



Colegio de Ingenieros de
Montes
Asesoría Jurídica

**INFORME ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD EXIGIBLE A LOS
INGENIEROS DE MONTES COMO CONSECUENCIA DE SUS
ACTUACIONES EN RELACIÓN CON LOS INCENDIOS FORESTALES**

Mayo 2010

ABREVIATURAS UTILIZADAS	6
NORMAS CITADAS	6
1.- INTRODUCCIÓN.....	7
<i>1.1. El objeto del estudio.....</i>	<i>7</i>
<i>1.2. Noción sobre responsabilidad en general y sobre responsabilidad profesional en particular.</i>	<i>10</i>
<i>1.3. Responsabilidad civil, responsabilidad penal, responsabilidad administrativa.....</i>	<i>10</i>
1.3.1. Responsabilidad civil	11
1.3.2. Responsabilidad administrativa	13
1.3.3. La preferencia por la jurisdicción penal en algunos supuestos de responsabilidad profesional.....	14
<i>1.4. Síntesis del contenido del informe.....</i>	<i>17</i>
2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN (EXTRACONTRACTUAL)	19
<i>2.1.- Las obligaciones de la Administración en materia de prevención y extinción de incendios.....</i>	<i>21</i>
2.1.1. En relación con la prevención de incendios forestales	25
2.1.2. En relación con la extinción de incendios forestales	26
<i>2.2.- La ruptura del nexo causal: la fuerza mayor.....</i>	<i>31</i>
3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INGENIERO DE MONTES....	35
<i>3.1. Consideraciones generales sobre la responsabilidad penal.....</i>	<i>35</i>
3.1.1. Introducción sobre el derecho penal	35
3.1.2. Norma penal completa, norma penal en blanco.....	37
3.1.3. Elementos del delito. Imprudencia profesional. Delito consumado y tentativa de delito.....	39
3.1.4. Las penas y otras consecuencias. Especial mención a la inhabilitación profesional.....	44
3.1.4.1. Penas privativas de libertad	44
3.1.4.2. Penas privativas de derechos	45

3.1.4.3. Responsabilidad civil ex delicto	46
3.1.4.4. Medidas de seguridad	47
3.1.5. Personas responsables penalmente: autoría.	48
3.1.6. Determinación de la responsabilidad penal.	50
3.2. El delito de incendio forestal por imprudencia grave	51
3.2.1. Incendios forestales con imprudencia grave. Análisis de los artículos 352 y 358 CP.....	52
3.2.2. El delito de incendios forestales. Tipo general.	53
3.2.3. Requisitos de la comisión imprudente de un delito de incendios. Imprudencia grave.....	55
3.2.3.1. Comisión por omisión.	56
3.2.3.2. Que no se haya probado en juicio como delito intencionado o doloso.	58
3.2.3.3. Que el autor del hecho haya obrado con imprudencia.....	59
3.2.3.4. Que la imprudencia sea grave.....	59
3.2.3.5. Prueba de la culpabilidad del acusado. Importancia de la prueba indiciaria.	65
3.2.3.6. Que el resultado sea dañoso.....	67
3.2.3.7. Que exista relación de causalidad entre la conducta imprudente del agente y dicho resultado.	68
3.2.4. Pena. Subtipos agravados y atenuados del delito de incendio forestal.	70
3.3. El homicidio por imprudencia profesional.....	74
3.3.1.Requisitos:.....	75
3.3.2. Pena	76
3.4. El delito de lesiones por imprudencia profesional.	77
3.4.1.Requisitos:.....	78
3.4.2. Pena.....	79
3.5. El delito de daños por imprudencia grave.	79
3.6. El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo por imprudencia profesional.....	80
3.6.1.Requisitos:.....	81
3.6.2. Pena.....	82

4. RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	83
<i>4.1. Responsabilidad disciplinaria.....</i>	83
4.1.1. Normativa reguladora. Sujetos afectados.....	83
4.1.2. Principios de la responsabilidad disciplinaria. Non bis in idem.	84
4.1.3. Examen de las faltas disciplinarias.	86
4.1.3.1. Faltas muy graves.	87
4.1.3.2. Faltas graves.	93
4.1.3.3. Faltas leves.	96
4.1.3.4. Sanciones.	97
4.1.4. Prescripción de infracciones y sanciones.....	98
<i>4.2. Ejercicio por la Administración de la acción de regreso contra el funcionario prevista en el artículo 145 de la LRJPAC.....</i>	98
4.2.1. La Administración Pública debe haber abonado una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial	99
4.2.2. La condición de personal al servicio de la Administración Pública .	100
4.2.3. La concurrencia de todos los presupuestos del ilícito civil contractual común en la actuación del personal al servicio de la Administración	101
4.2.4. El deber jurídico de ejercitar la acción de regreso y su constante incumplimiento por las Administraciones públicas.	103
4.2.5. Independencia y compatibilidad de la acción de regreso con la exigencia de la responsabilidad disciplinaria a los funcionarios públicos..	103
4.2.6. Plazo y procedimiento para el ejercicio de la acción de regreso	104
5. PERSONAL AL SERVICIO DE ENTIDADES ADSCRITAS O DEPENDIENTES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DESTINADAS A LA PREVENCIÓN Y EXTINCIÓN DE INCENDIOS FORESTALES.....	106
<i>5.1. Responsabilidad según el tipo de personificación: organismos públicos, sociedades mercantiles públicas, etc.</i>	106
<i>5.2. Peculiaridades de la responsabilidad del ingeniero cuando el encargo se instrumenta a través de una encomienda de gestión.....</i>	107

6. RESPONSABILIDAD DEL INGENIERO CONFORME A LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.....	108
7. CONCLUSIONES	114

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- CA, CC.AA. Comunidad Autónoma, Comunidades Autónomas
- CE Constitución Española
- CP Código Penal
- EBEP Estatuto Básico del Empleado Público
- LGP Ley General Presupuestaria
- LRJPAC Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- SAN Sentencia de la Audiencia Nacional
- SAP Sentencia de la Audiencia Provincial
- STC Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS Sentencia del Tribunal Supremo
- STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

NORMAS CITADAS

- Constitución Española
- Código Penal
- Código Civil
- Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, modificada por la Ley 10/2006, de 28 de abril
- Ley 30/1992, de Régimen Jurídico en las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)
- Real Decreto 33/1986, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Disciplinario de los Funcionarios Públicos.
- Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.
- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)
- Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP)
- Orden de 2 de abril de 1993, por el que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros que aprueba la Directriz Básica de Planificación de Protección Civil de Emergencia por Incendios Forestales.

INFORME ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD EXIGIBLE A LOS INGENIEROS DE MONTES COMO CONSECUENCIA DE SUS ACTUACIONES EN RELACIÓN CON LOS INCENDIOS FORESTALES

1.- INTRODUCCIÓN

1.1. El objeto del estudio

El presente informe pretende ofrecer un panorama acerca de la responsabilidad en que puede incurrir un Ingeniero de Montes con su actuar profesional, circunscribiendo éste únicamente al que pueda tener relación más o menos directa con los incendios forestales.

El estudio se centra en los Ingenieros de Montes como sujetos potencialmente responsables, y se examinarán dos supuestos sustancialmente distintos.

De un lado la responsabilidad en que incurre el ingeniero que dirige trabajos forestales, cuando son éstos precisamente los que dan lugar a la producción del incendio. Y ello porque, aun cuando los ingenieros de montes son expertos en la materia, el hecho de que los trabajos que desempeñan se desarrollen en el medio forestal, facilita que se pueda propiciar un incendio que quepa ligar a la tarea del ingeniero director de los mismo. No es impensable que si se emplea la quema como forma de eliminación de residuos tras los trabajos forestales –técnica que puede incluso ser exigida por la Administración contratante, por su bajo coste-, la utilización del fuego pueda derivar en un incendio, lo mismo que ocurre en ocasiones con la quema de rastrojos por los agricultores. Asimismo los trabajos forestales se pueden llevar a cabo con maquinaria de la que pueden saltar chispas que den lugar a un incendio. En fin, a nadie se le escapa que si se estaban desarrollando trabajos forestales en el lugar en que se ha producido un incendio, uno de los primeros elementos al que se dirigen las investigaciones sin duda es a estos trabajos. En estos supuestos la responsabilidad surge si se acredita la relación de causa-efecto entre los trabajos y el incendio, y no se han adoptado las medidas oportunas de prevención, o por ejemplo, se desarrollan trabajos en un momento en que están prohibidos por ser época de alto riesgo. En estos casos es el comienzo del incendio el que se pueda ligar al desempeño de la tarea del ingeniero.

Los trabajos forestales se llevan a cabo con mucha frecuencia por contrato de la Administración con un tercero, aun cuando cabe que la propiedad del monte corresponda a un particular. En el primer caso hay que advertir que la responsabilidad por los daños causados a un tercero puede recaer no solo en el ingeniero que resulte ser el “Jefe de obra” designado por el contratista, sino también en la persona que ocupe la posición de representante de la Administración (en cuyo caso se empleará el término “Director facultativo”), dependiendo de quien haya incurrido en la negligencia origen del incendio. Si se trata de un particular que contrata con una empresa de servicios forestales no suele en cambio existir esta doble dirección, por lo que no surgirá la problemática que queda apuntada.

Asimismo es objeto de estudio la responsabilidad que sería exigible a quienes actúan al servicio de Administraciones Públicas, y en el ejercicio de sus funciones relacionadas con la **extinción** de incendios, bien por acción o por omisión, causan daños a terceros.

La Ley de Montes estatal (Ley 43/2003, modificada por la Ley 10/2006) atribuye la responsabilidad de los trabajos de extinción a un Director Técnico profesionalizado que haya recibido formación acreditada específica sobre el comportamiento del fuego forestal y de técnicas adecuadas para su extinción. Asimismo en el Art. 47, se explicitan sus funciones y cometidos y las disposiciones que puede tomar en el transcurso de su trabajo.

Y en relación precisamente con el objeto de este informe, se establece en el artículo 47.3:

“La Administración responsable de la extinción adoptará las medidas oportunas para garantizar la defensa jurídica del director técnico y del personal bajo su mando en los procedimientos seguidos ante los órdenes jurisdiccionales civil y penal por posibles responsabilidades derivadas de las órdenes impartidas y las acciones ejecutadas en relación con la extinción del incendio”.

La formación del Director de Extinción, su profesionalización y las competencias legales le capacitan para tomar decisiones responsables en el desempeño de sus funciones, pero también le hace responsable en caso de que las decisiones sean incorrectas.

Lo mismo cabe decir de los técnicos que se encuentran en las Salas de Operaciones de los Servicios desde donde se coordinan los movimientos de los medios aéreos que van

a intervenir, cuyo mal funcionamiento, retrasos en el despacho de las aeronaves o falta de conocimientos de los datos solicitados por el personal que se encuentra en las labores de extinción puede dar lugar a responsabilidad.

Como se ha dicho la actuación incorrecta desde un punto de vista profesional por parte de quien tiene encomendadas tareas de tipo técnico en relación con los trabajos de extinción, el incumplimiento de la normativa, la negligencia en la gestión del personal a su cargo etc. puede asimismo causar daños, lesiones e incluso la muerte de personas, lo que puede traducirse asimismo en responsabilidad profesional. Por lo que se refiere estrictamente al incendio, la incidencia de esta actuación no se encuentra obviamente en el inicio del mismo, sino en su propagación. Es decir, una defectuosa labor de extinción en los primeros momentos, permite el desarrollo del incendio que puede tener efectos que no se habrían producido si se hubiera controlado en sus inicios.

Es conveniente recordar que la organización de la extinción por las CCAA se hace mediante Servicios de distinta naturaleza, según criterios establecidos por las Autoridades competentes en cada una de ellas. Debido a esto, en algunas CCAA la extinción de incendios forestales está encargada a Servicios dirigidos por profesionales distintos de los ingenieros de montes, sin perjuicio de que en dichos Servicios trabajen algunos técnicos con esta titulación. Lógicamente todo lo que se expone acerca de la responsabilidad en los trabajos de extinción es de aplicación a los distintos profesionales que trabajan en dichos Servicios y no sólo a los ingenieros de montes.

Y se examinará también el que hacer surgir la responsabilidad de los daños causados por un incendio cuando se han adoptado incorrectamente, o no se han adoptado, medidas de **prevención** de incendios, por parte del personal al servicio de la Administración Pública. En este caso se haría surgir la responsabilidad de la actuación relativa a omitir los adecuados trabajos selvícolas, o más genéricamente de no llevar a cabo una gestión del monte encaminada a la consecución de un modelo de combustible que dificulte la propagación del fuego, por lo que la omisión culposa estaría relacionada, como en el supuesto anterior, no tanto con el comienzo del incendio, sino con su desarrollo.

1.2. Noción sobre responsabilidad en general y sobre responsabilidad profesional en particular.

Sentado lo anterior, parece obvio que no se va a abordar aquí un estudio exhaustivo de la responsabilidad de los profesionales, y de todos los regímenes aplicables, sino únicamente de los que parecen más frecuentes en función de que el estudio se limita a la responsabilidad que surge con ocasión de los incendios forestales.

Más adelante se expondrán las razones que han hecho aconsejable seguir el orden elegido para abordar esta exposición. Ahora bien con carácter previo resulta oportuno hacer referencia al menos al concepto de responsabilidad profesional.

Para la existencia de responsabilidad se parte de una actuación, o bien de omitir una actuación, por la que se provoca un daño o un perjuicio a otra persona. Porque un principio del derecho es el de quien causa un daño a otro tiene que resarcirle, bien restituyéndole el bien en el que ha sufrido el perjuicio, bien, si esto no es posible, compensándole económicamente.

Hablamos de responsabilidad profesional cuando esta obligación de resarcir surge en concreto de una actuación que se lleva a cabo en el desempeño de la profesión, pero que ha sido descuidada o negligente y ha provocado un daño en un tercero. Ante esta situación el ingeniero se puede ver abocado a una reclamación ante los Tribunales.

1.3. Responsabilidad civil, responsabilidad penal, responsabilidad administrativa.

En primer término, procede distinguir tres tipos de responsabilidades en que puede incurrir, con carácter general, un ingeniero en el desempeño de sus tareas profesionales, y que tienen importantes diferencias.

De un lado, la responsabilidad **civil**, que está encaminada a reclamar una indemnización por los daños que causa la actuación del profesional. De este tipo de responsabilidad conocen los tribunales civiles cuando se plantea entre personas físicas y jurídicas privadas, pero si el profesional está prestando servicios a una Administración Pública no es así, como se examinará más adelante.

De otra parte, la que se sustancia en la jurisdicción **penal**, cuando se considera que el profesional ha cometido un delito o una falta penal. Es decir, cuando se entiende que el

ingeniero, al no actuar con la diligencia debida en su quehacer profesional, ha incurrido en un supuesto de los que están tipificados en la ley como infracción penal. Las consecuencias en este caso pueden ser mucho más gravosas para el ingeniero, porque se trata de una responsabilidad a título personal.

Por último, se puede contemplar también la existencia de una **responsabilidad administrativa**, derivada de una infracción administrativa tipificada como tal en la legislación sectorial. También podría incluirse dentro de este apartado la responsabilidad disciplinaria en que incurre el ingeniero funcionario **por cometer alguna falta disciplinaria**. En estos casos será competente la **jurisdicción contencioso-administrativa**

Vaya por delante que en este informe únicamente se va a tratar con detalle, por las razones que se expondrán, la responsabilidad penal, y la responsabilidad disciplinaria.

Procede pues exponer de forma muy sintética los otros dos supuestos.

1.3.1. Responsabilidad civil

Se define la responsabilidad civil como la obligación que tiene una persona de satisfacer o reparar cualquier menoscabo, daño o pérdida, causados a un tercero. Esta obligación de reparar tiene siempre un contenido económico, que convierte al responsable en deudor del perjudicado.

En este campo, a diferencia de la responsabilidad penal, cabe llegar a un acuerdo entre el causante del daño y el perjudicado, no siendo necesario acudir a la intervención judicial. Si no se llega a un acuerdo quien conocerá del asunto será la jurisdicción civil.

Se distingue entre la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato, que se da entre quienes son contratantes, y la llamada responsabilidad “extracontractual”, que es la que nos interesa aquí, en tanto es la que se genera habitualmente en el caso de los incendios, y se encuentra establecida en el artículo 1.902 del Código Civil:

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

La responsabilidad extracontractual profesional supone la inadecuación de la conducta del profesional a la “lex artis”. Los requisitos para que exista son los siguientes:

- Acción u omisión culposa o negligente (que no se haya guardado la debida diligencia en el ejercicio profesional). Si bien en determinadas circunstancias, se habla de una responsabilidad cuasi-objetiva, con inversión de la carga de la prueba en los supuestos de responsabilidad civil por riesgo, cuando lo establece una ley, como es el caso de los accidentes laborales.
- Daño que no deba soportar, por imposición legal, el perjudicado.
- Relación causa-efecto entre daño y la acción u omisión que lo produce.
- Ausencia de fuerza mayor.

La concurrencia de culpa del perjudicado implica disminución de responsabilidad.

A esta responsabilidad se encontrarían sujetos los ingenieros que desempeñan su trabajo como autónomos o como contratados por una empresa ajena a la Administración, porque como más adelante se verá, si el ingeniero presta servicios a una Administración Pública, el perjudicado no puede dirigirse directamente contra él por vía civil, sino que necesariamente tiene que plantear la responsabilidad patrimonial de la Administración, y esta en su caso se dirigirá luego contra el funcionario negligente.

Hay que advertir que esta responsabilidad civil se puede exigir también ante la jurisdicción penal, que será la que se pronuncie simultáneamente sobre este aspecto cuando se haya cometido un delito (responsabilidad civil “ex delicto”). En el supuesto de que la persona que presta servicios a la Administración sea declarada culpable, **la Administración responde civilmente de forma subsidiaria**, es decir, estará obligada a pagar la indemnización si el condenado es insolvente, lo cual tiene importantes consecuencias de tipo práctico, como se verá.

En relación con la responsabilidad civil, es importante destacar el juego de los seguros que cubren esta contingencia. El denominado seguro de responsabilidad civil puede contratarse para cubrir los riesgos del trabajo profesional. En función de la prima que abone el profesional tendrá una mayor o menor cobertura de las posibles reclamaciones por daños causados por éste en el desempeño de su trabajo a terceros. Por poner un ejemplo, el seguro de responsabilidad civil profesional que ofrece el Colegio de Ingenieros de Montes y al que se pueden adherir individualmente los colegiados incluye

una cobertura por siniestro de entre 60.000 y 1.200.000 €, gastos de defensa jurídica, fianzas, etc.

1.3.2. Responsabilidad administrativa

Se alude a responsabilidad administrativa cuando existe incumplimiento de la normativa que se encuentra tipificado como infracción administrativa en una norma con rango de Ley.

En relación con el objeto de este informe, -y sin perjuicio de lo que más adelante se verá sobre responsabilidad disciplinaria-, se han de citar dos tipos de posibles infracciones, de un lado las recogidas en la legislación forestal, y de otra parte las previstas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Por ejemplo, en el artículo 67 de la Ley de Montes estatal se encuentran previstas dos infracciones relacionadas con los incendios,

- d) El empleo de fuego en los montes y áreas colindantes en las condiciones, épocas, lugares o para actividades no autorizadas.*
- e) El incumplimiento de las disposiciones que regulen el uso del fuego dictadas en materia de prevención y extinción de incendios forestales.*

Por su parte, la normativa reguladora de prevención de riesgos laborales también tipifica una serie de infracciones que pueden dar lugar a un procedimiento sancionador que tramita la Inspección de trabajo.

Si bien los responsables de este tipo de infracciones suelen ser las empresas para las que trabaja el ingeniero, cabe la posibilidad de que sea el propio ingeniero el que se considere el infractor, por ejemplo, porque sea el coordinador de seguridad y salud de los trabajos, o porque sea su decisión la que da lugar al tipo de infracción antes señalado prevista en la legislación forestal, y que finalmente le sea impuesta una sanción – normalmente una multa-. Las resoluciones sancionadoras que impone la Administración son recurribles ante la jurisdicción contenciosa-administrativa.

1.3.3. La preferencia por la jurisdicción penal en algunos supuestos de responsabilidad profesional.

Las diferencias entre la responsabilidad civil y la penal antes enunciadas son muy relevantes: Mientras que la indemnización puede ser asumida por la compañía en la que se tiene contratado el seguro de responsabilidad civil, la pena, que puede llegar a suponer el ingreso en prisión, la tiene que cumplir personalmente quien es declarado culpable de un delito. En el orden civil, como ya se ha dicho las partes pueden llegar a un acuerdo, pues se trata de una cuestión que solo interesa al perjudicado y a quien le causa el daño. Por el contrario el orden penal se considera que es del interés de todos, se actúa de oficio, y el proceso puede continuar aun cuando no existan perjudicados que insten a ello.

Ahora bien, insistimos en que en el proceso penal también se resuelve sobre la responsabilidad civil. Es decir, que si se acude a la vía penal, porque se considera que la actuación del profesional se puede calificar como un delito de los previstos en el Código Penal, además de resolverse en el proceso si existe o no la conducta delictiva, también se decide si hay que indemnizar y en qué cuantía.

A ello hay que unir lo dispuesto en el artículo 121 del Código Penal sobre responsabilidad subsidiaria de la Administración, que antes se ha apuntado:

Artículo 121.

El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. (...)

Aun a este nivel meramente introductorio, procede aludir a continuación a la situación de quienes ejercen su profesión al servicio de una Administración Pública, sobre todo del Estado o las Comunidades Autónomas, cuya solvencia está fuera de duda. Particularmente, en lo que se refiere a este informe, estarían afectados por la situación

que a continuación se va a exponer, los ingenieros que son funcionarios de las Comunidades Autónomas, es decir, de la conocida como Administración Forestal, que tiene entre sus competencias la prevención y extinción de incendios.

El punto de partida es que la responsabilidad civil como ya se ha señalado, no se puede exigir directamente a un funcionario, sino que responde la Administración, que luego se dirigirá en su caso contra el funcionario o trabajador en concreto que haya actuado negligentemente. El ciudadano que quiera reclamar una indemnización porque la actuación de la Administración le haya causado un daño ha de solicitarlo primero ante la propia Administración, y si esta no le atiende, acudir a otro orden jurisdiccional distinto del civil y del penal, el orden contencioso-administrativo.

En estos casos se tratará de responsabilidad extracontractual, porque la obligación de indemnizar de la Administración no deriva del incumplimiento de un contrato, sino que se genera por la simple actuación en el ejercicio de sus competencias de la que deriva un daño. Esta responsabilidad se regula en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante LRJPAC), en los que se la denomina “responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”.

Ahora bien, es muy frecuente que los afectados por la actuación administrativa y, en su caso, el Ministerio Fiscal, en lugar de acudir a dicho procedimiento, intenten plantearlo en la jurisdicción penal, considerando que el funcionario ha cometido un delito, en lo que se puede considerar una auténtica “huída” del proceso contencioso-administrativo.

Las razones para ello son múltiples. Entre ellas, podemos destacar la sencilla apertura del proceso penal y la relativa facilidad para resultar imputado (no así condenado). Por el contrario, la persecución de los delitos de acusación o denuncia falsas difícilmente prospera y sus penas son en muchos casos inferiores a las del delito falsamente imputado.

Por ende, el proceso penal se considera en España –tal vez erróneamente- como el más efectivo para reparar un daño. En el contexto de la lentitud de la Justicia, el proceso penal sustancia en su seno las responsabilidades penal y civil como se ha expuesto, lo que parece favorecer la rapidez del resultado. A ello se suma la denominada ‘pena de

banquillo': el padecimiento de imputado y procesado por el hecho de serlo, comparecer y aguardar una condena penal es real e inmediato. Además, se afirma que en el proceso penal el juez es totalmente ajeno al asunto, mientras que en el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, al menos en un primer momento, ésta es juez y parte. Por último, la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad objetiva garantiza el ejercicio de la acción penal. En el procedimiento administrativo, es el propio afectado quien ostenta la carga de la reclamación, la alegación y la prueba, así como los gastos e incomodidades que todo ello conlleva.

Incluso el hecho de que en algunos supuestos proceda también en vía penal la condena al pago de una indemnización en concepto de responsabilidad civil, aunque se haya dictado una sentencia absolutoria, contribuye también a la utilización frecuente de esta jurisdicción.

Además, como enseguida se expondrá, en el caso concreto de los daños causados por los incendios, surgen una serie de dificultades para conseguir que la Administración se considere responsable.

Pero sobre todo, la condena penal de quien trabaja para la Administración supone la responsabilidad civil subsidiaria de ésta, que como antes se comentaba, tardará más o menos en pagar, pero es solvente -al menos son solventes la Administración estatal y autonómica, aunque no se pueda decir lo mismo de todos los municipios españoles-.

A ello se suma que el tipo penal cuando se comete por imprudencia (como son los casos de responsabilidad penal profesional) precisa habitualmente de otras normas para su definición (norma penal en blanco). Esto, en manos de un abogado o fiscal hábiles actúa como mecanismo para 'construir' la imputación.

Por último existen incuestionablemente razones que no son jurídicas, como por ejemplo la repercusión que un proceso penal puede tener en la prensa, a la que pueden ser sensibles los políticos, lo que cabe que suponga para el afectado una cierta capacidad de negociación.

Las anteriores circunstancias son determinantes para que, en la práctica, los trabajadores al servicio de la Administración pública sean objeto de imputaciones que algunas veces son gratuitas, ya que lo que persigue el perjudicado es fundamentalmente una indemnización rápida.

El caso de los incendios forestales no es una excepción, y más si se tiene en cuenta la repercusión pública de los grandes incendios forestales. Lo cierto es que su reducción se ha convertido en una política de Estado y con ello la persecución de este delito en objetivo preferente de la Fiscalía General del Estado (creación de fiscales especialistas en medio ambiente, instrucciones de intervención estricta en los procesos penales por incendios etc.)

Dicho esto, no cabe concluir en absoluto que las pretensiones penales prosperen siempre, ni siquiera que lo hagan en la mayoría de los casos. La jurisdicción penal actúa de acuerdo con el principio de intervención mínima: tan sólo las conductas tipificadas en la norma criminal y que alcancen un grado mínimo de gravedad serán enjuiciadas y castigadas por la vía penal. Sin embargo sí es frecuente que la jurisdicción penal sea la primera a la que se acuda, con el consiguiente sufrimiento de los funcionarios al que antes se ha hecho referencia (la conocida como pena de banquillo).

1.4. Síntesis del contenido del informe

Como se acaba de exponer, una de las razones de que se plantee la responsabilidad penal de las personas que trabajan al servicio de una Administración Pública, es que resulta más fácil y sencilla esta vía, siempre que se consiga una condena, para obtener una indemnización a cargo de la Administración.

Y ello, porque no cabe en la órbita administrativa exigir directamente la responsabilidad civil del funcionario (si que cabe en la penal, como se ha visto), sino que es preciso dirigirse a la Administración, con arreglo a unas normas, y con unas limitaciones que se ha considerado oportuno examinar en primer lugar.

Así pues, el primer punto que se va a abordar en este informe sobre la responsabilidad de los ingenieros de montes relacionada con los incendios, aunque pueda resultar paradójico, no versa sobre la responsabilidad de los ingenieros, sino sobre la **responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por incendios forestales**, que en principio es la que aparece como más obvia, dadas las competencias de la Administración para su prevención y extinción, si bien no es la que se da con más frecuencia por las razones expuestas. En el estudio se hace especial hincapié en sus requisitos y en la interpretación jurisprudencial de los mismos. (2. *Responsabilidad patrimonial de la Administración -extracontractual-*), ya que existen bastantes

pronunciamientos de los Tribunales, del Consejo de Estado y de los Consejos consultivos de las Comunidades Autónomas al respecto.

A continuación se examinará la **responsabilidad penal** que se puede derivar de las acciones y omisiones **de los ingenieros** (trabajen estos para una Administración, para una empresa o como profesional liberal). A la hora de abordar esta cuestión se comienza con una exposición de tipo general, muy sucinta, sobre este tipo de responsabilidad, para luego abordar los delitos que con más frecuencia se pueden entender cometidos en la materia que nos ocupa, haciendo especial hincapié en el delito de incendio por imprudencia, que cometería quien con su actuación profesional negligente dé lugar a un incendio. Se contemplan también otros como el homicidio imprudente, o el delito contra la seguridad de los trabajadores que pueden llegar a imputarse a quienes trabajan en la extinción del incendio (3. *La responsabilidad penal del ingeniero de montes*).

A continuación el informe se centra en el **personal al servicio de una Administración Pública** (4. *Responsabilidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas*), examinando en primer término la **responsabilidad disciplinaria** que se podría exigir al funcionario cuando su actuación encaja en alguno de los supuestos tipificados como falta, para seguir con un examen de la **acción de regreso** que tiene la Administración a la que se ha exigido responsabilidad patrimonial, y que puede resarcirse a costa del funcionario negligente. Hay que reseñar que estos dos supuestos están únicamente abiertos a la Administración, es decir un particular no podrá solicitar la responsabilidad disciplinaria de un funcionario, y la acción de regreso también la ostenta únicamente la Administración.

El informe aborda seguidamente el supuesto de que la responsabilidad se exija al personal al servicio de entidades adscritas o dependientes de Administraciones públicas (5. *Personal al servicio de entidades adscritas o dependientes de Administraciones públicas*) y por último se comentan las reglas establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público sobre el reparto de responsabilidades entre Administración y contratista. (6. *Responsabilidad contractual del ingeniero conforme a la LCSP*).

El informe finaliza con unas conclusiones (7. *Conclusiones*).

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN (EXTRA CONTRACTUAL)

La Constitución de 1978 incorpora expresamente en su texto el principio de responsabilidad patrimonial administrativa. El art. 106.2 CE establece que *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

Los presupuestos básicos para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son tres:

1. Existencia de una **lesión o daño**.- el daño puede ser material, corporal, moral o ecológico.
2. Que el daño sea **antijurídico**; es decir, que el sujeto lesionado no tenga el deber jurídico de soportar la lesión. Si lo tuviera, el daño gozaría de amparo legal y no sería indemnizable. Para entender este presupuesto puede explicarse que, por ejemplo, cuando una persona padece una expropiación se causa una alteración patrimonial que seguramente no desearía pero la Ley legitima la privación del bien, luego el daño no es antijurídico.
3. Que el daño antijurídico sea **imputable a una Administración pública**, en sentido amplio. Es decir, que exista **nexo causal** entre la lesión y un comportamiento atribuible (por acción u omisión) a una Administración Pública.

La responsabilidad que se genera cuando -con ocasión de un trabajo que se desarrolla no directamente por la Administración, sino por un contratista- se causan daños a un tercero, se regula en el artículo 198 de la Ley de Contratos del Sector Público, precepto incluido en el Libro IV de la Ley que trata de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos y no va a ser objeto de examen detallado en este informe. Baste decir que en principio responde el contratista, si bien responderá la

Administración cuando los daños y perjuicios que se causan a un tercero hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden del representante (normalmente el Director Facultativo) de la Administración.

Razón del tratamiento de este tipo de responsabilidad en el presente informe

La razón de abordar la responsabilidad de la Administración en un informe que versa sobre la de los ingenieros es doble.

De un lado, como ha quedado apuntado, si se declara la responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta podrá dirigirse contra el funcionario al que se puede imputar el comportamiento negligente, aunque es muy infrecuente que lo haga. Es decir, aunque al afectado por los daños le resarce la Administración, ésta deberá “repetir”, “repercutir” o “reclamar” lo que hubiese satisfecho al personal a su servicio al que, en última instancia, se pudiese imputar la actuación u omisión causante del daño, si se demostrase que ha actuado de forma culpable, negligente. (El estudio de esta “repercusión”, en el caso de que pueda darse, se tratará en el punto 4.2 de este informe (*4.2. Ejercicio de la acción de regreso contra el funcionario, prevista en el artículo 145 de la LRJPAC*).

Pero además, se trata en el presente informe por el interés que supone conocer cómo resuelve la jurisprudencia los supuestos en los que se ha reclamado responsabilidad patrimonial de la Administración competente (estatal, autonómica o local). Se trata en definitiva de conocer el criterio de unos tribunales, aunque sean del orden contencioso-administrativo, sobre cuestiones relacionadas con la responsabilidad en materia de incendios, por ejemplo sobre la existencia de negligencia, o sobre la relación de causalidad entre una actuación ligada a un incendio y el resultado de daño para un tercero. En realidad, como se verá, la jurisprudencia a la que aludimos es bastante casuística y su conocimiento a buen seguro puede arrojar luz acerca de lo que se considera la frontera entre un comportamiento negligente o no del personal al servicio de la Administración y con responsabilidades en materia forestal.

Hay que empezar por advertir que la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva, es decir ha de indemnizar de los daños que causa al particular con su actuación haya mediado o no negligencia en esa actuación. Ahora bien, es preciso

establecer con claridad cuando los daños se deben a una actuación de la Administración, porque ni es ésta quien provoca el incendio ni está obligada a evitar la producción de todo incendio forestal, pues sería una obligación de imposible cumplimiento. Por ejemplo, si al llevar a cabo los trabajos de extinción es preciso entrar en una finca privada rompiendo una valla, habrá que indemnizar al propietario en el valor de lo destruido. Pero no por las pérdidas materiales producidas por el incendio, que no se produce por una actividad de la Administración, a no ser que se entienda que ha existido una actuación negligente que de no haberse producido habría evitado la quema de los materiales.

Es difícil que prospere una reclamación de responsabilidad en este último caso por varias razones, entre las que destacan

- La excesiva vaguedad con la que las Leyes definen el límite de las obligaciones que han de atender las Administraciones en materia de prevención y extinción de incendios.
- La ruptura del nexo causal debido a circunstancias de fuerza mayor o a la intervención de un tercero o del propio damnificado.
- La dificultad de probar el nexo causal.

A continuación se abordarán de forma separada las dos primeras cuestiones, y de forma simultánea a su tratamiento se expondrán los problemas de prueba de la relación de causalidad.

2.1.- Las obligaciones de la Administración en materia de prevención y extinción de incendios

Como se ha indicado, los daños que se producen con ocasión de un incendio no se pueden imputar a la Administración más que si ha existido una actuación negligente bien en la prevención, bien en la extinción del incendio.

La jurisprudencia suele entender que la responsabilidad administrativa por incendios forestales debe limitarse a los supuestos en que quede claro que la conducta exigible a la Administración no se ha llevado a cabo.

La Ley de Montes del Estado hace recaer la competencia –y consecuentemente la responsabilidad- en materia de prevención y extinción de incendios forestales, cualquiera que fuera su propiedad, en las Comunidades Autónomas (en adelante CC.AA). Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 43 “Defensa contra incendios forestales”, unido a la competencia genérica de las CC.AA. en materia forestal:

Corresponde a las Administraciones públicas competentes la responsabilidad de la organización de la defensa contra los incendios forestales. A tal fin, deberán adoptar, de modo coordinado, medidas conducentes a la prevención, detección y extinción de los incendios forestales, cualquiera que sea la titularidad de los montes

Sin embargo, hay que advertir que en el artículo siguiente, la prevención no se centra en los trabajos selvícolas, sino que en el apartado primero se alude a los programas coordinados con la Administración General del Estado basados en investigaciones sobre su causalidad y, en particular, sobre las motivaciones que puedan ocasionar intencionalidad en su origen; en el apartado segundo se hace referencia a los programas de concienciación y sensibilización para la prevención de incendios forestales, fomentando la participación social y favoreciendo la corresponsabilidad de la población en la protección del monte; en el apartado tercero se recoge la regulación de las actividades que puedan dar lugar a riesgo de incendio, y el establecimiento de normas de seguridad aplicables a las edificaciones, obras, instalaciones eléctricas e infraestructuras de transporte que puedan implicar peligro de incendios o ser afectadas por estos, y a la posibilidad de limitar o suprimir el tránsito en los montes; El apartado cuarto se refiere a la vigilancia disuasoria y a la investigación específica de las causas, y el apartado quinto a la constitución de grupos de voluntarios y agrupaciones de personas interesadas en la defensa contra los incendios.

Así pues hay que considerar que también los propietarios son responsables de la prevención de incendios forestales, aunque debe ser la Administración forestal la que autorice los trabajos selvícolas, de apertura de cortafuegos etc. lo que dificulta que se exija responsabilidad patrimonial de una Comunidad Autónoma por falta de trabajos de prevención en un monte privado.

Pero en todo caso, existen también obligaciones de las CC.AA. que sí están claras en estas materias, por ejemplo, deben coordinarse con el Estado para diseñar y mantener sus respectivos Planes INFO autonómicos, cuyo contenido mínimo y básico viene

recogido en la Orden de 2 de abril de 1993, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros que aprueba la Directriz Básica de Planificación de Protección Civil de Emergencia por Incendios Forestales. El incumplimiento de estas medidas básicas generaría probablemente, en caso de producción de daños con ocasión de incendios forestales, responsabilidad administrativa. Entre ellas están las siguientes, aunque hay que advertir que algunas se refieren más a la extinción que a la prevención, que se tratará en el apartado siguiente:

a) La obligación de la CA de determinar los mapas de riesgos y de vulnerabilidad, con base en los índices de riesgo local, y sobre los que habrán de racionalizarse los recursos y medios de los que se debe disponer para las emergencias.

b) La determinación de las épocas de peligro de incendios forestales (alto, medio y bajo), que deberán quedar definidas en los respectivos planes autonómicos, y la obligación de adaptar los medios de extinción a las mismas.

c) La obligación de clasificar cada incendio, en pleno desarrollo del mismo, según su importancia y gravedad:

Nivel 0.- Para incendios que puedan ser controlados con los medios de extinción previstos y que no suponen riesgos para las personas relacionadas con las labores de extinción ni para los bienes de naturaleza no forestal;

Nivel 1.- Para incendios controlables con los medios de cada CA pero que, por su evolución, puedan poner en peligro a las personas y bienes;

Nivel 2.- Para los incendios para los que no se consideran suficientes los medios autonómicos y que requieren la solicitud de auxilio de los medios estatales no asignados a los planes especiales de cada CA,

El Nivel 3.- Es el único que debe declarar el Estado, cuando se estime que puede poner en riesgo el interés nacional.

Por ejemplo, podría considerarse que se origina una responsabilidad administrativa de la CA por los daños originados por un incendio de nivel 2 cuando la Administración autonómica no ha considerado, negligentemente, por celo autonómico o por diferencias

políticas, solicitar la ayuda de los servicios de extinción estatales, lo que produciría, sin duda, unos estragos mayores que podrían haberse evitado.

d) La obligación de disponer de una red de detección y aviso de incendios forestales, así como el despliegue de los medios de extinción y la ejecución de labores para la extinción de incendios (cortafuegos, fajas, etc.) En este sentido resulta interesante la STSJ de Cataluña, núm. 511/2006, de 1 de julio, que acaba reconociendo también la responsabilidad de la Generalitat por no haber tomado las medidas de prevención de incendios forestales en los alrededores del vertedero, en un verano muy seco y caluroso, ni haber controlado la actividad preventiva de los entes locales. La condena final a las Administraciones responsables (municipal y autonómica) fue solidaria.

e) La obligación de zonificar el territorio en función del riesgo, y de integrar en el plan especial de cada Comunidad los planes contra incendios municipales.

f) La obligación de declarar una zona como «de alto riesgo», en atención a los informes, antecedentes y época del año, con las consecuencias que ello debe tener en un mayor acopio de medios de prevención y extinción autonómicos. No hacerlo supondría una actuación arbitraria de la Administración (que generaría, en caso de incendio, una responsabilidad administrativa), en la medida en que no actuaría protegida por un margen de discrecionalidad, ya que ésta es más técnica que administrativa, y queda ampliamente reducida en la medida en que existan antecedentes o dictámenes que aconsejen dicha declaración.

g) La obligación de prever los sistemas organizativos para el encuadramiento del personal voluntario: ordenar estos útiles servicios de personal voluntario, así como su preparación y organización, es fundamental para apagar los incendios en su primer estadio temporal, cuando aún son pequeños y controlables.

h) La obligación de preparar los planes de autoprotección de empresas, núcleos de población aislados, urbanizaciones, campings, etc.

i) La obligación de preparar protocolos de actuación para la extinción de incendios, en aras a la consecución de la mayor eficacia y operatividad posibles de los grupos de extinción.

2.1.1. En relación con la prevención de incendios forestales

Específicamente en relación con la prevención de incendios, hay un criterio que se reitera en varias sentencias, y es el de que existe un riesgo que no es imputable a la Administración, a la que no se le puede exigir que con las medidas de prevención que haya adoptado sea infalible. Lo que se le puede exigir es que efectivamente adopte las previstas.

En la STS de 11 de julio de 2000 (RJ 5950) el órgano judicial razona que *“no existe responsabilidad (administrativa) por creación de riesgo, dado que éste proviene de la naturaleza o de un tercero y no de la actuación de la Administración, la que se limita a hacer lo posible por evitarlo”*.

Un caso particular dentro de los supuestos de prevención es el de **los daños producidos por actividades privadas realizadas al amparo de licencia administrativa.**

Los daños ocasionados por incendios forestales derivados de una actuación particular sometida a licencia deben dar lugar a responsabilidad de la Administración autorizante cuando se trata de labores de quema de rastrojos o de quemas controladas en las que el autorizado se limita a seguir las prescripciones puestas en la autorización y actúa con diligencia. No así cuando, a pesar de ello, concurre alguna causa de fuerza mayor que provocara los daños.

Habría también responsabilidad cuando en la autorización se dejase en manos del autorizado la elección de la época del año y de las circunstancias meteorológicas para proceder a dicha quema, pues en estos casos la Administración no está controlando efectivamente la actividad privada, como es el objetivo de la potestad administrativa de control o policía mediante licencias. Por ello la Administración debe recoger en estas autorizaciones dichos extremos.

De este modo, cláusulas exonerantes de responsabilidad administrativa por los daños que se pudieran derivar de la quema o que dejen libertad al autorizado para decidir, según las condiciones meteorológicas, cuándo realizarla, abandonan deliberadamente elementos tan esenciales de la actividad (escapando de la potestad de control que se supone ejercita la Administración), no deben suponer una exención de la

responsabilidad administrativa si se produjeran daños patrimoniales por la propagación del incendio ocasionado a resultas de la realización de la actividad autorizada

En esta línea la normativa autonómica por lo general establece previsiones en este sentido. A título de ejemplo, el Reglamento de la Ley de Incendios Forestales de la Junta de Andalucía (Decreto 247/2001, de 13 de noviembre), en el que la quema de matorral y pastos se prohíbe “*cuando las condiciones meteorológicas puedan ser contrarias al desarrollo seguro y la evolución controlada de la línea de fuego en el interior de la unidad de quema*” (art. 15), y la quema de residuos forestales quedará determinada por la autorización administrativa, que fijará las limitaciones por motivos meteorológicos (art. 16). Algunas CC.AA. han regulado las quemas como instrumento de realización de trabajos selvícolas, imponiendo condiciones más estrictas.

Un ejemplo más lo ofrece la STSJ de Castilla y León, Burgos, núm. 196/2004, de 22 de abril, en que se condenó a la Junta de Castilla y León por el funcionamiento anormal de su servicio público de prevención de incendios, por su «*falta de la adopción de medidas precautorias concretas ... tales como limpieza de vegetación en cunetas y zonas de servidumbre de las vías de comunicación y de las fajas perimetrales de protección que se determinen en torno a viviendas, industrias y otras edificaciones*».

2.1.2. En relación con la extinción de incendios forestales

Es evidente que cuando se ocasiona un fuego, sobre todo si es de envergadura considerable, son muchas las actuaciones que deben ejecutarse de forma coordinada. Los servicios de extinción de incendios han de proceder cumpliendo los protocolos de actuación que estén en vigor.

Ahora bien, estos protocolos no predeterminan de forma absoluta cual es la conducta que debe realizarse, y cabrán desde luego diversas opciones, sin que se pueda conocer ni siquiera a posteriori cuál hubiera sido más adecuada en función de los daños finalmente ocurridos. Así el Director de la extinción toma decisiones en función de su experiencia y de la circunstancia concreta, pero no cabe normalmente considerar si fueron o no determinantes en la expansión del incendio o en que se tardase más en controlarlo y, por tanto, se causasen mayores daños.

En lo que la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado y Órganos consultivos de las Comunidades Autónomas vienen teniendo especial cuidado es en diferenciar lo que son circunstancias que pueden considerarse realmente **causa eficiente** de los daños. Esto es, pone énfasis en distinguir entre causas mediatas e inmediatas.

Un buen ejemplo nos lo proporciona un dictamen del Consejo de Estado, si bien versa sobre un incendio no forestal. Se considera que no hubo responsabilidad por no haber acreditado que fue la falta de funcionamiento de la boca de riego más próxima la determinante de los daños¹.

De lo anterior se deduce que los particulares perjudicados deben probar no solo que han existido negligencias, sino la relevancia de estas para el resultado final. Por no haber probado suficientemente, el Consejo Consultivo de Galicia, en su Dictamen núm. 413/2000, desestima la petición de responsabilidad patrimonial de la Xunta de Galicia por los daños causados por el retraso en la extinción de un incendio forestal. En este supuesto, se considera que la propagación se produjo por circunstancias tales como vientos fuertes, cambios en su dirección que hicieron inútiles los cortafuegos practicados, extrema sequía de la tierra, escaso grado de humedad ambiente, escasez de agua en los embalses y el hecho de que los servicios estatales a los que se pidió colaboración estaban esos días ayudando a la extinción de otros fuegos.

Son numerosas las sentencias que niegan la responsabilidad administrativa por posible mal funcionamiento de los servicios de extinción de incendios forestales. Tomaremos como referencia la STSJ de Murcia de 17 de enero de 2003, en la que se desestima la petición de indemnización presentada por dos particulares contra la Consejería de Medio Ambiente de esta Comunidad Autónoma, con ocasión de un incendio de la que se pueden extraer las reglas básicas en la materia. El enorme volumen de pruebas realizadas, la meticulosa descripción del procedimiento seguido y de los medios empleados, y el discurso objetivo del ponente, hacen de esta sentencia un parámetro muy útil de aplicación a otros casos, tanto en positivo como en negativo, para ponderar

¹ Dictamen 3636/2000, de 25 de enero de 2001, del Consejo de Estado, que informó negativamente la solicitud de responsabilidad patrimonial contra la CA de Madrid interpuesta por los propietarios de unas naves industriales que ardieron sin que los bomberos pudieran atajar el fuego, al no tener agua los hidrantes (bocas de riego) cercanos a las mismas. Dice el Consejo: *"Es cierto que no funcionó el hidrante más próximo a la nave siniestrada, pero la reclamante no ha probado que dicha circunstancia sea determinante de los daños cuya indemnización pretende"*.

la responsabilidad extracontractual de las Administraciones con ocasión de incendios forestales.

El Tribunal llega a las conclusiones que se exponen a continuación, que a su vez se comentan con otros supuestos:

1.- Es disculpable cierto grado de descoordinación entre quienes participan en las labores de extinción de los incendios debido al nerviosismo de estas emergencias.

Otro ejemplo en este sentido nos lo ofrece el caso en que los propietarios de una finca destruida en Huesca por un incendio forestal reclamaron responsabilidad patrimonial de la CA aragonesa por no haber realizado las labores de prevención de incendios requeridas y por la descoordinación en las labores de extinción. En su Dictamen la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón informó negativamente la solicitud presentada, porque aunque se produjeron puntuales problemas de comunicación entre retenes, niega que esos extremos tuvieran relevancia en el resultado de la estrategia aplicada.

Ahora bien, hay que entender que si se da una muy importante descoordinación, órdenes contradictorias, inexperiencia de los pilotos, mala comunicación entre el personal de tierra y los medios aéreos, dejación de funciones, etc. sí sería susceptible de entenderse como una clara falta de diligencia y dar origen a responsabilidad patrimonial cuando fueran graves o determinantes de un aumento de los daños ocasionados, o cuando impidieron o dificultaron la estrategia de extinción aplicada.

2.- La causa del incendio es un dato secundario a la hora de establecer un nexo causal, pues la responsabilidad se imputa por deficiencias en los servicios de prevención y extinción de incendios forestales.

Sin embargo, en los supuestos de incendios provocados, suele evitar la responsabilidad patrimonial de la Administración si se utilizan los medios necesarios y proporcionados para extinguir el incendio, porque en ese caso es difícilmente achacable a la falta de limpieza de la vegetación por parte de la Administración.

Lo cierto es que mientras es sencillo exigir responsabilidad patrimonial a quien se prueba que ha originado el fuego, el nexo causal es más problemático de mantener a lo largo del proceso de propagación o de extinción, en el que entran en juego

imponderables de mayor calado como el viento, la orografía del terreno, las especies vegetales asentadas sobre el mismo, etc.

3.- La Administración no es responsable de los escasos medios de los que dispone para prevenir y controlar incendios forestales: sólo es responsable del uso que haga de los mismos.

Es política la decisión de invertir más o menos dinero a la partida presupuestaria que se destina a estos efectos, que siempre debería ser mayor, y nunca se considera la perfecta. Resulta evidente que una cosa es la opción política de dedicar más o menos dinero a un servicio público, que determina su suficiencia y su estándar de calidad, y otra distinta la decisión administrativa de cuántos medios humanos y técnicos deban destinar a un determinado incendio. En este sentido, es destacable que la STSJ de Murcia de 19 de septiembre de 2001, sentenció a favor de reconocer responsabilidad administrativa del Ayuntamiento de Alcantarilla por los daños patrimoniales ocasionados por un incendio originado en una vivienda particular, que no pudieron controlar los medios destinados al mismo: un coche bomba con sólo dos bomberos y dos policías. Esta insuficiencia manifiesta determinó que ellos mismos tuvieran que llamar a los bomberos de Murcia, que sí lo lograron².

Así pues, se concluiría también que no existe culpa cuando la Administración carece de los medios suficientes para prever y evitar adecuadamente los daños producidos por incendios. Para lo cual se puede acudir a la jurisprudencia sobre la inexistencia de responsabilidad de la Administración de Justicia ante la denunciada tardanza en sentenciar de algunos de sus Tribunales, por falta de personal o defectos estructurales de la misma. Sin embargo, debe hacerse notar que, para eximirse de esa responsabilidad, los Servicios de Prevención y Extinción de Incendios Forestales han de poder acreditar que han actuado en el marco del tipo de actuaciones acordes con la extinción. Es importante insistir en que no se exige que se hayan adoptado las medidas que,

² A favor de no responsabilizar a la Administración por el uso de los medios de los que dispone, se puede citar la STSJ de Murcia núm. 209/2003 de 20 de junio.

extinguido el incendio se pudiese llegar a la conclusión de que fueron las mejores, sino que se han adoptado las que de acuerdo con la *lex artis ad hoc* en la actividad de extinción de incendios, contribuirían a controlar o extinguir el fuego. A título de ejemplo:

- Que han aplicado el principio de precaución rápidamente y han clasificado el incendio (en la escala de 0 a 3) y, en el caso de que catalogue de nivel 3 o cuando, aún siendo de menor nivel, se considere necesario, se solicite la intervención del Estado y del propio Ejército;
- Forzar la intervención de los retenes destinados a la extinción hasta lo físicamente exigible a estos profesionales: hay pruebas médicas que revelan cómo a la mayoría de ellos se les rajaron los labios y se les quemó la piel como consecuencia de lo cerca que llegaron a estar de las llamas; incluso a uno de ellos el fuego le sobrepasó y le cortó la retirada, salvando la vida gracias a una vaguada;
- Realizar cortafuegos siempre y cuando sea posible;
- Pedir auxilio a otras Comunidades Autónomas y a los servicios de extinción de incendios urbanos de los municipios afectados.

De todas formas, la Administración responde cuando, a pesar de tener medios limitados, intenta combatir *temerariamente* fuegos que resultan desproporcionados para su capacidad de extinción. Pero hay que probar esa temeridad³.

4.- No debería responder la Administración cuando el daño se ha producido por un funcionamiento normal de la Administración, pues cuando el daño no es consecuencia de un riesgo típico del servicio la Administración sólo debe responder si el servicio ha funcionado anormalmente.

³ Así ocurrió en el caso que resolvió la STSJ de Galicia núm. 147/2004, de 25 febrero, en el que, tras la firma de un convenio entre un Ayuntamiento y la Xunta, los operarios de extinción realizaban su trabajo sin encargado que les dirigiese, sin ropa adecuada y provistos sólo de una azada y un batefuego para cada uno, con resultado de muerte.

Considera el Tribunal que *los incendios forestales no son riesgos creados por la Administración, de manera que la misma sólo debe responder si el mal funcionamiento del servicio propició la propagación del incendio.*

De forma que el trámite de prueba es esencial para determinar si hubo o no un funcionamiento anormal del servicio, sin embargo resulta muy complejo pues no existen plazos estandarizados de actuación diligente, y también es difícil concretar el porcentaje de daño ocasionado por la Administración cuando efectivamente se probara la existencia de un retraso.

Ahora bien, se encuentran también sentencias como la STS de 7 de noviembre de 2000, Sala de lo Civil, en la que el Tribunal Supremo consideró que hubo responsabilidad del servicio de extinción de bomberos pues, a pesar de que lograron salvar a muchos de los clientes hospedados en un hostel en llamas, quedó probado que actuaron de manera desordenada, sin la destreza ni los medios adecuados: con ello, el Tribunal presumió que una actuación diligente hubiera salvado la vida de todos los huéspedes.

2.2- La ruptura del nexo causal: la fuerza mayor.

No existe relación de causalidad, y en consecuencia no hay responsabilidad administrativa cuando el daño se produce por **fuerza mayor**, o por la intervención de un tercero o de la propia víctima.

Se entiende por fuerza mayor un **acontecimiento imprevisible (dentro de los parámetros de lo razonable) e inevitable.**

La fuerza mayor entronca con la idea de lo extraordinario, catastrófico, desacostumbrado o insólito, **mientras que el caso fortuito —supuesto éste que sí trae consigo la obligación de indemnizar— hace referencia a aquellos eventos internos, intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza de sus elementos.** Se trata de un riesgo inherente a la actividad y que, por ello, debe ser asumido por el titular del servicio público, al margen de la intencionalidad o culpabilidad del sujeto.

Dado que en nuestro derecho la responsabilidad de la Administración tiene carácter objetivo, es ésta la que tiene que probar que en efecto existió fuerza mayor o posible dolo o negligencia de la víctima, suficientes para considerar roto el nexo de causalidad⁴. Un ejemplo paradigmático de caso fortuito es el que se ventila en el Dictamen 100/1999 del Consejo Consultivo de Canarias, donde el propio Servicio de Extinción de Incendios provoca un fuego durante un cursillo impartido a voluntarios forestales, que se les escapa de las manos y acaba dañando instrumentos científicos de una asociación científica alemana cercana al Observatorio Espacial del Roque de los Muchachos. Resulta claro que se trata de un evento interno del servicio, aunque el hecho pudiera haber ocurrido por azar.

Es muy frecuente que los incendios tengan como causa un caso fortuito (un rayo –los rayos no se consideran fuerza mayor, por su habitualidad-, un fuego mal apagado por el propietario o por un excursionista, una colilla tirada desde un coche en marcha, la concentración de rayos solares motivada por un trozo de cristal en el suelo, combustión espontánea de residuos por efecto del gas metano, etc.).

Para evitar casos fortuitos o reducir el riesgo de incendios provocados por actividades humanas, tanto Estado como CC.AA. pueden establecer **prohibiciones totales o parciales**. El artículo 54 bis de la Ley de Montes estatal permite a las Comunidades Autónomas regular el acceso público a los montes, para hacer compatible el derecho de los particulares a disfrutar del medio ambiente y la obligación de los poderes públicos de evitar incendios forestales.

A partir del Real Decreto-ley 11/2005, de 22 de julio, las Comunidades Autónomas dictaron una serie de disposiciones encaminadas a evitar en lo posible casos fortuitos producidos en años anteriores, provocados por actividades distintas que, por diferentes causas, acaban originando chispas o fuegos que terminan saltando a masas forestales contiguas y provocan catástrofes ambientales. Es general que se prohíba durante las épocas de mayor riesgo de incendios el uso de fuego en terrenos forestales y en zonas de influencia forestal, y en particular la quema de vegetación natural, quema de residuos

⁴ “pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia” (STSJ de Castilla y León, Valladolid, núm. 342/2006, de 15 de febrero).

agrícolas y forestales, encender fuegos para preparar comidas (incluso en áreas de descanso de la red de carreteras y zonas recreativas de acampada, aun estando habilitadas para ello).

Por lo que se refiere a la fuerza mayor en los incendios forestales, cabe traer a colación la STSJ de Castilla y León de 23 de mayo de 2003, en la que se llega a la conclusión de que sólo existe fuerza mayor excluyente de la responsabilidad de la Administración cuando la fuerza del viento hubiera aumentado repentinamente o cuando la dirección de éste hubiese cambiado de manera igualmente sorpresiva. En los demás casos se hace plenamente previsible la dirección y ritmo de avance de un incendio forestal, teniendo en cuenta la velocidad del viento, la orografía del terreno, el grado de sequedad del bosque y el combustible que éste puede consumir (forraje, matorral, arbustos, etc.), que no deben escapar al discernimiento de un agente forestal de la Administración.

Precisamente sobre el viento se pronuncian varias sentencias, que señalan que por naturaleza, es cambiante y movable, por lo que un viento que concurra en un incendio para que pueda dar lugar a fuerza mayor debe ser algo más que una simple racha de viento fuerte. En ocasiones una racha de viento fuerte se quiere presentar como imprevisible por la Administración, pero los Tribunales han señalado que no es lo mismo un viento imprevisto que un viento imprevisible, ya que cierta imprevisibilidad siempre es una constante en esta fuerza de la naturaleza (STSJ del País Vasco núm. 704/2004, de 2 de julio). En STSJ de Cantabria de 28 septiembre 2001 se descarta la fuerza mayor porque los vientos fueron previstos por el Servicio de Meteorología y eran conocidos por la Administración.

Podríamos decir que incluso los elementos inicialmente ajenos o extraños al actuar administrativo, tales como el viento o la orografía del lugar, cuando no fueron previstos por la Administración, dejan de ser fuerza mayor para convertirse en elementos determinantes de una actuación culposa de la misma, ya que debió haberlos previsto, dada la peligrosidad de la zona en cuanto al riesgo de incendios, la época del año, más o menos propicia a la producción y extensión de un incendio, etc.

En resumen, procede la indemnización cuando la causa remota de los daños se encontrara en un evento externo cuyas consecuencias lesivas inmediatas para los

particulares no han sido combatidas o atenuadas adecuadamente por la actuación de los servicios públicos

Conclusión general sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. En general, la jurisprudencia sólo se ha mostrado favorable a entender la responsabilidad de la Administración cuando se dan circunstancias flagrantes, de grave irresponsabilidad, que determinen el incumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer establecidas claramente en las normas, y así quede probado por parte del reclamante.

3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INGENIERO DE MONTES

3.1. Consideraciones generales sobre la responsabilidad penal.

En el apartado de introducción se ha puesto de relieve la importancia práctica de la exigencia de responsabilidad por la vía penal en estos supuestos. Es por ello que se considera conveniente, antes de abordar los diferentes delitos en que se podría llegar a incurrir en relación con un incendio forestal, ofrecer unas nociones básicas sobre la responsabilidad penal.

3.1.1. Introducción sobre el derecho penal

“Quien comete un delito es responsable del daño y perjuicio causado y por ello se le obliga a cumplir un castigo: es la responsabilidad penal”

El Estado, a través del Poder Legislativo, que reside en las Cortes Generales, tiene la competencia exclusiva para dictar las leyes penales (Art. 149.1.6ª de la Constitución, en adelante CE); sin que lo puedan hacer las Comunidades Autónomas.

Esto se debe a que toda ley que desarrolle derechos fundamentales debe revestir la forma de Ley Orgánica que exige para su aprobación contar con el apoyo de la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto (Art. 81.1 CE). Entre estos derechos fundamentales se encuentra reconocido el derecho de toda persona a la libertad no pudiendo ser nadie privado de la suya sino con la observancia de lo establecido en el artículo 17 CE y en los casos y en la forma previstos en la Ley Orgánica que desarrolle este derecho fundamental y que contenga penas de privación de libertad (Ley Orgánica por la que se aprueba el Código Penal, en adelante CP);

Esa pena sólo podrá ser impuesta al ser condenado en una sentencia firme y ejecutada por los Jueces y Tribunales predeterminados por la Ley al finalizar el proceso penal público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, según declara el artículo 24 CE en relación con el artículo 117 CE (Derecho a la tutela judicial efectiva); y sólo por acciones u omisiones que en el momento de producirse constituyan delito o falta, según

la legislación vigente en aquel momento (Artículo 25 CE), lo que necesariamente exige, conforme con el principio de legalidad proclamado en el artículo 9 CE, junto con el artículo 91 CE **que la norma penal sea y esté escrita, aprobada, promulgada, publicada en el Boletín Oficial del Estado y en vigor previamente a la realización de los hechos que se prohíben y que se pretenden sancionar con una pena.** Tanto los hechos punibles como la pena que les corresponde deben estar claramente definidos en la norma penal.

Los representantes del pueblo español, en las Cortes, pretenden mediante la aprobación de normas penales proteger aquellos bienes que en cada momento considera más importantes para la Sociedad (a partir de dotarle de protección legal ese bien se considera un bien jurídico). Pero, teóricamente, sólo de los ataques más severos, no de cualquier ataque. En efecto, el ordenamiento jurídico penal está sometido al “principio de intervención mínima”, el derecho penal debe ser el último en intervenir, sólo cuando otras normas, de otros ordenes jurídicos como el administrativo o el laboral no son capaces de neutralizarlos.

No obstante, estas afirmaciones pueden crear cierta confusión pues el mecanismo, el proceso penal, se pone en marcha desde que existen indicios de la comisión de un delito y el resto de órdenes jurisdiccionales quedan sometidos a lo resuelto por los jueces y tribunales penales. La puesta en marcha del proceso penal, mediante una denuncia o querrela, aboca a los afectados al sufrimiento real que supone un proceso penal aunque, al final del mismo, se declare la falta de responsabilidad penal.

En suma: mediante las normas penales, se prohíbe a las personas realizar determinadas conductas “perfectamente” descritas o se obliga a hacer otras, de tal forma que si una persona las lleva a cabo o no las acomete cuando se le exige, estará cometiendo un delito o una falta y por ello podrá ser castigado con una pena. Tanto los hechos prohibidos como la pena deben estar “perfectamente” definidos en la norma penal.

3.1.2. Norma penal completa, norma penal en blanco.

“Son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley” (Art. 10 CP). Esta es una exigencia de la Constitución (art. 25): No existen hechos punibles, es decir que se puedan castigar, si en el momento de producirse no constituyen delito o falta, según la legislación vigente en ese momento. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 1.1 CP: *“No será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración”*.

Un delito contiene una conducta prohibida o que se obliga a realizar y un castigo, una pena. Al primero se le denomina supuesto de hecho, al segundo consecuencia jurídica (dentro de las consecuencias jurídicas también se encuentra, además de la pena, la medida de seguridad a la que luego nos referiremos). Un delito o una falta se encuentran encuadrados en una norma penal, un precepto penal o un artículo del Código Penal tratando a estos tres conceptos como sinónimos para una más fácil explicación.

Ahora bien, no todo es tan sencillo, sobre todo en el campo en el que se desenvuelve un ingeniero de montes cuando ejerce su profesión y por cuya actuación podría cometer delitos y faltas. La técnica para crear normas penales, para “crear” delitos, es doble: primera, la deseable a todas luces por la seguridad jurídica que lleva aparejada, la “norma penal completa”; la segunda, impregnada de riesgos e inseguridad jurídica, la “norma penal en blanco”, insistimos, importantísima para un ingeniero de montes en su actividad profesional.

La **norma penal completa** es aquella que describe claramente el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica, su pena y/o medida de seguridad. Ambos componentes se encuentran previstos en la propia norma, en el mismo precepto o artículo del Código Penal. Un ejemplo claro, lo encontramos en el artículo 138 CP, que recoge el delito de homicidio, en el que se dice:

“El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”

En esta norma observamos que se contienen los elementos del delito perfectamente definidos: 1º) el supuesto de hecho prohibido, la conducta prohibida, “*matar a otro*”. 2º) la pena que se impondrá a quien se declare culpable como autor del delito de homicidio, prisión de 10 a 15 años. Así pues, con este precepto no se generan dudas sobre las consecuencias de la acción consistente en matar a otra persona.

No ocurre lo mismo con la **norma penal en blanco** que se define como aquella que para configurar o completar el supuesto de hecho tiene que acudir, de manera expresa, a otras normas de otro ordenamiento jurídico. **La norma penal se completará con normas de otras ramas del ordenamiento jurídico**, normas que en el terreno que se mueve un ingeniero de montes son abundantes y cambiantes continuamente (normas de protección de los trabajadores, normas forestales, sobre el medioambiente, normas sobre protección civil, o específicamente relativas a los incendios). Veamos, como ejemplo, uno de los delitos contra los derechos de los trabajadores, previsto en el artículo 316 CP:

“Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

Para tener el delito completo hay que acudir a las normas de prevención de riesgos laborales, normas ajenas al ordenamiento penal. Así podremos configurar el supuesto de hecho, el primer elemento del delito, que en este caso además, no consiste en hacer algo prohibido sino en no hacer algo a lo que se viene obligado por las normas de prevención (omisión). No basta cualquier infracción de éstas normas para diseñar el supuesto de hecho, sino sólo aquellas relativas a la provisión de medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas adecuadas que de otra forma pondrían en peligro grave su vida, salud o integridad física, como dice el Código Penal.

Con esta norma ajena al derecho penal tendremos el primer elemento completado; el segundo, la pena, siempre tiene que venir expresado en la norma penal: aquí, al responsable penal se le castiga con prisión de seis meses a tres años y multa.

La existencia de estas normas en blanco plantea una dificultad adicional y es que los jueces y magistrados que instruyen y juzgan estos hechos no suelen conocer esta normativa ajena al derecho penal, lo que provoca una cierta inseguridad que puede volverse contra los imputados.

Por último, debemos citar las **normas penales incompletas que no debemos confundir con las penales en blanco**. Estas sirven como complemento de otras o como aclaración del supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de una norma penal completa, y su existencia responde a razones de técnica y economía legislativa. Basten como ejemplos los siguientes: 1) las causas que eximen de responsabilidad criminal que deberán ponerse en relación con la comisión de unos hechos previstos como delitos (mata a otro en legítima defensa); 2), la extensión de la pena con una accesoria de inhabilitación absoluta cuando la pena de prisión sea igual o superior a diez años (art. 55 CP) necesitándose a su vez del artículo 41 que define la inhabilitación absoluta.

3.1.3. Elementos del delito. Imprudencia profesional. Delito consumado y tentativa de delito.

Responsable penal es quien es condenado a una pena como autor de un delito. Antes se ha recogido la definición de delito y se ha avanzado sobre ella. Procede ahora detenerse en la misma: *“Son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”* (Art. 10 CP) completada con el artículo 1 CP: *“No será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración”*. Lo cual requiere explicar brevemente los **elementos del delito**:

1º) **Acción** es aquel acto humano consciente y libre, realizado por una persona en pleno uso de sus facultades, dependiente de su voluntad, y tendente a un resultado, que viene a ser una consecuencia de aquella. La acción será delictiva cuando suponga la realización de un supuesto de hecho punible penalmente. Se castiga la acción no el

resultado, la consumación completa y la tentativa (artículos 15 y 16 CP) que después veremos. No obstante debe existir relación de causa- efecto (conocida como relación de causalidad) entre el supuesto de hecho y el resultado. Se condena a aquel que pone en marcha los actos necesarios para matar a otro aunque finalmente no lo consiga.

2º) Omisión es la no ejecución de un hecho positivo que se tiene el deber de realizar, conteniendo como elementos fundamentales un acto de voluntad, una conducta inactiva y un deber jurídico de obrar. El sujeto debe estar en situación de poder hacerla, es decir debe existir la posibilidad de llevar a cabo una acción que es la que omite y que por omitirla crea una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido (Art. 11 CP).

Así una persona puede ser condenada por la simple infracción de un deber de actuar, en el sentido más simple en cuanto al nivel de exigencia (por ejemplo, omitir el deber de socorro, regulado en los artículo 195 y 196 CP); o cuando se produce un resultado delictivo previsto inicialmente en la norma penal como consecuencia de una acción pero que en esta ocasión se produce por la inactividad del sujeto condenado que ha omitido el cumplimiento de una obligación que tenía que llevar a cabo (podemos citar como ejemplo el ya referido del artículo 316 CP cuando quien estando obligado a dotar a los trabajadores de los medios legalmente establecidos en las normas de prevención de riesgos laborales, no facilita los medios necesarios para que éstos desempeñen su actividad sin poner en peligro grave su vida, salud o integridad física).

3º) Dolo quiere decir que se conoce que una acción u omisión es constitutiva de delito y a pesar de ello se quiere llevar a cabo. Dos son los elementos integrantes del dolo: el intelectual (el sujeto de la acción debe saber que lo que hace es un delito), y el volitivo (además de saber que aquello es delito, debe querer hacerlo). Es suficiente para que concorra dolo que el sujeto pueda “sospechar” que lo que está haciendo no está bien, que podría ser castigado penalmente; no es necesario que conozca el Código Penal (el artículo 6.1 del Código Civil establece que “*La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*”).

Se considera dolo no sólo cuando el sujeto ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión o los resultados ligados a ella de modo necesario: el sujeto quiere ejecutar la acción y lograr el resultado (dolo directo) sino también cuando aunque no quiere un probable resultado consecuencia de su objetivo lo acepta como necesariamente unido al resultado principal que pretende (dolo directo de segundo grado); e incluso cuando el sujeto no quiere el resultado, pero lo ve como probable al hacer algo, que en todo caso lo admite arriesgándose y aceptando sus consecuencias y en lugar de renunciar a la acción, la lleva a cabo; existe una elevada probabilidad de que se produzcan esas consecuencias no queridas (dolo eventual). Este último supone la frontera con la imprudencia.

Tanto si concurre dolo como imprudencia el delito existe pero la pena será menor en el segundo caso. Pero si la imprudencia es profesional la pena será menor que si fuera dolosa pero mayor que una imprudencia común (no derivada de la actuación profesional) a la que se sumará algún tipo de inhabilitación para ejercer.

Cuando un sujeto quiere matar a otro y hace todo lo necesario para conseguirlo concurre dolo directo o de primer grado. Si para matar a otro, existe la posibilidad de que muera un tercero, y lo acepta como inevitable para conseguir su objetivo, concurrirá dolo directo de segundo grado. El dolo eventual, lo encontramos por ejemplo en un atraco a mano armada a un banco: el atracador quiere robar no matar pero al atracar con armas de fuego, sabiendo que las entidades bancarias disponen de personal de seguridad, acepta esa posibilidad que desde luego no parece remota; Otro supuesto es el del conductor que circula por una autopista en sentido contrario por una apuesta. Quiere ganar un dinero, ni matar, ni matarse.

4º) Imprudentes son las acciones u omisiones realizadas sin el cuidado necesario produciendo un resultado prohibido. Supone por tanto, por un lado, una lesión o quiebra del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar, atendiendo al cuidado medio de la sociedad y cuando se esté por debajo de ese umbral se entenderá que se actúa imprudentemente. Hay una negligencia, imprudencia, en la actuación realizada. En el delito imprudente es fundamental saber como se realizó la acción, quién actuó negligentemente, el autor o la víctima.

Los delitos imprudentes corren parejos especialmente con la omisión personal del autor, sin perjuicio de que la imprudencia se produzca por una acción de su autor; los comete quien teniendo una obligación que cumplir, un hacer profesional, no lo hace por descuido o negligencia, al no guardar todo el cuidado debido y exigible, más en actividades de riesgo, dando lugar a resultados de grave daño para los bienes materiales o personales de terceros amparados por la ley penal. La imprudencia puede ser grave, que se produce en el ámbito del delito, y leve en la esfera de las faltas. La trascendente, la primera, se da cuando el peligro es tan evidente que resulta previsible a cualquiera sin que se exija para ello especiales conocimientos o atención y si las precauciones a tomar eran también claras para la mayoría de las personas y realizables normalmente.

La imprudencia profesional. En el caso del profesional, la imprudencia constituye en sí misma una ruptura grave con el buen quehacer de la actividad profesional del infractor. Determinados profesionales, como pudiera ser un ingeniero de montes, en determinados momentos de su actividad profesional pueden tener, como así ocurre a menudo, unas obligaciones legales y contractuales específicas de actuación, que si no cumple, actuará de manera imprudente, pudiendo ser reo de un delito o una falta por imprudencia al que se le impondrá una pena (no facilitar a los operarios a su cargo los trajes o herramientas adecuadas, en buen estado y suficientes para labores de extinción o no estar pendientes de que se haga sería negligente). Por el contrario, no será imprudente si actúa correctamente, con diligencia. Su buen hacer profesional es una garantía para todos, tiene una **posición de garante**. Cuando se producen resultados indeseables sobre bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, por ejemplo muertes, se entenderán cometidos por omisión equiparada a la acción (comisión por omisión, artículo 11 CP), si quien está en posición de garante no lo evita infringiendo el especial deber de cuidado que según las normas debiera observar: quiebra su posición de garante que le viene atribuida.

Su especial condición de ingenieros, hace que las propias competencias que su titulación y normas les atribuyen – de dirección y control, de seguridad en el trabajo, por ejemplo -, sean también sus obligaciones, de tal manera que deben corregir cualquier anomalía. No hacerlo, debiendo, rompe con su posición de garante: es imprudente, con probable trascendencia penal. Y ello aunque esta posición de garante

puede quedar mediatizada por otras circunstancias, por ejemplo si se ha incumplido la obligación por el empresario de facilitar los elementos de protección a los trabajadores.

El delito imprudente no se castiga siempre sino sólo cuando expresamente lo disponga la Ley (art. 12 CP), es decir, se establece un sistema de *numerus clausus*. Por ejemplo, cabe el homicidio imprudente, y también el homicidio por imprudencia profesional, que se contempla en el artículo 142.3 CP para anudarle también como consecuencia la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión.

Delito consumado y tentativa de delito Se castigan los delitos consumados y la tentativa delictiva (artículo 15 CP).

Es **delito consumado** el que se produce cuando el hecho delictivo ha llegado a su completo desarrollo y se ha producido el mal material y moral en que consiste. Por ejemplo: una persona quiere incendiar un monte, le prende fuego consiguiendo su objetivo. Se logra el propósito de incendiar un monte, prohibido en el artículo 352 CP.

Se dice que existe **tentativa** cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor (artículo 16 CP). Es una norma penal incompleta que debe ponerse en relación con otros preceptos penales. El mismo ejemplo anterior es válido pero en este caso no llega a producirse el incendio forestal por causas ajenas al incendiario.

La consumación es más grave que la tentativa pues en el primer caso se logra lesionar efectivamente o de manera plena el bien jurídico protegido que se ataca, mientras que en el segundo puede que ni siquiera se llegue a lesionar poniéndolo, quizás, sólo en peligro. Se castiga una conducta que pretende un delito. La pena establecida en la ley penal es la que se impone a los autores de un delito consumado (artículo 61 CP); y la de un delito intentado se calcula a partir de ésta y será inferior a aquella (artículos 62 y 63 CP), salvo que la tentativa se halle especialmente penada por la ley (artículo 64).

Pero no hay que confundir tentativa con imprudencia. En la tentativa se quiere cometer un delito, no se consigue el resultado, pero existe dolo, el mismo que en el delito

consumado. En la imprudencia concurre negligencia o dejación del deber de cuidado. No cabe la tentativa por imprudencia.

3.1.4. Las penas y otras consecuencias. Especial mención a la inhabilitación profesional.

Las penas previstas en el Código Penal pueden ser privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa (artículo 32 CP).

Se clasifican, por su naturaleza y duración, en graves, menos graves y leves (artículo 33 CP).

Las penas pueden imponerse como principales o como accesorias. La pena accesoria acompaña a la principal y su duración no puede ser superior a ésta.

Nos interesa resaltar las siguientes penas por su gravedad y por su relación con el ejercicio profesional del ingeniero de montes:

3.1.4.1. Penas privativas de libertad

De las **penas privativas de libertad** (prisión, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa) la más grave de las previstas en los artículos que se van a analizar en este informe es la de **prisión**, que supone la privación de libertad para el imputado y condenado, el encarcelamiento.

La pena de prisión no superior a dos años podrá quedar en suspenso mediante resolución motivada del juez competente que no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de los hechos tipificados (artículo 80 CP). El mismo Código, en el artículo 81 condiciona la suspensión de la pena a que: 1º) el condenado haya delinquirado por primera vez sin que se tengan en cuenta condenas anteriores por delitos imprudentes ni los antecedentes penales cancelados o que debieran haberse cancelado. 2º) que la pena o suma de las penas no superen a dos años sin incluir la derivada por impago de multa a la que hubiera sido condenado en un proceso penal. 3º) se hayan satisfecho las responsabilidades civiles salvo que el juez declare la imposibilidad de que el condenado haga frente a las mismas. Además, para mantener la suspensión será preciso que durante el plazo de suspensión de la pena el condenado no delinca nuevamente (en el artículo

83 CP asimismo se condiciona la suspensión al cumplimiento de otras obligaciones o deberes fijados por el juez, en su caso, como acudir a determinados lugares o aproximarse a la víctima.) Una vez transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido se acordará la remisión de la pena (artículo 85 CP).

Las penas privativas de libertad pueden ser sustituidas por otras siempre que no excedan de dos años (artículo 88 CP).

3.1.4.2. Penas privativas de derechos

Las **penas privativas de derechos** suponen la privación o restricción de un derecho. De las nueve que recoge el artículo 39 CP, nos interesa destacar, por resultar en ocasiones más gravosa incluso que la pena de prisión -que puede suspenderse como se ha apuntado- la de **inhabilitación absoluta** (artículos 40.1 y 41 CP) que supone la privación definitiva de todos los honores, **empleos y cargos públicos** que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtenerlos y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo que dure la condena.

Se pierde, a tenor de lo dispuesto por el artículo 63 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril), la condición de funcionario, aunque podrá rehabilitarse con carácter excepcional por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas, según prevé el artículo 68 del mismo Estatuto.

Una vez se cumpla la condena podrán obtenerse otros, incluso los mismos, conforme al artículo 41 y 130 CP. Esta pena podrá tener una duración general de entre seis y veinte años.

La **inhabilitación especial para empleo o cargo público** (artículos 40.1 y 42 CP), prevista como pena principal en ciertos delitos especiales contra la Administración Pública cometidos por funcionarios, y en otros como accesoria, viene a ser una inhabilitación absoluta pero referida a empleos o cargos públicos en concreto. Existe la obligación para el juez o tribunal sentenciador de especificar el objeto de la inhabilitación en el que deben incluirse los empleos o cargos análogos. La concreción de empleo o cargo público debe entenderse como aquellos que lleven consigo el ejercicio de una función similar a la propia del cargo sobre el que ha recaído la inhabilitación especial (STS 20 de abril de 1995). Puede extenderse de tres meses a

veinte años. Recordar que cuando esta pena tiene naturaleza accesoria la inhabilitación durará como máximo el tiempo de la principal (Auto de 2 de noviembre de 1994).

La **suspensión de empleo o cargo público** (artículos 40.1 y 43 CP), es una pena distinta de la inhabilitación. Se refiere al ejercicio del empleo o cargo público mientras dure la condena. No hay extinción de la condición de funcionario y una vez cumplida aquella deberá solicitar el reingreso.

Por último, la **inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho** (artículo 40.1 y 45 CP) que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena. Lo único que habrá de tenerse en cuenta es si en alguno de los Estatutos de la profesión para la que se ha sido inhabilitado se prevé la expulsión o suspensión como colegiado u otro efecto de esta índole. Puede ser de tres meses a veinte años.

3.1.4.3. Responsabilidad civil ex delicto

La **responsabilidad civil ex delicto** (derivada del delito) no es una condena penal, sino civil que se impone por la comisión de unos hechos tipificados como delito. Con ella se busca reparar a la víctima y perjudicados por los efectos del delito causados. Se rige por los principios civiles siendo transmisible a terceros y renunciable: en definitiva disponible por los perjudicados. El artículo 1902 del Código Civil dice que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal.

Esta responsabilidad se regula en el Título V del Código Penal que comprenden los artículos 109 a 126. Su contenido implica la restitución del bien dañado, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determine; la reparación del daño, que consistirá en obligaciones de dar, hacer o no hacer, atendiendo a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinado si deben cumplirse por él mismo o por tercero. En tercer lugar incluye la indemnización por daños y perjuicios materiales y morales que comprenderá no solo los causados al agraviado, sino a los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.

Es importante destacar que no sólo son responsables los responsables o autores del delito. También pueden serlo terceros, de manera subsidiaria, como las aseguradoras,

las personas jurídicas o las Administraciones Públicas. Además opera un juego de reparto de la indemnización en caso de ser varios los responsables penales con responsabilidad civil.

3.1.4.4. Medidas de seguridad

También hay que hacer referencia a las **medidas de seguridad**: no son propiamente una pena, sino que se trata de una consecuencia jurídica del delito distinta de la pena, y basada en la peligrosidad de su autor (artículo 6.1 CP). Para poder aplicarse será necesario que el sujeto haya cometido unos hechos delictivos y que exista probabilidad futura de que el sujeto vuelva a delinquir (artículo 96 CP). No podrán resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena señalada al hecho cometido (artículo 6 CP). En situaciones normales no deberían imponerse a un ingeniero de montes por su actividad profesional (ejemplos: internamiento en centro psiquiátrico; prohibición de acercarse a la víctima, inhabilitación profesional).

Para cerrar este apartado, hay que decir que no se puede castigar por los mismos hechos dos veces, salvo que el fundamento de la pena y la sanción sea distinto, en aplicación del principio conocido como "*non bis in idem*". Este principio juega cuando unos mismos hechos se pueden considerar como un delito y también como una infracción administrativa, porque impide que el mismo hecho sea castigado por las dos vías.

El art. 133 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) establece que no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Pero sí podrán sancionarse aquellos otros en los que aún apreciándose identidad de sujeto y de hecho, su fundamento sea distinto (STC 2/1981). Por ejemplo, en vía penal se castiga la muerte por imprudencia de una persona y en vía administrativa se inhabilita al funcionario por no haber impedido hacer fuego cuando estaba prohibido.

Este principio se complementa con el de preferencia de la jurisdicción penal, según el cual la Administración está sometida a las resoluciones judiciales penales, no al contrario, por lo que no podrá iniciar un procedimiento sancionador o deberá suspender el que tuviera en marcha hasta que el juez penal resuelva.

3.1.5. Personas responsables penalmente: autoría.

Responsable penal o criminal de un delito o una falta lo serán los autores y los cómplices (artículo 27 CP).

Autor; es aquel que realiza el hecho punible por sí solo, con otros o incluso por medio de otros de los que se sirve como instrumento; también el que induzca directamente a otro u otros a ejecutarlo, y los que cooperen a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado el hecho punible (artículo 28 CP). Procede aquí recordar por la relevancia que puede tener para el ingeniero de montes, que también se es autor de un delito por imprudencia.

Cómplice es aquel que, no encontrándose en la descripción que hace el artículo 28 CP, coopera a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos (artículo 29 CP).

También será considerado responsable penalmente a título personal el que actúe como **administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro**, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre (artículo 31 CP). La persona jurídica, una empresa o la Administración no pueden ser responsables penales. Para que no escape la actuación atribuible a ella y alguien pudiera parapetarse tras ésta, el derecho penal persigue, por la comisión de delitos, a quienes toman la decisión de las actividades que causan los daños.

Hay delitos que los puede cometer cualquier persona, tenga la condición o cualidad que tenga. Sin embargo, hay otros que sólo pueden ser realizados por quienes ostentan una determinada peculiaridad (delitos especiales), como es el caso de los funcionarios públicos. Lo característico es que estos delitos tienen una mayor condena para los condenados. Sin embargo, en nuestro caso es conveniente saber que el concepto de funcionario público en el ámbito penal es más amplio que en el administrativo; sin tener esa condición de personal administrativo, se puede considerar como tal a efectos

penales. El Código Penal, en su artículo 24 define **Autoridad** al que por sí sólo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tengan mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de la Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. *Se considerará funcionario público* todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas.

El Tribunal Supremo en numerosas sentencias, (6 de febrero de 1995, 20 de octubre de 1994 y 13 de junio de 1995) mantiene a este respecto el siguiente criterio: *“...que la cualidad de funcionario, a efectos penales no puede subordinarse, ni hacerse depender de su vinculación o calificación administrativa, ni de las definiciones contenidas en las normas reguladoras en su relación con la Administración Pública, (...) sino que ha de atenderse al art. 119 del CP (es el nuevo artículo 24 CP), que solo hacen depender tal cualidad del hecho concreto y real que una persona se halle participando más o menos permanente o temporalmente, habiendo sido designado para ello en el ejercicio de funciones públicas”*. Téngase en cuenta que el propio precepto señala *“Se considerará funcionario público”*, en lugar “es” funcionario público. A efectos penales no sólo se considera funcionario el que tenga esa condición en propiedad, sino también al personal laboral al servicio de la Administración y todo aquel que participe en funciones públicas. La STS de 25 de marzo de 1996 dice que a efectos penales, se es funcionario público, cuando se participa del ejercicio de funciones públicas siempre que ello sea así por disposición inmediata de la ley, por elección democrática preestablecida o por nombramiento de autoridad competente. Han sido considerados funcionarios los empleados de una entidad bancaria cuando recaudan impuestos o los trabajadores de una empresa privada de ambulancias que están ligadas al servicio público sanitario atendiendo a usuarios de la Seguridad Social

Por lo que ahora interesa, hay ingenieros que tienen la condición de funcionarios; hay otros que pueden ser considerados funcionarios de hecho.

3.1.6. Determinación de la responsabilidad penal.

La responsabilidad penal se determinará en el seno de un proceso penal. Los juzgados y tribunales tienen la misión de averiguar si se ha cometido un delito, una acción prohibida u omisión, qué resultado se ha producido, y relación de causalidad entre esa acción u omisión y el resultado producido (nexo causal) y quienes son los autores, a quienes se les impondrá una pena, o se les dejará libres, absolviéndolos, En el momento de determinar la pena se considerará la participación de cada persona en el delito y la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de forma individual porque la agraven (artículo 22 CP) porque la atenúen (artículo 21) o incluso eximan de la responsabilidad penal (artículo 20 CP). En la sentencia también se impondrán las responsabilidades y responsables civiles.

Para llegar a ello, a partir del conocimiento de unos hechos que pudieran ser delictivos, un juez de instrucción iniciará una fase conocida como **de instrucción** para la averiguación de los hechos y de los autores, practicando y reuniendo las pruebas que entienda necesarias y que puedan existir (por denuncia o actuaciones preliminares de la policía o el fiscal). En este momento podrá requerir a los imputados, denunciados, querellantes o terceros conocedores de los hechos para que presten declaración o requerirá los documentos relacionados con los hechos, así como informes periciales, forenses etc.

Esta fase es muy importante y hay que tener cuidado y prepararla antes de ser llamado por la Policía, Guardia Civil, Administración Pública, Ministerio Fiscal o Administración de Justicia para prestar declaración o entregar documentos etc. Sería conveniente reunir todos los datos posibles, no solo sobre el siniestro en sí, sino lo que se tenga anterior a los hechos producidos para poder estar en condiciones de responder adecuadamente ante estas instancias y contar con el asesoramiento adecuado. En ocasiones respuestas incompletas pueden desembocar en posiciones adversas. En esta fase se podrán tomar medidas cautelares.

Hay que intentar que la fase de instrucción termine con el archivo de la causa penal por no haber indicios de delito. Hay que trabajar con diligencia, cumpliendo y haciendo cumplir las normas y dejar constancia de ello. Es la mejor defensa. Por eso hay que

prestar especial atención a las declaraciones ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y jueces. En esta fase el implicado puede aportar datos y documentos encaminados o que favorezcan su inocencia (a pesar de la presunción de inocencia).

El juez decidirá en un auto en el que ordenará continuar el procedimiento abreviado por delito, juicio de faltas o decretará el sobreseimiento provisional. Si decide continuar el procedimiento abreviado, determinará los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se les imputen y ordenará que se entregue copia de las diligencias previas al Fiscal, y acusaciones particulares para que soliciten la apertura del juicio oral y formulen escrito de acusación o sobreseimiento en el que propondrán las pruebas que consideren. El juez de instrucción acordará la apertura del **juicio oral** pudiendo adoptar medidas cautelares. Luego dará copia de todo al imputado para que presente escrito de defensa. El secretario del juzgado remitirá las diligencias al de lo penal para que enjuicie los hechos. Se convocará a las partes a juicio en el que se practicarán las **pruebas** para después dictar **sentencia**.

3.2. El delito de incendio forestal por imprudencia grave

El CP vigente dedica el Capítulo II (“De los incendios”), Título XVII (“De los delitos contra la seguridad colectiva”), Libro II a la regulación de los diferentes tipos del delito de incendio, situándolos al lado de los delitos contra la salud pública y contra la seguridad en el tráfico.

Su situación pone de relieve cuál es el bien jurídico que se trata de proteger, esto es, la seguridad colectiva, sin perjuicio de que se tutelen también intereses patrimoniales. De hecho, la jurisprudencia vino calificándolos como delitos mixtos de daño y peligro.

Ocho son los artículos que recogen las conductas sancionadas penalmente, en función del peligro que comportan y el tipo de bienes que pueden ser objeto de incendio.

- Incendios que comporten grave peligro para la vida o integridad física de las personas: artículo 351 CP
- Incendios forestales: artículo 352 CP (tipo general); artículo 353 CP (subtipo agravado); artículo 354 CP (subtipo atenuado).
- Incendios no forestales: artículos 356 y 357 CP.

- Incendios por imprudencia: artículo 358 CP.

En el presente epígrafe estudiaremos la exigencia de responsabilidad penal por el delito de incendios en montes o masas forestales causado por imprudencia grave. Es decir, limitaremos el análisis a los artículos 352 a 354 CP en relación con el artículo 358 CP⁵.

En el epígrafe 1.1. de este informe se recogieron los tres supuestos en que se puede relacionar a un ingeniero de montes con la responsabilidad por un incendio. El primero de los que se mencionaban era el del profesional que dirige tareas forestales que pueden ser el origen de un incendio, por ejemplo al saltar una chispa de una máquina, o al extenderse un fuego empleado para la eliminación de residuos de trabajos forestales. Como se examinará más adelante, en este supuesto se puede considerar que la actuación es susceptible de calificarse como un delito de incendio por imprudencia grave.

En cuanto a los dos supuestos restantes, hay que comenzar por advertir, que resulta prácticamente imposible encajar la actuación de un ingeniero al desarrollar funciones de extinción con la causación por imprudencia de un incendio, pues es un elemento esencial del tipo que el fuego se provoque, lo que no se daría en estos supuestos. Cuestión distinta es que los órganos jurisdiccionales penales, en ocasiones, planteen la comisión de este delito en relación con actuaciones de extinción, como se examina más adelante. Sin embargo no se conoce hasta la fecha ninguna condena en este tipo de supuesto.

3.2.1. Incendios forestales con imprudencia grave. Análisis de los artículos 352 y 358 CP.

Como regla general, un incendio forestal acontecido con ocasión o a consecuencia del ejercicio de las funciones será imputable a un ingeniero de montes en caso de haber obrado aquél con imprudencia grave. Es por ello que el auto de procesamiento hablará de *“un delito de incendio forestal cometido por imprudencia grave, previsto y penado en el artículo 358 del Código Penal en relación con el artículo 352 del mismo texto legal”*⁶.

⁵ Los incendios no forestales quedan al margen del presente trabajo. El tratamiento del delito de incendio imprudente en masas forestales que comporte peligro para la vida o integridad física de las personas (art. 351, 352 CP) corresponde a otra parte del estudio.

⁶ Si la conducta del ingeniero se incardinase además en algún otro delito, el procesamiento podrá extenderse a ellos. A título de ejemplo, citemos los delitos contra las personas (homicidio, lesiones...), los

El análisis de dicha responsabilidad criminal presupone establecer, en primer lugar, cuándo se comete un delito de incendios forestales y en segundo lugar, cuándo se comete por imprudencia grave. Es decir, estudiar los artículos 352 y 358 del Código Penal y la relación entre ellos.

3.2.2. El delito de incendios forestales. Tipo general.

Artículo 352:

“Los que incendiaren montes o masas forestales, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y multa de doce a dieciocho meses.

Si existió peligro para la vida o integridad física de las personas, se castigará el hecho conforme al dispuesto en el artículo 351, imponiéndose, en todo caso, la pena de multa de doce a veinticuatro meses”.

El artículo 352, párrafo 1º es una norma penal en blanco, pues el concepto de ‘monte o masa forestal’ se encuentra en la Ley de Montes vigente.

Es importante la distinción pues el delito de incendio forestal recae sobre "montes o masas forestales" (artículo 352, con agravaciones y atenuaciones en sus artículos 353 y 354). Por el contrario, los no forestales recaen sobre "zonas de vegetación no forestales", siendo castigados en el artículo 356. Por tanto, resulta esencial delimitar entre "montes o masas forestales" y "zonas de vegetación no forestales", para lo que es preciso acudir a la normativa forestal⁷.

delitos contra el medio ambiente, contra la seguridad de los trabajadores o contra el patrimonio cultural. Apuntemos que la condena por el delito de incendios y alguno de los citados (u otros) puede dar lugar a la imposición de la pena fijada para el delito más grave (concurso ideal; artículo 48 CP) o bien a sumar a dicha pena la consideración de los otros delitos como circunstancias agravantes (artículo 50 CP).

⁷ SAP de Burgos, 137/2006, de 13 de octubre:

“...los montes o terrenos forestales..., comprenden toda superficie rústica cubierta de especies arbóreas, arbustivas, de matorral, o herbáceas, de origen natural o procedente de siembra o plantación, que cumplen funciones ecológicas, protectoras, de producción, paisajísticas o recreativas. Se deberán entender, igualmente, incluidos dentro del concepto legal de montes los enclaves forestales en terrenos agrícolas y aquellos otros que, aun no reuniendo los requisitos señalados anteriormente, queden adscritos a la finalidad de su transformación futura en forestal. Por el contrario no tendrán la consideración legal de terrenos forestales los dedicados a siembras o plantaciones características de cultivos agrícolas, los suelos clasificados legalmente como urbanos y urbanizables programados o aptos para urbanizar y las superficies dedicadas a cultivos de plantas ornamentales y viveros forestales. Por el contrario se deberán considerar incluidos en el concepto del artículo 352 los enclaves forestales en terrenos agrícolas, cualquiera que fuere su extensión, con la sola excepción de los árboles aislados. Los árboles constituyen, sin duda, un elemento integrante del terreno forestal, mas no con carácter único o excluyente. Cuando un mismo incendio queme zonas forestales y no forestales (formadas por

El artículo 352 recoge el tipo base de incendios forestales. Presenta las siguientes características:

- Remisión a la normativa administrativa sectorial para la definición del hecho (incendio) y del bien jurídico protegido (montes o masas forestales). Habrá que acudir, pues, a lo dispuesto en la Ley estatal de Montes, pero también a las leyes autonómicas sobre montes e incendios forestales.
- Es, como todos los incendios, un delito de resultado (incendio de montes o masas forestales). No requiere una situación de peligro para la vida o integridad de las personas, que de producirse daría lugar a la aplicación del tipo más agravado previsto en el artículo 351 CP.
- El artículo 352 CP recoge subtipos agravados, como se verá al final del estudio.
- La comisión por omisión significa incumplir el deber de evitar la producción del incendio, extremo que se tratará en el epígrafe 3.2.3.1.
- No caben fórmulas imperfectas de este delito, pues ya están previstas en el artículo 354 CP cuando tipifica el supuesto de prender fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio a los mismos⁸.
- Es indiferente que el incendio afecte a la propiedad pública o a la privada.
- A estos efectos, el TS ha declarado que no todo incendio en un Parque Natural (u en otra zona protegida) tiene la consideración de incendio forestal. Sólo lo será si recae sobre montes o masas forestales en él existentes, dado que “*no todo lo que se halla en el Parque será masa forestal*” (STS 691/2005, de 5 de mayo).

vegetación de matorral o arbustos), habrá de castigarse conforme al artículo 352 del Código Penal, por aplicación del principio de gravedad del artículo 8.4 del Código Penal. La vegetación consistente en matorral, monte bajo o arbustos, tiene la consideración de forestal, siendo completamente irrelevante que tales matorrales o arbustos estén enclavados en terreno silvestre o agrícola. Por tanto, el incendio de es subsumible en el tipo penal del artículo 352 del Código Penal”

⁸ En este sentido, la STS 1389/2003, de 24 de octubre diferencia ambos casos: “*El artículo 354 CP tiene como supuestos de hecho el de aquellos casos en los que se inicia la combustión de algún material, arbustivo o similar, por aplicación a éste del fuego procedente de alguna fuente externa. El artículo 352.1 CP reclama la existencia inicial de un foco de la misma clase, pero desbordado por un ulterior desarrollo. Y, en fin, la aplicación del art. 353 CP exigiría un incendio de notable intensidad y proporciones, con particulares consecuencias*”.

3.2.3. Requisitos de la comisión imprudente de un delito de incendios.

Imprudencia grave

Cuando los artículos 351 y siguientes de Código Penal tipifican las distintas figuras del delito de incendios lo conciben como delito doloso y establecen las penas en consecuencia. Pero si la producción del incendio no deriva de la voluntad deliberada del autor, sino de su imprudencia o negligencia, el artículo 358 CP establece una regla especial y una reducción de la penalidad frente a la ordinaria.

Artículo 358.

El que por imprudencia grave provocare alguno de los delitos de incendio penados en las secciones anteriores, será castigado con la pena inferior en grado, a las respectivamente previstas para cada supuesto.

En el caso del ingeniero de montes, la comisión de este delito no será por acción, sino por omisión, sobre esta cuestión versa el siguiente epígrafe. Por ello, los requisitos del delito de incendio imprudente, en el supuesto que nos ocupa, serán los siguientes:

1. Que el ingeniero garantice el bien jurídico protegido (la seguridad de los montes y masas forestales) y por tanto responde de que el resultado dañoso no se produzca. La responsabilidad penal del ingeniero no deriva de su intervención para incendiar el monte (comisión por acción) sino de una inadecuada actuación previa al incendio que le fuera exigible (comisión por omisión).
2. Que no se haya probado en juicio como delito intencionado o doloso (requisito negativo).
3. Que el autor del hecho haya obrado con imprudencia, culpa o negligencia (conceptos sinónimos a estos efectos).
4. Que la imprudencia sea grave.
5. Prueba de la culpabilidad del acusado. Importancia de la prueba indiciaria.
6. Que el resultado sea dañoso.
7. Que exista relación de causalidad entre la conducta imprudente del agente y dicho resultado.

3.2.3.1. Comisión por omisión.

Tal como se apuntó en un epígrafe anterior, la comisión por omisión de un delito de incendios se equipara a la comisión por acción cuando el autor infringe el especial deber jurídico de proteger o garantizar la integridad de la masa forestal.

La posición de garantía sobre la masa forestal es claramente perceptible en el caso del personal que tiene entre sus funciones la prevención de incendios, dado que es la propia norma jurídica la que les encomienda la específica función de protección del monte.

En cambio, como se ha anticipado, es más que dudoso que se pueda condenar por delito de incendio al personal de extinción. En efecto, un tipo penal definido en torno a la provocación de un incendio, no permite condenar a los profesionales encargados de la extinción. Por mucha negligencia que se pueda encontrar en su actuación, en modo alguno esta se encuentra relacionada con la producción del incendio. Pretender que existe una comisión por omisión relacionada con la propagación del incendio (no se llevaron a cabo o se hicieron de forma incorrecta actuaciones dirigidas a impedir que el incendio se extendiera) se podría considerar una extensión inaceptable del tipo. Adviértase que en el derecho penal no cabe la analogía, y más claramente aún en las conductas negligentes o imprudentes, que solo pueden ser penadas si están expresamente previstas como tales.

El único supuesto en que parece posible que se pueda llegar a condenar por un delito de incendio a un ingeniero que asume funciones de extinción sería si en su actuación negligente provoca otro incendio, por ejemplo al utilizar con imprudencia grave la técnica del “contrafuego”.

Dicho de otro modo, la “provocación” del incendio, aunque sea por negligencia grave, exige actuación u omisión anterior, y en otro caso, aunque la negligencia en la extinción agrave el resultado, hay que entender que no existiría ese delito por falta de tipicidad. Así pues, aunque se realicen imputaciones también sobre el tipo de incendio al personal de extinción, se abordará su tratamiento en este apartado sobre el incendio por imprudencia, pero entendiendo que no habría condena.

En definitiva, si la inacción o el defectuoso cumplimiento de la función propia del ingeniero, unido a su imprudencia grave en la prevención -o en la extinción, con la

salvedad formulada anteriormente- se traduce en un resultado que el garante pudo evitar de actuar correctamente, será responsable del incendio por comisión por omisión, ya que su omisión causó el peligro en un grado tan importante como el del autor fáctico del incendio.

La Jurisprudencia ha recogido diversos supuestos en los cuales **no es imputable al agente el deber de cuidado** del bien jurídico y por tanto **carece de responsabilidad criminal** por el resultado dañoso.

- Diversidad de focos de peligro e imposibilidad de conocer cual provocará el daño efectivo.

La SAP Barcelona, 29 de septiembre de 2007 señala: *“la doctrina estudió el que denomina controles facultativos que ha de realizar la administración respeto a determinados focos de peligro generados por los particulares, concluyendo que la pluralidad de los dichos focos y la imposibilidad de prever cual de estos generará el concreto resultado lesivo impide que de estos pueda resultar una posición de garantía del responsable”*

La expresión “foco de peligro” no es necesariamente sinónima de lugar geográfico donde es previsible la materialización de un riesgo, aunque también puede ser interpretado como tal en materia de incendios. La aplicabilidad de esta excepción depende de probar la ‘imposibilidad’ de conocer en que foco se hará efectivo el riesgo, aun contando con estudios previos, planes y protocolos de actuación y aplicando toda la diligencia debida en el tiempo de respuesta y en el manejo de medios materiales y personales.

- Delegación de funciones.

Como señala la STS 653/1994, de 26 de marzo, no es humanamente posible que los que deben ejercer una posición de garantía, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello se reconoce que exonera la delegación de la posición de garantía, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de las labores que corresponden al deber de actuar.

- La falta de dominio de la situación por el sujeto impide de facto su posición de garante.

Resumidamente, no responde criminalmente quien no tuvo una posición especial de influencia sobre los peligros generados por el incendio.

En esa teoría incide la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia de 22 noviembre de 2004, que rechaza la responsabilidad penal del Jefe de Sección de Vía y Obras por incendio imprudente, pues no tuvo competencia decisoria o ejecutiva en las actuaciones que ocasionaron el incendio⁹.

Los ejemplos de ruptura del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del incendio lo son también de ruptura de la posición de garante.

3.2.3.2. Que no se haya probado en juicio como delito intencionado o doloso.

En efecto, si la prueba practicada en juicio demostrase que el ingeniero provoca el incendio o participa en él con plena conciencia y voluntad de causarlo (dolo directo) o asumiendo su resultado como consecuencia necesaria o probable de su acción (dolo eventual) su responsabilidad no deviene de una eventual infracción de sus deberes y funciones, sino de una intención dirigida a causar el daño. La consecuencia es la condena por delito doloso ante la ausencia de los dos presupuestos para moderar la pena conforme al artículo 358. CP: a) el ingeniero no delinque debido a comisión por omisión, sino a comisión activa; b) no actúa por imprudencia sino intencionalmente.

⁹ Dado el interés de su argumentación reproducimos parcialmente la sentencia:

“El Jefe de Sección de Vía y Obras es primordialmente responsable de la ejecución de las obras de conservación de la vía. Afirma también que nada se dice de que disponga de autonomía presupuestaria para ordenar y planificar por sí incluso actuaciones preventivas o de conservación de la vía no decididas ni presupuestadas previamente en niveles superiores de decisión dentro de la misma empresa. Quién es competente únicamente respecto de la ejecución de medidas de prevención y obras de conservación acordadas por otros estamentos de la empresa, y no lo es para decidir, acordar, adoptar y planificar tales obras y medidas, sólo debe responder penalmente por los resultados lesivos que se deriven de una defectuosa o negligente ejecución de tales obras y medidas aprobadas polos órganos competentes, pero no por los resultados lesivos que sean consecuencia de la no adopción de las necesarias decisiones de inversión y conservación de la vía (pues tales decisiones escapan a su ámbito de competencias). Por lo tanto, como en el presente caso, no resultó probado que al hoy recurrente se le encomendara la ejecución de obras de conservación de la vía y prevención de incendios forestales previamente planificadas; ni que se le dotara de medios económicos, personales o materiales para realizar tales planes directamente o a través de contratistas, mucho menos puede considerarse probado que el Sr. Carlos había sido negligente en la ejecución de tales obras o planes de conservación (la existencia de la cual no consta); por lo que ninguno reproche puede dirigirsele -y mucho menos uno reproche penitenciario- por el incendio producido”.

3.2.3.3. Que el autor del hecho haya obrado con imprudencia.

Para que exista imprudencia punible se exige acumulativamente: a) una acción u omisión voluntaria pero no maliciosa; b) la infracción del deber de cuidado que se atribuye al ingeniero en virtud de su normativa y funciones propias; c) creación de un riesgo previsible y evitable; d) un resultado dañoso; e) relación de causalidad entre la conducta imprudente y el resultado dañoso producido (STS 3 de octubre de 1997, SAP Burgos, 137/2006, de 13 de octubre).

3.2.3.4. Que la imprudencia sea grave.

Del tenor literal del artículo 358 CP se extrae que sólo delinque el ingeniero que obre con 'imprudencia grave'. La determinación de la responsabilidad criminal exige que la definamos tanto positiva como negativamente: qué es imprudencia grave y qué no es imprudencia grave y por tanto no delictiva.

La definición negativa de imprudencia grave la contrapone al obrar prudente o por imprudencia leve, en ambos casos atípicos.

En primer lugar, obra con prudencia el ingeniero que ejercita sus funciones y en su caso toma decisiones con la diligencia ordinaria de su puesto o cargo, razonablemente exigible a un ingeniero de su formación, categoría y experiencia. De este modo, el resultado previsible de tales acciones es la consecución del objetivo buscado y no un daño para el monte, el cual se generaría a pesar de haberse adoptado medidas de cuidado objetivamente adecuadas para evitar su producción. **El cumplimiento de los requisitos administrativos por el agente o bien excluye la imprudencia o la reduce a imprudencia leve¹⁰.** En el caso particular de los ingenieros la prueba de la 'diligencia suficiente' se ve facilitada por la existencia de **normas legales y técnicas (Planes, Directrices, Instrucciones) cuya adopción y seguimiento por el ingeniero constituyen un indicio sólido de su obrar prudente.** Podemos decir que la norma obra como medida de la prudencia. El ingeniero que la siga para la ejecución de obras y

¹⁰ La SAP Pontevedra, 108/09, de 5 de junio, establece que los acusados, cuya quema de rastrojos ocasionó un incendio forestal, no incurrieron en imprudencia grave, dado que *cumplieron los requisitos administrativos exigidos* aunque sí en imprudencia leve, pues *no extremaron las medidas preventivas*. Por ello, su conducta es atípica y no pueden ser condenados por delito de incendios al albur de los artículos 358 y 352 CP.

actividades en el monte o para la prevención o extinción¹¹ de incendios forestales gozará de una protección más sólida frente a una imputación que aquél que la abandona en sus decisiones o acciones.

Ahora bien, es evidente que una aplicación mecánica de la norma es en ocasiones imposible. Sea porque la regla no recoge todas las posibilidades ni resuelve todos los problemas concretos, sea porque la urgencia y especificidad del momento obligan a adoptar medidas especiales. Este último es el caso de las actuaciones de extinción de grandes incendios forestales. La adopción, punto por punto, de las previsiones contenidas en el Plan de Emergencias excluye la responsabilidad penal del ingeniero, porque desplaza la prueba de la prudencia a la norma¹². El no seguimiento del Plan no determina *per se* la responsabilidad penal del ingeniero. Habrán de analizarse la naturaleza de las normas incumplidas y el grado de incumplimiento. Además, deberán examinarse los motivos del apartamiento, el resultado dañoso causalmente derivado de la conducta y la proyección de que resultado se habría seguido de aplicar la normativa. Por último, habrá de resolverse si tal apartamiento refleja imprudencia leve o grave (en el primer caso la conducta sería atípica).

Así por ejemplo, constituirá un mayor indicio de infracción de la norma penal el no respetar u obviar una norma imperativa (de cumplimiento obligatorio) que una facultativa. Si el precepto resolviese específicamente el caso concreto, su abandono parece más difícil de justificar que una norma general. La fundamentación de la conducta alternativa a la dictada por la norma o a la indicada por el Plan es esencial. Derecho es fundamentar. Una acción justificada en razones objetivas es de más fácil defensa que otra inspirada en argumentos meramente apriorísticos, subjetivos, personales o no susceptibles de basamento en la ciencia o en la experiencia. La urgencia del momento puede impedir una fundamentación por escrito y coetánea a los hechos, pero ésta ha de subyacer a la decisión y reverberar cuando así se exija. Evidentemente, el argumento más fácil es el de alegar la imposibilidad de aplicación de la norma, la

¹¹ Ya hemos advertido que los trabajos de extinción no encajan en el tipo.

¹² No quedaría, sin embargo, exento de responsabilidad el ingeniero que aplicase el Plan de forma automática *a sabiendas de que supondrá la producción de un daño o la agravación del ya producido, si se demostrase que conocía y hubiese podido optar medidas alternativas mejores que las previstas en aquél*. No se oculta la dificultad de concretar términos tan generales. Habrá que estar al caso concreto, a la adecuación del Plan a la situación presentada al ingeniero, al grado de urgencia y al peligro real existente.

ausencia de medios para implementarla o su probada ineficacia en casos semejantes. En éstas y otras alegaciones, argumentación y prueba son esenciales.

El grado de separación de la norma o plan es relevante a partir de ciertas magnitudes. Prescindir de ellos implica sustituir la presunción de acierto que los anima (fruto del trabajo colectivo de expertos) por la del propio agente. Ello requiere una gran seguridad en el propio criterio y está sometido a la prueba del resultado: el imputado deberá justificar que la adopción de la medida prevista en el Plan arrojaría resultados más perjudiciales.

En segundo lugar, **si el sujeto obra con imprudencia leve, el incendio forestal será atípico** (SAP. Granada, 436/2007, de 13 de junio). Es decir, no podrá pensarse como delito de incendios, sin perjuicio de que lo sea como delito de daños.

La gradación de las acciones culposas punible ha venido siendo, desde antiguo, objeto de un amplio debate jurisprudencial. Ya la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1982 (que distinguía entre imprudencia temeraria y simple, de acuerdo con el sistema anterior) señaló que *"la línea diferencial que delimita las principales figuras culposas es ciertamente tenue y difusa, pues la clave de la distinción no reposa en una naturaleza diversa ni en esencia diferente, sino en matices cuantitativos o de intensidad que sólo pueden apreciarse o percibirse si el Tribunal "a quo", al describir el hecho de que se trate, lo efectúa de un modo detallado o pormenorizado"*. Las sentencias de 15 de marzo y 9 de junio de 1982 y la de 30 de mayo de 1988 recogían los elementos diferenciadores de una y otra conductas culposas, señalando que había que tener en cuenta *"a) la mayor o menor falta de diligencia en la actividad o acción que constituye la dinámica delictiva, es decir, la omisión de cuidado que se ha de tener en el obrar; b) la mayor o menor previsibilidad del evento como acontecimiento resultado; y c) el mayor o menor grado de infracción que reporte el incumplimiento del deber que exige la norma sociocultural de la convivencia social y la específica que normativiza ciertas actividades."*

Las sentencias más recientes definen también a la imprudencia leve en relación con la grave. Así, la SAP. Cantabria, 216/08, de 15 de octubre, señala:

"La principal exigencia del delito de incendio del art 358 en relación con el art 352 del CP, por el que se condena al ahora recurrente, radica en el carácter

grave de la imprudencia que exige un elevado grado de peligrosidad insuficientemente controlada y por tanto grave infracción de alguna norma elemental de cuidado, incurriendo en ella el hombre muy poco cuidadoso. Por el contrario, la imprudencia leve supone una actividad no muy peligrosa, pero superando el riesgo permitido o la realización de una actividad bastante peligrosa, pero con ciertas medidas, aunque insuficientes, de control, y por tanto la infracción de una norma de cuidado no elemental o una infracción poco grave de una norma de cuidado elemental”.

En ocasiones, la línea divisoria entre culpa grave y leve no es perceptible fácilmente en ocasiones en el enjuiciamiento del caso concreto y corresponde establecerla al Juzgador de instancia al practicarse ante ella la totalidad de la prueba en el acto del Juicio Oral. La Jurisprudencia – a partir de la STS de 23 de julio de 1987- no atiende no a la mayor o menor gravedad del resultado (incendio) producido para calificar la imprudencia como grave o leve, sino a: 1) la mayor o menor falta de diligencia del agente; 2) si la conducta de éste hace *notoriamente* más previsible el incendio¹³; 3) al grado de infracción que dicha conducta supone de las normas que deben guiar la conducta de dicho personal.

Así, la adopción de **medidas de precaución y evitación** del incendio, *aunque fueren insuficientes e ineficaces*, excluyen la total omisión y desprecio a las más elementales reglas de cautela, y por tanto no permiten hablar de incendio por imprudencia grave (SAP. Málaga, 187/2001, de 13 de junio; SAP Granada, 565/2001, de 29 de noviembre). Sin embargo, la SAP Barceloná, 233/08, de 15 de mayo de 2009, excluye toda reducción de la pena por la reducción de los efectos del incendio¹⁴.

Una vez reseñada la diferencia entre ambos tipos de imprudencia procede aportar una definición positiva de imprudencia grave. Los tribunales se han ocupado prolijamente de ello en sus sentencias, muchas de las cuales la equiparan expresamente con la «imprudencia temeraria» del CP 1973. Así, *la temeraria o grave consiste en:*

¹³ La imprudencia exige una cierta previsibilidad del resultado, aumentando su gravedad a medida que éste deba representarse al agente como posible o probable y, correlativamente, haciéndose más leve cuanto menos previsible sea (SAP Cáceres, 13/2007, de 19 de enero).

¹⁴ “Por fin, la parte recurrente alega que el Sr. Raúl puso todos los medios a su alcance para extinguir el incendio, de modo tal que, cuando llegaron los bomberos, el fuego se hallaba ya prácticamente extinguido, según confirmaron los testigos que depusieron en el Plenario. Tampoco esta alegación habrá de prosperar porque aunque se considerara efectivamente acreditado, a partir de la prueba testifical practicada en el juicio oral, que el recurrente contribuyó eficazmente a la extinción del incendio, esta circunstancia fáctica en nada incidiría en la calificación de los hechos que se le atribuyen, *toda vez que la conducta típica que este delito describe es la provocación de un incendio por imprudencia grave, no contemplándose ninguna excusa absolutoria o causa de levantamiento o atenuación de la pena para el caso de que el provocador del incendio contribuya a su extinción*” (F.J 2º).

- *la omisión de las más elementales reglas de cautela o diligencia..., imprevisiones que sean fácilmente asequibles o vulgarmente previsibles, por la desatención grosera relevante de lo que es exigible a cualquier persona que se halle en sus circunstancias y realice esa actividad, por la falta de adopción de las precauciones más elementales y rudimentarias o la ausencia de absoluta cautela (SAP. Granada, 436/2007, de 13 de julio)*
- *un total desprecio a las normas objetivas de cuidado (SAP 33/2005, de 24 de febrero).*
- *la eliminación de la atención más absoluta, la inadopción de los cuidados más elementales o rudimentarios..., la dejación de la más elemental cautela o precaución (SAP de La Rioja, 468/2005, de 17 de noviembre).*
- *el comportamiento que se lleva a cabo con el más absoluto olvido o descuido que exige una actuación mínimamente atenta, originadora de un resultado lesivo para las personas o las cosas, es decir, exigible al menos cuidadoso, y la simple o leve es ese mismo comportamiento cuando la desatención o descuidos son menores, es decir, exigibles a una persona cuidadosa (SAP Burgos, 111/2006, de 27 de septiembre).*
- *un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado. No se trata, por tanto, de infringir cualquier regla de cautela sino de no respetar alguna de las más elementales normas de seguridad (SAP Ourense, 98/2009, de 8 de julio).*

En muchas ocasiones, los tribunales fijan como parámetro de la imprudencia la conducta del “**hombre poco cuidadoso**”. La SAP Salamanca de 7 de noviembre de 2006 encuentra el incendio por imprudencia grave «*en aquellos casos en que el agente sea conducido como no lo hubiera hecho el menos cauto, cuidadoso y previsor de los hombres, mostrando el sujeto activo una manifiesta antisocialidad, así como el más completo desprecio a la vida, integridad corporal o bienes de los demás implicados en el evento de que se trate, cuyo respeto el infractor infravalora y subestima*».

A partir de las opiniones jurisprudenciales, puede sostenerse que para los Tribunales existirá una imprudencia grave en relación con el delito previsto en el art. 358 CP cuando, de una parte, **la falta de diligencia en la conducta realizada sea elemental y**, de otra, cuando **la previsibilidad del resultado puede ser captada por cualquier**

hombre normal. Podría también apuntarse, puesto que también queda expuesto en alguna sentencia, un tercer requisito: cuando la repulsa social sea grave.

Tal cúmulo de referencias jurisprudenciales establece un estándar extremadamente bajo de diligencia (o tan alto de negligencia) en el que difícilmente podrá incurrir un ingeniero de montes que desarrolle una obra forestal o una actividad de prevención o extinción de incendios forestales. Por ello, de seguirse este criterio es realmente difícil que un ingeniero sea condenado en vía penal como autor de un delito de incendios. Ahora bien, la práctica totalidad de las sentencias citadas se pronuncian sobre incendios causados por ciudadanos ordinarios legos en materia de incendios (por ejemplo, campesinos que queman rastrojos, excursionistas o simples ‘domingueros’) que desconocen las normas de prevención, las contravienen por descuido o confianza o ignoran la influencia de los factores orográficos o climatológicos en el desencadenamiento y extensión rápida de los incendios. Es obvio que a ellos sólo podrá aplicárseles un estándar de imprudencia general. Los Tribunales han optado por el criterio del “hombre mínimamente cuidadoso”, aunque podrían optar por otros como el del “hombre medio”, el “campesino medio”, etc.

Ahora bien, la posición de un ingeniero de montes no es equiparable a la de un ‘hombre medio’. Su formación, titulación, funciones y –en muchos casos- experiencia general y sobre el terreno presuponen una mayor exigencia en el deber de cuidado de los bienes forestales y una capacidad más precisa para la valoración y reacción de un incendio¹⁵. La urgencia y magnitud del fuego al que se enfrenta se compensa con la organización y puesta a disposición de medios públicos. Todas ellas son circunstancias ausentes en la posición de los restantes ciudadanos ante el fenómeno de los incendios forestales¹⁶. Por ello, y aunque *la defensa del ingeniero debe basarse en el criterio del ‘hombre mínimamente cuidadoso’ con el fin de reducir las posibilidades de una condena*, no es

¹⁵ Los expertos en una materia, por el hecho de serlo, encuentran más sencillo concebir la concurrencia de los elementos clave de un incendio imprudente: 1) poseen mayor capacidad para la previsión o posibilidad de un resultado dañoso; 2) la norma de cuidado infringida es propia de su actividad privada o función pública; 3) son más capaces de prever la causación de un resultado dañoso que constituya infracción legal; 4) su competencia técnica dificulta que obvien la relación de causalidad entre acción y resultado.

¹⁶ No obstante, son frecuentes las sentencias condenatorias a particulares cuando razones climatológicas, orográficas, etc., convierten en alto el riesgo de incendio y aquéllos no extreman las precauciones en su actividad. Así, por ejemplo, la SAP A Coruña, 327/07, de 21 de septiembre, funda la condena en “la vigilancia inadecuada sobre los residuos de la quema de rastrojos, que debió extremarse ante el incremento del viento, con el riesgo de que las brasas se reavivasen, como de hecho, ocurrió”.

descartable que, cuando el imputado sea un ingeniero, los Tribunales apliquen un estándar más elevado de prudencia. Por mera transposición del criterio general antes referido, podría ser el de “**profesional mínimamente cuidadoso**”. Con tal base, cabe que el Tribunal adopte un estándar genérico (‘ingeniero de montes mínimamente cuidadoso’) o uno más específico, atendiendo al tipo de actividad relativa al incendio. Hablaríamos así de “director de obras mínimamente cuidadoso”, “técnicos en extinción de incendios mínimamente cuidadoso”, etc.

Además de los casos ya estudiados de apartamiento de la norma o del Plan de actuación, la gravedad de la imprudencia se potencia con la **concatenación o acumulación de errores que contribuyen al resultado dañoso**. No es necesario insistir en que la suma de fallos es un potente indicio de impericia, abandono, dejadez o negligencia. Una pluralidad de defectos leves eficaces para la producción del daño puede sumar en términos de ‘gravedad’ de la negligencia. En términos estratégicos, será más difícil para el profesional justificarlos ante el Tribunal, por lo que se dejarán varios flancos abiertos por los que sin duda penetrará una acusación avezada.

Cuando el profesional, **injustificadamente, está ausente de su puesto, lo abandona o delega en un compañero o inferior** incrementa las posibilidades de que su imputación prospere. Tales circunstancias conllevan que el agente pierde el dominio del acontecimiento, incumple conscientemente el deber de cuidado y asume que de producirse o agravarse el incendio, él no se hallará en el cumplimiento de sus deberes. Son, *per se*, elementos que susceptibles de fundar una acusación por obrar imprudente. Naturalmente, su gravedad aumenta con el nivel jerárquico u operativo del interesado, pues la eficacia de sus decisiones sería mayor.

3.2.3.5. Prueba de la culpabilidad del acusado. Importancia de la prueba indiciaria.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia que anima el sistema procesal penal español tiene como uno de sus principios preeminentes el de que *nadie puede ser condenado sin prueba suficiente de su culpabilidad*. Así pues, la ausencia o insuficiencia de prueba conllevarán la absolución del acusado.

Sin duda alguna la prueba más efectiva de la culpabilidad del agente es la *prueba directa*. Si el Tribunal obtiene documentos o declaraciones convincentes de testigos de los que se demuestre que el hecho imputado reúne los caracteres del delito de incendios, la participación del ingeniero en la producción del resultado dañoso y su culpabilidad en

grado suficiente como para ser condenado por delito o falta, la probabilidad de una sentencia penal condenatoria es, evidentemente, muy elevada.

Cuando técnicos en extinción son acusados de un delito de incendios imprudente en comisión por omisión con ocasión del ejercicio de sus funciones en el proceso de extinción de un incendio, no existe prueba directa, o ésta no es convincente. Ello se debe, primero, a que los acusados no han incendiado materialmente el monte; segundo, a que la finalidad de su intervención está ordenada a la extinción del incendio, no a su producción o extensión; tercero, a que su formación, cualificación profesional y experiencia parece incompatible con los elementos del incendio gravemente imprudente. Por ello, *sus actos y decisiones gozan de la presunción de respeto a las leyes, los reglamentos técnicos y las normas deontológicas de su profesión*. La acusación se enfrenta a la, en ocasiones, difícil tarea de desmontar dicha presunción, demostrando que la actuación de los procesados ignoró las más elementales cautelas exigibles a su función y contribuyó así a la producción del daño en grado de autoría del incendio. Tal dificultad incrementa la importancia de la prueba pericial y de la prueba por indicios.

La virtualidad de la prueba pericial radica en que colma la laguna de conocimientos técnicos del órgano judicial. Éste encomienda a uno o varios ingenieros la elaboración de un informe relativo a los hechos. Sobre la materia del informe a tales peritos debe presumirse competencia y cualificación equivalente a la de los procesados¹⁷. A ello unen la objetividad derivada de su alejamiento del asunto y de su designación por el Tribunal. Tales rasgos justifican la solicitud de dicha prueba y su posible impacto sobre los fundamentos y el sentido condenatorio o absolutorio de la sentencia.

Por su parte, la prueba por indicios, como su mismo nombre indica, parte de utilizar aquellos hechos del proceso que sean indudables (hechos base) para atribuirles un significado sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados (hecho consecuencia) en el que se asiente el fallo. Estamos así ante una prueba indirecta, lo que exige gran cautela en la elección y valoración de los hechos base y en la extracción de las consecuencias. Por ellos, la Jurisprudencia ha exigido que la prueba por indicios reúna una serie de características:

¹⁷ De hecho, la discusión sobre la capacidad, cualificación, experiencia o saber de los peritos es un argumento utilizado por las defensas para desvirtuar el informe pericial cuando el mismo es perjudicial para los procesados.

- *La prueba de indicios exige dos elementos: a) que los hechos básicos estén completamente acreditados; b) que entre tales hechos básicos y aquél que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. La prueba indiciaria se caracteriza por el mayor subjetivismo que preside su valoración por el juzgador y, en consecuencia, se ha de ser especialmente riguroso en cuanto a la exigencia de una motivación suficiente (S. Tribunal Constitucional, 117/2000, de 5 de mayo).*
- *el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba de carácter indiciario, siendo preciso: a) Que los indicios estén plenamente acreditados; b) Que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa; c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar, y d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí (Sentencias 515/96, de 12 de Julio, o 1026/96 de 16 de Diciembre, entre otras muchas), añadiendo en cuanto a la inducción o inferencia que es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (SAP. Asturias, 143/2007, 12 de julio).*
- *A este derecho (presunción de inocencia) no se opone la utilización de la llamada prueba indiciaria como fundamento del fallo condenatorio, siempre y cuando se trate de verdaderos indicios probados, y no de simples suposiciones o conjeturas, y que se explicita el razonamiento lógico por el que, a partir de ellos, el órgano judicial ha alcanzado su convicción acerca de la culpabilidad del acusado (SAP. Barcelona, 155/2007, 26 de marzo 2008).*

3.2.3.6. Que el resultado sea dañoso.

El concepto de 'resultado dañoso' se presta a equívocos cuando se asigna a la figura objeto de estudio. El delito de incendios forestales previsto en el artículo 352 CP no se consuma por la mera acción (delito de actividad), sino que exige un resultado. Pero éste no es necesariamente un daño efectivo al monte, sino un riesgo para su integridad. Es, pues, un delito de peligro, dado que no precisa de la constatación de un riesgo concreto de lesión para que se entienda producido (STS 31 de enero de 2005). De acuerdo con su tenor literal, el delito se consuma por el hecho de 'incendiar' un monte o masa forestal, y se agrava la pena 'si existió peligro para la vida o integridad de las personas'. Si el

peligro se concreta en daños a las personas a la acusación por incendio se sumará, en su caso, la del delito de homicidio, lesiones, etc.

En consecuencia, para que la sentencia estime la existencia de delito basta con que se pruebe que la producción del incendio ocasionó un riesgo para la integridad de la zona forestal. Si el riesgo se concretase en daños a las personas o a las cosas los responsables correrían el riesgo de verse procesados por los delitos de incendios y los correspondientes a dichos daños personales o materiales.

3.2.3.7. Que exista relación de causalidad entre la conducta imprudente del agente y dicho resultado.

Resumiendo los requisitos del incendio imprudente, éste requiere conforme a consolidada jurisprudencia, los siguientes elementos: a) una acción u omisión voluntaria no maliciosa; b) una infracción del deber de cuidado; c) un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta, y d) la creación de un riesgo previsible y evitable.

La relación de causalidad entre la comisión por omisión del ingeniero y el incendio ha de ser *directa, completa e inmediata, así como eficiente y sin interferencias* (v. SS. 17 febrero 1969, 10 febrero 1972 y 19 diciembre 1975, entre otras muchas). Tales atributos han de darse acumulativamente y en grado suficiente como para asignar la responsabilidad criminal al técnico. Por el contrario, *la aparición de una circunstancia –persona, hecho, etc.,- que haya tenido una influencia suficiente en la producción de un incendio¹⁸, elimina la vinculación completa, inmediata y sin interferencias entre la conducta del técnico y el incendio, rompe la relación de causalidad y debe traducirse en la absolución o reducción de la pena para el acusado.*

Los motivos de ruptura de la relación de causalidad entre conducta y daño son irreducibles a categorías, pues existen tantos como supuestos concretos. Sin embargo, haremos una relación a título ejemplificativo:

¹⁸ Es decir, cuando entre la conducta del autor y el ulterior resultado ha existido otro evento, no imputable al referido autor, que ha tenido relevancia en la producción del resultado o en la concreta gravedad adquirida por el mismo (SAP. Huelva, 11 de noviembre 2003).

- *La evidente falta de experiencia del acusado.* La STSJ. Cataluña, 25 de junio de 2009, recoge un caso extraordinariamente revelador de las diferentes circunstancias de los acusados. Ante un caso de incendio, dos responsables obtienen trato penal diferente. El primero es condenado por delito de incendios por imprudencia grave. El segundo es absuelto dado que el nexo causal entre incendio y su conducta negligente se vio afectada por su escasísima experiencia en el cargo (17 días), lo que conlleva imprudencia leve y la atipicidad del hecho¹⁹.

- *Intervención de los servicios públicos competentes.* El responsable de una actividad forestal requiere la presencia del servicio de extinción en un incendio (ya espontáneo ya a consecuencia de la quema de rastrojos). Una vez examinada la situación, aquél lo considera irrelevante o finalizado. El renacimiento posterior del fuego y los daños futuros no pueden imputarse a la imprudencia grave del director de la obra, pues la intervención del servicio antiincendios quiebra el nexo de causalidad entre la conducta de aquél y los daños producidos.

¹⁹ Se recoge a continuación parte de la sentencia:

“En el caso de autos se dio un cúmulo de irregularidades con contravención de disposiciones reglamentarias, de las cuales son responsables directos los Jefes de zona y de mantenimiento de la línea, habiendo devastado el incendio de referencia 17.781 hectáreas, de ellas 12.559 de masa forestal y provocado lesiones que precisaron tratamiento médico a tres vecinos del lugar, como consecuencia de que tal incendio, según declararon probado por unanimidad los miembros del Tribunal de Jurado, se originó por haberse producido un arco eléctrico proveniente de los conductores de la línea eléctrica, en el tramo existente entre los soportes núm. 504 y 505, lo que demuestra la existencia también de la necesaria relación causal entre la conducta negligente de los referidos condenados y el resultado dañoso y lesivo ocasionado”.

“...en el caso del acusado Aureliano, los miembros del Tribunal del Jurado declararon probado, por unanimidad, tanto que aquél, como empleado de FECSA y con la condición de Jefe de mantenimiento, era responsable de la conservación y mantenimiento de la línea de alta tensión "Pobla-Pons Congost", 5 y 6, en el tramo existente entre los soportes núm. 504 y 505, así como de la limpieza de seguridad y servidumbre de dicha línea”, como también que “tenía conocimiento del mal estado general y deficiencias de dicha línea y de su zona de servidumbre” -proposición 11ª del objeto del veredicto-, llegando a tal convicción precisamente por su cargo en la empresa eléctrica, de Jefe de mantenimiento”.

“Por lo que respecta al otro co-acusado, Juan Ramón, cuya defensa plantea en su recurso la cuestión, nada baladí, de que fue nombrado y tomó posesión como Jefe de Zona de Manresa en fecha 1 de julio de 1998, es decir, 17 días antes de la fecha en que se originó el incendio de autos, y, por ello, es de señalar, con carácter previo, que tratándose la gradación de la imprudencia, cual antes se ha puntualizado, de un concepto rigurosamente jurídico, como tal es perfectamente revisable en apelación. Y esta Sala, considera que no puede equipararse, ni identificarse, la negligencia de este inculpado con la relativa al Jefe de mantenimiento de dicha área a la que se acaba de hacer mención, pues la imprudencia del Jefe de la Zona de Manresa, que engloba las comarcas de Anoia, Bages, Berguedà, Cerdanya y Osona, con más de siete mil kilómetros de líneas eléctricas, unido al escaso período de tiempo en que éste llevaba como Director o Jefe de dicha zona, no puede calificarse su imprudencia como grave, sino que la misma ha de reputarse leve, toda vez que no resulta razonable que en sólo 17 días pueda imponerse y conocer todos los datos específicos dimanantes de su cargo, en función de la enorme longitud de las líneas que tiene bajo su control”.

- *Carencia de medios materiales o personales para efectuar las labores de extinción.* Cuando los recursos puestos a disposición de los responsables son manifiestamente insuficientes para llevar a cabo la actividad de extinción, dicha insuficiencia rompe el nexo de causalidad, al impedir a los acusados aplicar toda la diligencia necesaria en la extinción del incendio.

Ahora bien, para que concurra tal causa de inculpabilidad son precisos los siguientes requisitos: 1) que la ausencia de medios sea ajena a la competencia y voluntad del acusado; b) que éste haya puesto toda la diligencia necesaria en la solicitud de los medios al órgano competente para ello; c) que acredite un uso diligente de los medios efectivamente puestos a su disposición.

- *Intervención de otros órganos en la adopción de decisiones.* Cuando el responsable recibe una orden o instrucción de un órgano superior jerárquicamente o bien cuando la función es asumida por un órgano competente, la responsabilidad se traspaasa al órgano jerárquicamente superior o al competente.

El desacuerdo en el contenido de la orden no es razón suficiente para su desatención, bajo el riesgo de incurrir en responsabilidad disciplinaria (ver epígrafe 4.1. de este informe) o incluso en delito de desobediencia (artículos 410 y 411 CP). Pero debe recordarse que no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general (art. 410.2 CP)

3.2.4. Pena. Subtipos agravados y atenuados del delito de incendio forestal.

Ya se ha señalado que el artículo 358 al regular el delito de incendio por imprudencia, establece que será castigado con la pena inferior en grado, a las respectivamente previstas para cada supuesto.

Pues bien, la pena prevista en el artículo 352 para el tipo general de incendio es de prisión de uno a cinco años y multa de doce a dieciocho meses, y si comporta un peligro para la vida o integridad física de las personas, serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años y multa de doce a veinticuatro meses.

El artículo 353, recoge una serie de circunstancias agravantes, *numerus clausus*, que, en el caso de apreciarse, suponen un agravamiento en la pena:

“1. Las penas señaladas en el artículo anterior se impondrán en su mitad superior cuando el incendio alcance especial gravedad, atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes.

1º Que afecte a una superficie de considerable importancia.

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

3º Que altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal o afecte la algún espacio natural protegido.

4º En todo caso, cuando se ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados.

2. También se impondrán dichas penas en su mitad superior cuando el autor actúe para obtener un beneficio económico con los efectos derivados del incendio”.

El artículo 353 CP incorpora cinco subtipos agravados. Los del apartado primero se justifican por razón del mayor desvalor de la acción; el del apartado segundo, atiende al móvil lucrativo. Salvo en el caso del “espacio natural protegido” se hace difícil definir cada uno de los supuestos, por lo que se estará al arbitrio judicial. La aplicación del tipo agravado depende de que concurra alguna de las circunstancias citadas en el artículo 353. La prueba pericial adquiere una importancia trascendental, como demuestra el hecho de que las sentencias afirman o rechazan la presencia de tales circunstancias en función del dictamen de peritos²⁰. Como excepción, la condición de “espacio natural protegido” al terreno incendiado no depende tanto de la prueba pericial como de su previa atribución conforme a la ley estatal y a la legislación autonómica correspondiente²¹.

El artículo 353 es pluriofensivo y alcanza también a la protección del medio ambiente. Por ello, pueden surgir problemas de concurso con los delitos contra el medio ambiente. En este sentido, las reglas son las siguientes:

- o No existirá concurso con el artículo 325 CP, porque los medios comisivos incluidos en éste último no permiten integrar el fuego como uno de ellos;

²⁰ STS 69/98, de 27 de enero, SAP Lugo, 166/03, de 5 de diciembre, SAP 779/03, de 13 de noviembre, SAP Asturias, 29/03 de 14 febrero

²¹ Por ejemplo, Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección, Ley 6/1998, de 19 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos de Aragón, Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza, en Castilla-La Mancha, Ley 9/2001 de 21 de agosto de Conservación de la Naturaleza, en Galicia.

- El artículo 330 CP no prevé ninguna forma comisiva específica, por lo que los daños originados mediante un incendio serán siempre tipificados conforme al artículo 353 CP.
- El artículo 332 CP incluye entre las acciones punibles las de “*quemar especies o subespecies de flora amenazada*”. Deberá aplicarse el principio de alternatividad y tener en cuenta la mayor pena de los delitos de incendios forestales.
- Si hay peligro para la vida, los delitos medioambientales serán en todo caso desplazados por la mayor especificidad de los incendios.

El subtipo agravado previsto en el apartado 2 del artículo 353 queda fuera del ámbito de este estudio, puesto que presupone la voluntad del ingeniero de montes de obtener un beneficio económico del incendio que ha causado o en la que ha intervenido a título de autor.

El artículo 354, por el contrario, está configurado para castigar con pena inferior aquellos supuestos en que no llegue a propagarse el incendio. El apartado segundo de este conforma una excusa absolutoria en aquellos supuestos en los que el autor del incendio, mediante una acción voluntaria y positiva, detiene el curso de la acción por él iniciada:

“1. El que prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse su incendio, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de seis la 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 sistemática seguida por el Código Penal en los artículos 352 y 354 es prácticamente inversa a la gravedad de los delitos y, por lo tanto, a las penas impuestas. De hecho, el artículo 354 recoge el tipo menos dañoso, por cuanto consiste en “prender fuego” a montes o masas forestales, pero “sin que el incendio llegase a propagarse”.

El tipo se satisface si se dan dos condiciones: 1.- *prender fuego*, asimilable al comienzo de un incendio (por lo cual los actos anteriores no son punibles); 2.- *Que no haya tenido lugar efectivamente la propagación del incendio* (la propagación existirá si para evitarla se emplean medios o formas específicos)²².

²² De su análisis podemos afirmar que nos encontramos ante un delito consumado, respecto a la rúbrica «de los incendios forestales», que concurre siempre que se prende fuego a un monte o masa forestal, sin

Mientras que la acreditación del primer elemento parece sencilla, la valoración de si ha habido riesgo y/o propagación puede ser sumamente dificultosa, siendo enormemente trascendente desde el punto de vista de la penalidad, pues sin propagación no hay riesgo para la vida o integridad física de las personas o de daño para los montes y las masas forestales.

La menor penalidad obedece al menor desvalor del resultado. A este respecto, es indiferente que la ausencia de propagación se deba a una causa fortuita o a la actuación de un tercero. Ambas circunstancias no eximen ni atenúan el delito, pues forman parte de la esencia del artículo 354 y de su carácter atenuado respecto de los dos precedentes.

Si la no propagación se debe al obrar “*voluntario y positivo*” del agente, el apartado segundo del artículo 354 establece una excusa absolutoria: la ausencia de pena. Para que beneficie al agente, es necesario, en primer lugar, una “acción” propia (conducta activa, nunca pasiva). No implica necesariamente que aquél ponga fin al incendio “con sus propias manos”, pero sí que su actuación conduzca directa y decisivamente a dicho resultado. En segundo lugar, su medida ha de ser eficaz, de modo que el incendio no llegue a propagarse. De hacerlo, dicha conducta podría constituir una circunstancia atenuante; en particular la prevista en el artículo 21.5º CP.

que haya propagación del incendio. Es por lo tanto una modalidad de delito de incendio forestal en su contenido distinto al que presenta el tipo básico recogido en el artículo 351. Por lo tanto, el tipo se consuma con la realización del hecho descrito en la Ley «prender fuego» «sin que llegue a propagarse», generando así el menor injusto que justifica la reducción penológica que caracteriza esta figura.

El precepto es un supuesto atenuado, en atención al menor desvalor del resultado de la acción. Estamos, por tanto, ante un supuesto de consumación por realización de un incendio cuya extensión es mínima y, por ello, de menor trascendencia, al no haberse propagado al entorno el foco del fuego. La propia dicción legal «sin que llegue a propagarse» soporta la existencia de un incendio producido y capaz de propagarse, y, por ende, consumado. Es la falta de propagación, lo que determina este subtipo atenuado. Es por tanto, la misma conducta recogida en los artículos precedentes siendo la falta de propagación al monte o masa forestal la que la justifica.

Se consuma como así lo tiene declarado la jurisprudencia, SSTS de 24 de junio de 1987 (RJ 1987, 5011) , 26 de junio de 1990 (RJ 1990, 5679) y 15 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9275) , cuando el fuego se comunica al objeto que se pretende quemar y comienza la combustión de este y, por lo tanto, ha debido existir un peligro real de que el fuego se propagara, aunque después no haya sucedido, por diferentes causas, motivo este por el que puede considerarse consumado, respecto a este precepto, el incendio forestal, aunque solo haya ardido un solo árbol... Entendemos que aunque partimos de una misma conducta la de incendiar o prender fuego, el elemento que las diferencia es su construcción, así en el artículo 354 se subraya «sin que llegue a propagarse», y en el artículo 352 recoge que aquél se propague, es decir, la dañosidad implícita del incendio que se propaga, la destrucción de la riqueza forestal y su valor ecológico, acciones que el legislador ha querido claramente diferenciar, que es lo que separa ambos tipos... (STSJ. Castilla y León, 4/2004, de 11 octubre)

3.3. El homicidio por imprudencia profesional

El homicidio, tipificado en el artículo 138 del Código Penal pretende proteger el bien “*vida humana*”, el derecho a la vida (derecho fundamental reconocido en el artículo 15 CE).

“El que matare a otro será castigado como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”

En este mismo Título I, del Libro II, del Código Penal, que castiga el quitar la vida a otro, se diferencian los siguientes supuestos delictivos: homicidio, asesinato, inducir al suicidio o asistir o participar en la muerte de quien quiere morir y le pide ayuda para lograrlo.

Antes conviene puntualizar, aunque en todos los casos se quita la vida a otro, que el homicidio no debe confundirse con el asesinato -que para que se produzca necesita que concurren bien alevosía, bien precio, recompensa o promesa, bien ensañamiento-. El asesinato es un delito más grave que el homicidio tanto por la conducta que se prohíbe (necesidad de circunstancia específica que lo hace, si se quiere, más cruel) como por la pena (de quince a veinte años de prisión).

Por su quehacer profesional a un ingeniero de montes, únicamente cabría llegar a imputarle una clase especial del homicidio, **el homicidio por imprudencia profesional**, es decir cuando por su descuidada, mala o negligente práctica profesional muere otra persona. El artículo 142.1 y 3 CP dicen:

“El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de 1 a 4 años”.

“Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años”

El homicidio común, castiga a quien mata a otro, con una pena de prisión de 10 a 15 años (art. 138 CP). Se castiga el delito consumado y la tentativa. En ambos supuestos

tienen que existir la intención de matar (dolo): en el primero el autor lo conseguirá; en el segundo no, pero por causas ajenas a él.

El homicidio imprudente en general se castiga con prisión de 1 a 4 años (artículo 142.1 CP) y al cometido por negligencia profesional se le añade además la pena de inhabilitación especial de 3 a 6 años (artículo 142.3 CP). En el homicidio por imprudencia se castiga un descuido o negligencia que causa la muerte. No hay intención de matar, pero se causa la muerte por su culpa, pudiéndose sólo castigar en calidad de autor, no bajo otra forma de participación (ejemplo: cómplice). Tampoco, por supuesto, cabe la tentativa.

3.3.1.Requisitos:

- 1º) El sujeto activo: tiene que ser un profesional concreto, que con ocasión del ejercicio de su actividad profesional, causa la muerte a una persona. Por ejemplo cuando al desempeñar defectuosamente sus funciones en la extinción de un incendio un ingeniero, ello supone que fallece una persona. El autor reúne una condición especial (ser profesional) y lo comete precisamente mientras está desempeñando su profesión
- 2º) Acción u omisión: la realización de una acción o la omisión de una obligación, tiene consecuencias directas en el fallecimiento de una persona. La formación derivada de la titulación permite ser consciente de lo que es correcto o incorrecto, dado que se trata de actos propios de la profesión. Es decir se trata de una acción o una omisión consciente en el sentido de que el profesional es garante y como tal tiene el deber de negligente, es imprudente. El profesional tiene el deber de percatarse, de advertir del riesgo creado por su acción u omisión y, en su caso, de evitar que el riesgo advertido se concrete en una efectiva lesión (Tribunal Supremo, sentencia 1904/2001, de 23 de octubre). La imprudencia, el descuido, la impericia debe ser grave (la muerte causada por una imprudencia leve se subsume en la falta del artículo 621.2 CP que se castiga con pena de multa). Descuida en su actuación algo que tiene que hacer o que no debe hacer por imposición de las leyes, los contratos, su propio estatuto colegial, su competencia profesional reconocida en su título universitario y plan de estudios, etc.

La imprudencia profesional suele estar más ligada a la omisión de actos que se debían hacer que a una acción, pero a efectos de la comisión de un delito, acción y omisión se consideraran equivalentes.

Ahora bien, si el ingeniero actúa con diligencia, adoptando todas las medidas de cuidado exigibles, excluirá la imprudencia grave o en el peor de los casos, la minimizará o la dejará en leve. Por lo tanto es importante respetar las leyes y las normas técnicas para demostrar un actuar profesional correcto.

- 3º) Nexo causal: Entre la acción del profesional y el resultado, la muerte de otro, tiene que existir relación de causalidad. Es decir, la muerte debe ser consecuencia de la impericia o negligencia profesional, consecuencia de la trasgresión de los específicos deberes técnicos que sólo al profesional competen en el desarrollo de su actividad. El otorgamiento de un título profesional crea una presunción de competencia, que encuentra su cara negativa en la impericia o incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión, que determina una vulneración de la *lex artis*, creadora de un especial deber de cuidado (posición de garante).

3.3.2. Pena

Pena de prisión de 1 a 4 años y pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de 3 a 6 años. Ambas como penas principales. La pena de inhabilitación especial en este caso no es accesoria por lo que no viene limitada por el tiempo de la pena de prisión (artículo 54 CP), pudiendo ser superior. Dado que la pena de prisión puede quedar en suspenso si es inferior a 2 años, la pena de inhabilitación puede hacer más daño al reo que la de prisión, que en muchos casos no se cumple.

Hay que tener presente que el homicidio imprudente puede darse junto con la comisión de otro delito, por ejemplo un delito de incendio forestal o un delito contra los derechos de los trabajadores, pero no necesariamente. En caso de que se den varios delitos entran en juego las reglas del concurso (concurso de normas o concurso de delitos –ideal o real-), cuestión de índole técnico-jurídica compleja que no se aborda en este informe.

3.4. El delito de lesiones por imprudencia profesional.

El Título III, del Libro II del Código Penal contiene los delitos de lesiones (excluye lesiones al feto que están en el Título IV), en los artículos 147, que recoge el tipo básico, 148, 149 y 150 y 152. En éste último se tipifican las lesiones que se causan por imprudencia, dentro de las cuales, se encuentran las cometidas por imprudencia profesional (artículo 152.3 CP).

Se produce cuando por cualquier medio o procedimiento se causa a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico (artículo 147.1 CP). La pena será de 3 meses a 3 años.

Será más leve, prisión de tres a seis meses, cuando la lesión sea de menor gravedad atendiendo al medio empleado o el resultado producido. La falta de lesión, para aquellas no previstas como delito, están tipificadas en el artículo 617 CP.

El castigo será más severo (pena de prisión de seis a doce años) cuando se cause a otro la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido (ejemplo, la vista), la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica. También su causa una mutilación (artículo 149 CP); si la pérdida o inutilidad fuere de un órgano no principal, prisión de tres a seis años (artículo 150 CP).

Para examinar el artículo 152.3 (lesiones por imprudencia grave, profesional) hay que considerar el mismo 152.1 y los artículos 147, 148, 149 y 150 del Código Penal. Lo especial es que se produzca por imprudencia grave en el ejercicio profesional. **Todo lo visto para el delito de homicidio por imprudencia es de aplicación en este delito, en cuanto al sujeto activo, la acción u omisión por imprudencia profesional grave.** También en la relación causal entre la acción u omisión y el resultado; lo que cambia es el resultado, aquí se causa una lesión aunque no cualquier lesión es constitutiva de delito. Para todo lo referido nos remitimos a lo expuesto para el delito de homicidio por imprudencia profesional con las peculiaridades siguientes:

3.4.1.Requisitos:

- 1º) Sujeto activo: profesional que en el ejercicio de su actividad profesional, causa alguna de las lesiones previstas en los artículos 147.1, 148, 149 y 150 CP ya referidas, a una persona.
- 2º) Acción u omisión: La lesión causada es fruto del descuido, negligencia o imprudencia del profesional. Al igual que en el homicidio tiene el deber de advertir el riesgo creado por su acción u omisión y, en su caso, de evitar que el riesgo advertido se concrete en una efectiva lesión.
- 3º) Nexo causal: El resultado, la lesión de otro, debe ser consecuencia de la impericia o negligencia profesional, consecuencia de la trasgresión de los específicos deberes técnicos que sólo al profesional competen en el desarrollo de su actividad.
- 4º) Lesiones penadas: **no se castiga cualquier lesión** causada sino aquellas contempladas en los artículos 147, 149 y 150 CP anteriormente citadas. Tenemos que hacer las siguientes precisiones:

Pueden ser **lesiones físicas o psíquicas** causadas por una imprudencia grave profesional, **que necesiten para sanar: una primera asistencia facultativa**, por un médico, y tratamiento médico o quirúrgico. No es obligado que efectivamente se asista la lesión mediante tratamiento médico o quirúrgico sino que objetivamente la lesión lo necesite (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1999). Esta primera asistencia y tratamiento médico o quirúrgico marca la frontera con la falta de lesiones prevista en el artículo 617 CP. Primera asistencia no es la asistencia inmediata, sino que es más amplia, admitiéndose por tal, la actuación simultánea o sucesiva por varios médicos o especialistas.

El tratamiento médico supone una serie de actos ordenados en el transcurso del tiempo con finalidad curativa. La vigilancia o seguimiento de una primera asistencia o de un tratamiento no es un tratamiento médico (Sentencia Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2002, entre otras).

Cuando la lesión precisa de operaciones naturales e instrumentales, cirugía mayor o menor, para reparar el daño consistente en cualquier alteración funcional u orgánica –incluida la corrección de fracturas o un traumatismo cerebral con la colocación de

un collarín-, se habla de tratamiento quirúrgico (sentencias del Tribunal Supremo ya citadas y de 24 de enero de 1996 o de 23 de febrero de 2001).

La primera asistencia y el tratamiento médico o quirúrgico deben estar relacionadas o tener su origen en la acción u omisión que causa la lesión.

- Por miembro principal, dice el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de octubre de 2002, debe entenderse aquella extremidad u órgano que posea relevante actuación funcional para la vida, la salud o el desenvolvimiento normal del individuo. La que no sea relevante deberá entenderse “no principal” (artículo 150 CP).
- Por deformidad, aquella irregularidad física visible y permanente que suponga una desfiguración, imperfección estética o fealdad ostensible a simple vista. Debe considerarse el lugar en el cuerpo.
- La pérdida de un órgano o miembro principal no puede entenderse en términos absolutos, bastando un menoscabo sustancial.

3.4.2. Pena

Cualquiera de las lesiones contempladas en los artículos 147.1, 149 y 150 serán castigadas si se causan por imprudencia con penas que oscilan entre los tres meses y los tres años. Si se trata de lesiones del 147.1, **prisión** de 3 a 6 meses; si se comprenden en el 149, prisión de 1 a 3 años. Si se encuentran en el 150, prisión de 6 meses a 2 años.

Además de estas penas principales y con esta naturaleza, a quien cause esas lesiones por imprudencia profesional se le impondrá la pena de **inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de 1 a 4 años.**

3.5. El delito de daños por imprudencia grave.

Tipificado en el artículo 267 del Código Penal en relación con el artículo 263 que contiene el tipo básico de daños. Lo abordamos de manera diferente al resto de los delitos que estamos viendo, no obstante su importancia por la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Pensemos en las casas destruidas por un incendio.

El artículo 267 dice: “*Los daños por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros, serán castigados con la multa de tres a nueve meses, atendiendo a la importancia de los mismos*”. En el segundo párrafo, continúa, “*las infracciones solo*

serán perseguibles previa denuncia a instancia de la persona agraviada". También podrá efectuar la denuncia el Ministerio Fiscal.

Se trata de daños contra el patrimonio de un tercero, destrucción o menoscabo de los bienes valiosos ajenos que acarrea un perjuicio al propietario, perjuicio que no es necesario para que exista delito. El sujeto aquí puede ser cualquiera.

3.6. El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo por imprudencia profesional

En el Título XV "De los delitos contra los derechos de los trabajadores" se encuentran tipificados los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 316 CP), admitiéndose la comisión por imprudencia grave (artículo 317 CP).

"Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses" (art. 316)

"Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado" (art. 317)

Este es uno de los supuestos de norma penal en blanco, examinados en la parte general de este informe, pues para configurar el delito hay que acudir a las normas de prevención de riesgos laborales (como norma fundamental básica la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de riesgos laborales, pero también los reglamentos que la desarrollan y otras normas con el mismo objeto).

Se pretende proteger la seguridad de los trabajadores mediante el reproche a la desatención de las medidas de seguridad, higiene y prevención de riesgos por aquéllos que estén obligados a respetarlas, cuando su ausencia pongan en peligro grave la vida o la salud de los trabajadores. Se protege la vida, la salud o integridad física de los trabajadores, adelantándose la reprobación a la puesta en peligro de estos bienes jurídicos. El resultado que pueda producirse es autónomo de éste, así, sí por cometer

este delito, un trabajador se lesiona o muere, cabe imputar también un delito de homicidio o lesiones. Es un delito de peligro, se perfecciona con la creación de la grave situación de peligro (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1992).

3.6.1.Requisitos:

- 1º) **Sujeto activo:** La autoría es amplia. En primer lugar, no cabe duda que a tenor de las exigencias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el empresario, puede ser el autor de este delito; pero, en segundo lugar, como señala el Tribunal Supremo también lo pueden ser los administradores de derecho o de hecho o encargados del servicio y quienes conociendo las medidas que había que tomar no lo hubieron remediado pudiéndolo hacer (artículo 318 CP). En el caso de la Administración pública puede serlo el funcionario o autoridad que entre sus tareas tenga la de procurar que se cumplan este tipo de medidas.
- 2º) **Acción:** En este caso se trata más bien de comisión por omisión. Lo que se pena es la omisión de un deber legal, no facilitar a los trabajadores los medios necesarios para que desempeñen su actividad de manera que pongan en peligro grave su vida, salud o integridad física.
 - Debe haber infracción grave de la normativa laboral o administrativa que regulan la seguridad e higiene en el trabajo que conlleva la creación del peligro grave para los trabajadores.
 - El delito de resultado (la lesión o la muerte del trabajador), absorberá al delito de peligro (Sentencia Tribunal Supremo de 4 de julio de 1999) cuando se produzcan los dos.
- 3º) **Nexo causal:** debe haber relación de causalidad entre la puesta en grave peligro la vida, la salud o integridad de los trabajadores y la ausencia de facilitar a éstos los medios necesarios para trabajar con seguridad e higiene infringiendo normas sobre la materia estando legalmente obligado (infracciones graves). No es necesario un resultado lesivo para que exista delito.
- 4º) **Tipo o delito imprudente (art. 317 CP):** el Tribunal Supremo confirma la comisión de este delito de peligro por imprudencia grave cuando la insuficiencia de las medidas adoptadas, fruto de la previsión total del riesgo creado por la actividad desarrollada por la víctima, pone el peligro grave la vida, la salud o la integridad de los trabajadores (sentencia Tribunal Supremo de 26 de julio de 2000), encontrándonos en una posición de garante.

3.6.2. Pena

Se castiga el delito consumado con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. El tipo imprudente con prisión de tres a seis meses.

4. RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

4.1. Responsabilidad disciplinaria.

4.1.1. Normativa reguladora. Sujetos afectados

El régimen de responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de una Administración pública se encuentra regulado en normativa estatal y autonómica. En primer lugar, la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) contiene la regulación básica en la materia (Título VII, artículos 93 a 97) y es por ello aplicable al personal dependiente de las Administraciones estatal, autonómica y local así como de los organismos y entes adscritos o dependientes de aquéllas (Art. 93.1 EBEP). La normativa dictada en desarrollo del EBEP regirá para el personal de la Administración estatal y local; sus preceptos básicos serán también aplicables al personal autonómico. En segundo lugar, dentro del respeto a tales preceptos, cada Comunidad Autónoma puede dictar legislación sobre esta materia, que será de aplicación tan solo a su personal (Disposición final segunda EBEP). En tercer lugar, al personal laboral le será aplicable, en defecto de la normativa anterior, la legislación laboral, incluyendo los convenios colectivos (art. 93.4 y 94.5 EBEP)²³.

Como se deduce del párrafo anterior, estarán sometidos a dicha normativa los ingenieros de montes que **formen parte del personal de una Administración Pública, tanto se trate de funcionarios públicos como de personal laboral.** (art. 93.1,2 EBEP).

De acuerdo con esta normativa, será imputable la responsabilidad disciplinaria a aquel ingeniero (funcionario o laboral) de una Administración pública **que hubiera intervenido en una acción constitutiva de falta muy grave, grave o leve** según la normativa citada (art. 95 EBEP). No sólo queda comprometido quien hubiere actuado a título de **autor** de la actuación, sino también como **inductor** o **encubridor**. La responsabilidad del inductor será la misma que la del autor. El encubridor sólo

²³ El EBEP será también de aplicación al los ingenieros dependientes de la Comunidades Forales del País Vasco y Navarra, sin perjuicio de sus respectivas normativas autonómicas. En los mismos términos, regirá para los funcionarios públicos propios de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (Disposiciones Adicionales tercera y cuarta).

responderá en caso de faltas muy graves y graves –no de las leves, por tanto- siempre que hubiesen sido consumadas (art. 93.2,3). La exigencia de responsabilidad se traducirá en la tramitación de un **procedimiento disciplinario** que concluirá en la imposición de una **sanción** a quien hubiere sido hallado culpable de la falta (arts. 98 y 96 EBEP).

4.1.2. Principios de la responsabilidad disciplinaria. Non bis in idem.

La imputación de una infracción disciplinaria y el consiguiente inicio de un procedimiento administrativo afecta extraordinariamente a la esfera personal y profesional del trabajador. Al inmediato desvalor que supone la incoación del expediente se suma la posible imposición de una sanción. Con la finalidad de proteger sus derechos y evitar la arbitrariedad administrativa, el artículo 94 EBEP establece una serie de principios de suma importancia, hasta el punto de que su desconocimiento por la Administración puede ocasionar la ineficacia del procedimiento disciplinario.

Con tal finalidad garantista se dispone que tan sólo podrán imputarse infracciones e imponer sanciones en la medida en que estén establecidas en una ley o en un convenio colectivo (principios de **legalidad** y de **tipicidad**). Dichas normas se aplicarán a los hechos sucedidos después de su entrada en vigor, pero no a los anteriores (principio de **irretroactividad de la norma disciplinaria**). Ahora bien, si una norma es posterior a la infracción pero más favorable para el imputado que la vigente el día de producción del hecho, será aplicable aquélla (principio de **retroactividad de la norma más favorable**)²⁴. La sanción será adecuada a la gravedad y consecuencias de la infracción (principio de proporcionalidad). No es admisible la responsabilidad objetiva, por lo que sólo podrá imponerse aquélla al que comete la infracción con intención o por negligencia bastante (principio de **culpabilidad**), presumiéndose el buen obrar del imputado hasta que se dicte resolución sancionadora (principio de **presunción de inocencia**).

²⁴ Ahora bien, surge la duda de qué norma aplicar cuando la presuntamente más favorable no es netamente “más favorable”, pues contiene en su tenor preceptos o consecuencias desfavorables para el infractor. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/1993 de 18 de enero, estableció el **principio de ponderación de los resultados**: “*El principio de retroactividad de la ley penal más favorable conlleva la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, siempre que el resultado final suponga beneficio para el reo*”

Es habitual que del procedimiento se deduzca que la infracción administrativa ofrece indicios de responsabilidad penal, a título de delito o falta. En tal caso, el órgano instructor suspenderá su tramitación y lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal. Sea éste o sea denuncia de particular el que inicie el proceso penal, el disciplinario no se reiniciará hasta que el proceso penal concluya con una sentencia firme. Podríamos hallarnos así en la situación de que **tanto el proceso penal como el procedimiento administrativo disciplinario terminasen con una resolución condenatoria para el trabajador**. La pregunta obvia es la siguiente: **¿es lícito que un mismo sujeto sufra una doble condena por los mismos hechos?**

Como regla general, tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo sancionador prohíben la imposición de dos sanciones por unos mismos hechos (principio del “*non bis in idem*”). Sin embargo, el procedimiento disciplinario es una excepción a dicha regla y permite la **duplicidad condena penal más sanción disciplinaria cuando el hecho es constitutivo de delito común**. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, S de 19 Nov. 2008 distingue dos tipos de delitos, los propios de los funcionarios públicos y los comunes, estos últimos son los que podría cometer **cualquier ciudadano** y en los que la condición de funcionario actúa como agravante o subtipo agravado. En los primeros, se aplica el non bis in idem, dada la coincidencia de intereses jurídicamente protegidos por las normas penal y administrativa (interés de la administración). En los segundos, cabe duplicidad sancionadora y penal, dado que el interés de la norma penal no es proteger a la Administración, sino al Estado, de ahí que puedan ser cometidos por ciudadanos ordinarios.

El delito de incendios y los a él asociados no son delitos propios y exclusivos de los funcionarios públicos²⁵. Por ello, la condena por alguno de estos delitos no impide una ulterior sanción disciplinaria. Ahora bien, **si la sentencia hubiere incluido conductas susceptibles de generar responsabilidad disciplinaria** (por ejemplo, abandono del

²⁵ En general, se tiene por delitos propios de los funcionarios públicos los recogidos en el Libro II, Título XIX, del Código Penal, bajo la rúbrica de “Delitos contra la Administración Pública”, en cuanto sean cometidos por funcionarios (abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos, desobediencia y denegación de auxilio, infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, abuso en el ejercicio de su función). A ellos pueden sumarse los comprendidos en el Título XX (“Delitos contra la Administración de Justicia”) así como los “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”, recogidos en el capítulo V, del Título XXI.

servicio, desobediencia y denegación de auxilio, prevaricación, etc.) entre los elementos constitutivos del tipo penal, entendemos que no podrá imponerse sanción disciplinaria por la misma conducta, en base a la confluencia de intereses jurídicamente protegidos entre la norma penal y la administrativa.

4.1.3. Examen de las faltas disciplinarias.

En su artículo 95 el EBEP distingue entre faltas disciplinarias muy graves, graves y leves. Tan sólo contiene una relación de infracciones muy graves, remitiendo a la legislación de función pública autonómica y a los convenios colectivos la identificación y el régimen jurídico de las faltas graves y leves. Ahora bien, por lo que respecta a la Administración General del Estado, y en tanto no se desarrolle el EBEP, seguirá en vigor la clasificación de faltas graves y muy graves establecida en los artículos 6 y 7 del RD 33/1986 de 10 Enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración.

Nuestro estudio versará sobre las faltas siguientes:

1. Faltas muy graves: el abandono del servicio, la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales; la notoria falta de rendimiento y notorio incumplimiento de las funciones esenciales; la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones:
2. Faltas graves: la falta de obediencia debida a autoridades y superiores; las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados; la tolerancia de los superiores respecto de la comisión de faltas muy graves o graves de los subordinados; la falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave; incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que acumulada suponga un mínimo de 10 horas al mes; la tercera falta injustificada de asistencia en un período de 3 meses, cuando las otras dos hubiesen sido sancionadas como faltas leves; la perturbación grave del servicio.
3. Faltas leves: el incumplimiento injustificado del horario de trabajo, cuando no suponga falta grave; la falta de asistencia injustificada de un día; el descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones; el incumplimiento de los deberes y

obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave

4.1.3.1. Faltas muy graves.

4.1.3.1.1 Abandono del servicio.

A los efectos del presente dictamen la infracción de abandono de servicio tiene una importancia muy relativa. Dado que supone la ruptura total y duradera del vínculo funcional o laboral del trabajador con la Administración, es casi antitética con la exigencia de responsabilidad al ingeniero por su actuación –activa o pasiva- en un hecho generador de incendio.

Como apuntamos, incurrirá el ingeniero en esta falta disciplinaria por dejación total de su puesto de trabajo, generalmente por tiempo indeterminado y sin motivo que lo justifique, con el propósito de apartarse de los deberes inherentes al mismo (STS 16 de diciembre de 2003). Reúne cuatro caracteres que deben concurrir simultáneamente:

1. Absoluta. Implica la ruptura fáctica completa de la relación con la Administración.
2. Duradera. Normalmente por un período indeterminado o suficientemente largo como para manifestar la voluntad de quebrar el vínculo laboral o funcional.
3. Injustificada. Sin motivo legítimo y suficiente. Obviamente, no son alegables motivos públicos o privados articulables a través de otros instrumentos previstos en la ley, como son las vacaciones, días de asuntos propios, excedencias voluntarias o forzosas. Tampoco puede alegarse incompatibilidad de caracteres o mala relación personal par justificar el abandono²⁶. Ahora bien, la ausencia de prestación laboral por una causa justificada no puede ser sancionada como abandono de servicio (p.ej., incapacidad temporal²⁷).
4. Contumaz. El funcionario adopta una conducta reiterada de ruptura, rechazando las normas y las órdenes en sentido contrario. Así, la STS 9 Marzo 2009 ejemplifica: “la actitud del recurrente, prolongada por más de dos años, de

²⁶ La STS 23 de octubre de 2003 estima como causa insuficiente de justificación la animadversión que posee el funcionario sancionado con otro compañero, sin que exista una dolencia psíquica que motive su comportamiento.

²⁷ STS 22 de octubre de 1999.

negarse a seguir el procedimiento establecido con carácter general para que los funcionarios públicos sean declarados en situación de baja por enfermedad y su negativa a desplazarse a Madrid para tomar posesión so pretexto de que su estado de salud no le permitía viajar, configuraba el tipo de abandono de servicio”.

5. Voluntaria. No necesariamente intencional, pero sí se exige un elemento volitivo: el funcionario conoce y acepta el abandono, de modo que obra en consecuencia. La determinación de este requisito es conflictiva. Así, se ha considerado abandono del servicio la situación de un funcionario en paradero desconocido, pero no la de quien no se incorpora a su puesto de trabajo debido a un trastorno psíquico.

Como último beneficio para el funcionario, la Jurisprudencia ha impuesto el deber de previo requerimiento de la Administración intimando al funcionario a su incorporación. La desatención del requerimiento manifiesta voluntad de abandono y dejación habitual y reiterada (STS 18 de noviembre de 2003).

4.1.3.1.2. La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.

La Jurisprudencia ha interpretado este supuesto de forma amplia, considerando infracción a la emisión por el funcionario de actos positivos que vulneren la ley de forma evidente y se traduzcan en una perturbación dañosa importante o intensa para la Administración o los ciudadanos.

Los tres requisitos – acuerdo decisorio, manifiesta ilegalidad y gravedad del perjuicio– han de concurrir cumulativamente para la concurrencia de la infracción. Así por ejemplo, la inexistencia o falta de gravedad del daño a la Administración o a los particulares excluye la responsabilidad disciplinaria (SAN 27 de septiembre de 1999).

El término “acuerdo” no es sinónimo de pacto; el concepto es mucho más amplio y comprende todas las actuaciones del ingeniero, operando en forma conjunta o independiente y singular, pero siempre que suponga una **decisión** entre las varias propuestas o alternativas existentes, y que dicha decisión produzca efectos para los particulares (STS 16 de diciembre de 2003). La forma del acto es indiferente, ya sea verbal o escrita (STS 8 de marzo de 2002).

Para incurrir en responsabilidad disciplinaria no es suficiente con que la conducta vulnere una norma jurídica. Es indispensable que la infracción sea “manifiesta”; es decir, debe ser de tal calado que no sea precisa la intervención de órgano técnico para discernir su antijuridicidad. De lo anterior se deduce que nos hallamos ante una infracción dolosa e intencional, nunca negligente: el ingeniero que adopte un acuerdo “manifiestamente ilegal” lo hace con pleno conocimiento de su contradicción con la ley.

Pese a la amplitud de la figura, la necesidad de perjuicio grave es interpretada por la jurisprudencia de forma estricta; como daño patrimonial o moral causado por la actuación del funcionario a los bienes, derechos o servicios de la Administración o de los particulares. Por lo tanto, no puede imputarse responsabilidad disciplinaria alegando que la conducta vulnera los deberes de los funcionarios públicos o es contraria a la ética profesional, pues en caso contrario se sancionaría la producción de acuerdos manifiestamente ilegales, pero no causantes de un perjuicio a la Administración o a los ciudadanos (STSJ. Castilla y León, Valladolid, 28 de septiembre de 2001).

4.1.3.1.3 La notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas. Notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas.

A diferencia del abandono del servicio las dos infracciones estudiadas no rompen fáctica o jurídicamente la relación laboral vigente pero suponen: a) la no realización o indebido cumplimiento de las tareas encomendadas; b) que lo anterior se haya materializado en una falta de rendimiento; c) y que ésta sea notoria; es decir, no dudosa ni susceptible de polémica.

La conducta descrita en el tipo legal exige que exista una falta de rendimiento, concepto indeterminado que como tal sólo admite una única interpretación justa, según la cual el rendimiento del funcionario sancionado ha de ser considerado en proporción o en relación con el estándar medio o normal de los demás funcionarios de su misma categoría y función, lo que obliga a considerar para su positiva apreciación un período de tiempo determinado y no sólo actuaciones puntuales y esporádicas del servidor público.

Los ejemplos son casi inagotables, pues suelen invocarse en caso de que la conducta del funcionario no encuentre mejor ubicación en la ley²⁸. Como regla general, concurrirá cuando el ingeniero no realizó en absoluto las tareas encomendadas o las ejercitó en forma tal “*como si no las hubiera hecho*” y motivó que quedasen sin hacer o que las tuvieran que ejecutar otros funcionarios. O bien cuando las tareas encomendadas no cumplen en absoluto su finalidad, de modo que supongan una pérdida de tiempo, recursos y del servicio a los intereses públicos (SAN 27 de septiembre de 2004).

Siempre que se den los anteriores presupuestos concurriría falta disciplinaria, por ejemplo, por abandono del puesto de trabajo para dedicarse a otra actividad ya sea remunerada (compatible o incompatible), ya sea no remunerada, familiar o recreativa, pero desarrollada en horario laboral (STS 18 de diciembre de 2001). Asimismo, el incumplimiento injustificado de la obligación de poner en conocimiento de superiores o compañeros información necesaria o relevante para el trabajo. En principio, la infracción se verá agravada por circunstancias tales como la intencionalidad, la duración de la conducta, su falta de justificación, y los daños producidos a la Administración o a los ciudadanos.

Ahora bien, del mismo modo que en el Derecho Penal, la responsabilidad se minorará cuando las infracciones tengan como causa o resulten influida por las graves deficiencias de organización y funcionamiento de la institución, la falta de formación del ingeniero, la escasez de medios, su notoria diligencia o cualquier otra circunstancia que reduzca o elimine los elementos de voluntariedad y notoriedad de la conducta.

4.1.3.1.4. Desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

El deber de obediencia supone por parte del funcionario el de acatamiento y cumplimiento de la orden manifestada e impuesta por el superior o autoridad (STSJ de

²⁸ Así, la SAN 10 de septiembre de 1998 señala que “*la falta de rendimiento no se configura de manera unitaria sino que al poder manifestarse de forma muy variada, que va desde la inhibición en el cumplimiento de las tareas hasta el cumplimiento ineficaz, descuidado o negligente, pasando por el cumplimiento parcial, es susceptible de una graduación que tiene su reflejo en el Reglamento Disciplinario. Así en el art. 6-f) se sanciona, como falta muy grave, la notoria falta de rendimiento consistente en la inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas; en el art. 7.1-i) se sanciona, como falta grave, cuando la falta de rendimiento afecte al normal funcionamiento de los servicios; y, en el art. 8 se sancionan como falta leve el descuido o negligencia o el incumplimiento que no sea calificable como muy grave o grave*”.

Murcia, 9 de mayo de 2002). Por ello, la existencia de la falta disciplinaria implica la concurrencia de una orden concreta emanada de un superior o autoridad y la actitud deliberadamente rebelde al cumplimiento de dicha orden por parte del funcionario al que iba dirigida (SAN 5 de julio de 1999). Para que sea imputable dicha infracción, doctrina y jurisprudencia sistematizan los siguientes requisitos:

1. Que la orden proceda de una autoridad competente con potestad para mandar y que sea jerárquicamente superior al destinatario del mandato.
2. Que la orden sea un mandato claro, expreso y terminante, excluyéndose las simples opiniones, sugerencias o cambios de impresiones²⁹. La orden puede ser transmitida directamente o a través de mandos intermedios.
3. Que la orden sea conforme a Derecho, legítima y razonable. Debe ir referida a obligaciones que el órgano inferior tiene el deber de cumplir. Por ello se excluyen los dos tipos de órdenes: las dirigidas a funcionario no competente por razón del puesto y las órdenes ilegales.

Cuando el funcionario carece de competencia para realizar el mandato, su negativa no es constitutiva de infracción. Ello es debido a que las obligaciones son para el funcionario las propias de su puesto de trabajo, y las anejas al mismo. Pero sí aquél es por completo ajeno a la acción que se le ordena carece del presupuesto necesario para que la orden sea efectiva y su incumplimiento sancionable³⁰.

Por su parte, son ilegales aquellas órdenes que infringen el ordenamiento jurídico o causen lesión de un derecho constitucional. Ahora bien, en muchas ocasiones el discernimiento sobre la legalidad de una orden excede del conocimiento del funcionario, a quien la realidad de los hechos puede apremiar para ejecutar el mandato. Es difícil dar criterios precisos en este caso *Si lo aparente es la ilegalidad* o si la orden es *manifiestamente* ilegal, de forma que la notoriedad del ataque a los bienes y derechos es

²⁹ La STS 25 de febrero de 1994 señala que “lo único que se exige a una orden es que sea precisa, que sea clara, que sea inteligible y concreta y que tenga relación con la misión que el destinatario ha de cumplir”.

³⁰ Así, la STSJ. Madrid, 28 de marzo de 2008 advierte de que “no es exigible (ni por ende, sancionable en caso de incumplimiento) un deber de conducta ajeno al ámbito de actuación propio del funcionario, de tal suerte que la desobediencia en estos casos queda fuera del tipo previsto en el artículo 8.d) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero. Y es que, como ha tenido ocasión de recordar esta Sección en otros pronunciamientos, la desobediencia exige para constituirse como conducta típicamente reprochable el que exista una orden legítima emitida por el superior jerárquico, en la forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, relacionadas con las funciones y servicios que, dentro del mismo, tiene encomendados el inferior, faltando por tanto este último presupuesto”.

fácilmente perceptible, el interesado deberá considerar seriamente su incumplimiento, pues de lo contrario podría exigírsele responsabilidad penal, administrativa y civil por un acto ilegal. *Si lo aparente es la ilegalidad*, el funcionario deberá cumplir la orden³¹. No obstante, si mantuviese dudas importantes al efecto, el interesado deberá dirigirse al superior de forma fehaciente, expresando dichas dudas y pidiendo confirmación (también por un medio fehaciente) de la legalidad de la conducta,.

4. Que la desobediencia sea intencional o voluntaria. No es preciso, sin embargo, una especial malicia, pero sí una clara voluntad de incumplimiento (“*una actitud reiterada de no cumplirla, una voluntad decidida y firme de no llevarla a cabo*”)³². Así pues, el funcionario, una vez conocida una orden, cuyo contenido sea claro e incontrovertido y forme parte de sus funciones el cumplirla, que decida voluntariamente no ejecutarla o intencionalmente deje transcurrir el plazo dado para su ejecución, reuniría los requisitos típicos de esta infracción disciplinaria³³.

Ahora bien, no en todos los casos los presupuestos están claros. En múltiples ocasiones, las órdenes son genéricas o no entran en las funciones del obligado o entrañan vulneración de la norma. Si se estima necesario o se adivina algún riesgo del cumplimiento de la orden puede solicitarse una concreción al superior, en su caso por escrito. Éste deberá responder de forma suficiente, acreditando que el encargo se integra en las funciones propias del funcionario y que no supone infracción legal. En su caso, el superior deberá requerir el asesoramiento de los servicios jurídicos de la Administración correspondiente. Ahora bien, el problema de la determinación de las funciones es uno de los más graves en cuanto a la definición del deber de obediencia de los funcionarios.

5. La desobediencia no es necesariamente sinónimo de pasividad absoluta del funcionario. El hecho de que éste rechace el encargo, aún cuando aporte alegaciones o motivos fundados, no le exime de responsabilidad, pues de otro modo la organización del servicio quedaría al arbitrio del propio interesado que se convertiría así en definidor

³¹ Recordemos que la infracción se produce por desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción *manifiesta* del ordenamiento jurídico.

³² STSJ de Andalucía, Sevilla, 16 de marzo de 2001.

³³ No es equiparable a la desobediencia “una cierta desidia” o “un ligero abandono de las funciones asignadas al funcionario” (STS 20 de diciembre de 1991). Tales conductas, calificables como ‘desobediencia por omisión’ serán sancionables como falta muy grave si integran el tipo de notoria falta de rendimiento o notorio incumplimiento de las funciones y como falta grave o leve de acuerdo con los dispuesto por la ley.

de sus propias obligaciones con evidente perjuicio para el funcionamiento de la Administración.

6. El deber de obediencia alcanza a las órdenes con independencia de su forma de emisión – verbal o escrita. No es preciso que sean formuladas de forma directa y personal, pero sí han de ser expresas, precisas y concretas y, por ello, claras, congruentes y lógicas. Queda al albur del caso la mayor o menor resistencia del funcionario a acatar una orden que no reúne tales características en grado suficiente.

4.1.3.2. Faltas graves.

4.1.3.2.1. Falta de obediencia debida a superiores y autoridades.

La desobediencia a las órdenes o instrucciones de un superior pasa a ser falta grave cuando se reduce en grado alguno de los elementos que caracterizan a esta figura como falta muy grave. En particular cuando la ejecución del acto sigue tan solo parcialmente las instrucciones dadas; no se produce un perjuicio importante para los intereses públicos o de tercero; concurre una causa de justificación incompleta de la desobediencia o bien el funcionario obró por error o ignorancia no suficientes para eximirle de sanción pero sí para reducir la categoría de la infracción.

Obsérvese que, frente al supuesto de falta muy grave, se incluye dentro de la infracción grave la falta de obediencia debida a las instrucciones de una autoridad, aunque no sea estrictamente superior jerárquico del funcionario. Es necesario, sin embargo, que la autoridad obre en el ejercicio legítimo de sus competencias y no se exceda de su cargo o dé órdenes manifiestamente ilegales. Pero no se oculta la importancia de dicha cláusula para el supuesto presente. En situaciones de urgencia excepcional, con grave peligro para personas y bienes, como son los incendios forestales, los agentes pueden verse sometidos a una batería de instrucciones de autoridades administrativas y políticas, no necesariamente superiores jerárquicamente al ingeniero. En este caso es especialmente importante que éste tenga especial prudencia respecto de las órdenes emanadas de quien se halla ajeno a la línea jerárquica, en especial cuando ofrecen dudas sobre la capacidad del mandante o legalidad de la orden³⁴, de modo que siempre actúe de acuerdo con los

³⁴ Podrá, por ejemplo, solicitar que se le comunique dicha orden por medio de un superior, con lo que se ‘encarrila’ la orden a la disciplina jerárquica.

principios de cumplimiento diligente de sus funciones, respeto a la ley y atención a los intereses protegidos.

4.1.3.2.2. Conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados.

Nos remitimos al estudio del principio “*non bis in idem*” verificado en epígrafe 4.1.2 (“Principios de la responsabilidad disciplinaria. *Non bis in idem*”).

4.1.3.2.3. La tolerancia de los superiores respecto de la comisión de faltas muy graves o graves de sus subordinados.

La conducta activa u omisiva, negligente o dolosa de los subordinados puede tener relevancia en la producción del incendio (ejecución de obras u otros trabajos en zona forestal), en las labores de extinción o en los daños ocasionados por el mismo. De haberse abierto procedimiento disciplinario abierto contra ellos por falta grave o muy grave, y de las investigaciones resultase que tales conductas fueron ejecutadas con el consentimiento, complacencia o mera tolerancia del superior no cabe duda de que existe una relación de causalidad, si bien lejana, entre el hecho producido y el deficiente ejercicio por el superior de sus funciones de mando, por lo que cabe iniciar procedimiento contra él por falta grave.

4.1.3.2.4. La falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave.

Se trata de una figura muy elástica, que cubre el ámbito de dos faltas muy graves cuando se dan en un nivel inferior. En primer lugar, frente a la notoria falta de rendimiento el notorio incumplimiento de las funciones la diferencia radica en la ausencia o matización de los elementos esenciales de aquélla, en particular, de la notoriedad de la conducta. En segundo lugar, algunas sentencias admiten acudir a esta figura cuando no concurre propiamente la falta muy grave de abandono de servicio, en particular porque no existe la “radical ruptura con la función pública” que exige aquélla infracción (STS 22 de febrero de 1995).

4.1.3.2.5. El incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que acumulado suponga un mínimo de 10 horas al mes y la tercera falta

injustificada de asistencia en un período de tres meses cuando las otras dos hubieran sido sancionadas como faltas leves.

En ambos supuestos la responsabilidad nace de la mera producción del hecho, sin atender a posibles daños o a circunstancias de otro cariz. Sin embargo, no resulta tan sencilla la acreditación de los requisitos que dan lugar a la infracción.

En el primer caso (incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo), la infracción se produce por la falta de cumplimiento no justificado durante al menos 10 horas en un mes, siempre que no esté justificado. Podemos traducir la infracción como la ausencia del puesto de trabajo durante un mínimo de 10 horas de la jornada ordinaria en un mes, debiendo éste computarse como mes natural y no por tramos. En consecuencia, la inactividad o deficiente ejecución de las funciones, pero con presencia física en el puesto de trabajo impide acudir a esta figura (nos hallaríamos ante una falta de rendimiento).

Hallará dificultad el empleador a la hora de computar las horas perdidas, dado que la jurisprudencia exige su concreción, rechazando una relación indeterminada (STS 7 de noviembre de 1984). El funcionario podrá justificar la ausencia a través de los medios ordinario, en particular un certificado médico.

En el segundo supuesto (tercera falta injustificada de asistencia en un período de tres meses) debe reiterarse que el período se cuenta por meses naturales y que la imposición de la falta grave requiere que el funcionario haya sido ya efectivamente sancionado por las dos faltas leves. Ello supone que o bien el procedimiento disciplinario por infracción grave se inicia cuando las sanciones por falta leve son firmes o bien que, en caso contrario, adquieran firmeza antes de la conclusión de aquél, circunstancia no difícil, dado que no es preceptiva la instrucción de un expediente para la imposición de faltas leves (art. 18 LFCE, en vigor por la Disp. Derog. Única a) EBEP).

4.1.3.2.6. La grave perturbación del servicio.

La Jurisprudencia viene identificando “grave perturbación” del servicio con una alteración intensa o importante del mismo, que sólo puede quedar definida por el alcance mismo de la perturbación, es decir, por su resultado lesivo. (STSJ. Valencia, 28 de mayo de 2001). Habrá que estar pues al supuesto concreto, pero sí puede afirmarse que la ausencia o irrelevancia de los daños excluye la concurrencia de falta grave.

4.1.3.3. Faltas leves.

Las conductas aquí estudiadas se caracterizan, en general, por su interpretación negativa: *sólo constituirán faltas leves cuando no reúnan los requisitos para ser sancionadas como falta grave.*

Así se observa tanto en el **incumplimiento injustificado del horario de trabajo**³⁵ como en el **incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario**. La Administración puede instruir el expediente disciplinario por falta grave (o incluso muy grave, en el segundo caso) e imponer una infracción leve a la vista de las actuaciones. O también puede imponer directamente la sanción por falta leve, sin obligación de tramitar el expediente, como antes señalamos, salvo que la normativa autonómica así lo imponga.

Por su parte, la **falta de asistencia injustificada de un día** es causa de sanción por el mero hecho de su producción, y sin necesidad de justificar el daño. Ahora bien, si éste hubiese existido (por ejemplo, producción de un incendio en una zona asignada al funcionario) concurrirán los requisitos para imponer una falta grave o muy grave³⁶. El **descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones** generará este tipo de infracción si implica una perturbación poco relevante en el funcionamiento o resultados del servicio; si aquella tuviese entidad suficiente, atendidas las circunstancias del caso, se elevaría la categoría de la infracción.

³⁵ La STSJ Galicia, de 23 de julio de 2008 ratifica la resolución sancionadora de apercibimiento contra una funcionaria dado que " *la recurrente ha sido sancionada anteriormente por incumplimientos horarios (S. del TSXG que se aporta) y ha sido avisada reiteradamente de los mismos, lo que es causa, que el principio de proporcionalidad no puede ser traído pese al escaso incumplimiento de horas*".

³⁶ Resulta significativa la STSJ Murcia, 8 de junio de 1999 cuyos Fundamentos de Derecho reproducimos con el fin de ejemplificar la simplicidad del procedimiento sancionador por faltas leves:

I.- La resolución recurrida sanciona al recurrente, por no presentarse al servicio de disponibilidad que tenía asignado el día 12 de mayo de 1.997 de 8 a 13 horas. ...En cuanto al fondo, señala que no existió por su parte culpabilidad ya que estuvo de servicio el día 8 de mayo de 1.997 hasta las 21:30 horas, teniendo libres los días 9, 10 y 11 de mayo, reintegrándose al servicio el 12 de mayo a las 14:30 horas. Cuando abandona el servicio el 8 de mayo comprueba en el tablón de anuncios que no tiene servicio, por lo que el anuncio debió colocarse con posterioridad a las 21:30 horas del día 8 de mayo.

II.- Por lo que se refiere al tema de fondo, se trata de una cuestión de prueba de los hechos. De acuerdo con el informe emitido por el Sargento Sr. C. A., la hoja de servicios correspondientes al día 12 de mayo de 1.997 fue colocada en el tablón de anuncios el día 7 de mayo de 1.997 sobre las 11 horas. Este informe es ratificado en sede jurisdiccional, sin que se haya propuesto prueba por el recurrente que pueda desvirtuarlo, lo que lleva a la conclusión de que, efectivamente se produjo la infracción prevista en el artículo 8 b) R.D. 33/86 puesto que el recurrente pudo y debió tener conocimiento del señalamiento del servicio para el día 12 de mayo.

4.1.3.4. Sanciones.

El artículo 96 EBEP establece las siguientes sanciones disciplinarias:

1. **Separación del servicio** de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves.

2. **Despido disciplinario del personal laboral**, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban.

Una y otra suponen la pérdida definitiva de la condición de funcionario o de personal laboral. Ahora bien, respecto de este último, el apartado 2 dispone que procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave.

3. **Suspensión firme** de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años. De acuerdo con el artículo 16 del Reglamento estatal, la sanción de suspensión de funciones impuesta por comisión de falta muy grave no podrá ser superior a seis años ni inferior a tres. Si se impone por falta grave, no excederá de tres años.

4. **Traslado forzoso**, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca.

5. **Demérito**, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria.

6. **Apercibimiento**, limitada a las faltas leves en el artículo 17 del Reglamento

7. **Cualquier otra que se establezca por Ley**. Habrá que estar a lo dispuesto por la normativa de cada Comunidad Autónoma respecto de los funcionarios y del personal laboral autonómico.

El alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación.

4.1.4. Prescripción de infracciones y sanciones.

El artículo 97 del EBEP modifica el plazo de prescripción de las infracciones acortando las faltas muy graves a los 3 años, manteniendo la prescripción de las faltas graves a los 2 años y aumentando las leves a 6 meses.

Las sanciones prescribirán: las muy graves, a 3 años; las graves, a los 2 años, y las leves, al año.

Más racional en cuanto a la prescripción de las sanciones muy graves y más onerosas en cuanto a las leves, que son comportamientos nimios que en modo alguno han debido ser objeto de una ampliación que genere incertidumbre. Se intenta proteger el *animus puniendi* de la Administración Pública, o mejor, la falta de diligencia de la misma a la hora de optar o no por la iniciación de actuaciones disciplinarias. O una vez impuestas, la dilación en la ejecución de las mismas, desconociendo el quebrantamiento psicológico, daño moral, que provoca la tardanza en la ejecución que ya de por sí se convierte en un plus de punibilidad.

Empezará a contarse el plazo de prescripción desde la comisión de la falta o cuando finalice la actuación ilícita en el supuesto de falta continuada.

4.2. Ejercicio por la Administración de la acción de regreso contra el funcionario prevista en el artículo 145 de la LRJPAC

Aunque en la práctica no ocurre con demasiada frecuencia, el artículo 145 de la LRJPAC faculta a la Administración para recuperar el importe de los daños y perjuicios causados a terceros por el incendio cuya responsabilidad se atribuye a la culpa o negligencia del ingeniero.

El artículo 145 dispone:

Artículo 145. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la

Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

Naturalmente, en el régimen vigente establecido por los arts. 139 y ss. de la LRJPAC, la Administración Pública también es responsable de los hechos de cualquiera de sus dependientes. Pero la lógica jurídica y el principio de buena administración justifican que el art. 145.2 haya previsto una vía de regreso, a través de la cual la Administración responsable pueda recuperar, en todo o en parte, el importe de las indemnizaciones abonadas como consecuencia de las actuaciones dañosas del personal a su servicio.

Las tres premisas fundamentales que habilitan la utilización del expediente regulado en el art. 145.2 son:

- La Administración Pública debe haber abonado una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial
- La condición de personal al servicio de la Administración Pública
- La concurrencia de todos los presupuestos del ilícito civil contractual común en la actuación del personal al servicio de la Administración

4.2.1. La Administración Pública debe haber abonado una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial

Por consiguiente, no es lícito en ningún caso, para la Administración Pública emplear esta vía sin haber abonado una indemnización en concepto de resarcimiento de un daño del que ha sido declarada responsable patrimonial. De ningún modo es admisible que la Administración se dirija contra el ingeniero que ha ocasionado el daño, pretendiendo

obtener de la misma el quantum indemnizatorio para hacer frente después a su responsabilidad. Así lo establece con toda claridad, el art. 145.2 de la LRJPAC, que sólo habilita para el ejercicio de la vía de regreso a la Administración Pública correspondiente «cuando hubiere indemnizado a los lesionados».

El importe de la indemnización abonada por la Administración, funciona como límite máximo de la responsabilidad que quiera reclamarse del autor de los perjuicios. Si como consecuencia del incumplimiento de las mismas obligaciones estatutarias o contractuales el funcionario, además de los indemnizados por la vía de la responsabilidad patrimonial, ha causado otros daños a la Administración, ésta podrá igualmente exigirle su reparación, pero el mecanismo apropiado para ello será el regulado en el art. 145.3 y no la vía de regreso³⁷.

4.2.2. La condición de personal al servicio de la Administración Pública

Doctrina y la jurisprudencia, se han preocupado por delimitar y solventar quién es y quién no puede ser considerado personal de la Administración Pública a los efectos del artículo 145.2. Son imprescindibles dos condiciones:

1. que el responsable del incendio forme parte del personal de la Administración Pública
2. que el sujeto en cuestión se encuentre, al ocasionar el perjuicio concreto, actuando como tal.

1º. En cuanto a la primera condición se consideran personal de una Administración pública contra los puede ejercitarse la vía de regreso a los siguientes sujetos

- uno de sus empleados en régimen administrativo o laboral funcionarios interinos, personal laboral, contratado y estatutario,
- el personal de consorcios, sociedades estatales, fundaciones públicas y demás entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho

³⁷ Art. 145.3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

que gestionen un servicio público, aunque formalmente adopten la forma de personas jurídicas privadas.³⁸

2.º. La segunda condición se satisface tanto cuando el ingeniero interviene activamente en la causación por incendio cuando como es responsable en comisión por omisión, concepto éste para cuyo estudio nos remitimos a la parte correspondiente del presente informe.

En conclusión, y de acuerdo con lo que la jurisprudencia civil también ha señalado reiteradamente en relación con el art. 1903.4 del Código civil, el Consejo de Estado en su dictamen de 11 de abril de 1962 ha declarado que sólo quedan excluidas de la responsabilidad patrimonial de la Administración, las actuaciones puramente personales del sujeto ejecutadas con total desconexión del servicio al que está adscrito.

4.2.3. La concurrencia de todos los presupuestos del ilícito civil contractual común en la actuación del personal al servicio de la Administración

Además de los dos presupuestos anteriores es necesario, para que el ejercicio del regreso sea viable, que concurran en el comportamiento del funcionario todos los presupuestos de la responsabilidad civil por el incumplimiento de obligaciones contractuales.

Desde un punto de vista práctico, ello supone que el régimen de responsabilidad civil del art. 1.101 del Código civil resulta aplicable para suplir las lagunas de las que pudiera adolecer el artículo 145.2 de la LRJPAC

- 1.º Incumplimiento objetivo de alguna obligación exigible por razón de sus funciones.
- 2.º Producción de un daño económicamente cuantificable a bienes o intereses de la Administración o de tercero El daño cuya indemnización se pretende repetir mediante la vía de regreso ya habrá sido aducido y probado en el procedimiento previo por el que se exigió responsabilidad patrimonial a la Administración Pública.
- 3.º Relación de causalidad entre el obrar del ingeniero y el resultado dañoso. Debe demostrarse que dicho obrar fue causa suficiente como para producir el daño. Por tanto, se rompe la relación de causalidad cuando el sujeto actuó por fuerza mayor (carece de

³⁸ la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1994 llega a establecer que cualquier sujeto que tenga un vínculo jurídico, de cualquier naturaleza, con una persona o entidad que realice una actividad de titularidad pública consistente en la prestación de un servicio público, es considerado como sujeto al servicio de la Administración Pública a los efectos que nos interesan

culpa en el hecho), o cuando un tercero interrumpe la cadena causal, de forma que será ese tercero y no el ingeniero el responsable del daño. Así, por ejemplo, cuando un subordinado o compañero incumple las instrucciones del ingeniero director o actúa inmotivadamente según su criterio.

El principal problema se producirá en los supuestos de comisión por omisión. Todo queda supeditado a la prueba de que el incumplimiento por el ingeniero del deber de garantía inherente a su función ha sido el causante del daño. En general, los problemas probatorios desaparecen cuando un previo proceso penal ha concluido con sentencia firme condenatoria. En tal caso, los hechos probados en el juicio criminal se entenderán como demostrados en la vía de regreso para fijar tanto la relación de causalidad como la culpabilidad.

4.º La culpabilidad. El art. 145.2 establece que la responsabilidad del personal al servicio de la Administración Pública sólo será exigible cuando el sujeto hubiera «incurrido en dolo o culpa o negligencia graves».

El elemento decisivo del dolo es la voluntad del sujeto, la aceptación del resultado ilícito. Dentro del dolo podemos distinguir hasta tres modalidades principales, dos del denominado «dolo directo» y una del llamado «dolo eventual». El dolo directo se caracteriza porque el autor del incumplimiento se ha representado mentalmente el hecho como necesariamente antijurídico y dañoso y lo ha aceptado. Dentro del mismo se puede diferenciar un dolo de primer grado cuando el resultado antijurídico y dañoso no sólo es aceptado, sino también deseado por el autor (el ingeniero que prende intencionalmente fuego en un lugar y bajo unas condiciones susceptibles de provocar un incendio); de un dolo de segundo grado en el que el daño no es querido, pero sí aceptado en todo caso como consecuencia necesaria. El tercer tipo de dolo es el dolo eventual. En él, el autor del daño se ha representado el resultado ilícito y dañoso sólo como una probabilidad, pero aun así realiza la actividad dañosa aceptando y asumiendo que se produzca si es el caso (el director de obra que ordena trabajos susceptibles de producir una chispa cerca de una masa arbustiva o forestal a sabiendas o con la advertencia de que las condiciones hacen muy probable la producción del incendio).

La línea divisoria entre culpa grave y leve no es perceptible fácilmente en ocasiones en el enjuiciamiento del caso concreto y corresponde establecerla al Juzgador de instancia al practicarse ante ella la totalidad de la prueba en el acto del Juicio Oral. La Jurisprudencia – a partir de la STS de 23 de julio de 1987- no atiende no a la mayor o

menor gravedad del resultado (incendio) producido para calificar la imprudencia como grave o leve, sino a: 1) la mayor o menor falta de diligencia del personal; 2) si la conducta de éste hace notoriamente más previsible el incendio y 3) al grado de infracción que dicha conducta supone de las normas que deben guiar la conducta de dicho personal.

Así, la adopción de medidas de precaución y evitación del incendio, aunque fueren insuficientes e ineficaces, excluyen la total omisión y desprecio a las más elementales reglas de cautela, y por tanto no permiten hablar de incendio por imprudencia grave (SAP. Málaga, 187/2001, de 13 de junio; SAP Granada, 565/2001, de 29 de noviembre).

4.2.4. El deber jurídico de ejercitar la acción de regreso y su constante incumplimiento por las Administraciones públicas.

Si se dan todos los presupuestos a los que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior, la Administración está habilitada para ejercitar la vía de regreso y recuperar. En realidad, el artículo 145.2 lo configura como un deber jurídico, de obligatorio ejercicio por la Administración. De cualquier manera, lo cierto es que hasta el momento presente, y a pesar de la introducción de este deber de la Administración de ejercitar la vía de regreso, el Poder Público prácticamente nunca reclama nada del personal a su servicio tras haber tenido que abonar una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, si la Administración ha contratado un seguro de responsabilidad civil, el tercero perjudicado el perjudicado podrá ejercer la acción directa contra la entidad aseguradora y acudir, en su caso, a la Jurisdicción Civil es muy posible que la acción de repetición sea ejercitada por la entidad aseguradora.

4.2.5. Independencia y compatibilidad de la acción de regreso con la exigencia de la responsabilidad disciplinaria a los funcionarios públicos.

Por otra parte, es preciso recordar que ninguna relación guarda el ejercicio de esta vía de regreso con la utilización de la potestad sancionadora de la Administración contra su personal. Es perfectamente posible que se ejercite la vía de regreso y no se sancione y viceversa. Igualmente, se puede ejercitar la vía de regreso y, además, imponer sanciones disciplinarias a la persona al servicio de la Administración sin vulnerar el principio non bis in idem. La exigencia, por parte de la Administración, de todo o parte de la

indemnización que ha tenido que abonar a causa del incumplimiento doloso o gravemente negligente de sus obligaciones por parte de su personal no es una pena o castigo, sino un instrumento de resarcimiento patrimonial de la Administración como acreedora de una conducta diversa a la que la persona a su servicio ha desarrollado.

4.2.6. Plazo y procedimiento para el ejercicio de la acción de regreso

La Administración puede ejercitar la vía de regreso desde el día en que haya abonado el resarcimiento en concepto de responsabilidad patrimonial (art. 1.969 del Código civil y 15 in fine de la LGP y durante el plazo de cuatro años previsto en el art. 15 LGP, al haber sido regulado como un plazo general para exigir derechos por parte de la Hacienda Pública estatal. Ahora bien, si la ley presupuestaria de las Comunidades Autónomas establece un plazo mayor o menos, se estará a éste último respecto del personal autonómico.

El procedimiento para ejercitar la vía de regreso se encuentra regulado en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial. La escueta normativa procedimental está contenida en el art. 21, que ordena que:

1. Para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, el órgano competente acordará la iniciación del procedimiento, notificando dicho acuerdo a los interesados, con indicación de los motivos del mismo, y concediéndoles un plazo de quince días para que aporten cuantos documentos, informaciones y pruebas estimen convenientes.
2. En todo caso, se solicitará informe al servicio en cuyo funcionamiento se haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.
3. En el plazo de quince días se practicarán cuantas pruebas hayan sido admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas.
4. Instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá aquél de manifiesto al interesado, concediéndole un plazo de diez días para que formule las alegaciones que estime convenientes.
5. Concluido el trámite de audiencia, la propuesta de resolución será formulada en un plazo máximo de cinco días.

6. El órgano competente resolverá en el plazo máximo de cinco días.

Es presumible que, durante la tramitación del procedimiento descrito, adquieran una importancia fundamental aquellos hechos relativos al comportamiento de la persona al servicio de la Administración que hayan sido declarados probados en el procedimiento administrativo o proceso contencioso en el que se haya ventilado la responsabilidad de la Administración. Sobre este particular, debe quedar claro que, por mucha fuerza de convicción que pueda tener la apreciación jurisdiccional de la prueba, ésta no puede nunca tener el valor de cosa juzgada en relación con un sujeto al servicio de la Administración que no haya sido parte en el proceso contencioso (art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por consiguiente, habrá que ponderar junto a la declaración judicial de hechos probados, todas aquéllas circunstancias que no pudieron ser alegadas ni probadas en el proceso por el sujeto pasivo de la vía de regreso y que ahora sí pueden ser aducidas, para extraer de todas ellas conjuntamente la concurrencia de los presupuestos de la misma, sin ningún tipo de automatismo.

En el marco de este procedimiento, la Administración Pública no sólo deberá constatar que en el supuesto de hecho concurren todos los presupuestos examinados, sino que además deberá determinar el quantum indemnizatorio exigible al funcionario de acuerdo con los criterios dispuestos en el art. 145.2-II de la LRJPAC. En él se establece que: *«Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso».*

1.º El resultado dañoso producido. La ponderación de este criterio para determinar la indemnización exigible al funcionario no es más que una aplicación del criterio de que el daño indemnizable sólo es el originado por la actuación de sujeto que incumple su obligación.

2.º La existencia o no de intencionalidad. En caso de que concurra dolo se permite a la Administración exigir que se indemnicen todos los daños «que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

3.º La responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con el resultado dañoso. Con este último criterio la Ley ordena tener en cuenta, para apreciar la influencia causal de las distintas conductas o hechos

relevantes en un supuesto, la condición de profesional que posee una buena parte del personal al servicio de la Administración Pública (personal médico de la Administración Sanitaria, abogados del Estado, Ingenieros y Arquitectos municipales, etc.). Los comportamientos dañosos de los sujetos que trabajan para la Administración Pública como consecuencia de su condición de profesionales titulados, y desempeñando tareas propias de su pericia, resultan especialmente eficaces desde el punto de vista causal. Empleando impropriamente una conocida expresión penal, podría decirse que el «dominio del hecho» dañoso que tienen los profesionales actuando en materias propias de su profesión es superior al del personal ordinario al servicio de la Administración. Su capacidad de controlar el devenir de los acontecimientos y, por ende, de actuar sobre sus consecuencias es más elevada que la de cualquier otro partícipe en el evento dañoso. De este modo, cuando el perjuicio es originado por el incumplimiento de deberes profesionales, éste resulta atribuible causalmente, en mayor medida, al profesional que domina el medio en el que se ha producido, que al resto de los sujetos que hayan intervenido en el evento o que al modo objetivo de funcionamiento de la propia Administración Pública.

5. PERSONAL AL SERVICIO DE ENTIDADES ADSCRITAS O DEPENDIENTES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DESTINADAS A LA PREVENCIÓN Y EXTINCIÓN DE INCENDIOS FORESTALES.

5.1. Responsabilidad según el tipo de personificación: organismos públicos, sociedades mercantiles públicas, etc.

Como hemos abordado al estudiar el ejercicio por la Administración de la acción de regreso contra el ingeniero que actuó negligentemente prevista en el artículo 145 de la LRJPAC, la responsabilidad se extiende subjetivamente al personal de las entidades dependientes del sector público, cualquiera que sea su forma jurídica, ya se trate de una Administración propiamente dicha, ya de un organismo público o sociedad mercantil pública.

5.2. Peculiaridades de la responsabilidad del ingeniero cuando el encargo se instrumenta a través de una encomienda de gestión.

La encomienda de gestión es una figura jurídica tradicional en España, actualmente recogida en el artículo 15 de la LRJPAC. Sin embargo, en el presente estudio este término tiene un significado muy diferente.

En concreto, la encomienda de gestión supone que una Administración pública encarga a una entidad la realización de una actividad cuyo ejercicio corresponde a la propia Administración. Tal actividad es normalmente la propia de un contrato administrativo de obras o servicios (por ejemplo, la realización de obras forestales). Pero no es necesariamente así. En los términos que nos ocupan, cabe encomendar la gestión de la prevención y extinción material de incendios forestales.

Muy brevemente hemos de reseñar que lo esencial de la encomienda de gestión es la naturaleza jurídica de la entidad que recibe la encomienda, caracterizada por los siguientes datos:

1. Ha de tener personalidad jurídica propia. Por ejemplo, una agencia, una entidad pública empresarial o una sociedad mercantil pública. Pero no una Dirección General de un Ministerio o de una Consejería.
2. Como apuntamos, puede adoptar personalidad jurídica pública (agencia) o privada (sociedad mercantil pública).
3. Su grado de dependencia de la Administración encomendadora es el mismo que el de cualquier órgano administrativo. Ello se traduce en que la entidad deberá cumplir las órdenes e instrucciones que le de la Administración, careciendo de autonomía para adoptar cualquier decisión al respecto;
4. Puede depender de una o de varias administraciones. El ejemplo más claro de dependencia plural se halla en TRAGSA, en cuyo capital social participan como accionistas el Estado y diversas Comunidades Autónomas. Todas ellas pueden darle instrucciones que deberá ejecutar.
5. Ha de realizar la mayor parte de su actividad para la Administración o administraciones de las que depende.

En todo caso, el personal de dicha entidad dependerá jurídica y laboralmente de la misma. Su régimen de responsabilidad no variará por el hecho de ser o no funcionario

público o personal laboral, según hemos explicado en el epígrafe referido a el ejercicio por la Administración de la acción de regreso contra el ingeniero prevista en el artículo 145 de la LRJPAC.

6. RESPONSABILIDAD DEL INGENIERO CONFORME A LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

En este epígrafe abordaremos los términos de la responsabilidad en que puede incurrir el ingeniero responsable de la ejecución de un contrato de obra forestal o similar. Son necesarias, pues, varias precisiones:

1. Este tipo de responsabilidad no surge en el ingeniero responsable de los trabajos de extinción de un incendio, el cual estará sometido a la responsabilidad disciplinaria o civil según su tipo de relación jurídica con la Administración.
2. Tampoco aludiremos a la responsabilidad del ingeniero director facultativo de las obras, pues éste, en su condición de personal de la Administración contratante incurrirá, en su caso, en responsabilidad disciplinaria. Además, la Administración podrá ejercitar contra él la acción de regreso del artículo 145 LCSP.
3. Por lo tanto, las consecuencias negativas del hecho serán imputables al ingeniero que trabaja para la empresa adjudicataria del contrato de obras.
4. Es una responsabilidad contractual indirecta. Es decir, frente a la Administración contratante de las obras responderá la empresa contratista, de la cual el ingeniero es un directivo o trabajador. La verdadera responsabilidad contractual del ingeniero es la nacida de su contrato de trabajo con la empresa contratista

Sin embargo, la LCSP, como anteriormente la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prevé consecuencias negativas para la empresa adjudicataria derivadas de las decisiones indisciplinadas adoptadas por el ingeniero.

Concretamente, el artículo 213 LCSP establece:

Artículo 213 Ejecución de las obras y responsabilidad del contratista

- 1. Las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de*

base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieren al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia.

2. Cuando las instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible, para que sean vinculantes para las partes.

3. Durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía el contratista es responsable de los defectos que en la construcción puedan advertirse.

La lectura del artículo 213 LCSP nos informa de que la responsabilidad por el incumplimiento de la voluntad de la Administración (pliegos de cláusulas administrativas y de condiciones técnicas, instrucciones del director de la obra) recae sobre la empresa adjudicataria. No podría ser de otro modo. La Administración contratante no tiene ningún tipo de relación jurídica con el ingeniero contratado por la adjudicataria, por lo que sólo podrá dirigirse a ésta.

Ahora bien, la desobediencia o incumplimiento de los términos del contrato por el ingeniero no desembocarán necesariamente en su responsabilidad. Sólo ocurrirá cuando **surgen de su voluntad deliberada y consciente (dolo) o de su inobservancia negligente.** Por lo tanto, **cuando el ingeniero cumple una orden del director facultativo de la obra (representante de la Administración) o de su propia empresa, no incurrirá en responsabilidad.**

El problema para el ingeniero surge cuando ha recibido órdenes verbales. Jurídicamente, éstas poseen la misma eficacia que las escritas; sin embargo, hacen muy difícil la prueba de que el comportamiento ha sido debido a una instrucción obligatoria y no a la decisión autónoma del ingeniero. El peligro para éste es que se encuentra en el último eslabón de una cadena de responsabilidades en la cual es la parte más débil, especialmente si su actuación fue la causa de daños económica y socialmente rechazados, sean retrasos en la ejecución de la obra, sean incendios forestales.

Pongamos un ejemplo sencillo y extremo. Durante la época de riesgo alto de incendios, los responsables de la empresa contratista disponen la acumulación de ciertas cantidades de residuos forestales, fácilmente inflamables, en un lugar inadecuado. Es fácil deducir

que tal actuación es potencialmente peligrosa. En caso de incendio, dicha concentración de madera podría ocasionar o multiplicar los efectos destructivos del fuego. A la hora de asignar responsabilidades, o bien corresponden a la Administración contratante o bien a la empresa contratista. La cuestión principal será precisar quién dio las órdenes para la acumulación de los residuos. Si éstas no existen o son indemostrables, nos hallaremos ante una mala ejecución del contrato, imputable a la empresa adjudicataria, la cual podrá dirigirse contra el ingeniero en cuanto empleado suyo. Todo ello sin perjuicio de que incurra en responsabilidad penal.

Así pues, resulta sumamente aconsejable que los ingenieros cuenten con pruebas expresas y constatables de aquellas órdenes susceptibles de producir daños a los intereses públicos o de particulares. Ello es especialmente importante si las actuaciones encomendadas suponen variaciones en la ejecución del contrato, tal como aparece definido en los pliegos. Recordemos que la modificación de los contratos públicos exige unas ciertas formalidades previstas expresamente en la LCSP (artículos 202, 217 y concordantes).

No obstante lo anterior, en la práctica, la responsabilidad del ingeniero se ve aminorada por la tendencia jurisprudencial a presumir que su actuación ha sido debida a una orden y que ésta proviene de la Administración contratante, por lo que a ésta serán imputables las consecuencias dañosas de la conducta³⁹.

Así pues, aunque en la ejecución o modificación del contrato el contratista no haya cumplido estrictamente las formalidades procedimentales los tribunales tienden a imputar la responsabilidad a la Administración. La jurisprudencia ha señalado que, pese a la exigencia clara de que la potestad administrativa para modificar las prestaciones de un contrato tiene que ejercerse con sujeción a las normas de competencia y

³⁹ La STS de 24 de noviembre de 1997 señala:

“si el contratista estaba obligado a la ejecución de las obras en los términos en que contractualmente se haya establecido su realización, la discordancia entre lo proyectado y lo realizado hay que presumir que se debe no a una imposición del contratista a la Administración (imposición para la que carece de poderes y facultades capaces de hacerla efectiva) sino a una decisión de la Administración llevada a cabo por el Director de Obra, que es el representante de la Administración ante el contratista. Es obvio que los efectos que se derivan de una decisión de modificación de las obras deben recaer sobre quien adopta dicha decisión, y no sobre quien la obedece por mucho que el ordenante no se haya ajustado al procedimiento legal establecido para la elaboración de la orden. En tales supuestos, los efectos económicos perjudiciales deben recaer sobre quien dicta indebidamente la orden y no sobre quien la obedece”.

procedimiento y dentro de los límites objetivos a ella explícitos, la aplicación del principio que veda un enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras, de las reclamaciones por los excesos sobre el proyecto que hubiesen sido efectivamente ejecutados como consecuencia de las órdenes de la Administración, por entender, en algunos que no se producía alteración sustancial del proyecto, pero llegando en algún otro a afirmar, que si efectivamente fueron ordenadas las obras, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia de los citados requisitos de competencia o procedimiento, al no ser imputables al contratista, no pueden oponerse a que se percibiese su importe, siempre que las órdenes se diesen por quienes y del modo que para el contratista tuviese apariencia de efectiva potestad. Es decir, siempre que sea demostrable que el Director facultativo dio las órdenes o bien, que pueda presumirse por el desarrollo de los acontecimientos.

Teóricamente, pues, la responsabilidad en que incurre la Administración debería derivarse hacia el Director facultativo, a través de las vías disciplinarias y de la acción de regreso del artículo 145.2 de la LRJPAC. Sin embargo, no es lo frecuente.

La responsabilidad del contratista y, por tanto la de los demás participantes en el proceso contractual desaparece en el caso de que el daño se hubiese originado como consecuencia de fuerza mayor. A los efectos de este informe, ello sucederá cuando los incendios se debiesen a la electricidad atmosférica y el contratista no hubiese incurrido en negligencia (artículo 214 LCSP). De este precepto debemos extraer una serie de consecuencias:

La extinción de la responsabilidad es total, pero relativa. Es decir, afecta a todas las consecuencias demostradamente derivadas del incendio, pero no a aquéllas que deban su origen en los defectos de ejecución del contrato.

La extinción de responsabilidad sólo tiene lugar si se suman las circunstancias de incendio más diligencia del contratista. Por tanto, si el adjudicatario ha incurrido en negligencia y ésta contribuye al incendio, aunque éste se deba exclusivamente a acontecimientos atmosféricos, el contratista y, en su caso el Director de obra y los ingenieros responsables de los trabajos, no quedarán liberados de las responsabilidades

debidas a su falta de diligencia. Así por ejemplo, la concentración de residuos forestales que actúen como factor de propagación del fuego

Por incendio debido a “acontecimientos atmosféricos” se entienden básicamente los causados por rayos. En ningún caso los que fueran debidos a la intervención del hombre, aunque ésta fuese indirecta o lejana.

Si el incendio causado por razones atmosféricas se extiende a zonas que no hubieran debido ser afectadas de hallarse debidamente cuidadas o de funcionar adecuadamente los servicios de prevención y extinción de incendios, la responsabilidad se imputará a éstos, siempre que su “comisión por omisión” sea demostrable.

El último punto de examen será **la extensión al ingeniero de la responsabilidad por vicios ocultos en la que pueda incurrir el contratista (artículo 219 LCSP):**

Artículo 219 Responsabilidad por vicios ocultos

1. Si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido a incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá éste de los daños y perjuicios que se manifiesten durante un plazo de quince años a contar desde la recepción.

2. Transcurrido este plazo sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio, quedará totalmente extinguida la responsabilidad del contratista.

La única especialidad de este precepto que resulta de interés es la responsabilidad diferida en el tiempo. Se traduce en que la empresa adjudicataria quedará obligada a asumir las consecuencias de una eventual ruina de la obra durante un plazo de 15 años a contar desde la recepción. Los elementos a tener en cuenta son los siguientes:

La ruina de la obra no es sinónimo de destrucción total. Puede consistir en un daño parcial, pero siempre que haga a la obra material o económicamente inservible para los intereses públicos.

Por vicios ocultos se entienden aquéllos que conocida y manifiestamente no son perceptibles en el momento de recepción de la obra por la Administración. Ahora bien,

no son 'ocultos' porque no son perceptibles a la vista, sino porque los técnicos de la Administración, **ejercitando diligentemente sus facultades de comprobación de la obra**, no son capaces de advertirlos. Es decir, un vicio puede ser oculto para un ciudadano ordinario pero no para un ingeniero.

El contratista quedará obligado a la reposición de la obra o, si ésta no es posible, a la indemnización de los daños o perjuicios causados.

En consecuencia, podrá trasladar a su ingeniero la responsabilidad en los términos propios de la relación laboral.

Si el ingeniero ya no prestase servicios para la empresa adjudicataria, la empresa podrá dirigirse contra él por vía de la responsabilidad civil extracontractual prevista en el artículo 1902 del Código Civil, sea en el marco de un proceso penal, sea en un juicio civil independiente.

7. CONCLUSIONES

Se viene observando un incremento de los supuestos en que se pretende exigir responsabilidad profesional a los ingenieros de montes por su relación con la producción o desarrollo de un incendio forestal. Tanto en el caso del ingeniero al servicio de la Administración Pública que tiene, entre otras funciones, las tareas de prevención o extinción de incendios y que puede haber actuado de forma incorrecta, como el del ingeniero de montes, tenga o no la condición de funcionario, que en su actuación como director de los trabajos que se realizan en el monte, se pueda considerar responsable de haber dado lugar a la producción de un incendio.

Si bien cabe distinguir entre varias posibles vías para exigir responsabilidad profesional en estos supuestos, en la práctica lo más frecuente es que se acuda a un proceso penal, imputándole la comisión de un delito, lo que, en caso de condena, dará lugar a la responsabilidad civil, con la obligación de pagar una indemnización. Si se trata de personal al servicio de una Administración Pública, ésta responde subsidiariamente.

Responsabilidad patrimonial de la Administración. Los ciudadanos no pueden dirigirse contra el personal que trabaja para una Administración Pública directamente más que por la vía penal. Fuera de estos supuestos, el particular debe dirigirse a la Administración, que responderá por los daños que causa a terceros en el ejercicio de sus competencias, lo que se conoce como responsabilidad patrimonial de la Administración, y en su caso, ésta se podrá luego resarcir dirigiéndose contra el funcionario que, actuando con negligencia grave, ha producido ese daño.

Aunque en principio la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva, es decir, no requiere una actuación incorrecta, en los supuestos como el de los incendios forestales en que el riesgo que existe no es imputable a la Administración, tiene que haber existido un funcionamiento anormal de los servicios, es decir, no se puede exigir que las medidas que haya adoptado sean infalibles, sino solo que adopte las previstas.

Sobre esta cuestión existen sentencias y dictámenes del Consejo de Estado y de órganos consultivos de las Comunidades Autónomas al respecto, pero dado que resuelven caso por caso y en función de las circunstancias, es muy difícil establecer reglas generales.

Algunas de las que se pueden extraer son: a) hace falta que exista una negligencia clara con incumplimiento de lo establecido en las normas y planes sobre prevención y extinción, b) es preciso probar que el comportamiento de la Administración tuvo consecuencias sobre los daños (teoría de la causa eficiente, es decir debe probarse no solo que el servicio funcionó mal, sino que esa fue precisamente la causa del alcance de los daños).

Responsabilidad penal. Por su incorrecta actuación profesional, un ingeniero de montes, con independencia de que trabaje o no para la Administración Pública podrá responder en vía penal:

- como autor –entendido en sentido amplio- de un delito o una falta por acción (actuar incorrectamente) u omisión (no hacer lo que debía) con penas que pueden ser de prisión e inhabilitación especial profesional, como las más destacadas, sin perjuicio de otras señaladas en el informe;
- indemnizando con dinero a las víctimas por los daños producidos por su actuación profesional (responsabilidad civil derivada del delito).

Especialmente en vía penal y civil derivada de un delito, al ingeniero de montes se le exige un especial deber de cuidado por su formación, por su competencia profesional (se exige a todos los ingenieros que participan, no sólo al jefe, frente a unos mismos hechos todos pueden ser responsables). Se le considera una garantía frente a los riesgos que puedan poner en peligro a las personas y las cosas de tal manera que se le exige que los pueda advertir (posición de garante e imprudencia profesional van estrechamente unidas). Todo aquel riesgo que debieran haber advertido en el ejercicio de su actividad puede dar lugar a un delito por imprudencia profesional. A partir de aquí, cualquier infracción o incumplimiento grave de normas legales y técnicas (protectoras de la seguridad de los trabajadores, planes de seguridad y salud, plan de emergencias y directrices, de cualquier contrato – incluidas las condiciones de un pliego de condiciones administrativas -, etc.) puede dar lugar a responsabilidad penal.

Los delitos (normalmente en su forma imprudente, y dentro de ésta por imprudencia grave profesional) que se pueden imputar con mayor probabilidad por un incendio forestal son:

- Incendio forestal por imprudencia grave (el incendio se produce porque el profesional ha actuado incorrectamente o no ha actuado cuando y como debía, en particular no ha tomado medidas para su evitación –supuesto de comisión por omisión-). Para que el delito de incendio imprudente sea castigado criminalmente han de concurrir una serie de requisitos, entre los que destaca, si se trata de comisión por omisión, que se ostente la posición de garante, y siempre que la imprudencia sea “grave”. No existe imprudencia grave si se actúa con la diligencia ordinaria correspondiente al puesto o cargo, y con cumplimiento de las normas legales y técnicas, en cuyo caso, no podrá penarse como delito de incendios.
- Homicidio por imprudencia profesional.
- Contra la seguridad e higiene de los trabajadores, tanto por imprudencia profesional como por delito doloso, de suma importancia para el ingeniero de montes que se encuentra al frente de colectivos de trabajadores en sus tareas de prevención y extinción de incendios de personal.
- Lesiones.

Una de las mejores formas de evitar estas responsabilidades es no sólo actuar diligentemente (en evitación de ese factor de imprudencia, que es clave para que se pueda considerar que existe delito), sino poder acreditarlo, a cuyo efecto es conveniente dentro de lo posible anotar lo que se hace y se exige hacer a otros, especialmente ante incumplimientos de las normas por otras personas, defectos en los medios materiales y situaciones de riesgo que se adviertan, que deben ser denunciados. Puede resultar oportuno llevar una agenda personal, claro está sin por ello descuidar los libros diarios que se deban llevar en cada obra forestal o lugar donde se actúe profesionalmente. Asimismo, cuando ocurre un siniestro, resulta conveniente contactar con los servicios jurídicos de la Administración, del Colegio o privados antes de hacer declaraciones.

Responsabilidad disciplinaria. Además de la responsabilidad penal, el ingeniero si es funcionario o personal laboral de una Administración Pública, podrá responder ante la propia Administración Estatal, Autonómica o Local tras la tramitación de un

procedimiento disciplinario. Podría llegar a perder la condición de funcionario o personal laboral de la Administración Pública. No sólo se castiga la comisión de la infracción sino también al inductor y al encubridor. Para revocar una sanción cuenta con el procedimiento contencioso-administrativo ante la jurisdicción contenciosa-administrativa. Ahora bien, no se pueden castigar unos mismos hechos por el juez penal y por la Administración salvo que la sanción tenga un fundamento distinto (non bis in idem). La Administración está sometida al juez, no al revés.

Acción de regreso. Con independencia de la responsabilidad disciplinaria en que puede incurrir el personal al servicio de una Administración pública, si ésta hubiera abonado una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial y fuese posible identificar al personal a su servicio culpable de la causación del daño origen de la misma, la Administración está obligada a reclamarle (repercutirle) el pago de la cantidad que hubiese abonado.

En la práctica, se trata de una actuación que aun cuando en principio es obligada para la Administración se incumple de forma sistemática.

Esta acción de regreso sólo se ejercitará cuando el sujeto al servicio de la Administración al que pueda imputarse la culpa del daño causado hubiera «incurrido en dolo o culpa o negligencia graves».

El principal problema en relación con estos casos se produce en los supuestos de comisión de una conducta indebida por omisión, pues todo queda supeditado a la prueba de que el incumplimiento por el ingeniero del deber de garantía inherente a su función ha sido el causante del daño. En general, los problemas probatorios desaparecen cuando un previo proceso penal ha concluido con sentencia firme condenatoria.

Esta acción de regreso alcanza asimismo al personal al servicio de entidades adscritas o dependientes de las Administraciones Públicas, incluidas las empresas de titularidad pública.

La responsabilidad en un contrato del sector público. En el caso de que el incendio se produzca con ocasión de obras que tenga contratadas la Administración, para determinar si la responsabilidad corresponde a aquella o al contratista es preciso

procedimiento disciplinario. Podría llegar a perder la condición de funcionario o personal laboral de la Administración Pública. No sólo se castiga la comisión de la infracción sino también al inductor y al encubridor. Para revocar una sanción cuenta con el procedimiento contencioso-administrativo ante la jurisdicción contenciosa-administrativa. Ahora bien, no se pueden castigar unos mismos hechos por el juez penal y por la Administración salvo que la sanción tenga un fundamento distinto (non bis in idem). La Administración está sometida al juez, no al revés.

Acción de regreso. Con independencia de la responsabilidad disciplinaria en que puede incurrir el personal al servicio de una Administración pública, si ésta hubiera abonado una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial y fuese posible identificar al personal a su servicio culpable de la causación del daño origen de la misma, la Administración está obligada a reclamarle (repercutirle) el pago de la cantidad que hubiese abonado.

En la práctica, se trata de una actuación que aun cuando en principio es obligada para la Administración se incumple de forma sistemática.

Esta acción de regreso sólo se ejercitará cuando el sujeto al servicio de la Administración al que pueda imputarse la culpa del daño causado hubiera «incurrido en dolo o culpa o negligencia graves».

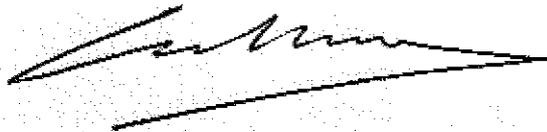
El principal problema en relación con estos casos se produce en los supuestos de comisión de una conducta indebida por omisión, pues todo queda supeditado a la prueba de que el incumplimiento por el ingeniero del deber de garantía inherente a su función ha sido el causante del daño. En general, los problemas probatorios desaparecen cuando un previo proceso penal ha concluido con sentencia firme condenatoria.

Esta acción de regreso alcanza asimismo al personal al servicio de entidades adscritas o dependientes de las Administraciones Públicas, incluidas las empresas de titularidad pública.

La responsabilidad en un contrato del sector público. En el caso de que el incendio se produzca con ocasión de obras que tenga contratadas la Administración, para determinar si la responsabilidad corresponde a aquella o al contratista es preciso

acreditar si el daño se ha producido por ordenes del director facultativo, o bien por la actuación del jefe de obra, por lo que resulta del máximo interés que este tipo de instrucciones queden reflejadas por escrito.

Conclusión final. A la vista de la importante responsabilidad en que incurre el ingeniero de montes en sus trabajos en general, y en particular en el supuesto de los incendios forestales, parece recomendable, de un lado el estudio y cumplimiento de la normativa aplicable a los trabajos que desarrolle, y de otra parte el aseguramiento de la responsabilidad civil mediante la contratación de una póliza de responsabilidad civil profesional.



Concepción Jiménez Shaw
Doctora en Derecho. Abogada