: acción típica, bien jurídico y tipo de delito respecto al grado de afectación del bien jurídico exigido por la norma (delito de lesión o delito de peligro). Posteriormente, se sigue con el análisis de la causa de exención de pena del artículo 354.⁹ De estas tres cuestiones previas quiero destacar la referida al objeto de tutela en el delito de incendio forestal. La acción de incendio forestal se enmarca en un ámbito de especial importancia, el medio ambiente. En este caso, el *excurso* sobre el objeto de tutela del artículo 354.1 viene determinada; por un lado, por la relevancia que la delimitación del concepto penal de medioambiente adquiere de cara al fundamento de la exención prevista en el artículo 354.2. Este fundamento subraya el dato de la eliminación del peligro que la propagación del fuego supondría para la integridad del medioambiente. Por otro lado, este *excurso* viene avalado por la creciente sensibilización e interés social respecto a este valor básico que hace conveniente una reformulación de sus contornos acorde a una percepción en consonancia con el siglo XXI.

II. LA ACCION TIPICA EN EL DELITO DE INCENDIO FORESTAL DEL ARTICULO 354.1

La importancia de delimitar la acción típica que da lugar al incendio forestal del artículo 354.1 va a resultar decisiva a la hora de examinar el contenido de la figura eximente contenida en el segundo párrafo de esta norma. Esta trascendencia se explica

9 Como puede verse, el orden seguido en esta investigación corresponde al esquema de análisis de las figuras delictivas de la Parte especial del Código penal.

en base a la caracterización, que aquí se defiende, de la acción de extinción prevista para esta modalidad de incendio. Exactamente, en las próximas páginas se va a proponer que el comportamiento eximente constituye una acción contraria a la que supuso la infracción de la norma que, de aquí en adelante, se denominará *acción contratípica*.

Teniendo en cuenta lo anterior, habrá que dilucidar en que consiste la acción típica del artículo 354.1 para, posteriormente, comprobar si la acción descrita en el artículo 354.2 puede considerarse la acción *contratípica* correspondiente a la que conforma el delito de incendio forestal sin propagación.

La acción típica descrita en el artículo 354.1 consiste en “prender fuego a montes o masas forestales”¹⁰. La cuestión, por tanto, está en concretar en que consiste esta acción de prender fuego¹¹. Incendiar es “poner fuego a lo que no está destinado a

10 Tras años de vigencia de normativa preconstitucional, fundamentalmente, la ley de montes de 8 de junio de 1957 y la ley de 5 de diciembre de 1968 de incendios forestales, el 21 de noviembre de 2003 se dicta la ley 43/2003 de montes que deroga las anteriores (disposición derogatoria única). Esta ley, que tal como declara en su exposición de motivos, se inspira, fundamentalmente, en la idea de la gestión forestal sostenible, dedica el capítulo III del título IV a los incendios forestales. En lo que en este momento nos atañe, hay dos datos a tener en cuenta: 1. La escasez de preceptos dedicados a la cuestión, concretamente, siete frente a treinta y cuatro de la ley de incendios forestales de 1968. 2. La rapidez con la que el legislador ha visto la necesidad de reformar la ley de 2003, debido a carencias y deficiencias detectadas en ella “señaladamente, aquellas que tienen que ver con la lucha contra los incendios forestales”. Modificación realizada por ley 10/2006 de 28 de abril (BOE nº 102 de 29 de abril de 2006). Estas carencias se vienen a cubrir por la norma que prohíbe el cambio de uso forestal de los terrenos forestales incendios durante al menos 30 años (artículo 50) y la creación de la figura del fiscal encargado de los delitos contra el medio ambiente y los incendios forestales (artículo 18 quinquies de la ley 50/1981 de 30 de diciembre reguladora del Estatuto orgánico del Ministerio fiscal).

11 De forma más general, como explica DE MADARIAGA Y APELLANIZ, *La protección del medio ambiente*, p. 58, el incendio forestal es el fuego no justificado como medida silvícola, quedando fuera los incendios controlados y realizados en ciertas condiciones, sobre vegetación herbácea, matorral y monte bajo eficaces para la agricultura, ganadería y silvicultura. No hay que

arder y sus consecuencias son la destrucción o el menoscabo de la cosa sometida a combustión”¹².

Se ha cuestionado si esta acción se puede equiparar o no con la contenida en el tipo básico del artículo 352, que encabeza esta sección y que alude a un genérico “incendiar”. Desde un sector de la doctrina, se afirma que ambas conductas son idénticas excepto por el dato de la propagación que falta en el artículo 354.1. Esta afirmación se justifica dado que la mención posterior a la “propagación del incendio de los mismos” requiere que exista un incendio previo, incendio al que aquí se refiere usando una perífrasis “prender fuego”¹³. En contra, otro sector entiende que el término “incendiar” apunta a un claro sentido resultativo que exigiría implícitamente la causación de un deterioro del objeto material o su destrucción, mientras que la expresión utilizada por el artículo 354.1 “prender fuego” alude al momento inicial de la ejecución, concretamente, al momento del prendimiento o transmisión del fuego desde el medio incendiario al objeto material¹⁴.

La decisión que sobre esta cuestión se adopte condiciona otras tan básicas como el momento consumativo o el tipo de delito, lesión o peligro, ante el que se está. De hecho, probablemente, la decisión sobre el significado del verbo típico venga dada ya por la postura que se mantenga en estas últimas materias. En mi opinión, el contenido de los verbos típicos empleados en el artículo 352 y 354.1 es idéntico. En realidad, para apoyar esta decisión habrá que remitirse a la argumentación que se realiza más adelante cuando se opta por configurar el delito de incendio

olvidar que el fuego ha servido para ganar terreno al monte en beneficio de pastizales para consumo del ganado y áreas de labranza así como para regenerar la propia vegetación, evidentemente, para hacer desaparecer los rastrojos o restos de malas hierbas.

12 ORTS BERENGUER/ GONZALEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal (Parte general y Parte especial)*, tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 673.

13 ORTS BERENGUER/ MORENO ALCAZAR, *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, coord. Vives Antón, p. 1638.

14 SAINZ-CANTERO, *Los delitos de incendio*, *cit.*, p. 153.

como delito de peligro abstracto o situar el momento consumativo en la capacidad en abstracto del fuego para propagarse. Y, fundamentalmente, el argumento que considero decisivo, es un argumento *consecuencial*. Es decir, que apunta más a la valoración de las consecuencias de cada una de las posturas que a argumentos sustantivos intrasistemáticos. Concretamente, el hecho de que entender el verbo “incendiar” del tipo básico como prender un fuego que se propaga¹⁵ frente al “incendio” que no se propaga o al mero “prender fuego” a secas del artículo 354.1 supondría dejar fuera del ámbito penal un número importante de casos de incendio forestal que quedarían impunes. Exactamente, aquellos en que habiéndose propagado el fuego, la magnitud del mismo no es suficiente para entender esa conducta como idónea para afectar el bien jurídico, por tanto, para entender consumado el tipo básico del incendio forestal.

Si la acción típica consiste en “prender fuego” o en “poner al fuego...”, la acción contraria consistirá en “no poner al fuego...” y, superada esta fase, en sofocar el fuego. Y, centrándonos en el caso del delito descrito en el artículo 354.1, dado que la modalidad de incendio aquí recogida tiene como peculiaridad el dato de que el incendio no llega a propagarse, *la acción contratípica* consistiría en apagar el fuego antes de su propagación. O, como dice el artículo 354.2, atendiendo al resultado de la conducta beneficiada, evitar su propagación. En conclusión, dado que la modalidad de incendio forestal, objeto de esta previsión eximente, consiste en un incendio que no se propaga, la acción contratípica se restringe, por razones de legalidad, a la extinción del fuego antes de la propagación. El caso contrario, sofocar el fuego tras la propagación, que correspondería a la acción contratípica del tipo básico del incendio forestal del artículo 352, no se encuentra prevista en la ley. Por tanto, de darse la extinción del fuego tras su propagación sólo acarrearía efectos atenuantes de la mano de la atenuante de reparación del 21.5.

15 Esta es una de las formas en que se puede concebir el significado del verbo típico “incendiar”, como se profundizará más adelante.

Sin entrar, por el momento, en mayores detalles, si parece que el 354.2 pueda constituir la acción contraria a la conducta típica del artículo 354.1.

III. EL MEDIO AMBIENTE COMO BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL INCENDIO FORESTAL

Al hilo de la delimitación de los contornos del objeto de tutela en el delito de incendio forestal pueden reproducirse todas y cada una de las cuestiones que el medioambiente como bien jurídico penal suscita en torno al delito ecológico genérico del artículo 325. A saber: la idoneidad del Derecho penal como instrumento para reducir el número de comportamientos que menoscaban el entorno o su mera función simbólica, el peligro abstracto como técnica propicia para configurar el tipo penal, la amplitud del bien jurídico protegido y sus implicaciones en la configuración de un bien jurídico técnicamente operativo. Algunas de estas cuestiones serán aludidas a lo largo de esta investigación. Pero, en este apartado concreto, se va a intentar vislumbrar cual es el significado que este concepto tan amplio, medioambiente, tiene en el caso del incendio forestal. ¿En que sentido se afirma la afectación, lesión o puesta en peligro, del medioambiente por medio de la acción de incendio de los bosques y montes?

Mirando hacia atrás, hoy en día, se pueden dar casi por superadas las lecturas que vinculaban el incendio forestal con los ataques al patrimonio o, exclusivamente, con la seguridad pública¹⁶. En su lugar, el delito de incendio forestal se presenta como

16 Este paso de la idea del patrimonio como centro de gravedad hacia la de seguridad se plasmó en el cambio de ubicación de estos delitos desde los delitos contra la propiedad hasta aquellos contra la seguridad colectiva. La mención a la seguridad colectiva es, sin embargo, recurrente en los análisis sobre el objeto de protección del incendio forestal. SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, "Los delitos de incendio en el nuevo Código penal", *Actualidad penal*, nº 42/11, 17 de noviembre de 1996, p. 829-30. Según este autor, en los incendios forestales "resulta necesario el peligro de propagación y en él late el elemento atentatorio contra la seguridad colectiva". El mismo autor publica en el mismo año un artículo dedicado específicamente a los delitos de

una agresión de gran magnitud al elemento verde, de importancia vital en el mantenimiento del equilibrio del “todo ambiental”. Desde este entendimiento casi unánime, que sitúa el medio ambiente en el centro del debate, se reproducen las lecturas sobre el concepto del medio ambiente, a nivel general, como objeto de tutela penal. La discusión tiene lugar entre la perspectiva antropocéntrica moderada o eco-antropocéntrica que hace una lectura instrumental del medio ambiente desde el punto de vista de las necesidades del ser humano y la visión estrictamente ecológica. Desde el primer enfoque, se destaca la importancia de la preservación del medioambiente para la supervivencia y bienestar de la especie humana, así como el peligro que el incendio forestal supone para la vida y seguridad de las personas. La perspectiva ecológica estricta atiende, sin embargo, al valor del medioambiente como tal, normalmente, como comunidad biótica compuesta por distintos seres y sus habitats. Concretamente, desde este punto de vista, el incendio forestal afectaría al suelo y la vegetación que en él se asienta¹⁷.

17 Esta discusión está marcada, indefectiblemente, por la problemática de la legitimación de los bienes supraindividuales, macrosociales, difusos, como objeto de protección a través de la conminación penal. En este marco de legitimación cuestionada, se ha propuesto la necesidad de retrotraer todo bien jurídico supraindividual a un bien jurídico personal. Este es, a grandes rasgos, el contenido de la teoría personal del bien jurídico. Teoría propugnada por la denominada escuela de Frankfurt, especialmente por el prof. Winfried HASSEMER. HASSEMER, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *Doctrina penal* 46/47, abril- septiembre 1989, p. 275 y ss. y “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Nuevo foro penal*, nº 51, 1991, p. 28. Más recientemente, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre in Strafen im Rechtsstaat, 2000, p. 160 y ss. En la doctrina española, entre otros, HORMAZABAL MALAREE, H., “El principio de lesividad y el delito ecológico”, en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Prof. Dr. José Valle Muñoz*, QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coord.), Aranzadi, 2001, p. 1419. Y CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 372, “sólo está legitimada la previsión legislativa de un `delito de peligro´ cuando con su creación se pretenda la protección de un bien jurídico-penal

III.1 La perspectiva antropocéntrica

La perspectiva *antropocéntrica* del medio ambiente ha ido superando diferentes etapas. En todas ellas denominador común es la idea de que el medio ambiente no se puede proteger por sí mismo, sino sólo en tanto que condición necesaria para el desarrollo de la vida humana¹⁸. Dentro de esta concepción, es la tesis *ecológico- antropocéntrica o moderadamente antropocéntrica* la que mayor consenso suscita. Según ésta, a pesar de contar con una entidad propia, la protección del medio ambiente pretende, indirectamente, la salvaguarda de bienes jurídicos personales¹⁹. En el caso del incendio forestal, un ejemplo de la perspectiva

supraindividual, con autonomía propia, por encarnar un interés esencial para el desarrollo del hombre como ser social”.

- 18 Desde esta perspectiva, y vinculado con la teoría del bien jurídico personal, la protección del medio ambiente constituiría el instrumento para la protección de bienes individuales como la vida e integridad física de las personas. SILVA SANCHEZ, “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del art. 325”, *La Ley*, 12 de mayo, 1997, p. 2, MARTINEZ-BUJAN sobre los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, *Derecho Penal. Parte especial*, VIVES ANTON/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC /MARTINEZ- BUJAN PEREZ, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 743. Para más detalles, MÜLLER-TUCKFELD, “Ensayo para la abolición del Derecho Penal del Medio Ambiente” en *La insostenible situación del Derecho Penal*, ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, edición española traducida y editada por el Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, 2000, p. 508 y ss.
- 19 Se ha afirmado que el mantenimiento de una perspectiva antropocéntrica moderada sería suficiente para fundamentar las políticas sociales encaminadas a una protección eficaz del medio ambiente sin entrar en discursos teóricos difícilmente sustentables como la afirmación de derechos a los elementos que componen el medio ambiente. Esta línea de conceder un status legal a los componentes medioambientales tiene entre sus precursores a STONE, *Should Trees have Standing? And other essays on law, morals and the environment*, Oceana Publications, New York, 1996, fundamentalmente, el primer capítulo, Deberían tener los árboles status legal. Hacia los derechos legales para los objetos naturales, p. 1-43. STONE propone que árboles, bosques, montañas y otros elementos naturales debieran tener el mismo status legal que, al menos, las corporaciones, de forma que pudieran ser representados para defender sus derechos por grupos de defensa del medioambiente. Para ello, cabría aplicar la misma fórmula legal que para las personas jurídicas.

antropocéntrica del medioambiente se resume perfectamente en las siguientes palabras de ORTS BERENGUER²⁰. En su opinión en el incendio forestal se protege “además de la seguridad de las personas, su vida e integridad, por mejor decir, un bien colectivo que satisface funciones de conservación del suelo frente a la erosión; funciones de producción de madera, frutos, pastos, etc.; funciones de esparcimiento, al conservar la calidad ambiental y paisajística. Junto a todo ello, los incendios forestales disminuyen la capacidad de oxigenación atmosférica, a la vez que contaminan, perjudican la fauna silvestre *con claras repercusiones en la caza y pesca, etc.*”.

Sobre esta forma de concebir el objeto de tutela en el delito de incendio forestal, dos apuntes. Primero, dentro de los numerosos papeles desempeñados por el medio ambiente se cita, la función económica que bosques y montes cumplen para el ser humano y que ha ido cambiando de acuerdo con las necesidades y la tecnología. Entre estos usos pueden destacarse la explotación de la madera como combustible, la producción de celulosa para producir papel y, más recientemente, la gestión económica sostenible del medio ambiente²¹. No considero que este conjunto de intereses

20 La cursiva es mía. ORTS BERENGUER, *Derecho Penal. Parte especial*, p. 606. En una obra más reciente, ORTS BERENGUER/ GONZALEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal (Parte general y Parte especial)*, tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 676, el autor no establece el valor de la vida animal silvestre, que el incendio forestal pone en peligro, en base a las repercusiones que el fuego puede tener en su explotación cinegética e ictiológica. En su lugar, más adecuadamente en mi opinión, se cita entre las funciones valiosas que el bosque cumple la de *propiciar la vida animal*, función que queda afectada por el incendio. Por otro lado, la referencia a la seguridad se justifica en el hecho de que el incendio de masa boscosa, de montes, de masas forestales entraña siempre un peligro para las personas. Destacando el riesgo que esta acción de incendio encierra de extenderse y alcanzar a zonas habitadas o a otras personas que se encuentren más o menos cerca de los parajes quemados.

21 Los textos internacionales, ver *Supra nota 2*, insisten en este concepto de gestión forestal sostenible (*sustanaible forest management*). Exactamente, el instrumento legal adoptado en 2007 marca entre sus objetivos “aumentar la cooperación bilateral, regional e internacional para promover el comercio internacional en productos forestales de bosques que han sido cultivados

económicos citados puedan ser objeto directo de protección en el delito de incendio forestal. De hecho, su mala gestión o sobreexplotación puede ser causa directa o indirecta del propio incendio. Como segunda consideración, hay que hacer referencia a algunas posturas que tras discursos netamente ecológicas basados en el redescubrimiento de la imbricación ser humano-naturaleza, de la vuelta a la madre Naturaleza, etc. “esconden” planteamientos menos antropocéntricos del medioambiente. Las apelaciones a la necesidad de la preservación de los bosques como condición de la salud humana, no supone una lectura antropocéntrica que la alusión a la explotación económica a la que el ser humano ha sometido a los bosques y montes a través de los tiempos.

III. 2 La perspectiva ecológica

Una segunda perspectiva que se suele denominar *ecológica*²² afirma que se protege la riqueza ambiental o el medioambiente, de forma autónoma, sin mención al cometido que éste

de manera sostenible y de acuerdo con la legislación nacional y mejorar la aplicación de la legislación para luchar contra el tráfico ilegal de productos forestales”.

- 22 Entre las críticas a esta postura se cita la dificultad de hablar de derechos de la naturaleza, pues “todo el que reivindica algo debe revestir la condición de sujeto con capacidad jurídica”. También se apela al hecho de ser el propio *homo sapiens* el que defina los objetos concretos dignos de protección de la naturaleza en “si misma”, MÜLLER-TUCKFELD, “Ensayo...”, cit., p 509. En este sentido, también VOGEL, S., *Against Nature: The Concept of Nature in Critical Theory*, State University of New York Press, Albany, 1996. Según este autor, el antropocentrismo es obligado pues el concepto de naturaleza no es más que una construcción social (*Social construction*) cuyo valor depende, en último lugar, de consideraciones humanas. Este debate se da también en otras áreas como la de los derechos de los animales, a los que se niega su papel de sujetos con derechos en base a argumentos similares. Los contraargumentos tampoco son de menos peso, por todos, desde la filosofía moral norteamericana, REAGAN, *Jaulas vacías. El desafío de los Derechos de los Animales*, Rowman & Littlefield, Maryland, 2004, edición en castellano por Fundación Altarriba, Barcelona, 2006.

Se ha considerado que esta distinción entre las visiones antropocéntricas y ecológicas no es acorde a la realidad que testarudamente demuestra la

desempeña para la especie humana²³. El enfoque ecocéntrico parte de asignar un valor intrínseco y no instrumental a los elementos medioambientales. El medio ambiente se concibe en su carácter de entramado complejo de relaciones, funciones y condiciones; un concepto estructural que trasciende de una mera yuxtaposición de los recursos naturales y su base física. Así entendido, el elemento verde, formado tanto por los elementos vegetales (plantas, árboles, etc.) como por el suelo y subsuelo en el que se contienen, constituiría una de las columnas conformadoras del medio ambiente. Desde este punto de vista, en el incendio forestal se protege, en primer plano, “la riqueza forestal”, y con ella, más allá de la destrucción del arbolado o las masas forestales, las perturbaciones ecológicas que comporta²⁴.

repercusión decididamente negativa que el deterioro de la naturaleza tiene en la merma de calidad de vida del *homo sapiens*. Sobre este particular, HERRERA MORENO, “Delitos contra la biodiversidad”, en *Cuadernos de Política criminal*, n. 80, septiembre, 2003, p.195, nota 40, “el egocentrismo es, en puridad, una mera afectación, que separa artificialmente al ser humano de su contexto”. Sin embargo, si son rotundamente contrapuestas nuestra forma de vida actual, al menos en las sociedades occidentales desarrolladas, y la preservación del medio ambiente.

- 23 La regulación de los delitos de incendios forestales fuera del título dedicado a los delitos contra el medio ambiente ha sido, reiteradamente, criticada por la doctrina, por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, *Actualidad Penal*, número 14, abril 1998, p. 291, dada la indudable importancia ecológica de los bosques y montes. Según, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales*, cit., p. 234, esta separación “sólo se justifica por razones político criminales, en base a que se trata de una modalidad muy definida de destrucción de recursos naturales que, además, en muchos casos, tiene un origen socio-económico distinto al que condiciona las otras modalidades de conductas contra el medio ambiente”.
- 24 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 15ª edición, tirant lo blanch, 2004, p. 628. GONZALEZ RUS, *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, II, Cobo del Rosal (dir.), Marcial Pons, 1997, p. 119, haciendo hincapié en la importancia medioambiental de las especies vegetales. Igual en *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, 2000, p.655. SAINZ-CANTERO, *Los delitos de incendio*, p. 54. El concepto “riqueza forestal” que ha encontrado buena acogida en la doctrina es equivoco. Valdría tanto para entenderlo desde un punto de vista biológico y, por tanto, como base de la perspectiva ecológica, como desde una perspectiva económica, y por tanto, encuadrado en un enfoque antropocéntrico.

Esta definición de medio ambiente que se acaba de exponer es la manejada por la doctrina penal mayoritaria. Esta lectura bebe de la *concepción ambientalista* del medio ambiente que concibe éste como comunidad total donde ganan protagonismo las ideas de integridad y estabilidad; el equilibrio de la comunidad²⁵. La comunidad medioambiental, compuesta por elementos bióticos y abióticos, es vista como un sistema global gobernada por mecanismos de autorregulación, compensación que rige el devenir del propio sistema. Este planteamiento descrito, la descomposición del medio ambiente en distintos elementos, tiene reflejo en la protección separada que el Código penal brinda, por un lado, a los espacios vitales, agua, aire y suelo, como recursos naturales, y, por otro, a la flora y la fauna. El derecho penal español individualiza la protección de los elementos abióticos en el capítulo III del título XVI bajo el título *De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, únicos que reciben el nombre de delitos contra el medio ambiente. Y los elementos bióticos, en el capítulo IV bajo el título *De los delitos relativos a la protección de la flora y fauna*²⁶. Con ello, parece decirse que el delito

25 Sin poder profundizar por razones obvias en esta interesante cuestión sólo apuntaré que el origen de esta formulación del medio ambiente es atribuida, en el mundo anglosajón, a ALDO LEOPOLD, *A Sand County Almanac*, Oxford, Oxford University Press, 1949. Su propuesta, de indudable eco, se puede resumir en esta idea del propio autor: una tierra ética (*land ethic*) no puede prevenir la alteración, gestión y uso de los recursos naturales, pero puede afirmar su derecho a continuar existiendo en un estado natural. Para este autor, en pie de igualdad se encuentran sólidos (*soils*), agua (*waters*), plantas y animales. Y, más adelante, fija el criterio de valoración principal de la ética de un comportamiento respecto al entorno: algo es bueno (*right*) para el medio ambiente cuando tiende a preservar la integridad, estabilidad y belleza de la comunidad biótica. Es malo (*wrong*) cuando tiende a cualquier otra cosa. Estas cuestiones tienen cabida en la subdisciplina filosófica “Ética del entorno” (*Environmental Ethics*) con contribuciones de indudable interés para el Derecho penal del medio ambiente.

26 Separación criticada por la doctrina, MARTINEZ GONZALEZ, “La protección penal de la flora y fauna” en *Derecho Penal Ambiental*, Exlibris ediciones, 2006, p. 124, HERRERA MORENO “Delitos contra la biodiversidad”, cit., p. 192-93, si materialmente la escisión entre la vida y su

estrictamente medioambiental es el ataque contra los elementos inorgánicos o elementos constitutivos del medio ambiente²⁷. O, siguiendo el concepto de medio ambiente *ambientalista* que se acaba de señalar, que la preservación de la estabilidad del sistema medioambiental global se consigue con la protección de los elementos abióticos, suelo, aire y agua. Elementos que se protegen no *para*, sino *a costa* de los elementos bióticos, especies animales y vegetales, que siempre estarían en segundo lugar²⁸.

En este planteamiento, la flora y fauna constituyen mecanismos de estabilidad del sistema medioambiente. Pero, en esta faceta de equilibradores, la fauna y la flora se protegerían desde la perspectiva de su diversidad biológica. Es decir, la herramienta para lograr el equilibrio del sistema medioambiental consiste en mantener el número de especies de flora y fauna, la *biodiversidad de flora y fauna*. Así, en estos tipos penales autónomos de protección de la flora y fauna, la biodiversidad se erige en eje central de la protección, biodiversidad, como condición para el mantenimiento del equilibrio global del sistema medioambiental²⁹. El objetivo es conservar las especies en su riqueza, distribución e identidad genética. Esta es la idea que preside los delitos contra la flora y fauna del capítulo IV, artículos 332 y siguientes, donde son objeto de protección penal, fundamentalmente, las especies de flora o fauna amenazadas³⁰. Esta centralidad de la idea de

soporte natural como componentes autónomos del medio ambiente resulta artificiosa, la misma no es tampoco suscribible en términos normativos.

27 Así los denomina HAVA GARCIA, “Delitos relativos a la protección de la flora y fauna” en *Derecho Penal del Medio Ambiente*, edición de Terradillos Basoco editor, Trotta, 1997, p. 59.

28 Con este *a costa* quiero decir que plantas y animales serían las entidades físicas que soportan la nocividad del comportamiento humano, meros objetos materiales del delito.

29 Lectura, en este sentido, la realizada por HAVA GARCIA, “Delitos relativos a la protección...”, cit., p.62, “son ya muy conocidas las razones por las que la supervivencia de las especies animales y vegetales es imprescindible para el mantenimiento del equilibrio ecológico y, en última instancia, del bienestar cotidiano de todos los habitantes del planeta”.

30 Este arrinconamiento de flora y fauna frente a los “recursos naturales” ha sido criticado por la doctrina especializada. Reivindicando el carácter natural de

biodiversidad, como aportación al edificio global medioambiental de especies vegetales y animales, es efecto de la concepción *ambientalista* de medioambiente. Pues, como afirma una de las leyes clásicas de la Ecología, la biodiversidad contribuye a la estabilidad. La biodiversidad afirma el valor intrínseco del mantenimiento de las diversas especies naturales de animales y plantas para el funcionamiento del sistema global. La biodiversidad es lesionada, desde el punto de vista penal, cuando se ocasiona una reducción en la *variedad* de especies, esto es, cuando desaparece una de ellas; mientras que la mera disminución del número de ejemplares de una especie o el daño a su hábitat comporta, según se trate o no de una especie en peligro de extinción, un peligro concreto o abstracto para la biodiversidad³¹. En esta formulación

flora y fauna, HERRERO MORENO, “Delitos contra la biodiversidad...”, cit., p.194, destacando la intercomunicación de estos dos capítulos que se ejemplifica en numerosos solapamientos. “ Pareciera – dice HERRERA MORENO, “Delitos contra la biodiversidad”, cit., p. 192- como si los bienes animales y vegetales se incorporaran al pescante trasero de la protección típica deparada en este Título [se refiere al título dieciséis “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”] figurando, al cabo, como meros lacayos de valores culturales, históricos y ecológicos de mayor envergadura”.

- 31 SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, 2003, p. 326. La jerarquía resultado de este punto de vista prioritaria las especies que cumplan una función relevante en la economía de la naturaleza, como la abeja. Así, estas especies deberían tener una mayor protección que especies que, aún más complejas y sensibles desde el punto de vista psicológico, disfrutan de una reproducción eficiente. En general, se puede afirmar que la importancia del individuo es inversamente proporcional a la población de su especie, los especímenes de especies amenazadas tienen atención preferente desde esta perspectiva de la comunidad global. De ello son muestra los delitos contra la flora y fauna del Código penal español, artículos 332 y ss. “Ciertas plantas – dice CALLICOTT- pueden ser extraordinariamente importantes para la estabilidad, integridad y belleza de las comunidades bióticas, mientras que algunos animales, como las ovejas domésticas podrían ser una amenaza para la comunidad de flora natural de un sitio dado” CALLICOTT, “Animal Liberation: a triangular Affair” *Inquiry*, vol. 23, n.2, junio, 1980, p. 320. Por supuesto, nos hemos cuidado de no entendernos integrados en esta red de relaciones mutuas entre los elementos naturales descrita que se quiere preservar incluso a través de la amenaza penal. Por supuesto, digo, porque tendríamos las de perder. El

el individuo, planta o animal, se convierte en mero instrumento en aras a su contribución al mantenimiento del sistema natural global. Este sometimiento puede desembocar incluso en la justificación del sacrificio del individuo si este es necesario para el bien de la comunidad biótica³².

En este contexto, el delito de incendio forestal, presenta un ataque directo a dos elementos vertebradores del *todo* medioambiental. Un elemento abiótico, el suelo, y un elemento biótico, las

homo sapiens no es una especie en peligro de extinción, ni siquiera amenazada y su presión sobre el mantenimiento de las condiciones naturales es, ciertamente, superior al de cualquier otra especie.

- 32 En el caso del incendio forestal, los árboles y plantas en que se descomponen montes y bosques constituyen exclusivamente el objeto material, el elemento que soporta, en primera o segunda instancia, la acción de prender fuego. En cuanto a los delitos contra la flora y fauna entiende POLAINO NAVARRERE, *Derecho penal. Parte general*, tomo II, Teoría jurídica del delito, Vol. I, Bosch, Barcelona, 2000, p. 317, que el objeto material específico, el animal o vegetal perturbado, constituiría el resultado material. Un cambio de perspectiva se deja adivinar en el papel de *victimias* otorgado a animales y plantas en los delitos contra la flora y fauna, MARTINEZ GONZALEZ, “La protección penal...”, cit., p. 123, en los delitos contra la flora y fauna “los animales y vegetales se convierten así en los sujetos protegidos, a la vez que en víctimas y objeto material sobre los que recaen conductas lesivas o peligrosas”. La alusión a plantas y animales como *sujetos* o *victimias* parece denotar un cambio de perspectiva frente a la que es la doctrina mayoritaria. El distinto foco de atención dirigido sobre el individuo o la especie, en este sentido “biodiverso”, es decir, como mecanismo de equilibrio del todo, sustenta la supuesta confrontación entre ambientalistas y defensores de los derechos de los animales. Gráficamente, SAGOFF, M., “Animal liberation and Environmental Ethics: Bad Marriage, quick divorce”, *Environmental Ethics: what really matters. What really works*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 38-44. Los ambientalistas no pueden ser liberacionistas (*liberationists*) de los animales. Los liberacionistas de los animales no pueden ser ambientalistas. El ambientalista sacrificaría la vida de criaturas individuales para preservar la autenticidad, integridad y complejidad de los sistemas ecológicos. El liberacionista – si la reducción de la miseria de los animales es tomada seriamente como objetivo- estaría dispuesto, en principio, a sacrificar la autenticidad, integridad y complejidad de los ecosistemas para proteger los derechos o salvar las vidas de animales. Para una idea general del tema, Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-environmental>.

plantas. Desde una perspectiva antropocéntrica, no tiene mayor repercusión, al hilo del bien jurídico, que sean estos los elementos afectados y no otros. Pues, en todo caso, la atención se centra en la incidencia del fuego en estos elementos (o cualquier otro, agua, aire, fauna) desde la idea del beneficio que de ellos obtiene el ser humano. Desde la perspectiva ecológica, que se impone en los últimos años, la doctrina mayoritaria³³ se refiere en las formulaciones sobre el bien jurídico del incendio forestal al dato de la riqueza forestal, sin hacer normalmente mención directa al suelo en que se asienta. Este elemento, de la riqueza forestal se contextualiza, además, en el planteamiento global que se viene describiendo. Así, la preservación de la riqueza forestal es entendida como condición para el mantenimiento del *edificio* medioambiental. Sin embargo, la caracterización del elemento verde (árboles y plantas) como bien jurídico autónomo no repara en las peculiaridades de la flora destruida³⁴. Esta concepción tampoco suele incluir la alusión a la biodiversidad como aportación peculiar de una lectura ecológica que considera la preservación del elemento verde como condición para el mantenimiento de la integridad total del medioambiente. Sin embargo, como se acaba de decir, una construcción coherente que considere la riqueza forestal como valor a proteger en tanto pieza que permite el equilibrio del mecano gigante del medio ambiente debe remitir necesariamente a la idea de biodiversidad. Pues, para que para que esta pieza, riqueza forestal, siga cumpliendo su papel de equilibrador en el mecano, la Ecología nos dice que la biodiversidad es una de las claves. La riqueza forestal, entendida como condición de estabilidad medioambiental, se aprecia en su calidad de biodiversa. Sólo la riqueza forestal biodiversa sirve

33 MONGE FERNANDEZ, “Excurso sobre los incendios forestales” en *Derecho Penal Ambiental*, Exlibris ediciones, 2006 p. 206 y ss., con referencias jurisprudenciales.

34 Me refiero a datos como el momento del ciclo vital de las plantas afectadas, nacimiento, crecimiento, reproducción o descanso en que se encuentran las plantas, el número de ejemplares, (que no de extensión de terreno) el grado de afectación de los mismos por causa del fuego, etc.

de soporte al mantenimiento de edificio medioambiental³⁵. De lo contrario, la expresión “riqueza forestal” parece quedar sino como una expresión retórica si como una alusión directa al valor económico de los elementos dañados. Desde estudios sobre los delitos contra la flora, se ha manifestado que los tipos penales del incendio forestal no abarcan “la afectación de especímenes de flora amenazada”. Por lo que si se diera el caso de que en un incendio forestal se dañasen ejemplares catalogados como tal habría que acudir a las reglas concursales³⁶.

Pudiera ser que la lectura del delito de incendio forestal primase todavía el ataque que el fuego supone hacia un recurso abiótico, el suelo. Antes se decía que la configuración de los delitos contra el medioambiente del Código penal español es muestra de una reducción del concepto de medioambiente a los elementos de suelo, aire y agua. La delimitación del bien jurídico en el delito de incendio forestal puede ser buena muestra de ello. El proceso de tránsito de una concepción que priorita la preservación de los

35 Menciones al valor de las especies vegetales destruidas al hilo del bien jurídico en el incendio forestal en SAINZ-CANTERO, *Los delitos de incendio*, p. 107-08, este autor sitúa la *significación ecológica* de los recursos en el eje central de la fundamentación del injusto. Así, también, GONZALEZ RUS, en *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, 2000, p.655. De nuevo en una lectura que subraya la biodiversidad se alzan con un valor especial las especies en peligro de extinción frente a aquellas especies abundantes. Es evidente que un incendio puede afectar a elementos de distinta significación ecológica y que según lo anteriormente expuesto queda en entredicho si el bien jurídico conceptualizado por algunos autores se lesionaría en los incendios de especies vegetales que no se encuentra contemplada en ninguno de los grados en peligro previstos en los correspondientes catálogos administrativos. Por ejemplo, ¿un incendio de plantaciones de *Pino insignis* puede considerarse que afecta a la riqueza forestal entendida como condición de mantenimiento del conjunto dinámico de elementos interrelacionados que constituye el medio ambiente? Desde luego, no en el mismo grado de afectación que una plantación de una especie en extinción.

36 HERRERA MORENO, “Delitos contra la biodiversidad”, cit., p.223. No hay que olvidar que la quema de especies de flora amenazadas constituye una de las conductas típicas descritas en el delito contra la flora del artículo 332. La cuestión es, por tanto, deslindar el ámbito de aplicación de este artículo respecto al incendio forestal.

elementos abióticos como equivalente a protección del medioambiente hacia una concepción global donde se incluyan flora y fauna en este todo, todavía no se ha completado. Por este motivo, es la afectación del suelo, del *recurso natural*, condición abiótica implicada, el dato decisivo en la lectura del grado de afectación del bien jurídico. Así, la “categoría” del incendio forestal se cuenta por hectáreas incendiadas, independientemente del momento del ciclo de vida de la planta o el valor de la vegetación de la zona.

III.3 Toma de postura

En mi opinión, el incendio forestal es un delito medioambiental con la especificidad de que, aquí, el medioambiente es atacado por medio del fuego³⁷. Aún más, el incendio forestal es el delito que, de forma más completa, afecta al medio ambiente. Pues, el fuego daña, directamente, al suelo y a la vegetación e, indirectamente, a los animales y al aire, que se hace irrespirable y tóxico mientras dure el incendio. El incendio, menoscaba, por tanto, en primera línea, un elemento biótico, flora, y un elemento abiótico, suelo, por una misma acción, *prender fuego*. Por tanto, suelo y flora, y, en definitiva, medio ambiente representado en estos dos elementos, constituiría el bien jurídico tutelado. Desarrollando esta afirmación, el incendio, penalmente relevante, daña no cualquier suelo, sino un suelo capaz, con condiciones para albergar árboles y plantas. Y este dato conforma un objeto peculiar, un hábitat específico, del que se sirven personas, el resto de animales y las propias plantas. Estas últimas en una relación peculiar con él, una relación de *simbiosis*, pues al asentarse en el suelo que reúne las condiciones que requieren para desarrollarse, forman un *hábitat* para otras especies. A este *hábitat* me refiero

37 El incendio forestal supone el delito ecológico más dañino de los contemplados por la legislación penal, una agresión con efectos polifacéticos sobre el medioambiente. Pues, la realización de la acción típica tendrá como consecuencia un deterioro, directo o indirecto, de casi todos los componentes del mismo: suelo, vegetación, animales, aire y quizás, aunque en menor medida, agua.

con apelativos como zona verde³⁸. En este sentido, el delito de incendio forestal es un ataque cualificado respecto a cualquier otro ataque contra otro tipo de suelo con menor capacidad para acoger vida, por ejemplo, en zonas exclusivas de hielo en la Antártida o arena en el desierto de Almería. Hasta el momento, de un modo descriptivo, el objeto tutelado podría concretarse en el suelo que alberga vegetación. Pero, esto no es suficiente. Aún quedan por hacer mayores precisiones. Porque estos dos elementos, suelo y plantas, no se encuentran en la misma posición respecto al bien jurídico medioambiente. Mientras el suelo es parte constituyente del medioambiente, los vegetales son, a la vez, parte y beneficiarios del mismo. Lo mismo ocurre con el resto de elementos abióticos y bióticos. Los elementos abióticos y bióticos no se encuentran en el mismo plano. Los animales y vegetales, como seres vivos, disfrutan y necesitan de agua, aire y suelo para poder desarrollar sus funciones. Este hecho no es prerrogativa exclusiva de nuestra especie. De este dato no debe desviarnos el hecho de que los vegetales sean inexorablemente destruidos junto con el suelo por la acción de incendio debido a su característica de inmovilidad, es decir, que sean objeto material forzoso del delito de incendio. El aire, agua y tierra se protegen en tanto en cuanto son soportes necesarios de la vida. Pero, no sólo de nuestra vida, sino de la del resto de animales y plantas. Por tanto, en mi opinión, las especies vegetales no sólo son objeto material del incendio forestal sino, también, sujeto pasivo de este delito.

38 Esta relación de *simbiosis* se puede predicar también de ciertos animales invertebrados. No hay duda de que el suelo acoge abundantes formas de vida, “sin la presencia de una intensa actividad de los seres vivos el suelo no se desarrollaría como lo hace. Los habitantes del suelo, desde las bacterias y los hongos hasta las lombrices de tierra, conforman los minerales inertes en materia viva [...] El número de especies de bacterias, hongos, protistas y representantes de casi todos los tipos de invertebrados es enorme. Por ejemplo, en una ocasión un zoólogo del suelo encontró 110 especies de escarabajos, 229 de ácaros y 46 de caracolas y babosas en el suelo de un hayedo austriaco...”, Smith/Smith, *Ecología*, 4ª edición, traducción Mezquita/Aparici, Addison Wesley, 2001, p. 132 y ss.

Pero, todavía se echan en falta algunos datos. Desde esta perspectiva ecológica, hay que destacar la falta de atención dispensada al papel que desempeñan los animales que habitan bosques y montes atacados por el fuego. Dato que, sin embargo, vale al legislador para configurar una cualificación en el artículo 353.3 “cuando el incendio altere significativamente las condiciones de vida animal”. Animales, elemento biótico del medio ambiente, que si bien no son objeto directo de la acción del fuego, quedan irremediadamente afectados por ésta, en el mejor caso, en su hábitat, en el peor, en su vida³⁹. El perjuicio a la fauna de la zona está inevitablemente unido a las consecuencias de la propia acción de prender fuego, fundamentalmente, en el caso de especies que encuentran en el bosque su cobijo. En todo caso, el fuego destruirá su hábitat, ahuyentará (carnívoros) o imposibilitará (herbívoros) su sustento, y, en el peor de los casos, les provocará lesiones o la muerte. La evitación de estas consecuencias lógicas también es

39 Es evidente que la supervivencia de muchos animales, especialmente los animales “salvajes”, está estrechamente relacionada con la preservación de su hábitat. En particular, los bosques albergan dos terceras partes de las especies conocidas de animales. Por lo que la pérdida del ecosistema boscoso va unida a la desaparición de muchos miembros del mundo animal. La cuestión suele ser objeto de preocupación cuando estos miembros pertenecen a especies en peligro de extinción. Pues, en estos casos, se pone en peligro, otro de los mecanismos de equilibrio del medioambiente, la biodiversidad animal. Dado que la desaparición de bosque, como se decía al inicio de esta contribución, ha aumentado en los últimos años a pasos agigantados, muchas son las especies animales habitantes de zonas boscosas que se cuentan en la actualidad por pocos cientos de individuos y que pasan año tras año a engrosar tristemente la categoría de especie en peligro de extinción. Por citar el ejemplo de nuestros parientes más cercanos; antiguamente, el bosque africano de los grandes simios se extendía desde Senegal a Uganda. Ahora, cerca del 85% de este bosque primario (aquel que continúa intacto desde su creación) se ha destruido y la industria maderera amenaza el resto. Según la UNESCO, si no se adoptan medidas de emergencia todas las especies de grandes simios podrían desaparecer en un plazo de cincuenta años. Esta alarmante situación no es exclusiva de estos animales; en situación similar se encuentran el tigre siberiano en el norte de Asia y el ciervo andino en Patagonia, sólo por citar unos ejemplos. GREENPEACE, *boletín trimestral*, 4/06, p. 14 y ss.

motivo de la incriminación de la acción de incendio forestal. Los efectos lesivos del incendio sobre los animales habitantes de las áreas boscosas también se vinculan con el bien jurídico protegido en el delito de incendio forestal⁴⁰. Y, por último, si se tratara de miembros de especies amenazadas podría también aludirse a la existencia de una agresión contra la biodiversidad animal⁴¹.

Siguiendo con los distintos factores que deben tener cabida en el trámite de evaluación del injusto. Desde una concepción global de medioambiente, no será menos importante considerar la afectación producida por ese atentado medioambiental a través del fuego en el resto de elementos abióticos, agua o aire. Por ejemplo, si el incendio se provoca con un combustible altamente peligroso que produce efectos contaminantes o que llega a verterse en el río, contaminando el agua, o crea una nube de gases tóxicos. La valoración del grado de afectación de todos estos hechos debiera

40 De manera general, considero que todas las especies animales junto con las especies vegetales son titulares del medioambiente Sin embargo, todos son *recursos* naturales, mejor dicho, partes del concepto de medio ambiente No parece necesario insistir sobre las repercusiones del incendio forestal sobre el ser humano. Estos efectos, concretados en la anulación o merma de funciones del suelo, les afectan de igual manera que al resto de las especies animales. Las especies vegetales sufren, sin embargo, un impacto mayor. Con la destrucción del suelo, no sólo desaparece su *hábitat* sino ellas mismas, son, por tanto, *objeto material forzoso* y sujeto pasivo del delito de incendio forestal. Este dato de *objeto material forzoso* les individualizaría respecto a las especies animales en el delito de incendio forestal.

41 El artículo 334 que, a decir de la doctrina mayoritaria, tutela la biodiversidad animal no prevé la destrucción del hábitat en general, tampoco, por tanto, por medio de un incendio como conducta típica. En el caso de una especie animal concentrada en una zona boscosa concreta que se ve afectada por un incendio con la consiguiente disminución del número de miembros o incluso su desaparición cabrían, por lo menos, dos opciones. Entender subsumido este caso en el amplio supuesto previsto en el artículo 334 “realizar actividades que dificulten o impidan su reproducción o migración [especies amenazadas]” o la aplicación de la cualificación recogida en el caso del incendio forestal del artículo 353.3 cuando el incendio “altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal o afecte a algún espacio natural protegido”. Lo cierto es que ninguna de las dos alternativas recogen, en su globalidad, el desvalor de la conducta que se examina.

tener reflejo en la determinación del grado concreto de desvalor de la conducta.

Definitivamente, el incendio forestal, entendido como un ataque contra el medioambiente, se concretaría en el ataque por medio del fuego hacia un ecosistema peculiar formado por el suelo y las plantas que en él crecen y donde estas mismas plantas y algunos animales desarrollan sus ciclos vitales. Y, desde un punto de vista funcional, que considero apropiado, el bien jurídico se concretaría en las condiciones necesarias que estas zonas reúnen para el desarrollo de algunas especies vegetales (ineludiblemente porque se habla de bosques y montes) y animales⁴².

De modo más general, desde mi punto de vista, los sistemas bióticos, especies animales y vegetales, forman parte del bien jurídico protegido en los delitos denominados expresamente contra el medio ambiente, y no sólo en los delitos específicos contra la flora y la fauna⁴³. Estos animales y plantas son, no sólo parte integrante de la comunidad global, sino los damnificados “sintientes”, “sujetos pasivos” de los menoscabos en los escenarios de la vida: suelo, aire, agua, menoscabados a consecuencia de los comportamientos infractores. Miembros de la comunidad biótica e últimos destinatarios del sistema de relaciones que se pretende preservar en su naturalidad. Por ello, considero que la solución adecuada pasa por un vuelco en la jerarquía entre los sistemas biótico y abiótico en que se subdivide el sistema medioambiental. El mantenimiento de los sistemas abióticos

42 Como puede verse se opta por una perspectiva funcional del bien jurídico. Esta es de aplicación a todos los delitos medioambientales. En todos ellos la acción típica menoscaba las condiciones que alguno de los elementos abióticos (agua, aire o suelo) reúne para permitir el desarrollo de la vida, entendida de una forma amplia, no equivalente sólo a la supervivencia, de las especies animales, todas, y vegetales. Quizás, también, de esta forma, se satisfacen algunas de las pretensiones de protección que se encuentran tras la formulación del medio ambiente como bien jurídico autónomo.

43 Ni desde el enfoque antropocéntrico ni desde el enfoque ecológico se menciona el papel que juegan el resto de las especies animales en los delitos medioambientales.

(agua, tierra, aire) tiene sentido en tanto sirve a la supervivencia y bienestar de una serie de especies animales (también el *homo sapiens*, pero, no sólo) y vegetales que necesitan de ellos. Esta perspectiva funcional, pero no limitada a la persona humana, se conjuga, además, con la idea de prudencia que nos subraya que el hecho de que, en este momento, algún elemento natural no cumpla función conocida para especie alguna no justifica su desprotección total, su abandono o su sobreexplotación⁴⁴. En esta afirmación se tienen en cuenta las generaciones futuras de seres sintientes y el avance científico que minuto a minuto cuestiona creencias consolidadas. Considero que hay que “dar la vuelta” a la lista de prioridades que subyacen tras la configuración del bien jurídico medioambiental, poniendo los “recursos” abióticos a disposición de los llamados también “recursos” bióticos, es decir, a las necesidades de las especies animales, todas, y vegetales, en función de cuyo beneficio se protegen. Estas especies, entre las que nos incluimos, son los titulares de los soportes de la vida, aire, suelo y agua⁴⁵.

Soy consciente de que una formulación del bien jurídico protegido como la que se acaba de realizar tiene grandes inconvenientes para ser canalizada desde los instrumentos dogmático-penales existentes en este momento. Las teorías vigentes respecto al bien jurídico, fundamentalmente, la teoría personal del bien jurídico, como ya se ha puesto de manifiesto, encuentran en delitos como los medioambientales problemas de difícil solución que

44 De forma similar, aunque no exactamente igual, al denominado principio de precaución recogido en el artículo 15 del Convenio sobre biodiversidad de Rio de 1992. Pensemos en los pantanos o humedales que de ser considerados fuente de enfermedades a erradicar conforman hoy uno de los ecosistemas más ricos por el número de especies que allí habitan.

45 Por supuesto que esta ampliación de los titulares del medioambiente deja muchas cuestiones en el aire en las que, en estos momentos, no se puede entrar. Por otro lado, es posible que esta comprensión del medio ambiente sea un paso previo, intermedio, al salto desde la perspectiva antropocéntrica a una perspectiva ecológica estricta que parta de asignar un valor intrínseco a los elementos naturales, también, abióticos, en si mismos.

todavía no han encontrado un cauce adecuado⁴⁶. Ello no obsta, sin embargo, a que esta sea una formulación acorde con una consideración objetiva, que entiendo de consenso obligado, el planeta Tierra no es propiedad privada para el disfrute exclusivo, y de cualquier manera, del *homo sapiens*. Evitar que nuestros comportamientos de menoscabo al planeta tengan repercusión en la vida del resto de los habitantes del mismo no supone ningún compromiso hacia el resto de animales y plantas que parta de un grupo minoritario de personas especialmente sensibilizadas con la cuestión, sino una actitud de justicia, de no intervención en negativo, al menos, en la vida ajena.

46 En todo caso, aquí el problema no radica en la distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos sino en la cuestión de las características que deben reunir los sujetos titulares de los bienes jurídicos. El planteamiento que describo supondría reconocer a las especies animales y vegetales como titulares de los elementos abióticos que conforman el medioambiente. En esta problemática se enmarcan los intentos de la doctrina alemana por formular un bien jurídico en el delito de maltrato animal compatible con las teorías, fundamentalmente filosóficas, vigentes en esta cuestión. Interesante en este debate la postura de ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, traducción de la 2ª edición alemana por LUZON PEÑA/DIAZ Y GARCIA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, Civitas, 1997, p. 59, también en ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Roland Hefendehl (ed.), edición española a cargo de Rafael Alcacer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, 2007, p. 456. En su opinión, la solución pasa por ampliar el principio de protección de bienes jurídicos a otras criaturas de la creación (*Mitgeschöpfe*), que no concreta, extendiendo el contrato social, también a estas. Critico, entre otros, AMELUNG, K, “El concepto `bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., p. 236, alude a la contradicción de esta formulación desde la teoría personal del bien jurídico que propugna ROXIN “porque lo que se haga a los animales [...] no tiene por qué perjudicar a las personas actualmente vivas”. Hay que recordar que en el derecho alemán la fauna y los recursos naturales gozan de una protección cualificada, recogidos en el artículo 20a de la Ley fundamental. También se ha propuesto justificar la protección penal de los animales desde el principio del daño SEHER, La legitimación de las normas

IV. CONSUMACIÓN —NATURALEZA JURIDICA— TECNICA TIPICA

En este apartado se estudian tres variables cuyos contenidos se condicionan mutuamente y determinan, o debieran, a su vez, la naturaleza de la cláusula de extinción. Me refiero a la consumación del delito de incendio forestal, técnica típica respecto a la intensidad de ataque al bien jurídico previsto en la norma (tipo de lesión o peligro) y naturaleza jurídica del delito de incendio sin propagación del artículo 354.1. Hay que tener en cuenta que las dos primeras claves vienen referidas al tipo básico del incendio forestal del artículo 352.

En la relación entre estas tres cuestiones no es fácil vislumbrar el orden que cada una de ellas ocupa respecto a las demás. Se ha optado por destacar el punto consumativo como forma de comenzar a “desenredar” el ovillo, pero, reconozco que podría haberse hecho de igual forma empezando por la técnica típica. En cualquier caso esto no cambiaría los resultados.

En definitiva, naturaleza del incendio forestal sin propagación, técnica típica y momento consumativo son tres elementos indisolublemente unidos que se condicionan mutuamente. Derivada de la lectura que de estas tres cuestiones se haga, resultará la naturaleza del comportamiento eximente del 354.2. Aunque, como se verá más adelante, no siempre se es coherente en los resultados últimos respecto a los puntos de partida.

IV.1. La consumación del incendio forestal se produce con la mera posibilidad de propagación hipotética. El artículo 354.1 como tipo atenuado respecto al tipo básico del artículo 352. El incendio forestal como delito de peligro abstracto.

Según la doctrina mayoritaria, la consumación en los delitos de incendios forestales se produce en terminología clásica,

penales basada en principios y el concepto de bien jurídico, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., p. 87, nota 65.

cuando el fuego prende en la cosa con posibilidad de propagación, aún cuando aquella no sea destruida⁴⁷. Es decir, cuando el fuego se comuniquen al objeto a incendiar y se propague o sea susceptible de arder, una vez prendido, autónomamente⁴⁸. Desde este punto de vista, aludiendo a la segunda variable, naturaleza jurídica, el artículo 354.1 se muestra como un delito perfecto. Delito consumado que, respecto al tipo básico del artículo 352, contiene un menor desvalor del resultado derivado de una menor afectación del bien jurídico protegido. Este hecho justifica la previsión de una penalidad inferior⁴⁹.

Entre las razones que avalan esta lectura se encuentran: por un lado, la relativización de la trascendencia que la magnitud del incendio tiene en la consumación del incendio forestal. Para la consumación no es decisiva una dimensión relevante del incendio resultante. Por otro lado, se mantiene que, de apoyar la tesis contraria, que afirma que el 354.1 constituye un supuesto de tentativa del tipo básico, la cláusula de extinción del segundo

47 POLAINO NAVARRETE realiza una minuciosa presentación de las mismas en *Delitos de incendio en el ordenamiento penal español*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 54 y ss.

48 Esta es la tesis de la doctrina mayoritaria desde antiguo. Así, CUELLO CALON, *Derecho penal*, 14ª edición, tomo II, Barcelona, 1975, p. 990, POLAINO NAVARRETE, *Delitos de incendio*, cit., p. 66 y ss., BUSTOS RAMIREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 289-90, MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, cit., p. 623, SAINZ-CANTERO, *Los delitos de incendio*, cit., p.107-08, ORTS BERENGUER/GONZALEZ CUSSAC, *Compendio*, cit., p. 673, PRATS CANUT, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (dir.), 5ª edición, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 1314.

49 MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, cit., 629-30. En el mismo sentido, SAINZ-CANTERO, *Los delitos de incendio*, p. 146-47, PÉREZ DE GREGORIO, "Los delitos de incendio forestal", *La Ley*, D- 302, 6 de noviembre de 1997, p. 1924, ORTS BERENGUER/ MORENO ALCAZAR, *Comentarios*, p. 1638-39. Desde esta perspectiva, se entiende que, en tanto que se alude a un incendio, ha debido existir un peligro real de que el fuego se propagase, lo cual, independientemente que después éste no lo haya hecho, implica que estamos en presencia de la regulación de un delito consumado y no de la previsión específica de una mera forma imperfecta de ejecución.

párrafo del artículo 354 resultaría superflua. Pues, la aplicación del desistimiento no requiere de mención expresa, siendo ya suficiente con su regulación genérica del artículo 16.2⁵⁰. Por lo que respecta a la cláusula de extinción, desde esta perspectiva de la consumación como mera posibilidad hipotética de propagación, el artículo 354.2 debiera incluirse en cualquiera de las categorías situadas tras la consumación (excusa absolutoria, causa de exclusión de la pena, causa de levantamiento de la pena), dado que el incendio, cuando el autor consigue evitar su propagación, ya está consumado. Sin embargo, se verá como autores que participan de la tesis consumativa mayoritaria califican el segundo párrafo del artículo 354 como un supuesto de desistimiento⁵¹.

Ya se ha avanzado que parte de este planteamiento es la consideración del delito de incendio forestal del artículo 352 como delito de peligro abstracto⁵². De acuerdo a la caracterización que la

50 Ejemplo de la trascendencia de la existencia de la disposición eximente a la hora de decidir sobre la naturaleza jurídica del artículo 354.1 y, por ende, del momento consumativo del delito de incendio forestal, se encuentra en MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, cit., p. 630, “en efecto, sólo si se entiende que dichos delitos se consuman en el momento en que comienza el incendio con peligro de propagación tiene sentido la introducción de esta expresa excusa absolutoria”. Sin embargo, esta relevancia no se traduce en una atención específica sobre su fundamento y contenido.

51 Ver *infra* V. II, el apartado dedicado a la naturaleza jurídica, nota 82.

52 Las numerosas críticas que suscita esta técnica de tipificación han dado lugar a diferentes propuestas por hacerla compatible con el principio de subsidiariedad e *ultima ratio*, fundamentalmente, la aplicación de la figura del peligro hipotético. De lectura obligada sobre este tema, TORIO LOPEZ, A., “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIV, fascs. II y III, mayo-diciembre, 1981, p. 825 y ss. Esta exigencia de la idoneidad del peligro añade la necesidad de una aptitud lesiva susceptible de valoración y prueba. En este sentido, también, TERRADILLOS BASOCO, “Peligro abstracto y garantías penales”, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, ed. Aranzadi, 2001, p. 789-792. MIR PUIG, *Parte general*, p. 234-35, elimina aquellos casos en que el peligro queda excluido de antemano. En éstos, el fundamento político-criminal de esta categoría quedaría neutralizada, la peligrosidad de la conducta.

doctrina mayoritaria realiza de esta categoría, configurado como tal, no sería necesaria la comprobación, para el caso concreto, de que la acción de incendio haya sido efectivamente peligrosa para las condiciones vitales de las zonas verdes⁵³. El juez se limitaría a constatar la existencia del presupuesto fáctico definido por el legislador, exonerado de la compleja obligación de verificar en el caso concreto la concurrencia del pronóstico de peligro elaborado por aquél. Los motivos que convierten a la técnica del peligro abstracto en el instrumento idóneo para proteger algunos bienes jurídicos se relacionan con el carácter macrosocial del bien protegido, la dificultad de la prueba de causalidad entre la conducta realizada y el resultado de peligro y, fundamentalmente, el interés lógico del legislador por adelantar la protección penal en un caso de particular importancia. Sobre el bien jurídico protegido en el incendio forestal ya se ha hablado. La dificultad en la prueba del incendio forestal se centra, no tanto en la relación de causalidad, acción- daño producido, sino en el descubrimiento del autor⁵⁴ y

53 Pues, la peligrosidad se valora desde una perspectiva *ex ante*. Esta es doctrina mayoritaria, por todos, MIR PUIG, *Parte general*, cit., p. 234, nota 32. Un sector de la doctrina mantiene que la caracterización de un delito como delito de peligro abstracto no exonera de constatar la imputación de la causación del resultado, cuando la estructura típica constituye un delito de resultado. Desde esta perspectiva, SCHULENBURG, “Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., p. 362.

54 La dificultad en la investigación de incendios forestales radica básicamente en la ocultación de su autor o autores, al amparo de la extensión y espesura del bosque o de las horas y días en que los montes están más despoblados de posibles testigos. Sobre la persona del autor habrá que preguntarse: quien se beneficia de las consecuencias del incendio, claramente en los casos en que como consecuencia del incendio se produce una recalificación del terreno del bosque como suelo no urbanizable en apto para la urbanización, que favorece a los grandes promotores inmobiliarios, DE MADARIAGA Y APELLANIZ, *La protección del medio ambiente*, p. 196. Según un interesante informe realizado recientemente por GREENPEACE, Revista Greenpeace, 3/07, Madrid, Tercer Trimestre, 2007, p. 32, sólo el 1% de los incendios acaban con el causante detenido; y de los detenidos, sólo el 20% es encausado. Partiendo de la dudosa representatividad que en la globalidad

la imputación de la acción a título doloso⁵⁵. El descubrimiento del lugar y las características del foco donde se inicia el fuego y el método utilizado para producirlo es fundamental para valorar el grado de intencionalidad del autor. En los combustibles, ha de observarse su calidad, cantidad y situación geométrica, que lo dirija hacia un lugar determinado y efectos concretos. Acerca de la tercera clave, el interés por adelantar la protección penal en el caso de bienes jurídicos especialmente valiosos se aplica, sin lugar a dudas, a este supuesto.

En mi opinión, el delito de incendio forestal es un delito de peligro abstracto. El 352.1 sanciona la abstracta peligrosidad del hecho de provocar un incendio, o, lo que es lo mismo, una combustión autónoma con capacidad de propagación en un monte o masa forestal. Técnicamente, estamos ante un delito de peligro abstracto⁵⁶. A diferencia de los delitos de peligro abstracto *clásicos*, el delito de incendio forestal constituiría un delito de peligro

del problema puede tener un porcentaje tan escaso como el 1%, resulta significativo saber que, según esta investigación, los autores del mayor número de hectáreas quemadas en el Estado español son, por este orden, el ganadero y el agricultor que utilizan el fuego como medio de evitar el avance del matorral posibilitando más superficie hábil para la alimentación del ganado, eliminar hierbas, etc. y el ciudadano imprudente que utiliza el bosque como sitio de recreo sin adoptar las precauciones necesarias a la hora de encender fuego, tirar colillas sin apagar, etc. En este contexto, es de subrayar que, como acertadamente indica el Informe, “es más fácil identificar a agricultores y ganaderos negligentes que a otros colectivos que también causan incendios”.

55 Según datos del ICONA, el 95% de los incendios son provocados por el ser humano, *Técnicas para la defensa contra incendios forestales*, Madrid, 1991, p. 7. De este porcentaje, un informe de la Comisión especial de investigación sobre incendios del Senado señaló que el 40% corresponderían a casos dolosos, citado por CALVO CHARRO, M., “Incendios forestales”, cit., p.62, nota 3.

56 La alternativa al peligro concreto no parece recogida en el caso del incendio forestal del artículo 352.1. Pues, la acción inculpada “provocación de un incendio” no remite a la producción de una concreta ofensa o afectación a ciertos bienes o intereses, bien por la vía de la generación de un concreto peligro personal, bien por la exigencia de la producción de un daño ambiental

abstracto de resultado. Categoría que parece contradictoria y que paso a intentar explicar. La acción de prender fuego lleva intrínsecamente unida a su realización el menoscabo de una parte mayor o menor (en el artículo 354 muy pequeña, pues, expresamente, se prevé la no propagación del incendio) del objeto material, de montes o masas forestales⁵⁷. Este menoscabo constituye un resultado físico separado de la acción, que no suele aparecer en los delitos de peligro abstracto, siempre tenidos por delitos de mera actividad por definición⁵⁸. Efecto físico, que, sin embargo, es habitual

suficientemente relevante como para afectar a las condiciones generales de la seguridad colectiva.

- 57 Ante este hecho, las distintas soluciones aportadas por la doctrina pasan por aceptar la existencia de delitos de peligro de resultado, aunque, normalmente, referido al caso concreto del incendio. Así, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1991, 2ª edición, 7/86 citado por CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales*, p. 254-55, nota 505. Se refiere a ello MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 7ª edición, Reppertor, Barcelona, 2004, p.234, nota 31. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1990 (RJA 6706) sobre el entonces artículo 548 “el delito de incendio es un delito de peligro abstracto no de mera actividad, sino de resultado. Es el resultado de la acción, el incendio, lo que convierte la acción en peligrosa”. Hay quien opta por considerarlos tipos mixtos en los que el papel del peligro es preponderante RODRIGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, centro de Estudios judiciales, Madrid, 1994, p. 304 y ss., nota 349, refiriéndose a la regulación anterior. Pues, en ellos se encuentran, por un lado, un ataque a la propiedad, por otro, la utilización de un medio, el fuego, cuya capacidad de propagación lo convierte en extraordinariamente peligroso para las cosas y personas próximas. Delitos de lesión y peligro “a un tiempo”, a decir de ORTS BERENGUER/GONZALEZ CUSSAC, *Compendio*, p. 673.
- 58 Por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 5ª edición, Reppertor, Barcelona, p. 210, “los delitos de peligro concreto son, pues, delitos de resultado (de proximidad de la lesión), mientras que los de peligro abstracto son delitos de mera actividad (peligrosa)”. Significativamente, este párrafo ha sido eliminado en posteriores ediciones. Evidentemente, en los delitos de peligro también hay un resultado o, mejor dicho, un desvalor de resultado, concretamente, la puesta en peligro del bien jurídico, pero en sentido jurídico no material, por todos, HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Tecnos, 1984, p. 21 y ss.

encontrar como consecuencia de la realización de las acciones típicas en los delitos contra el medio ambiente⁵⁹. En este sentido, se subraya la posibilidad de conceptualizar estos delitos como delitos de peligro abstracto de resultado. En opinión de los partidarios de esta categoría, hay que tener en cuenta que ambas clasificaciones tienen como base juicios diferentes. La clasificación que califica un delito como delito de peligro abstracto atiende a la clase de menoscabo, lesión o peligro, que la acción típica supone para el substrato físico del bien jurídico. Mientras que el hecho de que un delito sea calificado como delito de resultado o mera actividad tiene como base la estructura típica, exactamente, si este delito integra o excluye en el tipo un resultado sobre el objeto de la acción, que no tiene porque ser el substrato físico del bien jurídico u objeto del bien jurídico⁶⁰.

IV.2. La consumación del incendio forestal requiere la propagación efectiva. El artículo 354.1 como supuesto de forma tentada elevado a tipo autónomo. El delito de incendio forestal como delito de lesión.

Desde otra perspectiva, no es suficiente con la capacidad hipotética de propagación del fuego encendido para afirmar la consumación del incendio forestal, sino que esta propagación ha de darse efectivamente⁶¹. En base a este dato, se entiende que el

-
- 59 Este efecto externo consecuencia de la acción sobre el objeto material les acerca a los delitos de lesión y esta en la base de su entendimiento como tales o como delitos de peligro concreto. Así ocurre también en los delitos contra la fauna y flora, de estrecha vinculación con el que aquí se trata, donde se ha afirmado que, configurados como delitos de peligro concreto, se exige la producción de un resultado material sobre la flora amenazada o la flora alóctona. “Este resultado material que recae sobre el objeto de protección, supone, en efecto, una aproximación a la lesión del bien jurídico”, HERRERA MORENO, “Delitos contra la biodiversidad...”, cit., p. 211.
- 60 Sobre este particular SOTO NAVARRO, *La protección*, cit., p. 280. También SCHULENBURG, “Relaciones dogmáticas...”, cit., p. 349 y ss.
- 61 Así, el delito de incendio forestal constituiría un tipo de lesión. De esta opinión, GONZALEZ RUS, *Compendio*, cit., p. 654. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 175.

artículo 354. 1, al excluir en su tipo la propagación efectiva del fuego, recoge la tentativa acabada del tipo básico de incendio forestal, artículo 352. Tentativa acabada porque, a pesar de que el autor ha realizado todos los actos para lograr la lesión del bien jurídico, esta propagación no se consigue por causas ajenas a la voluntad del autor. El segundo párrafo del artículo 354, por su parte, estaría dedicado al caso contrario, es decir, aquel en que

QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Atelier, 2002, p. 648-49. También califica el delito de incendio forestal como delito de lesión MONGE FERNANDEZ, “Excurso...”, cit., p. 209, aunque en este caso desde distinta perspectiva que los autores anteriores, siguiendo la teoría de Kindhäuser respecto los delitos de peligro, ver KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main, 1989. GONZALEZ GUITIAN, “La nueva regulación del delito de incendios forestales” en *Estudios penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 375, contradictorio se suma a la tesis mayoritaria sobre la consumación, pero declara que las características especiales del objeto material que se descompone en una multiplicidad de elementos, permite considerar como no consumado el incendio forestal que realmente no se ha propagado todavía, es decir, “no ha alcanzado a un número significativo de elementos integrantes de esa masa forestal”. El concepto “propagación” aludido por ambas corrientes, es un concepto central en la cuestión de la consumación del incendio forestal pues el artículo 354.1 se caracteriza precisamente por una delimitación negativa de este dato, que no concurra la “propagación” del incendio. En este sentido dice GONZALEZ GUITIAN “La nueva regulación”, cit., p. 375, nota 21, que este término “se utiliza indistintamente para describir dos momentos distintos: se habla de propagación cuando el fuego pasa a la cosa que se quiere incendiar y prende en ella [...] también, cuando el fuego ya ha prendido en la cosa y se extiende por ella”. Pero, todavía hay una tercera posibilidad de propagación que se refiere a un momento posterior en que el fuego pasa del primer objeto al que se aplicó a otros (por ejemplo, otro árbol). Estos tres momentos, se reducen, en realidad, a dos, que son: el de propagación del fuego por el objeto al que se aplica y el de paso de éste a otro cercano (matorral, árbol). Ya que el primer momento es necesario para hablar de “incendio”. Pues bien, es en éste último paso, prendido el objeto al que se aplica el fuego cuando se extiende a los elementos cercanos, donde se centra la discusión en torno a la necesidad de que esta comunicación se haya efectivamente producido o, dadas las circunstancias, se pudiera haber producido (capacidad hipotética) para afirmar la consumación del incendio.

la no propagación es producto de la actuación del autor. Este constituiría el correspondiente supuesto de desistimiento aplicado a este delito⁶².

En esta lectura es decisiva la caracterización del incendio forestal como delito de lesión. Como no podría ser de otra forma, sólo un incendio que se propaga efectivamente puede llegar a lesionar el medio ambiente⁶³. Como ya se ha mencionado anteriormente, esta caracterización del artículo 352 como delito de lesión suele apoyarse en la causación de un resultado material derivado de la acción, concretamente, el incendio⁶⁴ y en el que se deteriora efectivamente, al menos, un elemento del monte o la masa forestal al que se aplica el fuego⁶⁵. Desde esta perspectiva, habría que probar *ex post* que las consecuencias dañosas derivadas de la producción del incendio han supuesto un menoscabo del

62 Coherentes con sus puntos de partida, califican el artículo 354.2 de supuesto de desistimiento, GONZALEZ RUS, *Compendio*, cit., p. 654; GONZALEZ GUITIAN, “La nueva regulación...”, cit., p. 373 y ss. También FEIJOO SANCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, Rodríguez Mourullo (dir.), Civitas, 1997, p. 977. Podría encuadrarse aquí a SERRANO GLEZ. DE MURILLO, “Los delitos de incendios forestales...”, cit., p. 1175 y ss.; ya que este autor considera esta modalidad de incendio como un delito formalmente consumado pero no agotado, siendo, por tanto, la cláusula de exención “una muestra de arrepentimiento activo sobre el agotamiento”, un desistimiento del agotamiento.

63 Y, así, se cita como razonamiento en apoyo de esta postura, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, cit., p. 175. Otras razones aludidas son: la dicción literal del precepto y la coherente interpretación del sentido valorativo de esta modalidad incendiaria, SAINZ-CANTERO, *Los delitos de incendios*, cit., p. 149.

64 Para un sector de la doctrina el incendio constituiría el resultado, incluso desde las tesis que postulan el incendio como delito de peligro, MIR PUIG, *Parte general*, cit., p.234, nota 31, MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, cit., p. 624. Otra perspectiva entiende, sin embargo, que el incendio encarna la lesión del objeto del delito, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*, cit. p. 254.

65 Presupuesto de ello es entender que los bosques o montes si constituyen el substrato material del bien jurídico. De otra opinión, en contra de que el objeto material naturalísticamente afectado constituya el substrato físico del bien jurídico, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de*

objeto material tal que permita hablar de la “lesión” del elemento verde. Este hecho restringe el ámbito de aplicación del delito de incendio forestal a casos muy cualificados. Lo suficiente graves e idóneos para sostener la relevancia de la conducta sobre el menoscabo material trascendente del bien jurídico.

En general, en todos los delitos que protegen un bien jurídico colectivo, también en el medio ambiente, se cuestiona la posibilidad de configurar el tipo destinado a su protección como tipo de lesión debido a la dificultad de constatar la “lesión” de un bien jurídico de tales dimensiones⁶⁶. Aunque, como la doctrina ha puesto de manifiesto, en realidad, la base de esta posible “lesión” no se encuentra en la naturaleza del bien jurídico sino en la adecuada concreción del bien jurídico supraindividual⁶⁷ y

bienes jurídico-penales supraindividuales, cit., p. 166. Aunque esta calificación no acarrea diferencias sustantivas, pues para esta autora “la lesión del objeto del delito, en determinados tipos en los que se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales, [...] puede cumplir la misma función que [...] tiene el resultado”. En cualquier caso, desde una visión *ambientalista* del medio ambiente, habría que decidir que no cualquier ataque del objeto del delito implicará la lesión del bien jurídico sino, únicamente, aquellas especialmente graves y como tales idóneas – relevantes penalmente- para lesionarlo. Es decir, idóneas para poner en peligro el equilibrio del sistema medioambiental en su conjunto.

66 Sobre esta cuestión, SOTO NAVARRO, *La protección*, cit., p. 325. Hay que recordar que desde la doctrina se han propuesto distintas soluciones para evitar este problema, una de las que mejor acogida ha tenido es la teoría de los bienes jurídicos intermedios con función de representación. En España, ver por todos, MATA Y MARTIN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1997. Aplicado a este caso, el bien mediatemente protegido sería el medio ambiente y el bien inmediatamente protegido, a decir de un sector de la doctrina, la riqueza forestal en el que el anterior se representa y cuya lesión continuada supone la del primero. De forma general, en estos casos, la protección de un bien espiritualizado se realiza a través de bienes u objetos intermedios, de cuya lesión reiterada y generalizada deriva la abstracta peligrosidad de la conducta típica. Esta lesión del objeto o bien representante valdría, a su vez, para afirmar la consumación del delito.

67 En esta línea, BUSTOS RAMIREZ, “Los bienes jurídicos colectivos”, *Estudios de Derecho penal en Homenaje a L. Jiménez de Asua*, RFDUCM, Madrid, 1986, p. 160, siempre que pueda concretarse el objeto de protección,

el concepto de lesión que se maneje. La concisión con que se delimite el bien jurídico es decisiva a la hora de poder abandonar la técnica del peligro abstracto.

Configurado el medioambiente, desde una perspectiva amplia⁶⁸, las acciones de incendio de un bosque o monte rara vez tendrán la entidad suficiente para afectar al equilibrio de los sistemas naturales⁶⁹. Dejando a un lado los incendios de vastas dimensiones, podría afirmarse, quizás, en el caso del menoscabo a una especie vegetal de especial valor ecológico, por encontrarse entre aquellas especialmente protegidas o cumplir una función de especial importancia en el equilibrio del sistema. Configurado el bien jurídico en una dimensión más reducida, los resultados podrían cambiar. Así, por ejemplo, se ha propuesto considerar la idea del uso ecológico a que se destine cada recurso natural, espacialmente delimitado, de forma que éste no pueda ya cumplir el uso previsto como cuestión a considerar a la hora de decidir de la posible lesión del medio ambiente⁷⁰.

MENDEZ RODRIGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Centro de estudios judiciales, Madrid, 1993, p. 161; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 57. Claramente, GORRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 655. Según esta autora, de “la delimitación conceptual que se realice de los concretos bienes jurídicos colectivos depende en gran medida la determinación del grado de ofensa que puede dirigirse contra los mismos, esto es la apreciación de una lesión o un peligro jurídico-penalmente relevante [...] en definitiva, pues, cuanto más concisa sea la interpretación del bien jurídico colectivo tanto más plausible será hipotizar acerca de su ofensa en términos de lesión”.

68 Ver *supra* III, el apartado dedicado al bien jurídico.

69 Aunque esta autora subraya que la lesión no debe confundirse con el daño físico. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, cit., p. 218 y ss. En su opinión, el concepto de lesividad no se puede identificar con la producción de un daño, entendido como destrucción de un objeto cuantificable. Destrucción que, por otra parte, no se da en, casi, ningún delito.

70 SOTO NAVARRO, *La protección*, cit., p. 325.

La dificultad de alterar significativamente un bien jurídico supraindividual no supone, sin embargo, que no sea posible que una conducta incendiaria o varias realizadas en connivencia lleguen a producir efectos importantes en una zona de bosque o monte, de modo que puedan resultar gravemente mermadas las condiciones que la cubierta boscosa reúne para hacer posible el desarrollo de las especies vegetales y animales de la zona⁷¹. Cuestión diferente es decidir si esta es la opción elegida por el legislador español.

Desde mi punto de vista, dos son las razones que hacen inclinarse la balanza hacia la consideración del incendio forestal como delito de peligro. La primera, la importancia del bien jurídico en cuestión. La protección penal llegaría demasiado tarde si la sanción se vinculara a una modificación medioambiental ya sobrevenida. Si lo que se pretende es no llegar a esa situación, debe prohibirse ya la conducta que conlleve el riesgo de producir dicha modificación⁷².

71 Esta estructura típica es muy habitual en los delitos contra el medio ambiente. Estos tipos penales describen acciones que suponen una afectación física del objeto material, actos de contaminación en el agua, aire, etc. En cuanto a la valoración de la lesividad de la conducta idónea para lesionar las condiciones de desarrollo de los ciclos vitales de plantas y animales que estos los elementos abióticos reúnen, comparto con CORCOY, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, cit., p. 218 y ss. que la lesividad no pueden medirse (medirse sólo, añadiría yo) con criterios naturalísticos de gravedad del “daño”, sino con criterios normativos sobre la mayor o menor relevancia jurídico penal del comportamiento – desvalor de injusto- y de la mayor o menor gravedad de la afectación del bien jurídico -lesividad-. Aún así, considero que, como esta autora acepta, para determinar esta segunda cuestión, es decir, la clase de afectación del bien jurídico, el dato principal será la valoración de la intensidad de la afectación del objeto material. Así, partiendo de los delitos de incendios forestales, una afectación material trascendente del bosque se puede plantear en el caso de un incendio de gran magnitud o de pequeña extensión, pero, de gran impacto sobre las especies vegetales y animales que allí habitan porque, por ejemplo, se ha concentrado en un área donde se reunían un gran número de animales o plantas, indistintamente de su pertenencia a una especie protegida o no, ocasionándoles la muerte.

72 SCHULENBURG, “Relaciones dogmáticas...”, cit., p. 359

La segunda razón, los numerosos casos de incendio que quedarían sin respuesta penal. Concretamente, todos aquellos que afectando materialmente al bosque o monte, no lleguen a poder incluirse entre los incendios idóneos para “lesionar” el medio ambiente. Ya que quedarían fuera del ámbito tanto del tipo básico como del tipo privilegiado. Teniendo en cuenta que, entre los incendios clasificados por su extensión, sólo un 0’5% al año superan las 500 hectáreas mientras que la mitad se quedan en meros conatos (menos de una hectárea), el medio ambiente quedaría en esta modalidad de ataque por fuego con una deficiente protección penal⁷³.

V. LA CLÁUSULA DE EXTINCIÓN

A partir de aquí van a tratarse cuestiones directamente vinculadas con la conducta recogida en el artículo 354.2. En las próximas páginas, son objeto de examen las cuestiones que permitan acceder a un conocimiento de la naturaleza y requisitos para la aplicación de la exención prevista al autor del incendio forestal que lo extingue antes de la propagación.

V.1. Introducción

El Código penal español concede eficacia eximente a la extinción del incendio forestal realizado momentos después de

73 DE MADARIAGA Y APELLANIZ, *La protección del medio ambiente*, cit., p. 69. Según datos facilitados por el Ministerio de Medio Ambiente (Área de defensa contra incendios forestales) referidos al periodo 1997-2007 (este último hasta el mes de febrero), el número de conatos (incendios menores a una hectárea) ascienden a 2556. Mientras que sólo un incendio alcanzaría la categoría de gran incendio, superior a 500 hectáreas. Entre ambas se encuentra un grupo de incendios de gran heterogeneidad, en cuanto su repercusión sobre el medio ambiente, los incendios mayores de una hectárea, pero no superiores a quinientas, de los que se contabilizaron 2593. Más información sobre superficie forestal afectada, clase de vegetación destruida, etc. en <http://www.incendios forestales.org>.

su prendimiento y antes de su propagación. Así se prevé en el artículo 354.2:

Art. 354.1 CP. “El que prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses.

2. La conducta prevista en el apartado anterior quedará exenta de pena si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor.

La propagación ha de entenderse desde una óptica técnica, como se ha explicado anteriormente, teniendo lugar cuando el fuego pasa del primer elemento objeto del prendimiento a otro colindante. La alternativa sería entender la propagación, desde una concepción más amplia, como la extensión del fuego a un número significativo de los elementos que constituyen el bosque o el monte. En este caso, cabría plantear una norma que previera una exención similar donde la acción extintiva tendría por objeto la eliminación de mayores daños, antes de la concurrencia de un deterioro de entidad. En las páginas siguientes, me referiré al primer caso, acorde con la literalidad de la previsión penal española.⁷⁴

Como ya se ha adelantado, hay que destacar que el ámbito de aplicación de esta exención se reduce al artículo 354. En este sentido, el tipo básico de incendio del artículo 352 no cuenta con una previsión que beneficie a quien tras la propagación elimine el fuego antes de la causación de graves daños. Puesta en relación con otros delitos medio ambientales, hay que advertir que en el resto de delitos medio ambientales no aparecen cláusulas

74 Ampliando el campo de la exención a los comportamientos extintivos tras la propagación podría también ampliarse el fundamento de la misma desde el punto de vista de la neutralización del peligro para posteriores bienes jurídicos derivados de la continuación del fuego. Entiendo, en todo caso, que esta exención sólo podría justificarse en momentos poco posteriores al prendimiento del fuego, a pesar del paso a la propagación, donde no podría hablarse todavía de afectación trascendente del bien jurídico.

similares⁷⁵. A pesar de su interés, por ejemplo, eximir o atenuar a quien paraliza el proceso de contaminación del río iniciado, impide que llegue al pantano que abastece de agua a la ciudad, etc. como hace el *Strafgesetzbuch* alemán⁷⁶.

Por otro lado, teniendo en cuenta la punición del incendio imprudente en el artículo 358, la exención debiera ser de aplicación tanto a incendios dolosamente causados como a aquellos que hayan tenido lugar por imprudencia grave del autor. El interés de este apunte radica en la fenomenología de este delito que tiene entre sus causas, sobre todo en verano, la negligencia de los ciudadanos en sus excursiones por el monte o bosque (colillas de cigarro, barbacoas, fogatas al aire libre, etc.).

V.2. Antecedentes de la cláusula del artículo 354.2

El hecho de que el delito de incendio forestal no aparezca en el Código penal hasta casi el fin del siglo XX, exactamente, 1987, determina la escasez de referencias al mismo antes de esta fecha. Exactamente, es la Ley Orgánica 7/1987 de 11 de diciembre la que establece, mediante la traslación de artículos ya existentes,

75 Tampoco aparece en el resto de los delitos de incendio. GONZALEZ GUITIAN, “La nueva regulación”, cit., p. 375, encuentra la razón de esta ausencia en la peculiaridad del incendio forestal donde el objeto material se descompone en múltiples elementos (árboles, matorrales...) lo que no ocurre en otros casos como el incendio de un edificio o un arsenal.

76 Este hecho es objeto de críticas constantes por parte de la doctrina, por todos MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, p. 627. Hay que recordar que el *Strafgesetzbuch* alemán contempla la cláusula que aquí se estudia, es decir, la extinción del incendio del actual párrafo 306e, así como una cláusula incluida en la sección dedicada a los delitos medioambientales (*Straftaten gegen die Umwelt*), el artículo 330b, que beneficia comportamientos tales como evitar el peligro o eliminar la situación creada antes de que se produzca un daño considerable en relación a la producción de ruido, vibraciones o rayos no iónicos del artículo 325a, manejo ilegal de residuos peligrosos o material radioactivo u otros materiales o bienes peligrosos (artículos 326 y 328) y creación de un peligro grave por medio de la liberación de venenos (artículo 330a).

una nueva sección, la sección 2 del Capítulo VIII con el objeto exclusivo de los incendios forestales⁷⁷.

Sin embargo, debido a la existencia de una previsión similar desde antiguo en el derecho germánico es posible encontrar que el debate sobre la conveniencia o no de una previsión como la que se estudia en la legislación española aparece ya hace siglos entre algunos de los comentaristas españoles. Concretamente, GROIZARD negaba la posibilidad de introducir una exención genérica para los casos de incendio basándose en la necesidad de restablecer, por medio de la pena, la tranquilidad pública perturbada. Con más detalle argumentaba su negativa, desde la perspectiva de la imposibilidad de anular totalmente el deterioro ya iniciado. Por su interés transcribo el siguiente párrafo que refleja el pensamiento sobre el particular de la época (finales del siglo XIX), “pocos serán los casos en que esos tardíos arrepentimientos resulten eficaces para evitar en absoluto la propagación del incendio, porque en pocas ocasiones, una vez brotadas las llamas, se extinguirán sin causar algún daño o perjuicio. Más fácil será que el feliz cambio de ideas del culpable pueda contribuir a hacer menos funestos y graves los resultados materiales del fuego. Pero esto no es bastante para hacer perder al delito las condiciones

77 Como explica SAINZ- CANTERO, *Los delitos de incendio*, cit., p. 88 y ss. “hasta 1987 la materia relativa a los incendios forestales en cuanto infracciones penales se situaban en el marco genérico de los delitos de ‘incendio’, como sección I del Capítulo VIII del Título XIII. Siendo delitos que se caracterizaban en lo sistemático por su visión patrimonial individualista y en lo formal por su acentuado casuismo. Concretamente, se referían a los ‘incendios forestales’, los artículos 549.3- ‘Se impondrá la pena de prisión mayor: 3º a los que incendiaren un bosque con riesgo de que se propague a casa habitada o edificio en el que habitualmente se reúnan varias personas cuando el daño causado excediere de 50.000 pesetas’, y 551.2- ‘Serán castigados con la pena de prisión menor cuando el daño excediere de 250.000 pesetas: 2º los que incendiaren mieses, pastos, montes o plantíos’-.” Las críticas que esta regulación ha recibido han sido numerosas, entre ellas, la utilización de una fórmula inadecuada para proteger al bien jurídico, medio-ambiente, al vincular su castigo con la exigencia de la puesta en peligro de la vida o integridad de las personas y con un determinado daño patrimonial.

de su propia naturaleza. En casos extraordinarios, cuando los esfuerzos del incendiario para apagar el fuego sean tales que hayan efectivamente impedido grandes estragos o numerosas desgracias personales, es, a nuestro juicio, preferible llegar a la disminución de las penas utilizando el recurso que el párrafo último del artículo 2º del Código pone en manos de los Tribunales, o haciéndose uso de la gracia de indulto, que *atenuarlas mediante la rectificación de teorías que tienen sólido fundamento en los principios de la ciencia y en los intereses sociales*”⁷⁸.

Consecuencia del consenso que esta perspectiva manifestada por GROIZARD concita o no, lo cierto es que pasan casi cien años hasta que el legislador español, en 1987, incorpora una previsión que exime de pena al autor del incendio que lo extingue. Sin embargo, el ámbito de aplicación de esta exención se restringe fuertemente desde dos perspectivas: los delitos en los que es de aplicación y, dentro de estos delitos, las modalidades concretas que pueden ser beneficiarias de la exención. En cuanto al primer matiz, la exención será de aplicación exclusiva a los delitos de incendios forestales que eran los supuestos que *ex novo* se incorporan en 1987 al Código penal español. En cuanto al segundo límite, ya se ha visto como la exención sólo es de aplicación a uno de los supuestos de incendio forestal. Supuesto que ni siquiera constituye el tipo básico y que exige que, en cualquier caso, la extinción se de antes de la propagación del fuego⁷⁹.

Más concretamente, sobre el hito de incorporación de esta norma al Código penal, hay que explicar que su introducción se

78 La cursiva es mía. GROIZARD, *El Código penal de 1870*, tomo VIII, Salamanca, 1899, p. 36 y ss. concretamente se refiere al supuesto de aquel que *sofoca el fuego antes de que haya causado ninguna clase de estragos*. La necesidad de pena se justifica, también, dada ya la consumación del incendio con el brote de las llamas, por el daño inmediato caracterizado por el peligro de propagación.

79 En este intervalo, la conveniencia de una disposición de este tenor sigue siendo objeto de comentarios por la doctrina. Como ejemplo, en 1986, BUSTOS RAMIREZ, *Manual*, cit., p. 290. “el hecho de apagar el incendio debería ser considerado de *lege ferenda* como una excusa absolutoria”.

produce mediante la ley orgánica 7/1987 de 11 de diciembre de reforma parcial del Código penal de 1973. Esta ley prevé un tipo autónomo, el artículo 553 bis, y una sección propia, exactamente, la segunda “De los incendios forestales” dentro del Capítulo VIII “De los incendios”. Concretamente, es la letra c) de este 553 bis) quien regula, en el primer párrafo, el caso del incendio que no se propaga y, en el segundo párrafo, la exención de pena si esta falta de propagación es debida a la acción de su autor.

En el origen político de esta reforma se encuentra la proposición de ley presentada por el Grupo de minoría catalana concretada en un nuevo artículo 552 bis. Según este artículo, “Quien prendiere fuego a un bosque sin que el incendio llegue a producirse será castigado con la pena de prisión menor. Si el incendio deja de producirse por la actuación voluntaria del agente, la conducta quedará exenta de pena”. Esta propuesta recibe varias enmiendas del Grupo socialista que, por lo que se refiere a la cláusula de extinción, se concretan en la adición de la exigencia de que la conducta que extinga el incendio sea “positiva”. Con esta modificación pasa a formularse de la forma en que se conoce en la actualidad.

Por último, esta regulación pasa sin cambios, en lo que a este precepto se refiere, al Código penal de 1995 donde constituye el artículo 354 que se viene comentando. El Código penal en vigor mantiene tanto la regulación autónoma como, en sus grandes líneas, el contenido de los preceptos que ya se encontraban vigentes⁸⁰.

V.3. *Naturaleza jurídica*

Las alternativas se dividen, a grandes rasgos, en situar el comportamiento de extinción del incendio en el campo precon-

80 Aunque, también, se hayan producido algunos cambios, el fundamental de cara a este estudio es el cambio de ubicación de los incendios forestales que acarrea la desaparición de la connotación patrimonial la propiciación de su lectura en clave medio ambiental o ecológica. Como subraya SAINZ CANTERO, *Los delitos de incendio*, cit., p. 94-95.

sumativo, en el espacio de la tentativa, o en el campo postconsumativo, en el ámbito de las causas de exclusión de la punibilidad⁸¹. En el primer caso, la opción es configurar el 354.2 como supuesto de desistimiento. En el segundo caso, las posibilidades se amplían, entre ellas, la calificación de excusa absolutoria es la más recurrente. Cada una de las categorías elegidas es llamada a cumplir un papel concreto en la teoría del delito o fuera de esta. Sin embargo, en este análisis se constata una falta de coherencia con el contenido y fundamento de la categoría elegida que se concreta en un trasvase, baile de fundamentos y definiciones de una a otra.

V.3.1. *Desistimiento*⁸²

Desde la perspectiva que mantiene que la consumación del delito de incendio forestal requiere la propagación efectiva, el párrafo segundo del artículo 354 constituye un supuesto de

81 Aunque la elección debiera corresponder con la postura adoptada sobre las claves ya estudiadas, consumación-naturaleza del precepto-técnica típica, se verá como no siempre es así.

82 Como postura peculiar, SAINZ CANTERO, *Los delitos de incendios*, cit., p. 156-57, entiende que, a pesar de constituir formalmente una tentativa del incendio forestal, por su específica consideración por el legislador adquiere una propia genuinidad como tipo específico cuyos términos propios, sus caracteres y su estructura se independizan en cierta forma del contenido del artículo 352. Hasta el punto de que su consumación se produce “en un momento distinto al que corresponde al tipo básico (que exige una dimensión destructiva) siendo en sí mismo un tipo o delito perfecto”. Y es en base a esta especificidad, como el autor explica que el artículo 354.2 no constituye un supuesto de desistimiento coherente con la naturaleza de tentativa del 354.1 sino una causa de exención de responsabilidad “que viene referida a un delito *sui generis* si se quiere, pero plenamente consumado por lo que no puede ser considerado como un supuesto de desistimiento o arrepentimiento eximente”. Ver, también, la postura de QUERALT JIMENEZ, nota 85. Opino que en esta “reticencia” a calificar de desistimiento la acción de extinción del fuego, a pesar de incluirse en la tentativa del incendio forestal sin propagación, influye el peso de la tradición de la que gozan en la doctrina española las excusas absolutorias como acomodo para los comportamientos posteriores al delito similares al que se analiza.

desistimiento de la tentativa acabada⁸³ Exactamente, la extinción del incendio constituye el desistimiento voluntario y positivo del autor del acto incendiario cuando, por virtud de su ulterior actuación, se evita la propagación del incendio⁸⁴.

En cuanto a su fundamento, se reproduce la falta de unanimidad existente sobre la razón que justifica la exención en los casos de desistimiento. Este dato, unido al escaso número y profundización en esta problemática, conlleva que, en la mayor parte de los casos, se ventile la cuestión referente al fundamento de la exención con la alusión genérica al desistimiento, sin concretar a que tesis sobre su fundamento se adhiere el autor⁸⁵.

V.3.1.1. Arrepentimiento activo

Dentro de la misma perspectiva anterior, pero, como forma especial de desistimiento de la tentativa acabada, se sitúa la postura que reconoce en el artículo 354.2 una forma del denominado “arrepentimiento activo” o *Tätige Reue*, en su denominación original⁸⁶. La peculiaridad reside en la exigencia de una acción positiva por parte del autor, dado que lo avanzado de la ejecución no permite otra modalidad de desistimiento.

83 Así GARCIA PÉREZ, *La punibilidad*, cit., p. 176, FEIJOO SANCHEZ, *Comentarios*, cit., p. 977 y ss. “porque mientras no existe propagación no se consuma el delito de incendio forestal”, POLAINO NAVARRETE, *Comentarios a la legislación penal*, tomo XIII, Edersa, 1991, p. 398.

84 En contra de esta opción, se suele señalar que si el 354.2 supusiera un supuesto de desistimiento no sería necesaria su formulación expresa siendo suficiente con la mención genérica al desistimiento del artículo 16.2. Así, ORTS BERENGUER/ MORENO ALCAZAR, *Comentarios*, cit., p. 1639.

85 Si alude a razones de prevención especial tras la mención del desistimiento como fundamento de la exención POLAINO NAVARRETE, *Comentarios a la legislación penal*, cit., p. 389.

86 GONZALEZ RUS, *Compendio*, cit., p. 655-56, afirma que el fundamento es similar al del arrepentimiento activo, SERRANO GLEZ DE MURILLO, “Los delitos de incendio forestal...”, cit., p. 1190-91. También PRATS CANUT, *Comentarios a la Parte especial*, cit., p. 976 y 984, como regla específica del arrepentimiento activo frente a la formulación genérica del

V.3.2. *Excusa absolutoria*

Desde el sector que apuesta porque la consumación del incendio forestal se produce en el momento de “prender fuego a montes o masas forestales”, ya no es posible considerar que la extinción del incendio constituye un supuesto de desistimiento. En su lugar, desde esta perspectiva, es mayoritaria la opción que se pronuncia a favor del carácter de excusa absolutoria del artículo 354.2⁸⁷.

Para este sector de la doctrina, el fundamento de esta exención se encuentra en motivos “político-criminales”, equivalentes a motivos de utilidad, promoción de estas conductas⁸⁸. Desde esta perspectiva, el dato decisivo es que la exención incentive al autor del incendio a sofocarlo, favoreciendo la no propagación del incendio.

artículo 16.2. Aunque no parezca muy coherente con su concepción sobre la consumación, que sitúa en la mera posibilidad hipotética de propagación. De estas dos afirmaciones puestas en relación, se puede observar que este autor concede la naturaleza de desistimiento a la acción de extinción de un incendio ya consumado. La expresión “arrepentimiento activo” es traducción de la institución de la *Tätige Reue* alemana; institución que, salvo excepciones, no se aplica a delitos consumados. No es infrecuente, en la doctrina española, identificar la denominación “arrepentimiento activo” con el arrepentimiento del autor como fundamento de la exención, ORTS BERENGUER/MORENO ALCAZAR, *Comentarios*, p. 1639.

87 Esta es la doctrina mayoritaria, MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, cit., p. 630. AAVV, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo II, Trivium, 2004, p.3364, para estos autores constituye una excusa absolutoria “manifestación de *utilitas*”. En el mismo sentido, BUSTOS RAMIREZ, *Manual*, cit., p. 290. Como ya se apuntó anteriormente, a veces, es la existencia misma de la cláusula la que condiciona la naturaleza del delito y el momento en que se consume. SERRANO GOMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, 6ª edición, Dykinson, 2001, p. 638. Aunque en un artículo dedicado expresamente al tema, “Los delitos de incendios forestales”, cit., p. 1190 y ss. la califica indistintamente como excusa absolutoria, causa personal de exclusión de la pena y “caso sui generis de arrepentimiento activo”. En el mismo sentido, QUERALT JIMENEZ, *Parte especial*, cit., p. 650, para quien “se crea, por así decirlo, la figura del incendiario arrepentido”. Respecto al artículo 553 bis c, así, también, GONZALEZ GUITIAN, “La nueva regulación...”, cit., p. 376, aunque, poco más adelante, la denomina causa de exclusión de pena,

V.3.3. *Causa de exclusión de la pena*

Con una actualización del lenguaje, pero muy cercana a la tesis que caracteriza el comportamiento contratípico de la extinción de excusa absolutoria, también se ha calificado este comportamiento como causa de exclusión de la pena⁸⁹.

Como muestra de la lectura que la doctrina mayoritaria ha realizado de este tipo de comportamientos postdelictivos positivos hasta no hace muchos años hay quien, tras calificar la cláusula de extinción de causa de exclusión de la pena, afirma que la exención derivada de la acción de evitar la propagación del incendio tiene como base el arrepentimiento del autor⁹⁰. Este fundamento obliga a situar este comportamiento en relación con la culpabilidad cuando las causas de exclusión de la pena, a pesar de la indefinición y vaguedad de las que son objeto, se entienden normalmente relacionadas con la punibilidad como categoría ajena a la antijuricidad y la culpabilidad.

p. 377. También, ORTS BERENGUER/GLEZ CUSSAC, *Compendio*, cit., p. 677.

88 SERRANO GOMEZ, *Parte especial*, cit., p. 638, GONZALEZ GUITIAN, “La nueva regulación...”, cit., p. 376. Aunque tanto estos motivos de utilidad como de ausencia de necesidad preventiva pueden ser aludidos también desde la calificación de desistimiento.

89 ORTS BERENGUER/ MORENO ALCAZAR, *Comentarios*, cit., p. 1639. Así, también, ORTS BERENGUER, *Parte especial*, cit., p. 607. El mismo autor, la califica de excusa absolutoria en un trabajo más reciente citado *Supra* en la nota 20.

90 ORTS BERENGUER/ MORENO ALCAZAR, *Comentarios*, cit., p. 1639. En esta interpretación influye seguramente la exigencia legal de que el comportamiento de extinción sea voluntario, que parece ser entendido aquí no sólo como muestra del retorno a la legalidad del sujeto sino, de alguna forma, como reflejo de un acto de “contrición” interior del sujeto. Desde otro punto de vista, tampoco resulta muy coherente con la naturaleza de tipo privilegiado que estos autores otorgan al artículo 354.1. Pues, si la menor pena que se deriva del artículo 354 frente al básico del 352 se justifica, en opinión de estos autores, en el menor desvalor de resultado incardinable en la fase de agotamiento del delito, el fundamento parece debiera devenir de este dato objetivo y no de la motivación del sujeto a la hora de realizar la acción de extinción.

V.3.4 *Causa de levantamiento de pena*

Una corriente, cada vez más numerosa, califica este comportamiento, de acuerdo a todos los demás comportamientos positivos posteriores a la consumación, como causa de levantamiento de pena⁹¹. Desde esta perspectiva, el delito de incendio forestal ya está consumado por lo que la acción de extinción no tiene ya consecuencias sobre los elementos constitutivos del delito, sino sobre los presupuestos de la pena. Este sector sitúa en la ausencia de razones de necesidad preventiva la justificación de los beneficios penales previstos en estas cláusulas⁹². Así, se afirma que la exención se explica por el cumplimiento parcial de los fines de la pena, en particular, de la prevención especial “ya que el sujeto demuestra con su comportamiento un retorno a la legalidad”. Pero, también se preserva el cumplimiento del fin preventivo general de la norma, puesto que, evitando la producción del resultado la comunidad puede comprender la disminución de la pena sin merma de la eficacia preventivo-general de la norma”⁹³.

V.3.5 *Toma de postura*

Ya adelanté que considero que la acción de sofocar el fuego antes de su propagación contenida en el artículo 354.2 constituye

91 FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 232.

92 Aunque, también, podría ser este el fundamento de esta exención calificada como desistimiento. Sobre esta cuestión una exposición detallada en MARTINEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho Penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Madrid, 1994, p. 54 y ss.

93 FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de pena*, cit., p. 233. Ante esta afirmación cabría preguntarse: por un lado, ¿porque si se califica de parcial el cumplimiento de los fines de la pena la consecuencia de la conducta es la exención y no una atenuación?, y, por otro, ¿en que sentido habla esta autora de “resultado”?, no podrá equivaler a la propagación del incendio cuando ha considerado, previamente, que este delito ya está consumado, no pudiendo, por tanto, hablarse ya de evitar el resultado en el sentido del desistimiento.

una *acción contratípica*⁹⁴. Este es el nombre que utilizo para denominar a aquellas acciones que constituyen el reverso de la acción típica. En general, y también en el caso de la acción de extinción del incendio forestal, estas acciones contratípicas encuentran su fundamento en una eliminación o disminución del injusto *a posteriori*, es decir, tras la consumación. Esta eliminación tiene su fundamento en la evitación de una mayor afectación del objeto de tutela (delitos de lesión) o contrarrestación del peligro de lesión sobre el objeto de tutela (delitos de peligro)⁹⁵. La acción, en todo caso, impide la progresión de la situación de deterioro del bien jurídico creada por la acción típica. Desde el punto de vista del contenido de la acción contratípica, esta eliminación del peligro

94 Ver *supra* II el apartado referido a la acción típica del artículo 354.1.

95 Calificar el delito de incendio forestal como delito de peligro o lesión tendrá consecuencias sobre el objeto concreto de la acción contratípica de extinción del incendio. En teoría, si se optase por la técnica del peligro abstracto habría que acordar que la acción de apagar el fuego tiene como efecto anular el peligro de afectación material que se cierne sobre el bien jurídico. Configurado como delito de peligro abstracto, la acción de extinción recogida en el artículo 354.2 puede vincularse, en su esencia, con la problemática del desistimiento, prácticamente imposible, en los delitos de peligro abstracto. Sin embargo y como peculiaridad, ya citada, de este delito respecto a los delitos de peligro abstracto de mera actividad, la acción de extinción aquí requerida tendrá lugar sobre el principio del proceso de afectación material, y no sobre el peligro antes de materializarse en perjuicio efectivo alguno. Si se optase, por el contrario, por conceptualizar el delito de incendio forestal como delito de lesión, entonces, la acción contratípica tendría lugar sobre la lesión ya iniciada que se paralizaría antes de incrementarse, de provocar daños relevantes. En la práctica, la peculiaridad del delito de incendio, cuya acción típica requiere un menoscabo del objeto al que se aplica fuego, hace que, en cualquier caso, la acción contratípica se dé sobre un proceso lesivo mínimo, pero ya iniciado, aunque, formalmente, se de en el contexto de un delito de peligro. En lo que a este estudio interesa, se configure el delito de incendio forestal como se haga, lo cierto es que el acto de prender fuego supone el inicio de un proceso de afectación progresiva del medio ambiente. Este proceso llevará hacia un perjuicio relevante del bien jurídico si no media el azar o una conducta contraria del autor del incendio que todavía tiene “en sus manos” la paralización de este proceso. No hay duda, en todo caso, de que la extinción incide positivamente sobre el proceso de afectación del bien jurídico materialmente, aunque mínimamente, iniciado.

o la lesión más grave se vehiculiza mediante la interposición por parte del autor del delito de una acción que cuenta con un valor de acción y un valor de resultado en contraposición al desvalor de acción y desvalor de resultado de la acción típica precedente. En el caso del incendio forestal del artículo 354.1, la acción de la extinción del fuego elimina el peligro de que las condiciones vitales de los espacios verdes sean dañadas de manera significativa. Esta eliminación del peligro se vehiculiza a través de una conducta *positiva y voluntaria* del autor del incendio que elimina el incendio antes de su propagación. Esta conducta cuenta con un valor de acción, la realización de la propia acción positiva y voluntaria encaminada a apagar el fuego, y, también, con un valor de resultado, la extinción efectiva del incendio.

En este planteamiento son, además, decisivos el límite, breve, de tiempo en que la acción contratípica tiene lugar, aquí antes de la propagación, y las características del bien protegido por la norma, bienes que, en ningún caso, se destruyen o dañan irremediablemente como efecto de la acción típica, por ejemplo, la vida⁹⁶.

Las que se acaban de exponer son unas breves pinceladas sobre la naturaleza y significado de estas *acciones contratípicas*⁹⁷. De todos estos rasgos que se han adelantado, parece conveniente incidir en los fundamentos dogmáticos básicos que sustentan esta formulación. Incidir en los sustentos teóricos de este planteamiento. Concretamente, el principio de protección exclusiva de los bienes jurídicos y la concepción del delito como un proceso intercomunicativo entre el autor y la sociedad.

96 Ciertamente es que en la devastación del bosque pierden la vida centenares de seres vivos (plantas y animales). Vidas, cuyo menoscabo, como ya he explicado, ver *Supra*, III. 3, forma parte del injusto global del acto delictivo del incendio forestal. Desde esta perspectiva, una acción de extinción que tenga lugar en una fase avanzada del proceso de deterioro ocasionado por el fuego tendría mayores dificultades para “reponer”, en su casi totalidad, el objeto de protección de la norma.

97 Esta construcción de la *acción contratípica* es aplicable a otras disposiciones con efecto atenuante o eximente dispersas en la Parte especial del Código

El principio de protección exclusiva de los bienes jurídicos como argumento a favor de la exención como respuesta proporcional en comportamientos como el contenido en el artículo 354.2, desde la perspectiva de la construcción de la acción contratípica. En un momento de intenso debate sobre las potencialidades y limitaciones del bien jurídico como instrumento de legitimación de la intervención penal⁹⁸ puede parecer poco clarificador aludir al mismo para fundamentar institución alguna. Sin embargo, considero que a pesar de las recurrentes críticas que se realizan, y que pueden servir para una revisión del contenido y funciones atribuidas al bien jurídico, no ha aparecido, por el momento, alternativa consistente que pueda coger su testigo. Desde este entendimiento, se parte de que las normas penales protegen bienes jurídicos. La evitación de la lesión de este bien es el motivo de incriminación⁹⁹. Pero, esta lesión, que se incardina sistemáticamente en el injusto, no suele ser instantánea sino que suele concretarse en un tracto temporal de afectación progresiva. En este tracto, el legislador marca un punto, la consumación, al que se adscribe la pena en abstracto contemplada por el

penal español. En todas estas normas se prevén comportamientos posteriores a la consumación en que el autor contrapone, en ciertas condiciones, a la acción delictiva inicial una segunda acción que supone el reverso de la anterior. El análisis detallado de estas causas es objeto de un examen en profundidad en mi tesis doctoral, de la que esta pequeña investigación es una avanzadilla.

98 No hay duda en afirmar que en los últimos años el debate sobre la teoría del bien jurídico, sus potenciales y limitaciones esta muy presente en la doctrina penal. Como ejemplo, la obra que se viene citando, obra que recoge las contribuciones de importantes penalistas alemanes dentro de las jornadas tituladas “La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?”. Este encuentro tuvo lugar en Moritzburg (Alemania) en abril del 2002. Estas contribuciones están recogidas en un libro con el mismo título cuya edición española vio la luz a cargo de Rafael Alcacer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, 2007.

99 Las afirmaciones realizadas requerirían de mayores precisiones que esta investigación no puede abarcar. Entiéndanse, por lo tanto, realizadas sin afán de exhaustividad.

tipo¹⁰⁰. En algunos casos, sin embargo, el momento consumativo no equivale al final del proceso de conmoción del bien jurídico o a una conmoción relevante, tanto desde un punto de vista físico, como destrucción total, como desde un punto de vista funcional, equivalente a una inutilización permanente o sustancial. Y puede ocurrir, como en el caso que se trata, que decidir si ese proceso continúa o no todavía esté en manos del autor, que dependa de su actuar la suerte que corra definitivamente el bien jurídico, la *salvación in extremis* del bien jurídico. Supongamos que, desde la capacidad que todavía tiene el autor sobre el bien jurídico, decide, bajo ciertas condiciones¹⁰¹, eliminar la situación que propicia que el deterioro del bien jurídico prosiga. Supongamos que, además, esta eliminación se canaliza por medio de una acción que supone el reverso de la conducta descrita en la norma infringida, acción compuesta de un valor de acción y un valor de resultado. Entonces, el autor ha eliminado la cantidad de injusto correspondiente a este último tramo del proceso lesivo¹⁰². Este dato no puede ser

100 La cantidad de pena fijada para la consumación suele incluir la pena proporcional a una lesión definitiva del bien jurídico, que tiene como prototipo el delito de lesión consumado.

101 Entre estas condiciones destacan: un límite temporal estricto que marca una afectación mínima del bien jurídico, aquí, claramente, antes de la propagación y un bien jurídico “recuperable”, concepto que, de manera general, se podría definir como aquel bien que no resulta destruido o, desde el punto de vista funcional, inutilizado de forma relevante o definitiva con la realización de la acción típica.

102 En base al carácter posterior al acto típico, los comportamientos positivos postdelictivos, en general, y, dentro de ellos, lo que aquí se denominan, *acciones contratípicas*, se suelen situar en elementos ajenos al injusto culpable, ajenos, por tanto, a los presupuestos del delito donde se plasma el principio de protección de bienes jurídicos. En su lugar, se opta por ubicaciones vinculadas a los fines de la pena, que explican el fundamento de la exención desde criterios preventivos. En este sentido se expresa ALCACER GUIRAO, *¿Esta bien lo que bien acaba?*, Comares, 2002, p. 58, “la lesión del bien jurídico es algo que queda en el pasado, *es irreparable*. Y en un Derecho penal orientado al futuro [...] el fundamento de la sanción, la razón que lo justifica, no puede venir dado por algo que ya es irreparable, sino sólo para proteger bienes jurídicos en el futuro, lo que se realiza a través de los fines de la pena”. La cursiva es mía.

ajeno al principio de “protección” del bien jurídico en segunda instancia, o dicho más expresivamente, el principio de protección de lo que queda del bien jurídico¹⁰³.

Esta formulación en abstracto requiere de ciertos matices en función del caso concreto. En el caso del incendio forestal del artículo 354.1, la exigencia típica de que no se propague determina una conducta típica de escasa lesividad material. Es decir, el momento al que el legislador adscribe la pena en abstracto, el momento consumativo, se sitúa en el inicio del proceso lesivo al bien jurídico. En estas circunstancias, la acción de extinción, con su valor de acción (comportamiento voluntario y doloso imputable al autor) y su valor de resultado (efectivo sofocamiento del incendio), se puede afirmar suficiente para “compensar” una conducta de escasa significación material¹⁰⁴. En este caso, el autor de un incendio forestal que apaga el fuego provocado, antes de la propagación, es responsable de una afectación mínima del bien jurídico por decisión autónoma del autor. Ha logrado casi

103 Esto no supone desconocer la existencia de un primer ataque al bien jurídico que, en función de los casos, puede ser respondido adecuadamente de distintas maneras. Incluso, en casos como éste en que se prevé la exención de pena para el sujeto, sería conveniente que este inicio de la agresión al bien protegido se manifestase en la prosecución penal del sujeto. En el sentido en que propone ASUA BATARRITA, “ La punibilidad en la teoría del delito: Orientaciones recientes desde una dogmática teleológica-funcional”, en *Cuestiones fundamentales de Derecho penal*, Cádiz, 1998, p. 53, “ el reflejo procesal puede materializarse en una sentencia condenatoria, que formaliza la declaración de responsabilidad por el delito – y la consiguiente responsabilidad civil si procediera o el pago de las costas procesales, en su caso- pero que prescinde de la imposición de la pena. *Prescindir de la pena no significa, por tanto, la absolución por el delito, sino meramente una condena sin imposición de pena*”. La cursiva es mía. En todo caso, la pena prevista en abstracto por la norma, ni siquiera suavizada por la atenuante de reparación es la respuesta proporcionada a un comportamiento que “recuperó” el bien jurídico, que incide directamente, y de manera cualificada, sobre el motivo de incriminación y no otras circunstancias accesorias, efectos del delito...

104 Este dato permitiría incardinar esta conducta en el ámbito de los casos “bagatela” más que en el ámbito de las conductas “reparatorias”.

preservar la “indemnidad” del bien jurídico, la integridad, casi al completo, de las condiciones vitales de las zonas verdes.

*La concepción del delito como realidad dinámica como argumento a favor de la comprensión de la acción de extinción del fuego como causa que incide a posteriori en la valoración del hecho delictivo*¹⁰⁵. Por otra parte, la percepción de que acciones postconsumativas, como la que contempla el artículo 354.2, pueden aún modificar el significado penal de un hecho se integra en el entendimiento del delito como realidad dinámica, frente a la concepción del delito como realidad *iusnaturalistica* e inmutable marcada por el límite de la consumación. La doctrina mayoritaria entiende que, la realización del tipo penal, la consumación, cierra la puerta al análisis de las categorías del delito como hecho punible¹⁰⁶. A nivel sistemático, las consideraciones postconsumativas

105 Estas cuestiones requerirían de un análisis más detallado que no es objeto de este trabajo. Pero, para la mejor comprensión de lo que se intenta decir aludiré que comparto una concepción del delito como un proceso intercomunicativo entre el autor y la sociedad. El delito es una *construcción social*. En el sentido en que el delito es la incriminación de una conducta que se considera lesiva, ataca una condición valiosa, para una sociedad concreta y en un momento histórico concreto. Con esta afirmación como punto de partida puede mantenerse que, como apunta SILVA SANCHEZ, “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Jürgen Wolter/Georg Freund (eds), traducción por Benloch Petit/Pastor Muñoz/Ragués i Vallés/Robles Planas/Sanchez-Ostiz Gutierrez/Silva Sanchez (Area de Derecho Penal de la Universitat Pompeu Fabra), Marcial Pons, 2004, p. 20 “Dado que el delito surge, pues, en la intercomunicación humana, no se sustrae a la mutabilidad cosustancial a ésta. Mientras que el hecho es un fenómeno histórico, ya pasado [...] su dimensión comunicativa – su carácter delictivo- si los puede experimentar. Por ejemplo, [...] porque con posterioridad, resulte que la virtualidad desestabilizadora es menor o desaparece plenamente (ejemplo: poena naturales, *comportamiento post-consumativo...*)”.

106 Sólo la indefinida categoría de la punibilidad ha sido propuesta con un mínimo consenso como sede de este tipo de comportamientos postdelictivos positivos. Por todos, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, cit., p. 96. Es doctrina mayoritaria la postura que sitúa la punibilidad más allá de lo injusto culpable y la integra con las categorías de las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias.

no tendrían ya cabida en el diagnóstico del hecho punible sino sólo en su sancionabilidad. Una vez cometido el delito no habría forma de intervenir en su carácter delictivo. Sin embargo, sociológicamente hablando, no cabe duda de que el carácter delictivo de un hecho, además de la contrariedad de una norma penal, es una cuestión de percepción social. Percepción social que es la responsable del cambio de valoración que merece un mismo hecho delictivo al cabo del tiempo. Este cambio de valoración se puede deber a muchas circunstancias, no todas con el mismo fundamento y encaje sistemático. El cambio de valoración social que nace de la contraposición por parte del autor del delito de una acción contraria a la acción que supuso la infracción de la norma, en circunstancias concretas, fundamentalmente, de tiempo cercano a la comisión del delito, altera su propia esencia delictiva *a posteriori* ¹⁰⁷. Esta conducta contraria transmite un mensaje a la comunidad por parte del autor del delito de haber aceptado, aún en el último momento y por la razón que sea, las reglas de juego. Este mensaje se deriva no de un arrepentimiento público, de una indemnización por el mal causado, etc. Sino que se concreta de la forma más indubitada en que podía hacerse el reconocimiento de la existencia de unas reglas que posibiliten la vida en sociedad: la salvación *in extremis* del bien jurídico. Que sea este hecho y no otro el que produce ese cambio de valoración social respecto al hecho delictivo inicial no debe pasar desapercibida desde un punto de vista dogmático-penal. Las acciones contratípicas inciden en el injusto del hecho delictivo *a posteriori*. Es decir, inciden sobre

107 Aquí no se pone en duda la relevancia del dato de la realización del tipo penal, de la comisión de un delito, el hecho en si no se puede cambiar, si la valoración penal sobre el mismo hecho. El significado “penal” del hecho queda cuestionado por la propia actuación del sujeto cuando éste “salva” *in extremis* el bien jurídico. La comunidad recibe mediante esta actuación, en contrario, un mensaje de aceptación de las reglas de juego *en el último minuto*. Sólo indirectamente ésta exención de pena puede vincularse con estrictas consideraciones preventivas. Es, por el contrario, la acción de recuperación del bien jurídico el fundamento de la exención. La “vuelta a la circulación” de este bien jurídico es el hecho que elimina la necesidad preventiva de imposición de pena.

su carácter delictivo, sobre el *merecimiento de pena*, y no sólo sobre su *necesidad de pena*¹⁰⁸.

V.4 Requisitos de la acción eximente del artículo 354.2

A continuación, se van a analizar los requisitos que la ley incorpora a la acción de extinción para que ésta tenga como resultado la exención de pena. Concretamente, el artículo 354.2 establece para la aplicación de la liberación de pena que el incendio no se llegue a propagar por *la acción voluntaria y positiva de su autor*. A primera vista, hay que destacar la atención de la norma por el resultado, la extinción del incendio, que debe concurrir en todo caso, la especificación de la “positividad” de la conducta del autor, conducta que no concreta, y la mención expresa a la voluntariedad. Con más detalle, estos requisitos se pueden dividir en objetivos y subjetivos. Los requisitos objetivos se concretan: en primer lugar, en la calidad *positiva* de la conducta que logra la extinción del incendio¹⁰⁹. En segundo lugar, en la exigencia de que, en todo caso, esta conducta consiga la extinción del incendio. Y, en tercer lugar, en la necesidad de que esta extinción tenga lugar antes de la propagación del incendio.

Entre los requisitos subjetivos se encuentran: la necesidad de imputación al autor de la eliminación del incendio y la voluntariedad de la acción de extinción.

En general, el desarrollo doctrinal de estos elementos denota una tendencia a acudir a la referencia del desistimiento

108 Con esto quiero decir que este cambio en la representación social del hecho no sólo tiene efectos preventivo generales evidentes, el propio autor desactiva la necesidad preventiva de imposición de pena, sino sustantivos sobre las categorías del delito. Su acto contrario, con las estrictas condiciones que le individualizan, neutraliza la base del carácter delictivo del hecho, la afectación del bien jurídico. Este hecho es el puente entre la exención y la eliminación de la necesidad preventiva de imposición de pena.

109 SCHMITZ-OTTO, *Die Tätige Reue nach vollendetem Delikt im Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (RStGB, símbolo del parágrafo 158,163 Abs.2, 204 u.310.)*, Robert Noske, Borna-Leipzig, 1916, p. 38 y ss.

de la tentativa acabada como figura genérica para completar los problemas que se presentan. A pesar de que, como se ha visto, la doctrina mayoritaria no califica el artículo 354.2 como desistimiento¹¹⁰.

V.4.1. *Requisitos objetivos*

V.4.1.1 La acción positiva de extinción

El autor debe contraponer una conducta *positiva* que contrarreste la acción típica. Esta acción no se llega a concretar, pero debe conseguir eliminar la propagación del incendio. La mención expresa a que esta conducta sea positiva se ha entendido como un indicador para negar la validez de la extinción del incendio en los casos de pasividad del autor del delito. Así lo entiende la doctrina descartando los supuestos en que es tal omisión la que determina la no propagación del incendio¹¹¹.

Para la doctrina mayoritaria, el objeto de este requisito parece ser negar la exención en aquellos casos en que, por motivos ajenos a la voluntad del autor, sin mediar de alguna forma su intervención, el fuego termina por extinguirse, por ejemplo, cuando es el gran viento que se levanta el que consigue que el fuego no se propague. Aunque insisto en que el Código penal no especifica el contenido de la conducta positiva, la acción que el sujeto debe llevar a cabo para evitar la propagación del incendio, sino, simplemente, que la propagación se obstaculice por medio de una acción positiva. Lo cierto es que atendiendo a este dato literal, cabrían distintas posibilidades de *acciones positivas*. La

110 En realidad, la cercanía de esta figura con el desistimiento es mayor que en otros casos de comportamientos postdelictivos positivos. Dado que los delitos de peligro restringen enormemente el margen de desistimiento, previsiones como la presente vienen a cubrir esta laguna que juega en contra del autor del delito. Sin embargo, de todas las posibles opciones para evitar esta situación de desigualdad entre autores de delitos de lesión y peligro, las acciones contratípicas se refieren a supuestos con un perfil muy definido.

111 SAINZ- CANTERO, *Los delitos de incendio*, cit., p. 157-58.

primera, y más evidente, la extinción directa del fuego por su parte. Pero también habría que calificar de positiva, por ejemplo, a la conducta de avisar del fuego a un tercero que lo apaga.

Sin entrar en la problemática distinción entre activo /pasivo. Pues, la pasividad también puede implicar una decisión “activa” en *pro* del bien jurídico, por ejemplo, dejar de echar más combustible que avive el fuego que se va apagando. Parece claro que, aquí, la positivización de la conducta apunta a una característica de exteriorización de la misma. Atiende al dato de *socialización* de la conducta de sofocación del fuego.

En mi opinión, con la alusión directa a la realización de una “acción positiva” el Código penal exige la presencia de un valor de acción contrario al desvalor de acción presente en el tipo delictivo. La *positividad* alude a la *visibilidad* de la conducta por la que se logre eliminar el fuego. Esta visibilidad esta vinculada a consideraciones preventivo-generales que atienden a la significación social de la acción de extinción. La comunidad percibe por medio de esta positivización la marcha atrás del autor del incendio en el proceso de afectación al bien jurídico.

En definitiva, lo decisivo no es si esta extinción es producto de una acción “activa” o “pasiva”, sino que suponga una acción intercomunicativa que deje clara la implicación del autor del delito en la anulación del desvalor del hecho anterior.

V.4.1.2 La extinción debe producirse antes de la propagación del incendio

La acción de extinción debe interponerse antes de la propagación del incendio. El momento de la propagación del fuego es el límite temporal máximo en que esta acción, que tiene por resultado la extinción, debe tener lugar para tener consecuencias eximentes. Más allá de la propagación, la realización de la acción contratípica no podrá tener aparejadas consecuencias tan significativas como la exención total de la pena. En mi opinión, este requisito esta vinculado con el fundamento de la exención. Esta condición es el puente directo que asocia la conducta del autor con

la paralización de la lesión al objeto material, y, por ende, al bien jurídico. La elección del momento de la propagación del fuego como límite máximo no supone la apuesta por una opción al azar. Sino que se deriva de la concreción de la idea de “recuperación” del bien jurídico. El legislador español entiende que sólo hasta la propagación del fuego, el autor se encuentra todavía en posición de *recomponer la situación perjudicial creada*, todavía puede *recuperar* el bien jurídico. El prendimiento del fuego supone el inicio de un proceso que desemboca, si no se contrarresta, en una afectación importante de las condiciones para la vegetación y vida animal del lugar. El legislador español se decide por una opción “conservadora”, la propagación es un momento muy temprano en la vida del delito de incendio forestal. La acción de eliminación de la propagación del incendio está situada en el comienzo del proceso lesivo que se inicia con el prendimiento del fuego y, desde este punto de vista, esta acción posterior será todavía capaz de lograr un nivel muy alto de “recuperación” del bien jurídico. Sólo una acción contraria a la que supuso la acción delictiva situada en esta primera fase puede tener aparejadas consecuencias tan relevantes como la exención de la pena, sólo una acción situada en esta fase puede tener consecuencias relevantes en la “salvación” global del bien jurídico. Además, marcando el límite máximo en que cabe producirse esta extinción, antes de la propagación, acota la dimensión del daño que queda dentro de la causa eximente, que a todas luces consiste en un daño mínimo. Puesto en relación con el carácter de este delito de incendio como delito de peligro abstracto, habría que mencionar que, a diferencia de los delitos de peligro “tradicionales”, en el incendio forestal, la extinción no puede eliminar el daño derivado de la afectación del primer elemento por el fuego. Sin embargo, sólo en casos de elementos de gran importancia ecológica puede afirmarse que la destrucción de un solo elemento verde se considera como un daño que la eliminación de la propagación no puede “compensar”¹¹².

112 Al hilo de este requisito se han analizado también los daños colaterales producto del incendio sobre los que el artículo 354.2 no realiza mención expresa,

En relación con lo anterior, habrá que decidir cuando se produce la propagación. A este respecto, la distinción entre el mero prendimiento y la propagación puede ser problemática. Desde un punto de vista subjetivo, atendiendo al plan del autor, tendrá en cuenta si éste cree haber hecho ya todo lo posible para propagar el incendio. Desde un punto de vista objetivo, debiera restringirse a la destrucción total o parcial del objeto al que se aplica el fuego y los objetos que lo rodean, concretamente, a los daños comprendidos en el tipo penal del 354. 1. Con más detalle, en esta sede no tendrán consecuencias datos como si los daños causados efectivamente son mayores de los que el autor quiso causar, si tenía o no opción real a neutralizarlos (porque no contaba con material alguno), si confiaba no realizar más que el prendimiento y apagar el fuego antes de propagarse.

Por último, al hilo de este requisito también cabe preguntarse: ¿Qué ocurriría si la conducta descrita se da producida la propagación, en un estadio más avanzado de la devastación producida por el fuego? En este caso, la acción de extinción tendría lugar en una fase de deterioro mayor del bien jurídico. De acuerdo con la normativa actual, este comportamiento sólo podría recibir

a diferencia del artículo 16.2 que regula el desistimiento. Esta cuestión está íntimamente relacionada con la naturaleza jurídica de esta cláusula. Si se entiende que el artículo 354.2 regula un supuesto de desistimiento, estos daños deberán regirse por lo dispuesto en el artículo 16.2, imputándose al sujeto. En caso contrario, parece que debieran quedar impunes. Así, GONZALEZ GUI-TIAN, “La nueva regulación...”, cit., p. 377. De acuerdo, PRATS CANUT, *Comentarios a la Parte especial*, p. 984; FEIJOO SANCHEZ, *Comentarios*, p. 978, que incluye los que obligatoriamente concurrirán, concretamente, los daños ocasionados al propietario del objeto incendiado. En contra, hay quien considera la ausencia de referencia a la subsistencia de esta responsabilidad correcta desde un punto de vista promocional, facilitando la motivación hacia comportamientos de control del fuego, comportamientos que no será tan fácil sean realizados por el sujeto si se mantiene un cierto resto de responsabilidad penal. Así, SAINZ- CANTERO, *Los delitos de incendio*, cit., p. 159-60. A pesar de calificar la acción de extinción como excusa absolutoria SERRANO GLEZ DE MURILLO, “Los delitos de incendios forestales...”, cit., p. 1193, realiza, para resolver esta cuestión, aplicación expresa del artículo que regula el desistimiento (artículos 16.2 y 16.3).

como respuesta la aplicación de la atenuante de reparación del artículo 21.5. De *lege ferenda*, sin embargo, habría que considerar el momento concreto en que la extinción tiene lugar para decidir si la acción contratípica, en este caso, se da en un momento en que el objeto material todavía es “recuperable”. Es decir, si se apaga inmediatamente después de la propagación o cuando los daños materiales todavía son escasos podría mantenerse que el autor con su acción compensa, rectifica la anterior conducta delictiva.

V.4.1.3. *La extinción como resultado de la acción del sujeto*

El legislador redacta este artículo 354.2 desde una perspectiva resultativa y condiciona la exención a que, en todo caso, la acción del autor, que no concreta, consiga extinguir el incendio. Esta es una condición eminentemente objetiva que atiende al resultado que debe conseguir el comportamiento del autor. El Código penal no concreta cual debe ser el comportamiento exacto aparejado a la exención, más allá de que sea voluntaria y positiva, sino que condiciona la eficacia de la misma a conseguir el resultado de la no propagación del incendio. Es evidente que la acción que puede evitar la propagación de un incendio debe ser la que consigue por cualquier medio la extinción del mismo, por eso, se cita en este trabajo a esta acción como acción de extinción.

Considero que este requisito alude a un claro valor de resultado, extinción, contrario al que integra el desvalor de resultado correspondiente, el peligro de deterioro relevante de la condiciones de vida del lugar. Este elemento, junto a la acción positiva emprendida por el autor, permiten vislumbrar un comportamiento global contrapuesto al comportamiento delictivo concreto que supone la base de lo que vengo llamando *acciones contratípicas*.

V.4.2 Requisitos subjetivos

V.4.2.1. *La imputación al autor del resultado de la eliminación del incendio*

El artículo 354.2 prevé expresamente que debe ser el autor del incendio el que consiga evitar su propagación. En relación con esta alusión a la persona del autor del incendio como artífice de la extinción surgen dos cuestiones: la posibilidad de lograr la exención, también, del participe en la provocación del incendio y la posible exención del autor del incendio cuando es un tercero el que evita la propagación.

V.4.2.1.1. La aplicación del artículo 354.2 a los partícipes del delito

¿Qué ocurre en los casos de incendio donde participan distintas personas, si el autor extingue el incendio?, ¿esta acción tiene repercusión sobre la pena correspondiente a los partícipes?, y si es alguno de los partícipes quien apaga el fuego, ¿accedería también a la exención de la pena correspondiente?

Unánimemente, y en base a la propia redacción legal, se acuerda que debe ser el propio autor del incendio el que lo extinga. Sin embargo, también se afirma, pese a la rotundidad de la dicción literal de la norma, su extensión a los partícipes siempre que estos realicen a su vez una acción similar¹¹³. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, considero que el participe debe tener opción

113 Esta postura es mayoritaria entre los autores que han estudiado la cuestión. GONZALEZ GUITIAN “La nueva regulación...”, cit., p. 376-77, siempre que “también de forma voluntaria y positiva, colaboren para evitar la propagación del fuego que ellos han contribuido a prender”. De la misma opinión, SAINZ-CANTERO, *Los delitos de incendio*, p. 158-59, en base al “fundamento político criminal de la figura” siempre que, de nuevo, “hayan materialmente aportado su conducta positiva y voluntaria al control de la capacidad de propagación del fuego. Así, también, FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, p. 233-34; SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, “Los delitos de incendios forestales...”, p. 1193-94.

a neutralizar su aportación al delito y conseguir la exención. En mi opinión, si el partícipe logra anular su contribución al acto, de modo que dicha contribución no represente ya una condición del resultado conjunto, entonces, ha evitado el resultado en relación con su persona y podrá gozar de la exención prevista.

Es cierto que más que la literalidad de la norma, en estos casos, la dificultad de acceder a la exención para el partícipe es una dificultad práctica. Pues, completada su participación, se antoja difícil que el partícipe pueda rectificar, anular los efectos de su aportación al delito, por ejemplo, si ha proporcionado el líquido inflamable con que provoca el incendio al autor. En todo caso, le queda la opción de extinguir directamente el incendio, en cuyo caso, no cabría duda en la aplicación de la liberación de pena.

En general, en la persona del partícipe también deben concurrir los requisitos arriba apuntados, un valor de acción y un valor de resultado que contrarresten los correspondientes desvalores presentes en su contribución al hecho delictivo. Por eso, cuando es el autor el que apaga el fuego sin intervención de los partícipes, difícilmente podría plantearse la subsistencia de una pena reducida para los partícipes derivada de la subsistencia del valor de acción¹¹⁴.

En los casos en que el incendio es producto de un acuerdo de varias personas que provocan focos en distintos puntos, ¿cabría plantearse la posibilidad de aplicar la exención a aquel o aquellas que extinguen el incendio por ellos provocado subsistiendo el incendio total? Entiendo que, en estos casos, a pesar de no cumplirse el requisito objetivo que exige la extinción del incendio total, el coautor que extingue su *parte* pudiera ser destinatario de la exoneración, en las mismas condiciones que el autor en solitario.

114 El valor de resultado sólo reúne los requisitos exigidos si es producto de un valor de acción del que proviene. Así como sólo el resultado que se deriva de una acción típica da lugar al delito, sólo el resultado proveniente de una acción contratípica da lugar a la exención.

V.4.2.1.2 La extinción del incendio por un tercero ajeno al delito

Mayoritariamente, se excluye que el autor pueda alcanzar la exención de pena cuando es un tercero ajeno al delito el que realiza el comportamiento de sofocar el fuego¹¹⁵. En relación a esta cuestión y, de acuerdo a lo expresado para figuras similares, se suele exceptuar el caso del tercero que contraactúa, en este caso, sofoca el incendio, bajo mandato del autor del mismo. Sin embargo, este parece un supuesto de difícil realización en el caso que se estudia donde la reacción del autor debe ser inmediata en *pro* de evitar la propagación del incendio. La norma, como ya se vio, exige que la extinción sea producto de una acción positiva del autor. Sin embargo, no exige que esta extinción sea la consecuencia directa de su acción. Así, cabe plantearse los casos en que el autor procura la situación de extinción a terceros que son los que materialmente lo llevan a cabo. Exactamente, ¿qué ocurre en los casos de petición de ayuda a terceros cualificados como los bomberos? Considero que se da una acción positiva voluntaria como exige la norma cuando el autor, vistas las dificultades para apagar el fuego, acude a personas especialmente entrenadas para realizar ese cometido. Por una parte, por lo que supone de incremento de posibilidades de salvación del bien jurídico. Por otra, porque, de hecho, el resultado de la extinción trae causa de la llamada de socorro del autor del delito. Diferente es la difícil compatibilidad de este supuesto con la formulación concreta del delito del artículo 354 que limita enormemente el margen temporal de actuación del sujeto, adjudicándole efectos eximentes sólo mientras la extinción se produzca antes de la propagación.

115 A favor, de forma minoritaria, de aplicar la exención al autor aunque la extinción la procure un tercero, GONZALEZ GUITIAN, “La nueva regulación...”, cit., p. 377. Este autor, en alusión al antiguo 553 bis c), exige que, en todo caso, el autor se haya esforzado en apagarlo. Coherentemente, considero que esta debiera ser la lectura de aquellas posiciones que fundamentan la exención en base a criterios político-criminales.

En este sentido, ALCACER¹¹⁶, en el caso del desistimiento, entiende que la petición de ayuda a un profesional cualificado cumple los requisitos necesarios para poder imputar la autoría de la salvación del bien jurídico al autor en orden a aplicarle la exención. Aunque para ello exige que el traspaso sea “*de unas manos a otras*”, es decir, el autor del incendio espere hasta que lleguen los bomberos y *seguro* debiendo informar de posibles factores ocultos de riesgo, la utilización de un novedoso líquido inflamable, etc.

También me parece adecuado admitir la petición de ayuda por parte del autor a terceros para sofocar el fuego, pues, de lo contrario, la efectividad de la norma se reduciría a incendios de escasa magnitud posibles de extinguir por la acción de una sola persona. Este podía ser el caso cuando el autor, tras intentarlo, se vea incapaz de hacer frente por sus propios medios a la sofocación del fuego. En todo caso, lo decisivo será poder afirmar que la extinción es imputable al autor, pues de no ser por su aviso no habría habido opción a descubrir y apagar el fuego.

Desde el punto de vista del fundamento de la exención, el protagonismo del autor en la acción contratípica tiene su base en la necesidad general de que la acción contratípica suponga el *negativo*, la contrapartida de la acción delictiva. El autor ha sido el artífice de la infracción normativa, el autor debe ser el actor de la contraria. Esta idea se contiene en el significado completo del *valor de acción*.

En general, el recurso al tercero debe ser admitido siempre que se cumplan las condiciones anteriores con el fundamento que se les va asignando. Es decir, dados los valores de acción y resultado ambos “de su mano”, cabe plantearse la aplicación de la consecuencia prevista en el artículo 354.2.

116 ALCACER, *¿Está bien lo que bien acaba?*, cit., p. 94 y ss.

V.4.2.2. *La acción de extinción debe ser voluntaria*

Los estudios doctrinales sobre este punto reproducen, aquí, las cuestiones que se plantean en torno a la “voluntariedad” exigida para el desistimiento del artículo 16.2. El significado de este elemento varía en función de dos corrientes, fundamentalmente. La primera entiende por voluntaria la acción que representa un retorno a la legalidad, pues, tiene como base un motivo que puede ser valorado positivamente por el Derecho¹¹⁷. La segunda corriente, cada vez más mayoritaria, atiende a que la acción de extinción sea, en todo caso, libre, es decir, no coaccionada¹¹⁸.

En mi opinión, este requisito apela a consideraciones preventivas para justificar el decaimiento del recurso a la pena como respuesta a la acción delictiva. La exigencia de voluntariedad debe entenderse desde dos perspectivas. Por un lado, la voluntariedad excluye la coacción como causa de la realización de la acción de extinción, sin pararse a valorar los motivos concretos que impulsan al sujeto a reaccionar. Por otro lado, la extinción debe ser “dolosa”. No sólo ha de poder imputársele al autor, como se veía en el apartado anterior, sino que debe adscribirse a título de dolo. El autor debe querer y saber que con su acción, al menos hay muchas probabilidades de apagar el fuego. Debe probarse la relación de causalidad entre su acción de extinción y la desaparición efectiva del fuego. De acuerdo a lo anterior, no es admisible, la extinción por error del sujeto activo, es decir, cuando en vez de un líquido inflamable que avive las llamas echa agua apagando, de hecho, el fuego.

117 SAINZ- CANTERO, *Los delitos de incendio*, cit., p. 158. Este autor excluye la exención para quien obre por “motivos espúreos” que no concreta. Más detalladamente, SAINZ CANTERO considera que el conocimiento por terceros del incendio, no impide, “por regla general” que se pueda calificar de voluntaria la conducta del autor, aunque “puede llegar a ser causa de las motivaciones espúreas del sujeto”.

118 FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 234.

Ligado a esta cuestión se debate si la extinción debe ser previa al descubrimiento del incendio por un tercero, es decir, si la extinción tras el descubrimiento del incendio puede calificarse de voluntaria. Esta alusión tiene su razón de ser en la exigencia que, en ese sentido, realizaba el antiguo párrafo 310 del *Strafgesetzbuch* alemán¹¹⁹. A la hora de dotar de significado concreto a esta exigencia de falta de conocimiento público del delito, se pueden adoptar dos posturas. La primera, apuesta por una lectura subjetiva del “descubrimiento”, siendo la clave el hecho de si el sujeto activo cree haber sido o no descubierto a la hora de llevar a cabo la extinción. La segunda postura realiza una lectura objetiva del requisito, teniendo en cuenta si cuando el sujeto realiza la acción contratípica el evento incendiario ha llegado o no al conocimiento de un tercero¹²⁰. Sobre este particular, se añade que si se descubre mientras el autor se afana ya en la extinción todavía cabrá la liberación de pena, pues, en realidad, lo que aquí se descubre es la acción de extinción de un fuego previamente provocado. Como “descubrimiento” ha de entenderse la llegada al conocimiento de un tercero del que puede esperarse una denuncia o al menos el impedimento de proseguir con el delito. Además, el fuego ha de descubrirse como tal y como acción delictiva, pues, sólo éste puede posibilitar la persecución del autor o la obstaculización a proseguir con su acción. Por el contrario, si apercibido

119 Tras la “Sexta Ley de reforma del Derecho Penal” de 26 de enero de 1998 que entró en vigor el 1 de abril del mismo año, el aludido párrafo 310 fue sustituido por el actual 306 e que no contempla la exención de pena para estos supuestos sino una atenuación facultativa según el párrafo 49.2 o la posibilidad de prescindir de ella por medio de la institución denominada *absehen* y utiliza el termino voluntario en vez de aludir a que la acción de extinción tenga lugar antes de ser descubierto el incendio. Además, limita su aplicación dejando fuera el 306 c, el incendio con resultado de muerte, y el delito de producción de un peligro de incendio caracterizado como un delito peligro concreto doloso del 306 f (*Herbeiführen einer Brandgefahr*), RENGIER, “Die Brandstiftungsdelikte nach dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts, *Juristische Schulung*, 1998, Heft 5, p. 397 y ss.; WOLTERS, *Die Neueregulung der Brandstiftungsdelikte*”, *Juristische Rundschau*, 1998, Heft 7, p. 271 y ss.

120 A favor de esta última SCHMITZ-OTTO, *Die Tätige Reue*, cit., p. 40.

de la existencia de humo, un tercero no sabe si se trata de un incendio provocado, una quema de rastrojos o una barbacoa no se entenderá que se trata de un descubrimiento, pues, no tendrá mayores consecuencias para el desarrollo del suceso.

Por tanto, “ descubrimiento” significaría que, todavía, nadie, excepto los partícipes del delito, ha llegado a conocimiento de la acción. El tercero, además, debe ser aquel del que se puede esperar la obstaculización de mayores daños o el aviso a la autoridad. Por consiguiente, no perjudica al autor el conocimiento de los participantes en el acto ni de las personas de la confianza del autor, aún cuando sólo les dé cuenta del acto después de haberlo cometido. Pero, todavía más allá, una acción se entiende descubierta cuando un tercero ha reconocido su verdadera significación jurídico-penal. Sin embargo, no es necesario que se llegue a identificar al autor de la acción, sino la acción en si misma. Pues bien, mayoritariamente, la doctrina se muestra contraria a asignar efectos eximentes a la acción de extinción que empieza una vez que un tercero ajeno al delito conoce de la existencia concreta del incendio forestal¹²¹.

En la base de esta postura se encuentra la tesis, formulada para la voluntariedad del desistimiento, que entiende que quien desiste movido por el miedo al castigo no satisface los fines preventivos asignados a la pena y no puede disfrutar de la exención de la pena. Pero, en los últimos años, se ha matizado dentro de estas tesis que esto sólo será así cuando el temor se refiere ya a una pena casi cierta, es decir, “ existan circunstancias o comportamientos fácticos externos de los que inequívocamente se desprenda un peligro ‘concreto’ de persecución penal, ante la proximidad inminente de descubrimiento”. Y ello debido a la propia esencia del Derecho penal que no puede, en aras a la

121 En contra, GONZALEZ GUITIAN, “La nueva regulación...”, cit., p. 376-77, afirma que no es necesario que el autor haya iniciado la extinción antes de que un tercero lo advierta, pues, el Código penal español no establece limitación temporal alguna.

prevención general, asumir un “arreglo” con el autor del delito cuando ya ha sido descubierto, sea el motivo que sea el que guíe en último término a la extinción, desprestigio, vergüenza, etc. *Sensu contrario*, la prueba de que el haber sido descubierto, en las condiciones que se acaban de citar, no influyó en la decisión de sofocar el fuego podría permitir en estos casos proceder a la aplicación de la exención.

La negación de la exención en los casos de extinción motivados por el temor a la imposición de una pena casi segura, sin embargo, recorta *de facto* enormemente el ámbito de aplicación de la eximente. Pues la realidad muestra que, en la mayoría de los casos, el autor “doloso” sólo extinguirá el incendio cuando le aparece la posibilidad clara de ser detenido, juzgado y condenado por el delito cometido.

4.2.2.1 Consecuencias del esfuerzo por evitar la propagación

Aquellos casos en que el intento del autor por evitar la propagación del incendio, que previamente ha provocado, no llegue a fructificar tienen diferente respuesta penal desde diferentes interpretaciones del contenido de la cláusula de extinción.

Desde el fundamento *preventivo especial* de la exención, FARALDO CABANA¹²² se muestra en contra de equiparar el esfuerzo a la efectiva extinción considerando que es necesario que el incendiario evite efectivamente la propagación, no siendo suficiente que lo intente infructuosamente. Sin embargo, esta no parece una solución congruente con el fundamento preventivo especial reconocido a la cláusula de extinción. En mi opinión, es indudable que esta falta de necesidad preventivo especial de

122 FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 232, nota 69. Según esta autora, en estos casos, habrá que aplicar el artículo 352 más la atenuante del artículo 21.5, mientras que se sancionará mucho más levemente (por el artículo 354.1) si, sin esfuerzo alguno por apagarlo, no se propaga por causas ajenas al mismo (un gran viento, etc.).

la pena se cumple también cuando el autor intenta por todos los medios evitar la propagación sin conseguirlo.

Coherente, desde una *perspectiva utilitaria*, GONZALEZ GUITIAN¹²³ entiende que el precepto sólo exige que quien prendió el fuego se esfuerce en impedir la propagación siempre que efectivamente, por cualquier otra causa, consiga extinguirse¹²⁴.

Desde mi punto de vista, en estos casos, el autor contrarresta el desvalor de acción inherente a la infracción anteponiendo un valor de acción que se concreta en el intento de paralizar el proceso de afectación del bien jurídico. Sin embargo, no logra contrarrestar el correspondiente desvalor de resultado pues, no llega a anteponer a este un valor de resultado que efectivamente anule este resultado. No elimina, de hecho, el proceso encaminado a la lesión del bien jurídico. Por tanto, la respuesta idónea debiera consistir en la atenuación de la pena en base a la eliminación *a posteriori* del desvalor de acción¹²⁵.

V.5. Conclusiones finales

En mi opinión, la cláusula del artículo 354.2 contiene una *acción contratípica* que tiene por objeto la interrupción de

123 GONZALEZ GUITIAN, “La nueva regulación...”, cit., p. 376-77.

124 Según GARRO CARRERA, *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art.21.5 del Código penal)*, Tesis Doctoral, Servicio editorial UPV/EHU, Bilbao, 2005, p. 350, la respuesta adecuada en estos casos sería la aplicación de la atenuante de reparación del artículo 21.5 muy cualificada.

125 El derecho alemán presta especial atención al caso del esfuerzo dotándole mayoritariamente de efecto eximente siempre que este sea voluntario y serio (*ernshaft*), HORN, *StGB II*, 34. Lfg., 5. Auflage, (Januar 1995), p. 26-27. Ya he explicado que, en mi opinión, sólo la recuperación de las condiciones valiosas que encarna el bien jurídico producto de una acción encaminada a este fin puede enmarcarse en la categoría de acción contratípica. Ambos componentes, acción y resultado, forman un *tándem* inseparable. Por tanto, la reducción de pena tras el esfuerzo del autor por sofocar el fuego sólo puede fundamentarse en consideraciones preventivas, de menor necesidad de pena.

la afectación progresiva del bien jurídico en un momento en que todavía ésta afectación, que ya es material, es de poca entidad. De tal forma que puede evitarse la “lesión” del bien jurídico, entendida como afectación trascendente del elemento verde (conjunción de suelo y flora), condición de vida y desarrollo de todas las especies vegetales y animales¹²⁶. Derivada de la peculiaridad de este delito respecto a la acción típica, la acción contratípica supone, no como en todos los delitos de peligro, la cesación en la conducta peligrosa antes de abocar al daño efectivo, sino la anulación del proceso lesivo material ya iniciado e indisolublemente unido a la realización de la acción típica. Sin embargo, entiendo que constituye un delito de peligro en el sentido en que este inicio de afectación material no implicara la lesión del bien jurídico (afectación trascendente) sino su puesta en peligro. La consumación típica se coloca en el inicio del proceso de deterioro del bien jurídico. Entendiendo que el grado de afectación a las condiciones de vida en que se concreta el bien jurídico admite mayor o menor intensidad, el delito de incendio del 354.1 se encuentra en la zona de intensidad lesiva material baja.

Las características del *bien jurídico* protegido hacen posible la “acción contratípica”. El prendimiento del fuego desencadena un proceso de deterioro progresivo de las condiciones que, para la vida, ofrecen bosques y montes. Es, desde esta perspectiva, desde la que destaca la importancia de la conducta que todavía puede paralizar la lesión ya iniciada, eliminando el peligro de deterioro restante. La ley prevé que esta conducta se dé en el comienzo del proceso lesivo que se inicia con el prendimiento del fuego, lo que permite afirmar que esta acción posterior será todavía capaz de lograr un nivel muy alto de “recuperación” del bien jurídico.

126 Aquí no podrá afirmarse que con la acción contratípica se consigue que el peligro no degenera en lesión, como afectación material, ya que ésta, aún en una mínima proporción, ya ha comenzado. Si podría decirse en otros delitos de peligro que incorporan cláusulas similares en el derecho español, por ejemplo, la retractación del falso testimonio del artículo 462.

Sobre el *fundamento* de esta exención, es indudable que una figura como la que se ha analizado tiene un extraordinario interés para el Derecho y la sociedad. Pero, considero, de nuevo, que no se encuentra en este interés el motivo de la exención, sino en el valor penal del comportamiento contrario a la infracción que elimina *a posteriori* los desvalores de acción y resultado. Esta idea es, además, acorde con los requisitos exigidos, quizás demasiados, para una norma con un interés exclusivamente político criminal. Por tanto, de nuevo, se erige en criterio rector de estas conductas *el principio de indemnidad del bien jurídico*, piedra angular del derecho penal, la protección, en este caso, *in extremis*, del medio ambiente paralizando el proceso que llevaría a una afectación mayor.

Respecto a los *requisitos* exigidos por la norma, se constata el hincapié que realiza el legislador en la intervención del propio autor en las tareas de extinción del incendio. Representación del valor de acción que el comportamiento contratípico exige y que tiene su correspondiente valor de resultado en la exigencia objetiva de lograr la no propagación del incendio. Aún así, no debiera haber problemas para admitir los casos en que el autor, tras intentarlo, pide ayuda para sofocar el incendio. O incluso, aquellos en que, ante su falta de medios o de valor, acude directamente a los bomberos, sin intervenir él mismo en la extinción¹²⁷. Aquí la acción positiva y voluntaria con un alto grado de posibilidad de éxito consiste en dejar en manos de alguien cualificado el logro de la extinción. En el resto, faltaría el valor de acción que necesariamente debe provenir de la misma persona que efectuó la infracción.

Esta insistencia en la persona del autor no creo que lleve implícita la negación de la exención a los partícipes del delito. Considero que se debe eximir de pena al que anula la aportación

127 Aunque en estos casos excepcionales habrá que comprobar que el autor del incendio no se desentiende de las tareas de extinción, es decir, que las sigue en primera línea.

que realizó a la comisión del delito y restablece, en lo que a él concierne, la situación anterior. En la base de esta afirmación se encuentra la idea de que esta persona vuelve a afectar el bien jurídico de manera positiva en la misma proporción en que antes lo hizo negativamente. O dicho de otra forma, contrapone a su acción delictiva otra de signo contrario.

Respecto a la *voluntariedad*, expresamente mencionada en el artículo 354.2. La voluntariedad sólo exige que la acción de extinción sea producto de la libertad del autor que pudo actuar de otra forma, dejando que el incendio siguiera su curso, y no lo hizo. Fuera de aquí, sólo consideraciones preventivas, de carácter general, pueden derivar en la inaplicación de la exención a quien contraactúa, por ejemplo: porque lo hace tras el conocimiento de haber sido descubierto por alguien que con probabilidad, rayando en la seguridad, le va a denunciar.