

De la MATA BARRACO, Norberto/ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, "Delincuencia ambiental y jurisprudencia penal", QUINTERO OLIVARES, G.(dir.)/MORALES PRATS, F. (coord.), Estudios de Derecho Ambiental. Homenaje al Profesor Josep Miquel Prats Canut, tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 113-192.

DELINCUENCIA AMBIENTAL Y JURISPRUDENCIA PENAL

Drs. Norberto J. de la Mata Barranco y Jon-Mirena Landa Gorostiza

Profesores Titulares de Derecho Penal

Facultad de Derecho de la UPV/EHU (Bilbao-Bizkaia)

SUMARIO*: I. Introducción. II. El delito de contaminación del art. 325.1. II.1. Vertido de aguas residuales urbanas y ausencia de instalaciones de depuración. II.2. Vertido de purines y creación de balsa ilegal para su recogida. II.3. Vertido contaminante prolongado en el tiempo. II.4. Abandono de bidones tóxicos. II.5. Vertidos a ríos, alcantarillados y suelos. II.6. Contaminación acústica. II.7. Vertidos a aguas, suelos y subsuelos. II.8. Construcción de presa. II.9. Vertidos de residuos. II.10. Vertido a pozos y abandono de elementos tóxicos. II.11. Extracción de áridos. II.12. Vertido de hidrocarburos sobre terrenos agrícolas y acuífero. II.13. Emisiones de anhídrido sulfuroso a la atmósfera. II.14. Vertidos de purines y productos químicos al río. III. El tipo cualificado de funcionamiento clandestino del art. 326 a). III.1 Vertido de purines por granja porcina clandestina. III.2. Vertido al río de empresa algodonera. IV. El delito de establecimiento de depósitos y vertederos del art. 328. V. El delito de prevaricación ambiental del art. 329. V.1. Ausencia de inspección de instalaciones creadoras de residuos contaminantes. V.2. Autorización ilegal de vertidos de escombros y otros productos sólidos. VI. El delito de daños en espacio natural protegido del art. 330: tala, poda y plantación de árboles en parque natural. VII. El delito ambiental imprudente del art. 331: vertido de residuos líquidos. VIII. Cuestiones procesales. IX. Algunas conclusiones.

I. Introducción.

Atendiendo los nuevos riesgos que surgen en nuestras sociedades modernas con el creciente proceso industrializador de los últimos tiempos, aceptando que junto a los clásicos intereses individuales -en Estados sociales en los que éstos ya aparecen plenamente reconocidos- legislativamente debe darse cabida a otros "nuevos" intereses de carácter colectivo y reconociendo la incapacidad administrativa para garantizar una protección plena -esto es, en base a fundamentos socioeconómicos, sociopolíticos y técnico-jurídicos-, el art. 45 de nuestra Constitución impone el mandato de tutelar penalmente el ambiente. Ello dio lugar como es sabido al denominado delito ecológico -incorrectamente, porque la pretensión no era tan ambiciosa-, incorporado con el art. 347 bis, y tras el fallido intento de 1980¹, al viejo Código Penal en 1983.

El Código vigente², destacando la autonomía del interés a tutelar, ubica los ahora diferentes preceptos en que el mismo se ha diversificado en un nuevo Título ajeno a consideraciones vinculadas a la salud de las personas en el que el objeto protegido se identifica, desde una perspectiva moderadamente antropocéntrica, con el mantenimiento de las propiedades del suelo, aire y agua, así como de la fauna y flora y de sus condiciones de desarrollo, de forma que el sistema ecológico con sus sistemas no sufra alteraciones perjudiciales³.

* Este trabajo se ha realizado en el ámbito de desarrollo del Proyecto de Investigación BJV 2003-2373 subvencionado por la Secretaría de Estado de Política Científica y Tecnológica del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

¹ Véase Prats Canut, "Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código Penal de 1980", en *Estudios Jurídicos en Honor del Profesor Octavio Pérez Vitoria*, Barcelona, 1983, pp. 743 ss.

² Sobre los antecedentes de la actual regulación, véase, por todos, De la Cuesta Arzamendi, "La reciente historia del delito ecológico: del art. 347 bis al Proyecto de Nuevo Código Penal de 1994", en *La protección jurídica del medio ambiente* (Coord. Valle Muñiz), Navarra, 1997.

³ Ampliamente, con ulteriorse referencias, De la Mata Barranco/De la Mata Barranco, "El ambiente como objeto de tutela penal", en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón* (Coord. Echano Basaldúa), Bilbao, 2002, pgs. 569 ss. Véanse también, desde diferentes ópticas, las detenidas consideraciones de Bustos Ramírez, "Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico del medio ambiente", en *Pena y Estado*, 1991, pp. 101 ss.; y Corcoy Bidasolo, "Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en

A la novedad legal de estas infracciones ha seguido un intenso debate, todavía vivo, sobre la conveniencia o incluso posibilidad de tutelar penalmente intereses de esta naturaleza, la alusión al Derecho penal de doble velocidad, nuclear y accesorio o la conveniencia o no de reservar la política jurídica ambiental a otras ramas del ordenamiento⁴. Pero no cabe duda de que -y sin renunciar por ello al debate quizás no tanto sobre el merecimiento de pena de conductas gravemente atentatorias contra el ambiente cuanto sobre la necesidad, adecuación, oportunidad o eficacia de la intervención penal- estamos ante una tutela plenamente ya consolidada entre nosotros como muestra la cada vez mayor aplicación de estos delitos en sede judicial.

El primer artículo del Capítulo III, el dedicado específicamente a la tutela del ambiente desde su concepción física más estricta, recoge lo que es propiamente el tipo de atentado genérico al ambiente, del que ya desde 1990 -en relación a su antecedente- existen importantes pronunciamientos jurisprudenciales⁵, en el que la conducta de provocar o realizar directa o indirectamente, emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, etc. en cualquiera de los elementos naturales objeto de protección -en profusa enumeración de lo que se considera un acto de contaminación, comisivo u omisivo, como primer resultado típico que exige ya una prueba de causalidad entre la acción de contaminar y el resultado de contaminación-, que contravenga disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, si además, en exigencia acumulativa, es idónea para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales -segundo resultado, este no ya de lesión, se dirá, sino de peligro, pero, mejor a nuestro juicio, simplemente cláusula de restricción de las conductas merecedoras de respuesta penal frente a meros ilícitos administrativos- es la que integra la tipicidad delictiva. Esto es, un comportamiento contaminante, ilegal y de especial peligrosidad para el ambiente o, en otros términos, un comportamiento en el que estén presentes los tres elementos que definen el delito⁶: un primer elemento fáctico, un segundo elemento normativo; y un tercer elemento, también normativo, pero relativo a la necesidad de que se genere un peligro⁷.

En lo que respecta al primero de los elementos que definen el delito -el denominado elemento fáctico- no puede dejar de aludirse a las dificultades de prueba que se generan en un ámbito en el que las relaciones de causalidad no gozan en un conjunto notable de casos de una base científico-natural solvente y suficientemente contrastada que permita poner en conexión la conducta sometida a enjuiciamiento y los daños ambientales ya percibidos y en el que, además, se acreditan importantes déficits de actuación administrativa e incluso judicial⁸.

En cuanto a la remisión que el precepto establece a la normativa administrativa, la accesoriedad o dependencia relativa que la misma implica hace que en su interpretación se planteen los clásicos problemas sobre la legitimidad de las

materia de medio ambiente", en *Derecho penal de empresa* (Dir. Corcoy Bidasolo), Pamplona, 2002, pp. 613 ss.

⁴ Para un análisis crítico y escéptico sobre el rendimiento de la política criminal en la tutela del ambiente, Silva Sánchez, "¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal", en *La Ley*, 1997-3, pp. 1714 ss.

⁵ Sobre la importante primera manifestación del TS sobre esta materia, Peris Riera, "La primera sentencia por delito ecológico ¿Una resolución histórica?", en *Poder Judicial*, nº 11, 1998, pp. 95 ss. Ampliamente sobre la evolución de la jurisprudencia en sus inicios, Pérez de Gregorio, "Jurisprudencia medioambiental (I y II)" y "Jurisprudencia penal del medio ambiente", en *La Ley*, 1995-4, pp. 965 ss., 1996-2, pp. 1678 ss. y 1997-2, pp. 1203 ss.; y Vercher Noguera, "Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente", en *Actualidad Penal*, 1995, pp. 35 ss. Más recientemente, García Rivas, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998, pp. 1 ss.; Muñoz Lorente, "Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del TS", en *Poder Judicial*, 2002; y Vercher Noguera, "Evolución jurisprudencial del delito contra el medio ambiente", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 1, 2003, pp. 223 ss.

⁶ Véase Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 2000, pp. 23 ss.

⁷ Ello, al margen de las previsiones del art. 325.1, segundo inciso, en cuanto a la exigencia de "peligro para la salud de las personas" y del nuevo 325.2, surgido tras la reforma operada por LO 15/2003, en relación con la causación de "muerte o enfermedad que requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles". Para un pormenorizado estudio del delito, Alastuey Dobón, *El delito de contaminación ambiental*, Granada, 2004, pp. 1 ss.; Blanco Lozano, *La protección del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, Granada, 1997, pp. 1 ss.; De la Cuesta Arzamendi, "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del nuevo Código Penal de 1995", en *Actualidad Penal*, 1998-2, pp. 287 ss.; Mateos Rodríguez-Arias, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1998, pp. 1 ss.; Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pp. 1 ss. y Terradillos Basoco, "Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código penal español. Luces y sombras", en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1996, pp. 289 ss.

⁸ Sobre la complejidad probatoria en este punto, De la Cuesta Aguado, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., Valencia, 1999, pp. 1 ss. Véanse también Alcácer Guirao, "La protección del futuro y los daños cumulativos", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 4, 2002, pp. 1 ss.; y Vercher Noguera, "Aspectos procesales de la protección penal del medio ambiente: las tomas de muestras", en *Revista Penal*, 1999, pp. 1 ss.

normas en blanco -resuelto claramente, precisamente en esta materia, por la STC 127/1990, de 5 de julio, entre otras⁹- o la viabilidad de la doble sanción penal y administrativa -abordado ya por la importante STC 177/1999, de 11 octubre, y, más recientemente, por la STC 2/2003, de 16 de enero, a las que luego se aludirá¹⁰-, así como necesarias discusiones sobre la relevancia de las autorizaciones ilícitas¹¹, el tratamiento del error, la vinculación con la normativa comunitaria a partir del reconocimiento de la eficacia directa vertical en casos de no transposición o transposición incorrecta de las importantes Directivas o, ahora, Decisiones Marco en esta materia -como la reciente 2003/80/JAI del Consejo de 27 de enero¹²-, el tratamiento de la desigual protección autonómica que se traslada a sede penal¹³ o la posibilidad de aplicar retroactivamente la norma de remisión.

Y en relación con el peligro que se requiere -de carácter hipotético, según entiende ya hoy en día la doctrina mayoritaria-, que, como señalábamos, implica más un criterio de delimitación de las conductas relevantes que la configuración de este delito como de riesgo, en cuanto el perjuicio ambiental -aun mínimo- se produce con el acto de contaminación, exige lo que se conoce como segunda prueba causal o juicio hipotético de idoneidad de la conducta para generar el peligro descrito, que si se vincula a la salud de las personas, obligará a la imposición de una pena agravada¹⁴.

Cuestiones asimismo objeto de especial atención en la interpretación del precepto son las que hacen referencia a la distinción entre conductas dolosas o imprudentes, también tipificadas en el art. 331, la distinción entre la continuidad delictiva y la unicidad de delito o la concreción de la responsabilidad en el ámbito de estructuras empresariales complejas¹⁵.

Al tipo básico del art. 325.1, el art. 326 incorpora una serie de cualificaciones que dan lugar a los tipos agravados de sus apartados a) a f), referidos a la clandestinidad de la actuación, la desobediencia frente a órdenes de corrección de la actividad contaminante, la falsedad de datos ofrecidos para poder llevar a cabo dicha actividad, la obstaculización de la función inspectora de la Administración, el riesgo de deterioro irreversible y la extracción de aguas en período de restricciones, que, al margen de cuestiones puntuales en su interpretación, van a plantear problemas de delimitación concursal con otros preceptos donde expresamente se contemplan las conductas que aquí conllevan únicamente un incremento de la pena que prevé el art. 325.1.

⁹ Por todos, De la Mata Barranco, "Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente", en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia, 1997, pp. 569 ss.

¹⁰ Véase Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, "Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal", en *Actualidad Penal*, 2000, pp. 159 ss.

¹¹ Extensamente, De la Mata Barranco, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona, 1996, pp. 1 ss. Véanse también Gómez Rivero, *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Valencia, 2000, pp. 1 ss.; y González Guitián, "Sobre la accesoriadad del Derecho Penal en la protección del ambiente", en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1991, pp. 109 ss.

¹² Véase sobre esta cuestión, ampliamente, De la Mata Barranco, "El papel del Derecho penal para la correcta aplicación de la normativa ambiental comunitaria", en *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria* (Ed. García Ureta), Oñati, 1998, pp. 239 ss. Asimismo, Marqués i Banqué, "La aplicación del Derecho comunitario en la interpretación de los tipos penales. Especial referencia al delito ecológico", en *Revista de Ciencias Penales*, 1998; Muñoz Lorente, "Reflexiones críticas en torno a la propuesta de Directiva relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho Penal", en *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, 2002; y Vercher Noguera, "La incidencia del derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente", en *Actualidad Penal*, 1994-1, pp. 225 ss.

¹³ Detenidamente, Morales Prats, "La técnica de la ley penal en blanco y el papel de las Comunidades Autónomas en el delito ambiental", en *Estudios Jurídicos en Memoria de Luis Mateos Rodríguez*, Santander, 1993, pp. 361 ss.

¹⁴ Véanse sobre esta problemática, entre otros, Morales Prats, "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro", en *La protección jurídica del medio ambiente* (Coord. Valle Muñiz), Navarra, 1997, pgs. 233 ss.; y Paredes Castañón, "Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente", en *Actualidad Penal*, 1997-1, pp. 217 ss. Véase también Guisasaola Lerma, "Principio de legalidad y estructura de los delitos de peligro abstracto", en *Revista de Derecho Público*, 2002.

¹⁵ Sobre esta última cuestión, ampliamente tratada en la doctrina, véanse, entre otros, Feijóo Sánchez, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Un medio eficaz para la protección del medio ambiente?", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 9, 2000, pp. 235 ss.; Muñoz Lorente, "La responsabilidad penal por delito ecológico en el ámbito de las sociedades mercantiles", en *Revista de Gestión Ambiental*, 2001; y Prats Canut, "Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en materia ambiental", en *Cuadernos Jurídicos*, 1995, n° 27, pp. 32 ss. Para una aproximación criminológica a esta cuestión, Hormazábal Malaré, "Delito ecológico y función simbólica del derecho penal", en *El delito ecológico* (Ed. Terradillos Basoco), Madrid, 1992, pp. 51 ss.

El tipo previsto para sancionar el establecimiento de depósitos o vertederos del art. 328, ciertamente difícil de diferenciar respecto del art. 325.1¹⁶, el delito de prevaricación específica que, en este ámbito y a diferencia de los de anteriores Capítulos, se extiende a la sanción de conductas omisivas¹⁷ y el supuesto especialmente grave, aunque no se refleje suficientemente en la pena, de daños a un espacio natural protegido del art. 330, para cuya aplicación habrá que tener en cuenta una compleja normativa específica¹⁸, completan el contenido de este Capítulo.

Este es el marco en el que ha de situarse básicamente el análisis de la tutela penal del ambiente¹⁹. En este homenaje a Miquel Prats, pionero en el estudio de estas cuestiones entre nosotros y del que nos considerábamos sus amigos desde que le conocimos cuando aceptó nuestra invitación para participar en Bilbao en unas Jornadas que organizamos precisamente sobre esta materia hace ya tiempo²⁰, pretendemos dar una visión de la Jurisprudencia más reciente en relación con los delitos ambientales en sentido estricto -y de su interpretación de unos preceptos de los que se va ocupando cada vez con más detenimiento y, a veces, también acierto-, limitándonos -necesariamente, por razón de espacio-, por una parte, al análisis de los supuestos sobre los que se ha pronunciado el Tribunal Supremo y, por otra, centrando nuestra atención en los cuatro últimos años contados a partir del cierre de la búsqueda de sentencias en el Repertorio Aranzadi utilizado para la elaboración de este trabajo, finalizado en abril de 2005²¹.

De las sentencias que van a ser objeto de atención²² cabe señalar que la actividad de control jurisdiccional en sede casacional se centra básicamente en la interpretación de los elementos típicos de la figura delictiva principal, esto es, el delito de contaminación del art. 325.1, todavía a veces en su versión ya derogada del anterior art. 347 bis CP 1973. Tanto la interpretación de cada uno de los elementos (fáctico y normativos) como la del inciso final del artículo

¹⁶ Específicamente, Blanco Lozano, "Artículos 325 y 328 del Código Penal: problemas prácticos de aplicación", en *La Ley*, 1997-4, pp. 1320 ss..

¹⁷ Sobre este precepto, entre otros, Alastuey Bodón, "El ámbito de aplicación del artículo 329 del Código Penal", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2001, pp. 11 ss.; Cancio Meliá, "La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el Código penal español", en *Anuario de Derecho Penal*, 1999, pp. 137 ss.; De Vicente Martínez, *Responsabilidad penal del funcionario público por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 1993, pp. 1 ss.; Gómez Rivero, "Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental", en *La Ley*, 1996-4, pp. 1239 ss.; Matellanes Rodríguez, *Medio ambiente y funcionarios públicos: análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal*, Barcelona, 2000, pp. 1 ss.; Octavio de Toledo y Ubieto, "Un ejemplo de norma jeroglífica, el artículo 329 del Código Penal. Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre consumación, tentativa, autoría y participación y penas referidas al artículo 329 del Código Penal (y figuras afines)", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 3, 2000, pp. 13 ss.; y Terradillos Basoco, "Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente", en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1997, pp. 311 ss.

¹⁸ Véase, por todos, Carrasco Andrino, "El daño a los elementos de un espacio natural protegido: un nuevo ilícito penal", en *Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, pp. 1059 ss.

¹⁹ Si bien la tutela que dispensan estos preceptos no agota, por supuesto, el conjunto de disposiciones que en el nuevo Código se pueden entender específicamente protectoras del ambiente, aunque sistemáticamente encuentren una ubicación diferente; ya en los Capítulos I, II y IV del propio Título XVI ya, incluso, al margen de éste: así en el caso, por ejemplo, de algunos de los delitos de riesgo catastrófico de los arts. 341 a 350 -en particular, los arts. 348, 349 y 350-, algunos delitos de incendio de los arts. 352 a 357 o incluso algunos de los delitos contra la salud pública de los arts. 359 y siguientes del Código.

²⁰ Prats Canut, "Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública", en *Delitos sobre la ordenación del territorio* (Ed. De la Mata Barranco), Oñati, 1998, pp. 101 ss.

²¹ La búsqueda se limita por tanto a las sentencias publicadas entre mayo de 2001 y abril de 2005, aun cuando la última sentencia considerada sea de diciembre de 2004, que es justamente la última aparecida en el momento en que se entrega este trabajo. Téngase en cuenta en todo caso que en el período considerado se ha pronunciado el Tribunal en esta materia, con una cierta continuidad, en cuarenta y una ocasiones, mientras que, salvo error u omisión, hasta la fecha considerada y desde que por primera vez se introdujo en el Código penal el anterior artículo 347 bis contamos únicamente con un total de dieciséis sentencias para dieciocho años: así, SsTS 30 noviembre 1990 (RJA 9269); 11 marzo 1992 (RJA 4319); 5 octubre 1993 (RJA 7694); 26 septiembre 1994 (RJA 7194); 3 abril 1995 (RJA 2808); 1 febrero 1997 (RJA 687); 16 diciembre 1998 (RJA 10088); 27 enero 1999 (RJA 826); 6 abril 1999 (RJA 3136); 5 mayo 1999 (RJA 4958); 19 mayo 1999 (RJA 5409); 13 marzo 2000 (RJA 3315); 9 octubre 2000 (RJA 8759); 12 diciembre 2000 (RJA 9790); 14 febrero 2001 (RJA 1240); y 27 abril 2001 (RJA 3601). De ahí que el período analizado sea suficientemente representativo de la postura actual del Tribunal Supremo.

²² Para una descripción detallada, a modo de crónica, tanto de los diferentes Hechos probados como de las diversas Fundamentaciones de derecho de cada una de las sentencias consideradas, Landa Gorostiza, "Evolución jurisprudencial en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en *IeZ (Ambiente y Derecho)* 2003, pp. 213 ss., 2004, pp. 209 ss. y 2005, aún en prensa.

suscitan controversias jurídicas que se reflejan en los pronunciamientos jurisprudenciales objeto de análisis. En particular destacan, como veremos, las que hacen referencia a los problemas de determinación de la causalidad con relación al elemento fáctico, la exacta determinación del alcance de la contravención de normativa extrapenal, las cuestiones vinculadas a la constitucionalidad de las leyes penales en blanco desde el punto de vista de su indeterminación y adecuación al mandato de taxatividad de la ley penal, así como cuanto se refiere a la interpretación penal del carácter del peligro típicamente relevante -en relación tanto a su naturaleza como a su intensidad- y la posibilidad de doble sanción, administrativa y penal. Y, desde un prisma más vinculado a la teoría del delito, aspectos relacionados con la imputación objetiva del peligro para el ambiente a la conducta individual analizada, con el dolo, la autoría (por la implicación, como se señalaba, de estructuras jerarquizadas y complejas propias de la realidad económico-empresarial en que se inscriben buen número de estas conductas delictivas) o la continuidad delictiva. También habrá ocasión de considerar los pronunciamientos sobre algunos tipos cualificados del art. 326 -y, en particular, sobre el alcance que se da al concepto de clandestinidad de la letra a) de dicho artículo, sometido a interpretaciones contradictorias que buscan en todo caso un criterio que permita diferenciar el ámbito de aplicación del tipo básico y el de los tipos agravados- o sobre los delitos, en menor medida, de los arts. 328 -particularmente vinculados de nuevo a la distinción de su ámbito de aplicación respecto de la del art. 325.1-, 329, 330 y 331.

II. El delito de contaminación del art. 325.1.

Como se ha señalado, la mayoría de las sentencias que ha dictado el Tribunal Supremo sobre esta materia se ocupan de la interpretación del art. 325.1, particularmente, además, en relación con supuestos de hecho vinculados a la realización de vertidos, en un sentido amplio.

II.1. Vertido de aguas residuales urbanas y ausencia de instalaciones de depuración.

En la STS 29 septiembre 2001 (RJA 8515-Ponente: Sr. D. José Jimenez Villarejo) se revoca la sentencia absolutoria de instancia condenándose finalmente a los acusados por un delito ambiental del art. 347 bis CP 1973²³.

El Tribunal de instancia había dado por probado que concurrían algunos de los elementos típicos del delito ambiental: así, tanto la acción de verter aguas residuales urbanas de origen doméstico en aguas terrestres y, como consecuencia, la producción de un grave perjuicio para la vida animal y vegetal del entorno con desaparición de la fauna y la flora del curso fluvial afectado (elemento fáctico), como la situación de grave peligrosidad potencial para la salud de las personas. Lo que se niega es, sin embargo, que haya transgresión de normativa extrapenal protectora del medio ambiente.

El TS (FD primero), tratando de diferenciar claramente lo que es competencia del legislador o de los tribunales

²³ Según los hechos probados, los promotores de una urbanización cedieron al Ayuntamiento de la localidad la depuradora de aguas residuales que se encontraba en una finca denominada Can Teyá, juntamente con este solar y todas las instalaciones que pertenecían a la citada planta, estableciéndose una servidumbre de paso en su favor por los citados promotores para su mantenimiento. Representando al citado Ayuntamiento firmó el documento de cesión el alcalde de la localidad en aquellas fechas. El día 5 de julio de 1993 el pleno del Ayuntamiento aprobó la documentación presentada por los promotores referente al convenio de cesión definitiva de los terrenos y entrega de los servicios públicos, elevándose a escritura pública la cesión por medio de documento notarial otorgado en fecha 17 de noviembre de 1993. En el mes de abril de 1994 las aguas residuales domésticas de la citada urbanización que transcurrían por el colector que corre paralelo a la riera de la finca, eran vertidas al cauce público, que desemboca en el río Besós, sin que funcionara la conexión del primero con la depuradora situada junto a la riera ni existiera conexión con el colector general de la Junta de Sanejament, situado a unos mil metros de distancia, depuradora, por otra parte, que en aquellas fechas se hallaba desmantelada y en estado de abandono. Las aguas de la riera a fecha 12 de abril de 1994 presentaban a simple vista un estado nítido y transparente en el transcurso del cauce anterior al punto de incorporación al mismo del vertido. Por el contrario, a partir de dicha localización el agua de la riera adquiría una tonalidad blanquecina y desprendía olor a cloaca, habiendo causado todo ello la desaparición de la flora y fauna del citado tramo del curso fluvial. En la fecha reseñada el caudal de la riera era inferior al del vertido. El día 23 de marzo de 1995, sobre las 16,20 horas, se procedió por parte de miembros de la policía judicial a la toma de muestras de las aguas residuales de la urbanización en la riera de Can Teyá, revelando los resultados de su análisis la presencia de sustancias de carácter contaminante. Los titulares de la depuradora carecían para la realización de los vertidos de aguas residuales domésticas de la oportuna autorización administrativa. Desde el día 5 de julio de 1993 y hasta el 28 de mayo de 1995 desempeñó el cargo de alcalde del citado municipio uno de los acusados, actuando en el Consistorio como regidor de Servicios, desde el mes de julio de 1993 y hasta el mes de mayo de 1995, un segundo acusado y formando parte de la Regidora de Hacienda, Obras Públicas y Urbanismo, desde julio de 1993 y hasta el mes de mayo de 1995, el tercero de los acusados.

de justicia, recuerda, en primer lugar, la doctrina considerada vigente respecto del principio de intervención mínima en materia ambiental, señalando que el ambiente que se puede considerar adecuado es un valor de rango constitucional, lo que aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de “intervención mínima” cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas. El citado art. 45 CE prevé que la ley establecerá “sanciones penales o, en su caso, administrativas” para los que violen el ambiente, por lo que entiende debe tomarse con ciertas reservas la afirmación de que el Derecho penal actúa aquí de forma accesoria y subsidiaria con respecto al Derecho administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra el ambiente presuponga que sea grave el peligro para la salud de las personas o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal derivados de la acción típica y otra, completamente distinta y no acorde con la relevancia del bien jurídico protegido, es que la interpretación del art. 347 bis CP 1973 -y de los preceptos que lo han sustituido y ampliado en el Código de 1995, dirá el Tribunal- haya de hacerse sistemáticamente bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima. Y a continuación constata la vigencia al tiempo de los hechos enjuiciados (años 1993 a 1995) tanto de la Ley de Aguas (2 agosto 1985) como del Reglamento de Dominio Hidráulico (11 abril 1986) que la desarrolla. Según los artículos 92 y 93 de dicha Ley, así como de los artículos 242 a 252 del citado Reglamento, no cabe albergar duda sobre la obligatoriedad de obtener autorización administrativa para el vertido objeto de enjuiciamiento. Por tanto, contra lo que consideró el tribunal de instancia, entiende que existía una clara y vigente prohibición legal de verter sin autorización administrativa por lo que esta última en absoluto entrañaba únicamente un valor de mero requisito formal sino que, por el contrario, era la que hubiera garantizado que se concretasen instalaciones de depuración adecuadas para neutralizar los efectos perniciosos de los vertidos en cuestión.

Las dudas sobre el elemento normativo jurídico del tipo penal, más allá de lo señalado, considera que probablemente se generaron fruto de una incorrecta integración en la normativa aludida por parte de la Audiencia de los efectos que debía desplegar la Directiva 91/271 del Consejo de la entonces CEE y la normativa interna que dio traslado de la misma (Decreto-Ley 28 diciembre 1995). A este respecto el TS da la razón al Ministerio Fiscal, aclarando que la elevación de estándares de calidad que la normativa europea conlleva no debe confundirse con la anulación de los estándares de calidad -aunque inferiores- vigentes al momento de comisión de los hechos. Y, en efecto, las disposiciones comunitarias exigían para las aguas residuales urbanas procedentes de aglomeraciones de población situadas entre 2.000 y 10.000 habitantes (como era el caso del municipio objeto de consideración) un tratamiento depurativo de tipo secundario -biológico o equivalente-, concediéndose, no obstante, un plazo de tiempo (hasta el 31 de diciembre 2005) para alcanzar dicho estándar. Pero ello no significa, como puntualiza el Tribunal, que antes del vencimiento de ese plazo los vertidos fuesen incondicionalmente lícitos, requiriéndose, también por supuesto en ese periodo transitorio, un tratamiento depurativo al menos primario o físico-químico conforme a los estándares de control previos a la nueva normativa pendiente de implantar a todos los efectos.

Así planteada la interpretación de la normativa extrapenal, concluye el TS que también concurre el elemento normativo jurídico del delito contra el ambiente habida cuenta de que los responsables del vertido de las aguas residuales en el cauce del río no sólo se abstuvieron de solicitar la preceptiva autorización, sino que no se cuidaron de crear las condiciones mínimas para solicitarla con éxito, toda vez que la depuradora situada entre el colector por el que discurrían las aguas residuales y la riera se encontraba desmantelada y en estado de abandono, de suerte que al llegar aquéllas a la arqueta de la que había sido depuradora eran desviadas y vertidas en plena riera.

Acertando en la revocación de la instancia, el argumento, sin embargo, debiera haber sido única y exclusivamente el de la vigencia de la normativa administrativa derogada en tanto no se produjera la plena acomodación de la conducta enjuiciada a los nuevos límites de emisión, más estrictos, surgidos con la transposición de la normativa comunitaria. Ciertamente es que al apelar la sentencia apelada a la intervención mínima del Derecho penal el TS se ve obligado a rebatir el fundamento que trata de justificar la absolución, lo que realiza -incorrectamente y sin que, además sea necesario- criticando un principio básico en Derecho penal; hubiera bastado señalar que en este caso la “mínima” intervención la establece la normativa administrativa -derogada- que fijaba los “mínimos” niveles de emisión permitidos para garantizar una “mínima” intervención penal.

El siguiente problema que plantea el Ministerio Fiscal en su recurso es el de la necesaria aplicación al supuesto de hecho de la cualificación de industria clandestina (FD segundo), motivo éste que, sin embargo, va a ser rechazado por el TS con una escueta argumentación resumible en dos puntos. En primer lugar, a partir de la interpretación gramatical del término “industria” -recuérdese que se está aplicando el antiguo art. 347 bis CP 1973, que todavía no había resuelto esta cuestión- se niega que el vertido de aguas residuales urbanas sea una actividad calificable como tal salvo que se incurra en una analogía contra reo prohibida en Derecho penal. Y, en segundo lugar, se pone de manifiesto que la falta de autorización administrativa integra el elemento normativo del tipo básico “por lo que no sería admisible que al mismo tiempo sirviera para la aplicación del tipo agravado”. El TS no descende al plano material del eventual sentido de la agravación para discutir entonces su concurrencia en el caso sino que, asertivamente, entiende que no se da el *plus* de antinormatividad extrapenal que rebasaría la desvaloración ínsita en la descripción típica básica.

Para finalizar, la Sentencia en el FD tercero se refiere a problemas de autoría (en comisión por omisión) y, en particular, a la responsabilidad -que va a verse afirmada- de las autoridades municipales en la conducta de vertido realizada. Recuérdese que no estaba vigente el actual art. 329.

El TS hace una adecuada descripción, tanto formal como material, de los elementos más relevantes para afirmar la posición de garante y el dolo de los tres acusados (el alcalde y los concejales de obras y servicios, uno, y de obras públicas, urbanismo y medio ambiente, el otro), recurriendo a la normativa sectorial para identificar la fuente del deber jurídico de actuar quebrantado, a saber, el artículo 21.1 d) de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 según el cual corresponde al alcalde “dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras municipales”. Se subraya asimismo la competencia de las concejalías citadas para la gestión directa de los servicios de depuración y de proposición, en su caso, de las medidas a adoptar para que los mencionados servicios se pudieran prestar con eficacia. Además, considera el art. 25.2 f) de la Ley de Bases de Régimen Local, que declara ser competencia del Municipio la protección del medio ambiente y el tratamiento de residuos, alcantarillado y aguas residuales, el art. 26.1.b) de la misma Ley que establece la obligatoriedad para los Municipios de población superior a 5.000 habitantes de prestar el servicio de tratamiento de residuos y los arts. 26.3 y 36 del citado Texto, que disponen la asistencia y la cooperación jurídica, técnica y económica de las Diputaciones Provinciales a los Municipios de menor capacidad económica y de gestión, de forma que si los responsables de un municipio con escasa capacidad económica no pudiesen atender los servicios mínimos que legalmente tuviesen encomendados, debían solicitar la asistencia y cooperación de la Diputación Provincial, solicitud que no consta se hiciese en la ocasión de autos.

Desde el plano fáctico, y frente al deber jurídico descrito, debe tenerse en cuenta, en el caso concreto, que ya en septiembre de 1984 se había producido la cesión de la planta depuradora de las aguas residuales objeto del caso con formalización pública efectuada el 17 de noviembre de 1993, siendo sólo meses más tarde, en abril de 1994, cuando el colector por el que discurrían las aguas residuales domésticas de la urbanización se desconectó de la depuradora en cuestión -ya en estas fechas desmantelada y abandonada-, vertiéndose las aguas, consecuentemente, directamente en el río.

Junto a esta decisiva circunstancia de hecho, que revela el abandono por los responsables del municipio de unas instalaciones cuya cesión habían aceptado, debe añadirse que los tres acusados conocían, según los Hechos probados, el estado de abandono en que se encontraba la depuradora y el gravísimo deterioro ambiental que se estaba produciendo por el vertido directo al río Besós. En efecto, a lo largo de dos años nada hicieron para poner remedio a la solución, esto es, para promover la concesión de la autorización administrativa del vertido previa reposición de los dispositivos de depuración a un estado de óptimo funcionamiento. Por ello, y en relación con el dolo, a la luz de las obligaciones que les incumbían como alcalde y concejales y, conociendo perfectamente el estado de desmantelamiento y abandono a que había llegado la depuradora de la urbanización, el hecho de que la misma había sido cedida al Ayuntamiento, que había aceptado la transmisión, la existencia de un desvío de las aguas residuales a través de una corta canalización que las vertía directamente en plena riera, así como la grave contaminación que presentaba el agua del río a partir de dicho punto, es realmente inconcebible -afirma con razón el TS- que no tuviesen conciencia de que el vertido era una actividad ilegal si no era autorizado administrativamente, que la Administración hidráulica nunca lo autorizaría si no se restablecía adecuadamente el funcionamiento de la depuradora y que las obras que fuesen necesarias al efecto eran inaplazables. De ahí la acertada condena de los autores -ausente toda discusión sobre el nuevo art. 329- por un delito del art. 325.1 a título de autoría en comisión por omisión.

II.2. Vertido de purines y creación de balsa ilegal para su recogida.

En la STS 21 diciembre 2001 (RJA 2341/2002-Ponente: Sr. D. Joaquín Martín Canivell) se acepta parcialmente el recurso del Ministerio Fiscal frente a una sentencia de instancia que condena a los dos procesados como autores de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, al primero por el art. 328 y al segundo por el art. 325.1, dictándose nuevo pronunciamiento con el que se endurece la calificación jurídica respecto al primero de los procesados condenándole no por el art. 328 sino por el art. 325.1 y elevando en consecuencia la pena impuesta²⁴.

²⁴ Según los hechos probados, como consecuencia de las investigaciones llevadas a cabo durante los meses de enero y febrero de 1997 fue descubierta en el interior de una finca dedicada a la explotación ganadera una balsa ilegal para el almacenamiento de purines. Dicha balsa, construida aproximadamente trece años antes, carente de cualquier clase de autorización o de permiso administrativo para el almacenaje y recogida de residuos por parte de la Administración Pública, carecía asimismo, de un sistema de impermeabilización, siendo utilizada por su propietario, primer procesado, desde hacía diez años para el almacenamiento de purines de cerdo, que posteriormente utilizaba en su propia finca, transportando y vertiendo los purines una empresa de la que el otro procesado era copropietario, además de director, gerente y responsable de residuos.

Dos son únicamente las cuestiones objeto de debate en los Fundamentos de Derecho que aquí interesa considerar.

En el FD primero se corrige la calificación de instancia relativa a la conducta de establecimiento y utilización de una balsa ilegal de purines por parte del primer acusado. Reconoce el TS que el delito de establecimiento de depósitos del art. 328 es una figura controvertida y polémica. Ahora bien, el Tribunal califica este delito -al igual que el del art. 325.1 como de peligro concreto-, explicando la diferencia de penalidad de ambos únicamente en base a las distintas conductas descritas. En los dos supuestos entiende que se requiere una puesta en peligro -que se declara debe ser la correspondiente a la de un delito de peligro concreto pero que, tal y como se deriva del propio FD, se acepta que pueda ser la de un peligro que el TS denomina “potencial” al señalarse que “se produjeron vertidos que, aunque no se constató produjeron nocivos efectos concretos sobre el medio ambiente [...hubo...] grave riesgo de causarlos”- del equilibrio de los sistemas naturales o de la salud de las personas, siendo la “conducta” que desencadene tal resultado típico la que determina su ubicación sistemática: así, en el art. 325.1, la de emisión, vertido, etc., acompañada necesariamente de una transgresión de normativa extrapenal protectora del ambiente, mientras que en el art. 328, la conducta será la de establecer depósitos o vertederos de desechos o residuos tóxicos o peligrosos, sin que aquí se exija además aquel elemento normativo de transgresión.

La infracción de normativa extrapenal o elemento normativo jurídico que exige la estructura compleja del art. 325.1 sería, por tanto, la razón del mayor desvalor que la conducta merecería para el legislador. Y no parece tan relevante en consecuencia -como en la doctrina científica se ha venido entendiendo frecuentemente- el hecho de que la conducta de establecer depósitos o vertederos pueda ser normalmente un acto preparatorio del posterior vertido, emisión u otra de las conductas del delito de contaminación. La hipótesis interpretativa del art. 328 como acto preparatorio material del art. 325.1 -tipificado autónomamente- parece, pues, rechazarse de plano por el TS. Pero, si bien es cierto que el delito de contaminación no exige en todos los supuestos el previo establecimiento de un depósito o vertedero, no puede aceptarse que cuando éste se vea acompañado de una transgresión de normativa extrapenal haya de implicar la aplicación del tipo descrito en el art. 325.1 por cuanto entonces nunca podría aplicarse, ya que el establecimiento de depósitos “tóxicos o peligrosos”, siempre, necesariamente, supone la vulneración de la normativa administrativa que los regula, cuando no se cuente con la autorización permanente. Sin embargo, en la Sentencia expresamente se señalará que, dado que en los hechos probados se constata que el establecimiento de una balsa ilegal para purines no contaba con la pertinente autorización administrativa (elemento normativo jurídico) el perjuicio típico generado para el ecosistema debe integrar necesariamente el delito del art. 325.1 y no el del art. 328.

En el FD segundo, una vez más, se debate -y rechaza- la aplicación del tipo cualificado por industria o actividad clandestina del art. 326 a), poniendo ahora el acento el TS no ya en el concepto de “industria”, dada la reforma legal operada por el Código de 1995, sino en la ausencia de “clandestinidad” tanto en el caso de la finca en que se encuentra la balsa como en el de la empresa que se encargaba de la recogida y traslado de los purines.

II.3. Vertido contaminante prolongado en el tiempo.

En la STS 19 enero 2002 (RJA 1315-Ponente: Sr. D. José Jiménez Villarejo) se analiza y confirma en todos sus términos la sentencia de instancia en la que se condena a los procesados como autores de un delito continuado contra el ambiente del art. 347 bis CP 1973²⁵.

²⁵ Según los hechos probados los procesados, uno en calidad de químico director industrial de producción y fabricación de una empresa dedicada a la fabricación de resinas y otro en calidad de jefe de su departamento de medio ambiente, tenían a su cargo, desde 1983 y 1988, respectivamente, el control del funcionamiento del sistema de depuración de los vertidos de la misma. Desde que la empresa inicia su actividad, las aguas residuales derivadas del proceso industrial se venían vertiendo, sin que conste tratamiento ni depuración ninguna, a un arroyo afluente del río Torderá. A raíz de la entrada en vigor del Decreto 2114/1961, de regulación de las Actividades Molestas, Peligrosas e Insalubres, la empresa, en 1966, interesó la correspondiente licencia de actividad, obteniendo informe favorable por el Ayuntamiento de Sant Celoni, en 1967, concediéndose la misma por el Gobierno Civil en 1970. En 1979, a fin de dar cumplimiento a lo preceptuado por la legislación en vigor, solicitó de la comisaría de Aguas del Pirineo Oriental autorización para verter las aguas residuales procedentes de la fabricación de resinas en el cauce del arroyo en cuestión presentando para ello un proyecto de estación depuradora de tales aguas, suscrito por el primer procesado y visado por el respectivo Colegio Oficial. Por Resolución del Comisario de Aguas de 11 de marzo de 1980, se aprobó el proyecto de estación depuradora, que debía ser construida en un plazo máximo de cuatro meses, autorizándose a la empresa a efectuar el vertido una vez puesta en marcha la estación depuradora -si bien, atendiendo a la calificación de curso de aguas protegido del arroyo, dicho vertido se debía someter a una serie de límites- y dictándose por la misma Comisaría de Aguas del Pirineo oriental resolución de 10 de julio de 1981 por el que se aprobaba el acta de reconocimiento final de las obras relativas al proyecto de depuración de aguas residuales, autorizando el vertido con los límites antes

En la prolija relación de Fundamentos de Derecho se analizan, sumariamente, los siguientes problemas: la aplicabilidad de las cualificaciones por industria clandestina o por daño irreversible o catastrófico; la eventual infracción de principios fundamentales (legalidad, *ne bis in idem*, *ultima ratio*); y, en lo que aquí básicamente interesa, que los hechos probados integren todos y cada uno de los elementos típicos necesarios para la calificación como delito del aplicable todavía art. 347 bis CP 1973.

La pretensión del Ministerio Fiscal de agravar los hechos por industria clandestina es rechazada por el TS en su FD primero en estricta coherencia con el relato fáctico por cuanto consta tanto la inicial existencia de una licencia administrativa como la posterior presencia, intervención y control de los vertidos por parte de la Administración autonómica. Los hechos excluyen la presunta clandestinidad que, contra la tesis del Ministerio Fiscal, en absoluto puede equivaler a la ilegalidad del vertido, con independencia de que se entienda concurrente el correspondiente elemento normativo jurídico del tipo básico, adoptando el criterio prácticamente constante con el que a partir de ahora se distinguirá el ámbito de aplicación del art. 326 a) respecto al del tipo básico. La clandestinidad se identificará con la ausencia de licencia de funcionamiento, pero no con la ausencia de licencia para realizar vertidos. Como señala el Tribunal -y dado el tenor del propio art. 326 a)-, otra interpretación implicaría una aplicación analógica proscrita en Derecho penal de acuerdo al principio de legalidad.

También se va a rechazar, en el FD segundo, que se haya producido un deterioro irreversible o catastrófico. La interpretación que el TS proyecta sobre esta cualificación, tanto en la versión anterior (art. 347 bis CP 1973) como en la vigente (art. 326 e), parte de la necesidad de establecer un baremo relativamente restrictivo habida cuenta de que ya el tipo básico requiere un daño o perjuicio grave -lo que no es cierto en cuanto lo que se exige es simplemente grave puesta en peligro- dado, además, el considerable salto de pena que conlleva la apreciación de la agravación. Entiende el Tribunal que existirá deterioro irreversible cuando el daño en el ambiente que puedan ocasionar las emisiones o vertidos contaminantes alcance tal profundidad que no pueda ser remediado por la capacidad regeneradora de la propia naturaleza, haciéndose necesaria una intervención activa del hombre. Sin embargo, según los hechos probados, aunque los vertidos al río por encima de los límites permitidos fueron suficientes para destruir la fauna que habitaba las aguas, el hecho de adecuar los mismos a los límites autorizables tuvo como efecto la regeneración de la zona deteriorada. En cuanto al deterioro catastrófico, entendido como daño de una intensidad y una extensión más que considerables por el número de elementos naturales destruidos, la población humana afectada y la duración de los efectos de la actividad contaminante, tampoco lo entiende apreciable el Tribunal, aquí simplemente por ausencia de base en el relato de hechos probados. Siendo perfectamente asumibles los conceptos de deterioro irreversible y catastrófico que maneja el Tribunal, lo que no se atiende, sin embargo, es que el art. 326 a) -y no podía ser de otra manera a tenor del dictado del art. 325.1- no exige tal deterioro, sino únicamente el riesgo de su producción, aunque en este caso la solución a adoptar hubiera de ser la misma que asume el TS.

El FD quinto se ocupa de algunas cuestiones fundamentales más vinculadas a la configuración del precepto que a su interpretación típica. En cuanto a la infracción del principio de *ultima ratio* se hace eco el TS de la doctrina tantas veces invocada según la cual la máxima de intervención mínima ha de ser una guía para el legislador que debe reservar el instrumento punitivo para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves, aspecto, sin embargo, que señala, no debe confundir ni permitir utilizar indebidamente dicho principio en la praxis interpretativa y aplicativa en donde, sin duda, deben coordinarse los ámbitos penal y administrativo en la protección del ambiente pero sin que deban interpretarse los tipos penales "bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima". Yerra a nuestro juicio el TS por cuanto el principio de mínima intervención, y ello es algo que ya asume plenamente la doctrina científica dominante, tiene un amplio campo de expresión en la teoría del delito y debe constituir un criterio rector en la interpretación -siempre restrictiva- de los elementos típicos, no sólo de este delito, sino de cuantos integran el Código Penal. Ello, incluso a pesar del incorrecto tenor literal del art. 45 CE. Otra cosa es que efectivamente, constatada la tipicidad, como señala el Tribunal -no sólo formal habría que añadir-, no exista en caso de condena infracción del principio de legalidad con base en una invocación impropia de la función de *ultima ratio* sino, por el contrario, un ejercicio adecuado del primer principio señalado. Con respecto a la infracción del *ne bis in idem* la argumentación del recurrente se cifra en la existencia de dos sanciones administrativas relativas a hechos incardinados en el período de tiempo en que se entiende se comete -continuadamente- el delito ecológico. Sin tener siquiera que entrar en el plano teórico de la vigente discusión doctrinal en esta cuestión, rechaza el TS este motivo, en

indicados. Ello no obstante, la empresa incumplió sistemáticamente tales límites, vertiendo al arroyo aguas residuales altamente contaminadas. En 1985 se aprueba la Ley de Aguas (de 2 de agosto de 1985) complementada, por lo que se refiere a vertidos en los cauces, por el Reglamento de Dominio Público Hidráulico (11 de abril de 1986), determinándose los valores límites de vertido con una serie de parámetros no contemplados en la anterior regulación. Sin embargo, la empresa continuó vertiendo al cauce del arroyo aguas residuales que superaban sistemáticamente tales límites, sin que ni en uno solo de los controles que efectuó la Junta D'Aigües del Servei D'Hidrologia durante los años 1990, 1991, 1992 y 1993 se produjeran mediciones que respetasen los mismos.

un plano fáctico, al señalar que los hechos delictivos discurrieron a lo largo de casi cinco años (1990-1995) en forma de múltiples hechos contaminantes que de ninguna manera se contienen o consumen en el desvalor que entrañan las dos sanciones administrativas esgrimidas (de 26 noviembre 1991 y 5 febrero 1992).

Los FD séptimo, octavo y noveno se dedican a defender la calificación jurídica de instancia desde diversos planos. En primer lugar (FD octavo), se considera inatacable la aplicación del tipo básico del art. 347 bis CP 1973 sobre la base de la concurrencia indubitable del elemento fáctico (vertidos de aguas residuales por encima de los límites permitidos a lo largo de un periodo aproximado de cinco años), del elemento normativo jurídico (transgresión de normativa extrapenal) y del elemento normativo relativo al perjuicio grave para el equilibrio del ecosistema. Ello, aunque no se entienda que concurre grave peligro para la salud de las personas. Conviene resaltar que los recurrentes llegan a argüir, de conformidad con el relato fáctico, la relativa tolerancia de la Administración en el control de los vertidos, así como la existencia de una resolución ilegal de la Junta de Saneamiento de la Consejería de Medio Ambiente de 29 marzo 1993 que autorizó vertidos por encima de los límites permitidos por un lapso temporal de casi dos años. Sin embargo, rebate el TS, aquéllas no son suficientes para neutralizar la ilicitud de los vertidos imputables a quién los hizo -no a quien los toleró- y, en cualquier caso, éstos se prolongaron en el tiempo mucho más allá del periodo cubierto por la citada resolución. Por último (FD séptimo), se rechaza el motivo de casación basado en la eventual prescripción de los hechos acaecidos con anterioridad al 23 enero de 1991 habida cuenta, según el recurrente, de que la querrela se presentó el 23 enero 1996 siendo el período de prescripción del delito de 5 años, aragumentándose que no prescriben los hechos sino el delito -o la pena- y que en casos de continuidad delictiva, como el presente, el inicio del cómputo arranca desde que cesa la actividad antijurídica o se perpetra el último hecho de la cadena punible. Planteada la cuestión únicamente desde el prisma de la prescripción, nada hay que señalar al respecto. Sí llamar la atención sobre la ausencia de discusión, presente en sentencias posteriores, sobre la posibilidad de aceptar en base al carácter permanente del delito, la ausencia de continuidad delictiva.

II.4. Abandono de bidones tóxicos.

En la STS 30 enero 2002 (RJA 3065-Ponente: Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio) se revoca la absolutoria de la instancia y se dicta otra por la que se condena a los acusados como autores de un delito contra el ambiente del art. 325.1²⁶.

La absolución de instancia se basa esencialmente en que de los hechos probados no se deriva que resultara un posible perjuicio grave para los ecosistemas o la salud de las personas. El Ministerio Fiscal, sin embargo, recurre en casación por entender que hay base en el relato fáctico para estimar un delito de contaminación, agravado por clandestinidad y afección a un espacio natural protegido de los arts. 325.1, 326 a) y 338. El TS acoge parcialmente el recurso y estima el tipo básico pero no las cualificaciones (FD tercero).

Siguiendo la línea argumentativa del Ministerio Fiscal, por el contenido de los bidones (disolventes con pintura saturados de sustancias químicas tóxicas y peligrosas), por el lugar donde se abandonaron (un lugar público al alcance de cualquiera, máxime cuando parte del líquido se había derramado) y por el tiempo en que se depositó este material inflamable (época de plena campaña contra incendios forestales), no cabe duda, afirma correctamente el TS, de que el acto de contaminación crea el riesgo típico de posible perjuicio grave al equilibrio del ecosistema.

No procede, por tanto, continúa el Tribunal, invocar el principio de *ultima ratio* para concluir que no se había rebasado el umbral de relevancia típica: la valoración sobre la gravedad del posible peligro para los sistemas naturales -

²⁶ Según los hechos probados, a las 15'40 horas del día 26 de abril de 1997, unos agentes de la Guardia Urbana se dirigieron al Turó d'en Cuyás (Parque de Collserola) informados de la existencia de unos bidones. Allí, en una pista forestal, se encontraron 26 bidones de plástico de color azul de una capacidad aproximada de 25 litros cada uno. Los bidones se hallaban dispersos por un terraplén de 30 metros de pendiente, presentando desperfectos alguno de ellos, por lo que se había derramado parte del líquido que contenían. También fueron hallados 5 parachoques, un asiento y una ventanilla con cristal pertenecientes a vehículos sin concretar. Los bidones y demás restos fueron lanzados desde el camino con la intención de ocultarlos a la vista en el fondo del terraplén. Se localizaron dos etiquetas del tipo de producto pegadas a sendos bidones: una de "Productos Santa Ana Universal" y la otra, parcialmente deteriorada y pegada a otro bidón, de "Auto Taller Valls, Mecánica y Electricidad". Del análisis del contenido de los bidones se desprendió que eran disolventes con restos de pintura, detectándose sustancias químicas que pertenecen al grupo de los hidrocarburos halogenados. Dichas sustancias son tóxicas para la salud humana por inhalación e ingestión, siendo el síntoma principal la depresión del sistema nervioso central, y causan irritación al contacto cutáneo. De la inspección de los parachoques y demás elementos encontrados resultó que éstos correspondían a un vehículo llevado a reparar a uno de los procesados, propietario y encargado de un taller de planchistería y pintura de vehículos, quien había cambiado el parachoques y encargado a los otros dos acusados que se llevaran la chatarra y los bidones del taller.

y una vez más se declara todavía nominalmente al art. 325.1 como delito de peligro concreto, si bien la interpretación material de la relevancia típica de dicho peligro corresponde más bien a la de un delito de peligro abstracto- es revisada refutándose las tesis de instancia y asegurando su suficiencia para integrar el tipo básico del art. 325.1. En este sentido, la doctrina tantas veces invocada respecto del uso indebido del principio de intervención mínima sirve para desarticular una configuración indebidamente restrictiva, a juicio del Tribunal, del peligro típicamente relevante.

A partir de lo señalado, no obstante, se distancia el TS de la calificación sostenida por el recurso del Ministerio Fiscal y niega que el posible peligro de grave perjuicio para los sistemas naturales alcance el grado suficiente para poder considerarlo, rebasando el tipo básico, como de deterioro irreversible o catastrófico, negándose por otra parte, por respeto esta vez al relato fáctico, que hubiera riesgo para la salud de las personas, lo que, de manera harto sucinta, parece afirmarse a partir de una concepción dogmática del inciso final del art. 325.1 como un subtipo agravado -y no como subtipo básico alternativo- respecto del inciso primero.

Por falta de constancia en los hechos probados se rechaza igualmente el carácter clandestino de la actividad desarrollada en el taller (art. 326 a) y que el depósito de bidones lo fuera en un espacio natural protegido (art. 338).

II.5. Vertidos a ríos, alcantarillados y suelos.

Desde junio de 2002 y hasta febrero de 2003 se dictan de manera consecutiva siete sentencias sobre supuestos de hecho similares que se pueden agrupar bajo la descripción que encabeza este epígrafe. Así, cabe referir las siguientes Sentencias, que simplemente se van a citar –para ser exhaustivos en este repaso-, en las que, salvo en la última, no hay especiales aspectos a considerar.

A) STS 26 junio 2002 (RJA 7214-Ponente: Sr. D. José Manuel Maza Martín), en que se condena por una contaminación de origen fecal con riesgo de infección.

B) STS 24 septiembre 2002 (RJA 8171-Ponente: Sr. D. Andrés Martínez Arrieta), donde se absuelve por un vertido de residuos altamente contaminantes por parte de una industria dedicada al electrozincado a través del alcantarillado.

C) STS 24 septiembre 2002 (RJA 8172-Ponente: Sr. D. Andrés Martínez Arrieta), en que se condena por un vertido clandestino a la riera de residuos, no tóxicos, pero que impiden la vida en ella por parte de una planta de tallado y pulido de mármol, piedra y granito, sin posesión de permiso de vertido ni de sistema de tratamiento y depuración de aguas residuales.

D) STS 25 octubre 2002 (RJA 10461-Ponente: Sr. D. Julián Sánchez Melgar), en donde se condena ante una supuesto de vertidos diversos que realiza una empresa a la red de alcantarillado y al suelo de elevadas cantidades de tricloroetileno, sustancia gravemente peligrosa para las personas y para el ambiente, desde una concepción del delito como de peligro abstracto.

E) STS 3 diciembre 2002 (RJA 294/2003-Ponente: Sr. D. Juan Saavedra Ruiz), que condena en un supuesto de extracción de áridos no autorizada con posterior lavado de los mismos desviando un arroyo, al que se vierten sin depuración los lodos resultantes.

F) STS de 4 diciembre 2002 (RJA 545/2003-Ponente: Sr. D. Andrés Martínez Arrieta), en la que se condena por un vertido de aguas residuales directamente al río sin ser sometidas a tratamiento previo y sin que la existencia de un plan de descontaminación parcial autorizado por los organismos competentes, incumplido por la empresa, convierta en legal las actuaciones de la empresa.

G) Ya en el año 2003, en la STS 11 febrero 2003 (RJA 1083-Ponente: Sr. D. Enrique Abad Fernández)²⁷ el TS declara no haber lugar a la revocación de la condena impuesta (FD segundo), confirmando además la aplicación del subtipo agravado de funcionamiento clandestino entendiéndose que la granja constituye una “industria” a estos efectos, deteniéndose en mayor medida en el aspecto de la continuidad delictiva, que va a considerar existente, aceptando que aunque, como doctrina general, en los delitos de contaminación cabe hablar más que de delitos continuados de tipos que incluyen conceptos globales, en los que se describe la correspondiente infracción por medio de términos que abarcan en su seno una pluralidad de hechos que se integran en un solo delito, en este caso se produce una excepción a dicha regla

²⁷ Se estudia el vertido de purines procedentes de una granja de cinco mil cerdos en balsas permeables e insuficientes, donde los residuos sobresalían o se filtraban, produciendo contaminación de acuíferos y muerte de plantaciones colindantes.

general por cuanto en el caso analizado la sala de instancia describe una conducta que dura quince años aproximadamente cuyo contenido dispar comprende tanto el vertido de purines invadiendo los terrenos colindantes y contaminando los acuíferos, como la destrucción de cerdos muertos quemándolos al aire libre. Rechaza finalmente la aplicación del art. 328 por entender que decae su consideración al haberse castigado la conducta por otro tipo que prevé una mayor pena, lo que parece indicar remite a una relación de concurso de leyes según el principio de alternatividad (art. 8.4) para aquéllos supuestos en que la conducta integre ambos tipos.

II.6. Contaminación acústica.

En la STS 24 febrero 2003 (RJA 950-Ponente: Sr. D. Carlos Granados Pérez) se estudia el novedoso supuesto de contaminación acústica como modalidad típica integradora de un delito de contaminación contra el ambiente por las emisiones repetidas de ruidos provenientes del equipo musical de una sala de fiestas localizada en zona residencial, responsabilidad del acusado²⁸. La sentencia de la instancia, que recurrieron defensa y acusación particular y confirmó el TS, condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito contra el ambiente.

El debate jurídico que se deriva de los diversos motivos afecta tanto a cuestiones de principios como a otras más de índole dogmático-interpretativas, suscitadas por la voluntad de precisar los contornos del delito de contaminación en relación a una modalidad comisiva prevista en el tipo -"ruidos, vibraciones"- pero nada habitual en la práctica forense.

Respecto a las cuestiones de principios, nuevamente se plantea la eventual trasgresión de los principios de legalidad y de *non bis in idem*.

La conformidad del art. 325.1 con las exigencias del principio de legalidad se explica con la invocación de la doctrina consolidada en la materia. En concreto, se alude a la STC 62/1994, 28 de febrero, que ya se pronunció por la constitucionalidad del artículo 347 bis CP 1973 afirmando que las llamadas normas penales en blanco son constitucionalmente admisibles siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido y que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, de suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada, lo que ocurre con dicho artículo, que formula una remisión expresa y completa a normas específicas y define el núcleo esencial de la conducta prohibida. Dicha doctrina en el caso sometido a análisis se ve satisfecha en la medida en que el ruido aparece, en primer lugar, como uno de los elementos descriptivos del tipo objetivo de los delitos contra el ambiente aunque luego su concreción definitiva precise por reenvío la concurrencia del elemento normativo integrado por la contravención de leyes u otras disposiciones de carácter general (FD primero).

Más detallado es el rechazo a una eventual vulneración de la máxima *non bis in idem*, que el TS (FD tercero) explica procesalmente diferenciando los hechos objeto de sanción y posterior control en vía contenciosa de los que constituyen la base fáctica sobre la que se condena por el delito ambiental. Así, señala el Tribunal que la conducta delictiva fue precedida de diversos expedientes administrativos de los que sólo consta que dos de ellos culminaran ante la Jurisdicción Contenciosa, única capaz de producir el efecto de cosa juzgada. Tal efecto, sin embargo, no se ha producido con relación al resto de los hechos que crearon una situación de peligro grave para el ambiente, materializado en padecimientos físicos y psíquicos para varios de los vecinos del inmueble, conjunto de hechos que constituyen, se señala, un solo delito contra el ambiente, que se mantendría aunque se excluyesen las conductas que determinaron los expedientes que culminaron en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, ya que la actividad delictiva ha persistido en el tiempo con anterioridad y posterioridad a los hechos afectados por tales expedientes administrativos. Interesa señalar, no obstante, que, con la doctrina del TC en ese momento, el TS admite que se vulneraría el derecho constitucional al *ne bis in idem* si se desconociera el efecto de cosa juzgada a resoluciones judiciales firmes dictadas sobre el fondo del litigio.

En cuanto a las cuestiones más ceñidas a la interpretación de los elementos típicos del precepto, se argumenta (FD primero) a favor de la aplicación del art. 325.1 a partir de aspectos que tienen que ver con la afección antropocéntrica -antes que estrictamente ecocéntrica- de la conducta de contaminación acústica. Así, se señala que el art. 325.1, en su último inciso, alude a la creación de un "riesgo de grave perjuicio [...] para la salud de las personas", lo que permite al TS realizar una declaración general definitiva del bien jurídico protegido que, citando jurisprudencia del TC y del TEDH, abarca los derechos de protección de la salud, la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, el bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos, así como el equilibrio de los sistemas naturales. Y se

²⁸ Véase específicamente Granados Pérez, "La contaminación acústica como modalidad de delito contra el medio ambiente", en *Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo* (López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar), Madrid, 2004, pp. 969 ss.

añade que la lectura del art. 45 CE parece indicar que la figura delictiva debe orientar su protección y fijar su atención prioritaria en la salud de las personas, aunque nadie discute que la protección alcanza, de manera directa o indirecta, a la fauna, la flora y los espacios naturales. Ello lleva a razonar en el caso que examinamos que la vulneración típica del bien tutelado es evidente en la medida en que los vecinos del inmueble afectados por el ruido procedente de la sala de fiestas en cuestión no sólo han padecido, de forma reiterada y continuada durante fines de semana, puentes y víspera de fiestas, en un período aproximado de nueve meses, una contaminación acústica que hay que calificar de grave y potencialmente peligrosa, sino que en este caso, además, esa gravedad se ha concretado en serio peligro para su integridad física y psíquica y para su intimidad personal y familiar, hasta tal punto de intensidad que se han concretado en niños de pocos años problemas y alteraciones de sueño, irritabilidad y cambios de carácter que han necesitado tratamiento hipnótico, precisando otros vecinos mayores de edad tratamiento médico por cefaleas, irritabilidad, nerviosismo, alteración del sistema del sueño, insomnios y disminución de atención y rendimiento, con incremento incluso del número de brotes en un vecino que padece de esclerosis en placas, que, sin embargo, disminuyeron cuando se trasladó de domicilio. A nuestro juicio se confunde lo que es una tutela moderadamente antropocéntrica que entendemos es por la que se ha de optar y se opta en nuestra legislación con el modo de confirmar la misma, que en absoluto remite a la comprobación de los efectos perjudiciales para intereses personales como los que se detallan -más a tener en cuenta, en todo caso, en relación simplemente a la aplicabilidad del último inciso del art. 325.1-. No es éste el sentido actual de la concepción moderadamente antropocéntrica mayoritariamente defendida por la doctrina, sino más quizás el que se daba a la tutela penal con el viejo art. 347 bis CP 1973. Ciertamente aquí surge la discusión de si ha de exigirse siempre o no peligro para el equilibrio de los sistemas naturales; pero de no hacerlo así sería difícil negar el concurso de delitos -cuando el mismo se produjera- entre los dos incisos del art. 325.1, salvo que se aceptase -como nosotros aceptamos- que el delito y la afección a los sistemas naturales surgen con el acto de contaminación en sí, siendo el tercer elemento, de grave peligro para los sistemas naturales o para las personas, mera cláusula de restricción de la penalidad.

La concreta vulneración del bien jurídico se enlaza, por otra parte, con una interpretación del riesgo típico -del peligro como elemento normativo- en clave de delito de peligro abstracto. Se hace eco el TS (FD primero) de la evolución jurisprudencial en este punto que parece tender a abandonar la concepción del delito como de peligro concreto y, con base en un planteamiento de corte teleológico, afirma que la nueva interpretación acogida redundará indudablemente en una mayor eficacia en la protección del ambiente, especialmente en los supuestos de contaminación más graves, en los que resulta difícil, si no imposible, identificar con la certeza que requiere el proceso penal el origen de la contaminación cuando se trata de zonas sometidas a una intensa agresión, pues los delitos de peligro abstracto no exigen para su consumación la producción de un verdadero resultado de peligro como elemento del tipo objetivo, sino únicamente la comprobación del carácter peligroso de la acción. Entiende el TS, citando la antes referida STS 25 octubre 2002 (RJA 10462/2002) que la jurisprudencia se inclina por esta opción considerando que en el art. 325.1 el legislador incorpora un planteamiento político-criminal diferente del que asumía con el art. 347 bis CP 1973, renunciándose a incorporar referencia alguna a la producción de un peligro concreto. En cualquier caso, concluye el TS que no debe perderse de vista que si bien la configuración del delito contra el ambiente del art. 325.1 permite eludir, en cierta manera, los problemas de causalidad, sí resultará imprescindible la rigurosa comprobación de que la conducta desarrollada ha resultado adecuada e idónea para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales, lo que en el caso concreto se estima probado por cuanto el condenado creó una situación de grave peligro para la integridad física y psíquica, la intimidad personal y familiar, el bienestar y la calidad de vida de los vecinos del inmueble que pudieran resultar afectados por las inmisiones de ruido procedentes de la sala de fiestas de la que era responsable el procesado.

II.7. Vertidos a aguas, suelos y subsuelos.

De nuevo, y con el paréntesis que establece la anterior importante sentencia por contaminación acústica, desde marzo de 2003, y hasta octubre del mismo año, las ocho sentencias que se dictan tienen como objeto de atención supuestos de hecho similares vinculados todos ellos a vertidos en tierra y agua.

A) En la STS 28 marzo 2003 (RJA 4069-Ponente: Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio)²⁹ el Tribunal Supremo, revocando parcialmente la sentencia de instancia, condena por un delito contra el ambiente, pronunciándose sobre numerosas cuestiones acerca de la aplicación de estos delitos. En primer lugar, rechaza la inconstitucionalidad del precepto en cuanto norma penal en blanco, remitiéndose a la doctrina que confirma la conocida STC 127/90, 5 de julio. En segundo lugar, admite el dolo del acusado considerando que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico determinados bienes y, sin embargo, actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado que constituye la consecuencia natural de la situación deliberadamente creada, precisando que en el delito

²⁹ Los hechos describen una serie de vertidos de grasas provenientes de una fábrica que, en contravención de las normas que regulan el modo de realizarlos, causan un grave perjuicio al equilibrio de los ecosistemas, al afectar la grasa a la flora y fauna una vez que la misma se deposita por disolución en el fondo del agua.

ambiental el riesgo requerido por el tipo ha de encontrarse causalmente vinculado con la acción que genera el peligro concreto producido, pudiéndosele atribuir al autor a título de dolo eventual cuando, como sucede en la generalidad de los casos -incluido éste-, no consta la intencionalidad de perjudicar el ambiente o de crear un riesgo para el mismo. Parece deducirse de la sentencia -aunque se mezclan las cuestiones- que se vuelve a la caracterización del art. 325.1 como delito de peligro concreto, que exige comprobar como señala el TS la conexión entre el riesgo que realmente se produce para los sistemas naturales y la concreta conducta del sujeto activo, lo que no obsta para afirmar que cuando aquél sea la consecuencia necesaria de ésta deba aceptarse su asunción por parte del sujeto. En los FD tercero y octavo se confirma la autoría del procesado en base a su posición de gerente de la empresa que realiza los vertidos, al actuar como administrador único y ser el único que podía autorizarlos, lo que le otorgaba el dominio funcional del hecho y el control real y efectivo del funcionamiento de la fábrica, incluido el ámbito en que se realizó la actividad delictiva. Tenía, en suma, el deber de control de las fuentes de riesgo que estaban bajo su responsabilidad y dominio directo y debió actuar como garante para que el peligro no se produjera. Ello, acertadamente, sin necesidad de acudir al art. 31, como se sostenía en instancia, pues ni para confirmar la autoría es necesario que el sujeto realice materialmente el hecho descrito típicamente ni se trata de un delito especial.

B) En la STS 1 abril 2003 (RJA 4062-Ponente: Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón)³⁰ el TS revoca parcialmente la sentencia de instancia, condenando por un delito ambiental pero sin apreciar la agravante de clandestinidad. El TS se detiene, por una parte, en la discusión sobre el riesgo de grave perjuicio para el ecosistema, cuya concurrencia confirma coincidiendo con la instancia en que un vertido indirecto puede ser idóneo para crear el peligro típico, máxime teniendo en cuenta que en el caso de autos desembocó finalmente nada menos que en una reserva natural (FD cuarto) y que los vertidos alcanzaron límites elevadísimos -los niveles permitidos de demanda química de oxígeno se superaron durante los vertidos nocturnos realizados casi en veinte veces (más de nueve mil mg/l DQO, cuando el nivel máximo tolerado es de 500), los niveles de amoníaco se superaron en doce veces (más de 600 mg/l) y se apreció también presencia manifiestamente excesiva de cloruros, grasas, aceites y sólidos en suspensión-, necesariamente peligrosos (FD 5). Ello, dentro de la consideración del riesgo a constatar no como peligro concreto sino más bien de carácter abstracto o en realidad de peligro hipotético, abstracto-concreto o potencial -frente a lo que parece manifestarse en la anterior sentencia de sólo cuatro días antes-, donde lo que se tipifica es un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos, señala, la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro (FD séptimo). La aplicación del subtipo agravado del art. 326 a), por el contrario, es revocada de conformidad con la doctrina, expuesta de forma prolija y detallada (FD 8 a 14), según la cual no procede apreciar la agravación sólo por la falta de autorización del vertido en cuestión sino que hace falta la ausencia de autorización del funcionamiento de la actividad que, sin embargo, sí existía conforme a los hechos probados, al disponer la empresa en cuestión, desde 1993, de licencia municipal de apertura de establecimiento y ejercicio de actividad.

C) En la STS 14 abril 2003 (RJA 4227-Ponente: Sr. D. Eduardo Mórner Muñoz)³¹ se revoca parcialmente la sentencia absolutoria de la instancia con una fundamentación (FD primero) en la que se analiza pormenorizadamente la consideración del riesgo de grave perjuicio para el ambiente negado en la sentencia recurrida por entenderse que el dictamen pericial habló de la eliminación de la vida animal y vegetal del río en términos puramente hipotéticos manifestándose desconocer el estado del río en el momento de los hechos y habiéndose realizado una valoración de riesgos potenciales en base exclusivamente al resultado de los análisis de los vertidos. Sin embargo, entiende el TS que cuando el tribunal de instancia manifiesta que la peritación se hizo en términos hipotéticos y basada en una valoración de riesgos potenciales y rechaza por ello que exista peligro, está entrando en una contradicción ya que el peligro implica *per se* una hipótesis o planteamiento potencial ya que un peligro supone la posibilidad de que ocurra algo malo. Añade que no cabe aceptar que la peritación se desarrollara en el plano de las posibilidades cuando el peligro no es otra cosa que una posibilidad, ni que pueda hacerse depender el peligro de un aspecto coyuntural como es el caudal, que depende de los factores climatológicos, del nivel de aprovechamiento y del consumo mayor o menor del agua. Y concluye, finalmente, que el estado del río al que se vierte a través de la alcantarilla resulta intrascendente como ya puso de relieve la STC 42/1999, 22 marzo, relativa al caso conocido como del "río muerto"³², al señalar que por muy deplorable que sea el estado del río al que se efectúa el vertido contaminante, un vertido contaminante siempre lo es y de efectuarse el vertido de acuerdo al contenido literal del art. 325.1 el delito se habrá realizado, siendo obvia en este caso la peligrosidad intrínseca *ab initio* de ciertos productos tales como el arsénico, cromo total, cromo hexavalente y zinc.

³⁰ Los hechos versan sobre unas aguas residuales que una empresa vierte a un canal pluvial, que queda convertido en una cloaca, con presencia de grasas y amoníaco que impiden el desarrollo de la vida animal y vegetal y con riesgo de filtración a acuífero y de afección al ecosistema.

³¹ Son objeto de controversia una serie de vertidos que rebasan con creces los límites permitidos en cuanto a cianuro, cromo y zinc, sustancias que eliminan la vida animal o vegetal, aunque no se verificase este resultado en los ríos.

³² Véase expresamente sobre esta cuestión Guisasola Lerma, "Principio de legalidad y estructura de los delitos de peligro abstracto. A propósito de la STC 42/1999, en *Revista de Derecho Público*, 2002.

D) En la STS 17 mayo 2003 (RJA 4240-Ponente: Sr. D. José Ramón Soriano Soriano)³³ el TS acepta la condena de instancia por un delito ambiental admitiendo parcialmente el recurso del Ministerio Fiscal y rechazando la apreciación de la atenuante de reparación del daño causado prevista en el art. 340. Es en el FD quinto donde se estudia esta cuestión. El TS entiende contra el parecer de la Fiscalía que aunque el delito de contaminación no sea un delito de lesión cabe en principio una eventual actuación de reparación siquiera sea sobre el elemento fáctico integrante de la conducta típica. Pero, admitida su posibilidad teórica, niega que en el caso de autos proceda su apreciación ya que no ha existido conducta alguna por parte del acusado tendente a reparar el daño causado, sino únicamente de cesación de la conducta delictiva tras las actuaciones de la policía judicial. Señala con toda lógica que la cesación de los efectos perjudiciales del delito es lo mínimo que debe exigirse al autor del mismo, pero que la regeneración natural del torrente o riera, al dejar de verter las aguas residuales no es consecuencia de la actuación del acusado, sino de la de la Administración hidráulica, que realizó o impuso la construcción de un colector que eliminaba de raíz los vertidos contaminantes y ello aunque lógicamente la financiación de su construcción corriera a cargo de la empresa infractora, que era la única beneficiada. Por lo que respecta a la aplicación del subtipo agravado de funcionamiento clandestino (art. 326 a)) subraya el TS (FD sexto), contra la petición del Ministerio Fiscal, que a la hora de interpretar los términos de la agravación, a la hora de precisar su verdadero alcance y sentido no debe perderse de vista el rigor que impone el principio de taxatividad penal, en atención al cual no podemos atribuir a la cualificación una interpretación extensiva, incluyendo matices o hipótesis que la norma no contiene y más tratándose de un precepto de especial intensidad punitiva, que juega en contra del reo. Y, en consecuencia, señala que el art. 326 a) se refiere a la aprobación o autorización de las instalaciones y no a la autorización de los vertidos. Por ello concluye el TS que procede desestimar el motivo pues la concurrencia de la cualificación no debe confundirse con la plena regularidad administrativa o cumplimiento de todos los requisitos exigidos gubernativamente para el funcionamiento de una industria o actividad, lo que excluiría no sólo la aplicación del subtipo, sino también la del tipo básico (art. 325.1). Entiende el Fiscal que la concesión de licencia municipal por el Ayuntamiento estaba condicionada a la instalación de un sistema de depuración biológica, la obtención del permiso de vertido de residuos a cauce público y la visita previa de comprobación de dichos requisitos. Y añade que la obtención del permiso de vertidos a cauce público a otorgar por las autoridades hidráulicas era indispensable para entender regularmente autorizada la actividad desplegada por la industria contaminante. Acepta el TS que la clandestinidad de una industria o actividad no debe identificarse con un funcionamiento secreto u oculto en sentido material, sino con el sentido jurídico que le asigna de modo auténtico el propio precepto, que prevé la agravación para empresas carentes de la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. Pero entiende que los hechos probados acreditan numerosas relaciones con las Administraciones que excluyen de raíz dicha clandestinidad: así, el otorgamiento de licencia de apertura de establecimiento y ejercicio de actividades y de, posteriormente, dos licencias ampliatorias más, el cobro por el Ayuntamiento del impuesto correspondiente y, en relación a la Administración autonómica, tanto la aprobación de un plan de descontaminación gradual de la empresa por parte de la Junta de Saneament del Departament de Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya como el alta en el Registro de productores de residuos industriales dependiente del Departament de Medio Ambiente, el abono del canon de saneamiento o la declaración anual de residuos.

E) En la STS 2 junio 2003 (RJA 6235-Ponente: Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio)³⁴ el TS, revocando la absolución de la instancia, condena al procesado por delito ambiental. Esta Sentencia recoge el debate sobre uno de los temas de mayor trascendencia en la materia ambiental, cual es el relativo a la vigencia y efectos del principio *non bis in idem* a la hora de valorar la justificación o improcedencia de una eventual acumulación de sanciones administrativas y penales. El TS acordó precisamente la suspensión del término para dictar sentencia con objeto de someter esta cuestión al Pleno de la Sala que tuvo por objeto constatar el cambio de la jurisprudencia constitucional operado por la STC 2/2003, 16 enero, que, como es sabido, introduce algunas modificaciones de trascendencia en la doctrina relativa al principio citado. La Audiencia de la instancia entendió que procedía acordar la absolución para no vulnerar el derecho constitucional del acusado a no ser doblemente castigado, ya que había sido sancionado administrativamente, por los mismos hechos y fundamento, con una multa que hizo efectiva. La absolución se basa principalmente en la doctrina de la STC 177/99, 11 octubre, que declaró -dice la Audiencia-, a nuestro juicio acertadamente, que “la interdicción del *non bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia por la administración sancionadora de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos”. Concluye la Audiencia que cualquiera que haya sido el orden de ejercicio o actuación de una u otra potestad punitiva, una vez impuesta una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho

³³ Se analiza la actividad de una empresa dedicada al refinado de aceites y grasas que vierte residuos líquidos a una riera que desemboca en el río Besós.

³⁴ Se analiza la actividad de recogida de aceites usados sin contar con las preceptivas licencias y empleando una fosa-piscina para su almacenaje, de la cual se vierten al suelo.

fundamental, imponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Ante la impugnación de los recurrentes al fallo de instancia el TS asume la nueva línea interpretativa del TC (2/2003, 16 enero) que le llevará finalmente a condenar con los matices que a continuación se señalan. Efectivamente el TS entiende que lleva razón la sentencia recurrida cuando consideró que entre la conducta administrativamente sancionada y la sometida luego a enjuiciamiento penal se dió la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, basando la identidad de fundamento en que el potencial peligro para la salud pública y ambiente, bien jurídico protegido penalmente, ya concurría en la infracción administrativa. Ahora bien, una vez afirmada la identidad de fundamento entre ambos ilícitos el TS saca consecuencias diferentes a las de la instancia habida cuenta de la nueva doctrina del TC, que se sintetiza en el FD cuarto. Por una solución justa, constitucionalmente validada y anclada en el principio de culpabilidad y proporcionalidad -pero sin garantizarse a nuestro juicio una mínima seguridad jurídica para los nuevamente sancionados- considera el TS que es aplicable en los casos de identidad comprobada de sujeto, hecho y fundamento, que se descuenta en la sentencia penal el contenido de la sanción administrativa, pero que se imponga la condena penal que corresponda. A partir de dicha premisa en el FD 5 -y en un segundo orden de cosas- defiende el Tribunal la tipicidad de los hechos según el art. 347 bis CP 1973, cuya aplicación permite constatar la evolución de la doctrina del TS que progresivamente lo va caracterizando como de peligro abstracto. Señala el Tribunal que siendo el delito de mera actividad -mezclando dos conceptos que nada tienen que ver uno con otro- se consume por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones alternativas descritas en el precepto, sin que sea necesaria para que tenga lugar su efectiva consumación la producción de un perjuicio determinado y específico, en cuyo caso habría que castigar la lesión separadamente. En tercer lugar, se reproduce también en esta Sentencia la doctrina sobre la relevancia -gravedad- del peligro para que sea típico, según la cual habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como las condiciones naturales del ecosistema, peligro que se incrementa en caso de conductas repetidas en el ámbito de lo que se conoce como delitos de acumulación. Y, finalmente, afirma el TS que en los supuestos más frecuentes y característicos de contaminación, ésta no suele producirse por un único vertido sino por la acumulación de varias conductas que, por su “repetición acumulativa” -es algo que ya señalaba la sentencia de 30 de noviembre de 1990 (RJA 9269/1990)- producen el riesgo grave exigido por el tipo, que, precisamente se construye mediante lo que se denominan conceptos globales, que abarcan una pluralidad de hechos integrados en un solo delito de efectos permanentes.

F) En la STS 3 octubre 2003 (RJA 8487-Ponente: Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca)³⁵ el TS confirma la sentencia condenatoria de instancia rechazando la negación del dolo que se propone en los recursos planteados. En el FD segundo indica el TS cómo en el apartado segundo de los hechos probados de la sentencia impugnada se dice que “los acusados conocían la composición de las aguas residuales vertidas por la entidad por ellos dirigida y que, debido al mal estado de la red de alcantarillado, este agua se filtraba al subsuelo alcanzando las aguas subterráneas e incorporándose al ciclo hidrológico con el consiguiente riesgo para las personas, aceptando dicho riesgo”. Entiende el Tribunal que se llega a esa conclusión teniendo en cuenta que conocían que en el proceso de producción se emplean los elementos contaminantes luego hallados en las muestras tomadas de los vertidos, que la planta carecía de sistema de depuración, por lo que las aguas residuales se vertían directamente al alcantarillado, que en diciembre de 1992 habían recibido un requerimiento formulado por el Consorcio de Defensa de la Cuenca del Besós a fin de que realizaran correcciones para corregir los vertidos y que conocían el mal estado del alcantarillado. De todo ello es posible deducir de modo racional a juicio del TS que los acusados permitieron conscientemente la realización de los vertidos consecuencia del proceso productivo de la empresa de la que eran director general y presidente del Consejo de administración, a pesar de conocer el riesgo que con ello creaban, sin adoptar ninguna medida de corrección tendente a evitar la posible producción de daños al ambiente, lo cual entraba en el ámbito de sus responsabilidades habida cuenta de los cargos que ocupaban.

G) En la STS 24 octubre 2003 (RJA 7319-Ponente: Sr. D. Julián Sánchez Melgar)³⁶ el TS confirma la condena de la instancia insistiendo en la presencia de todos los elementos típicos y aprovechando para recordar la interpretación de los mismos. Al margen de la pormenorizada comprobación de los diferentes elementos conforme al detenido relato de hechos probados se detiene el Tribunal en la confirmación del riesgo creado para el ambiente. Y recuerda acertadamente que la gravedad de su incidencia en el ecosistema es el elemento normativo del tipo que supone el deslinde con la mera actuación sancionadora de la Administración. Conviene el Tribunal que tras la nueva redacción del art. 325.1 éste debe calificarse como delito de peligro abstracto en función de la mención que incorpora relativa a que la conducta de contaminación “pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”. Tal extremo, según el TS, se justifica plenamente en el caso de autos, dada la gran toxicidad de los elementos vertidos (cianuro, cinc y cromo), la frecuencia de las inmisiones y la falta de utilización o mantenimiento de la depuradora existente, que produjo

³⁵ Aquí es objeto de análisis el vertido de aguas residuales a la red de alcantarillado que se filtran al subsuelo y se incorporan al ciclo hidrológico con riesgo para las personas.

³⁶ Se analizan en ella una serie de vertidos ilegales altamente contaminantes al río que produjeron la intoxicación y muerte de peces e influyeron muy negativamente en la fauna y flora del mismo.

devastadoras consecuencias hasta el punto de impedir la misma potabilización del agua.

H) Finalmente, en la STS 25 octubre 2003 (RJA 7571-Ponente: Sr. D. Carlos Granados Pérez)³⁷ confirma el TS la absolución de instancia. Señala el TS (FD cuarto y quinto), al margen de otros problemas de índole procesal, que el mero hecho de superar los límites autorizados no supone la criminalización de la conducta y que en este caso no pudo considerarse probado que los excesos en los niveles autorizados lo fueran en cantidad bastante para conceptuarlos como conducta delictiva. Señala a este respecto el Tribunal que el examen del art. 325.1 revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”. La delimitación entre los delitos y las infracciones administrativas viene determinada, pues, por la gravedad del riesgo producido, lo que exige un área de concreción que la jurisprudencia vendrá realizando caso por caso dado su carácter eminentemente circunstancial, pareciéndole razonable en este supuesto remitir la infracción al ámbito administrativo. De nuevo la indefinición del término “gravedad” a que se recurre en el denominado tercer elemento del delito, que es el que justificará gran parte de las absoluciones producidas en relación con la aplicación del art. 325.1.

II.8. Construcción de presa.

En la STS 24 noviembre 2003 (RJA 9257-Ponente: Sr. D. Carlos Granados Pérez)³⁸ se confirma por el TS la sentencia de instancia que condena al acusado como responsable de un delito contra el ambiente. Considera concurrentes el Tribunal los elementos típicos necesarios para integrar la figura delictiva del art. 325.1 (FD primero), en cuanto el procesado construyó, aprovechando la existencia de una pequeña balsa de retención de aguas, una presa, careciendo de proyecto, dirección técnica y, sobre todo, autorización de las autoridades pertinentes, lo que determinó un trastorno de la integridad del Parque Natural de los Alcornocales al cegarse el cauce de un arroyo e impedir que llegue agua al río Hozgarganta, lo que afectó al mantenimiento y crecimiento de la flora existente, causó la eliminación del bosque de la ribera del cauce y lo hizo infranqueable para peces, anfibios e invertebrados del arroyo Salado (elemento fáctico); todo ello con infracción de leyes y otras disposiciones generales protectoras del ambiente (elemento normativo jurídico) y con grave perjuicio para el entorno del Parque Natural en cuestión y la flora y fauna en él existente (elemento normativo de peligro), lo que incluso lleva en este caso a apreciar la agravante específica prevista en el art. 338, al estar catalogado y declarado el mismo como espacio natural protegido .

Por lo que respecta a la impugnación del carácter doloso de la conducta, insiste en recordar el TS (FD segundo) que el dolo está presente cuando el acusado tiene conocimiento de que con su conducta, además de contravenir leyes y otras disposiciones de carácter general, crea una situación de grave peligro para los recursos naturales y el ambiente, lo que considera evidente en el supuesto que examina respecto a quien reconoce que no solicitó las pertinentes autorizaciones para la construcción de la presa ya que era consciente de que no le iban a ser concedidas, resultando evidente además que el recurrente era conocedor del alcance de su conducta en cuanto al grave perjuicio que se ocasionaba al impedirse el curso natural de las aguas tanto de un arroyo como de un río para la fauna y flora de ambos.

II.9. Vertidos de residuos.

Y de nuevo a partir de esta fecha, dos nuevas sentencias sobre vertidos, ambas confirmatorias de la absolución en instancia.

A) En la STS 11 diciembre 2003 (RJA 9406-Ponente: Sr. D. Andrés Martínez Arrieta)³⁹ el TS confirma la absolución de la instancia y rechaza en un único Fundamento el recurso de la Fiscalía señalando simplemente que en la fundamentación de la sentencia de instancia se declara que no se han realizado vertidos directamente al cauce fluvial y que sólo se ha detectado la existencia de residuos tóxicos en uno de los análisis realizados sobre las balsas, pero sin incidencia ni en el cauce fluvial ni en las aguas subterráneas. Entiende que, por su carácter episódico, la muestra realizada por el Seprona no es representativa de actividad industrial alguna y que al no afectarse las aguas subterráneas y el cauce del río no cabe hablar del peligro grave que exige el tipo penal objeto de la acusación.

³⁷ Es objeto de conocimiento la actividad de una empresa de tejeduría y acabados de tejidos, tintados, encolados, blanqueados y acabados textiles, que utilizaba para ello tintes, resinas, detergentes y diversos productos químicos.

³⁸ Se analiza la construcción de una presa sin proyecto ni dirección técnica, con peligro de inundación por rotura, y consiguiente distracción de las aguas de un arroyo de dominio público para uso particular -sin autorización administrativa-, lo que culminó provocando la pérdida de arboleda, flora y fauna del lugar.

³⁹ Es objeto de atención la actividad de una empresa de fundición que vierte residuos contaminantes en balsas sin que se llegara a demostrar que tales vertidos afectarían ni a las aguas subterráneas ni al río cercano.

B) Ya en 2004, en la STS 25 mayo 2004 (RJA 4166-Ponente: Sr.D. Gregorio García Ancos)⁴⁰ el TS vuelve a confirmar la absolución de la instancia. El FD único de la sentencia discute la posible tipicidad de la conducta, una vez más, atendiendo la ausencia de un riesgo relevante (peligro grave) para el medio ambiente. En él se señala que la constatación de este requisito obliga a las partes acusadoras a probar que la conducta del imputado ha resultado peligrosa para el equilibrio ecológico del espacio en el que se materializan los efectos de ese comportamiento, por lo que en casos como el presente, de vertidos en acuíferos terrestres, se exige determinar de la forma más precisa posible las características del vertido (composición, caudal y duración), las características del medio receptor (composición antes y después del vertido y caudal) y las condiciones de vida animal o vegetal en el medio receptor que puedan haberse visto afectadas por el vertido. Según continua razonando la sentencia, sólo se acreditó la composición de dos vertidos, y además de forma muy imprecisa, sin que conste demostrado dato alguno que permita inferir en qué medida afectaron tales vertidos al medio receptor y cómo influyeron en las condiciones de vida allí existente. Ha de tenerse en cuenta también que no se practicó prueba alguna que hubiera permitido conocer cuáles pudieran ser las características de ese vertido en cuanto a su duración y caudal ni tampoco existen datos que permitan saber de qué forma pudieron repercutir en la composición de las aguas del río. Y frente a la alegación del recurrente de que los límites en las sustancias que componen los vertidos para ser autorizados por la Administración, claramente superados -algo que no se discute- “no están fijados de forma arbitraria, sino que se ha de entender que si se sobrepasan los mismos existe un riesgo para el hábitat del cauce de que se trate”, indica el TS que estamos en presencia de un delito de riesgo que, según la más reciente jurisprudencia, debe interpretarse como de peligro hipotético, no siendo bastante constatar la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también que la conducta sea potencialmente peligrosa, lo que significa que habrá que analizar no sólo la composición y peligrosidad de los vertidos -administrativamente prohibidos-, sino también si tales vertidos hubieran podido tener importantes efectos nocivos sobre el cauce del río y su caudal. O lo que es lo mismo, lo que debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta para poderla incardinar en el mencionado tipo delictivo. Esto último es precisamente en lo que se sustenta la sentencia recurrida para llegar a una solución absolutoria, pues si bien los vertidos eran realmente peligrosos y nocivos, no quedó suficientemente probado que lo fueran dadas las características del río receptor y de su caudal, con lo que en cierta medida la interpretación del art. 325.1 como delito de peligro abstracto da paso a una postura matizada que no permite atender únicamente a la peligrosidad de la conducta, sino que exige contrastar el modo en que ésta es idónea para incidir en los sistemas naturales a partir no ya de datos relevantes de la conducta típica -características del vertido realizado-, sino del modo en que ésta, teniendo en cuenta las condiciones del medio al que afecta, puede influir en los sistemas naturales.

II.10. Vertidos a pozos y abandono de elementos tóxicos.

En la STS 24 junio 2004 (RJA 5172-Ponente: Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca) el Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto contra la Sentencia absolutoria de la instancia, recurrida por la acusación particular⁴¹.

⁴⁰ Dos de los acusados ocupaban en 1991 los cargos, respectivamente, de director y secretario del Consejo de administración de una sociedad titular de una planta dedicada a la fabricación de productos destinados a materias primas de farmacia y veterinaria, siendo en 1991 su director el tercero de los procesados. Como consecuencia de la actividad industrial de la planta con cierta frecuencia se generaban residuos líquidos que eran vertidos al cauce del río Torderá a través de un colector, sin que la empresa contara para ello con ningún tipo de autorización administrativa. A causa de las molestias que estos vertidos ocasionaban a algunos vecinos de la zona, el 29 de abril de 1991 agentes de la Policía Local se personaron en la planta tomando muestras de la sustancia líquida que en aquel momento era vertida a través del colector citado, repitiéndose esta operación las posteriores fechas 16 de mayo, 26 de septiembre y 11 de octubre de 1991. En fecha 26 de septiembre de 1991 la Junta de Saneamiento del Departament de Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya denunció a la empresa por vertidos no autorizados en el cauce del río, incoándose el correspondiente expediente administrativo sancionador que concluyó el 6 de mayo de 1992 con resolución sancionatoria del Conseller de Medi Ambient e imposición de una multa por infracción del artículo 316 g) en relación con el 317 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986.

⁴¹ El acusado, industrial, venía explotando un taller de venta y reparación de automóviles desde aproximadamente el año 1973, ostentando licencia de actividad industrial desde el 10 de octubre de 1981, pero no licencia municipal de apertura. En fecha no exactamente determinada de 1994, con motivo de la rotura de una tubería de la red de alcantarillado de dicho taller, se produjo un escape de hidrocarburos derivados del petróleo, a consecuencia de lo cual quedaron contaminados dos pozos del querellante y uno del querellado. El 10 de diciembre de 1994 el querellado reconoció en documento privado lo acontecido, comprometiéndose a correr con todos los gastos necesarios para en la mayor brevedad posible suministrar agua potable a la otra propiedad, así como con los costes de todos los análisis encargados por el querellante u otros que pudiesen producirse. Se comprometió asimismo a subsanar su red de alcantarillado, para que en lo sucesivo no volviese a ocurrir lo mismo, declarándose en el citado documento que en el

Señala el TS (FD sexto) que el delito contra el ambiente es un delito de peligro que no precisa lesión efectiva al bien jurídico protegido y matiza que, después de algunas resoluciones en otros sentidos, la jurisprudencia más reciente se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial. De acuerdo con ello entiende que es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras ambientales, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido, identificándose el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear, o, en su caso, el daño causado como concreción de tal riesgo. Es decir, es necesario individualizar el posible perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas. Y debe además poderse predicar la gravedad de aquel riesgo, sin la cual sólo cabrá acudir a respuestas de tipo administrativo. En cierta medida con ello, y ya desde mediados de 2003, se invierte la tendencia extensiva de penalidad que surge con la interpretación del art. 325.1 como delito de peligro abstracto y no concreto, volviéndose a una interpretación restrictiva del precepto más próxima a la de épocas anteriores.

Es cierto que insiste en contrastar el Tribunal no si la conducta del acusado contribuyó a la contaminación efectivamente producida, sino si era objetivamente idónea para causar el peligro de una contaminación que pueda valorarse como grave; pero entiende que ello se niega ya en la instancia al señalarse no acreditada una situación de peligro para el ambiente derivada de la conducta del procesado.

Minuciosamente señala el TS que el acusado, en primer lugar, eliminó al menos parte de los residuos del taller a través del alcantarillado de éste -en principio hasta la rotura de la tubería en 1994-, y, en segundo lugar, procedió a verter sus aguas residuales de forma que discurrían por la cuneta -lo cual tiene lugar antes y después de 1994, hasta mediados de septiembre de 1998, fecha en que el Ayuntamiento pone en servicio el alcantarillado-, pero también que la contaminación apreciada en los pozos del querellante y del acusado en 1994 se atribuye a la rotura de una tubería, sin que se haya acreditado conducta dolosa o gravemente negligente del acusado en relación con tal acontecimiento. No se declara probado que la tubería se encontrara en un estado que permitiera afirmar que su utilización entrañaba un riesgo respecto del que fuera exigible alguna conducta del acusado y, por lo tanto, no le es imputable el daño causado por dolo o por falta de cuidado respecto del estado de la tubería. Y, por otro lado, tampoco se declara la existencia de otra contaminación distinta de la atribuida a la rotura de la mencionada tubería. Por ello entiende que no es posible proceder mediante la afirmación de la existencia de un daño efectivo a la vinculación de la conducta a ese determinado daño, llegando a la consideración de que el riesgo creado pudiera ser calificado de grave. Desde luego la argumentación es confusa pues nada tiene que ver la configuración del delito como de peligro hipotético con la afirmación de la dolo o no de la conducta del procesado y menos aún la relación que se establece entre la ausencia de dolo o falta de cuidado y la ausencia de peligro hipotético grave para los sistemas naturales.

Finalmente, indica el TS que no existe en la sentencia de instancia ningún dato que permita afirmar que el vertido de los residuos al alcantarillado fuera, en algún momento, una conducta que originara un riesgo grave para el ambiente. En primer lugar, porque la contaminación no se apreció, según el hecho probado, hasta que se produjo la rotura de la tubería, es decir, que no existió contaminación mientras el producto discurría por su interior. Y no existen datos relativos al volumen, características y efectos posibles de los residuos mientras transitaban por la referida tubería y

día de la fecha se instaló una nueva tubería. Consta suficientemente acreditado que por una empresa propiedad del propio hijo del querellante se subsanó la deficiencia, retirándose varias cisternas de aceite del pozo del querellante. Se desconoce en cambio si con este inicial escape de la rotura relatada se contaminaron otros pozos. Los análisis efectuados con muestras tomadas por el Seprona dieron resultado negativo, en cuanto a los parámetros aceites-grasas e hidrocarburos, pues el pozo para consumo del querellante fue el de químicamente potable y bacteriológicamente no potable, resultando suficiente la instalación de un dosificador de cloro para que resulte también potable. El pozo de abastecimiento del taller también resultó en el análisis bacteriológicamente no potable y físico-químicamente potable. A mediados de septiembre de 1998 se estableció por el municipio el servicio de alcantarillado, eliminándose las aguas residuales de los vecinos a través de colector municipal y, posteriormente, a través de la depuradora. Pero con anterioridad las aguas residuales generadas, tanto por el querellante como por el querellado y el resto de vecinos, discurrían por la cuneta izquierda de la carretera en el tramo correspondiente a la travesía de la localidad, no pudiendo informar el Seprona (a fecha 22 de septiembre de 1998) sobre el impacto causado por éstas, pero suponiendo sería muy alto al tratarse de un lugar habitado. Con posterioridad al informe del Seprona se aportó por el querellante un informe como documental en el que se acreditaba, sin intervención judicial ni del querellado, la extracción de muestras del terreno de la finca del querellante, que dieron resultado negativo de contaminación por hidrocarburos e idéntico resultado en cuanto a los análisis de agua practicados; por el contrario, la muestra tomada en la cuneta de la carretera y en finca colindante a la del querellante dieron un resultado en los análisis practicados por un laboratorio holandés de alta contaminación por hidrocarburos. Se desconoce si la actividad del taller del querellado contribuyó y en qué medida a la contaminación del pozo en cuestión. Tras la limpieza llevada a cabo en 1994, el querellado, en una finca inmediata al taller dejó coches para el desguace, algunas latas y filtros con restos de aceite, sin que se dé por probado que tales objetos hubieran constituido o constituyan un peligro grave para el ecosistema o la integridad física de las personas.

salían finalmente a la cuneta que autoricen razonablemente otras conclusiones. Y, en segundo lugar, porque con posterioridad, una vez subsanada la deficiencia en la tubería, no se ha podido apreciar ninguna contaminación por hidrocarburos en los mencionados pozos, según se desprende de los informes periciales y se recoge en el hecho probado. Así pues, aunque la actividad del acusado pudiera dar lugar a ciertos riesgos, entiende que no existen datos que permitan afirmar que su concreta forma de proceder fuera creadora de riesgos graves.

Y en cuanto al abandono y depósito de materiales y residuos considera que sin duda podrá afirmarse que el lugar de desecho no es el más adecuado, e incluso que podría dar lugar a sanciones de tipo administrativo. Pero nada indica a juicio del TS la posibilidad de creación con ello de un riesgo que pueda calificarse como grave.

II.11. Extracción de áridos.

En la STS 30 junio 2004 (RJA 5085-Ponente: Sr. D. Andrés Martínez Arrieta)⁴² se confirma la absolución de la instancia frente al recurso de la acusación particular.

El TS en un FD único aborda como punto de controversia también único la cuestión de la concurrencia o no del elemento normativo de peligro, analizando los criterios que han de tenerse en cuenta para determinar la gravedad del mismo. Parte el Tribunal de la ambigüedad del término y entiende que para afirmar la gravedad a que se refiere el art. 325.1 habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas -lo que no se comparte, pues no es ése el sentido del significado del antropocentrismo moderado como característica del concepto de ambiente a efectos de tutela penal-, como las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y la flora, definiendo la intensidad -de manera bastante precisa frente a otras resoluciones- del acto contaminante, la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo -por la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, su prolongación en el tiempo, la afección directa o indirecta a aquél, la reiteración de la conducta, etc.-, la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas y la proximidad de personas o elementos de consumo. Aceptados tales criterios, rechaza su concurrencia en el caso sometido a enjuiciamiento, pues, al margen de la escasa actividad probatoria a estos efectos, como se afirma en la pericial de instancia, desde el punto de vista del arbolado “en una zona pequeña, no hay grave daño ambiental”, “el daño es pequeño y reparable” y “si las aguas freáticas están expuestas cinco años al exterior no tienen por qué afectar al ecosistema, le puede incluso beneficiar potencialmente o aparecer nuevos animales”.

II.12. Vertido de hidrocarburos sobre terrenos agrícolas y acuífero.

La STS 22 julio 2004 (RJA 7294-Ponente: Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater)⁴³ confirma la absolución de

⁴² Según los hechos probados, en virtud de contrato de fecha 15 de noviembre de 1990, Leonardo cedió a la empresa cuyo representante legal es el acusado un terreno de su propiedad para la extracción de áridos. La empresa comenzó la extracción en 1995 con la autorización del Servicio Territorial de la Junta de Castilla y León (resolución de 3 de noviembre de 1995), que se modificó mediante resolución de 8 de junio de 1998 rectificando las dimensiones de la explotación. El procesado incumplió los apartados 1), 2), y 3) del punto e) de la autorización de la explotación concedida, al no respetar la distancia de retranqueo de 4 metros con el bosque de pinos que figuraba en la parcela objeto de explotación, causando daños en un número de ejemplares sin determinar, aunque en ningún caso superior a 23, realizó extracciones de áridos bajo el nivel freático y procedió al relleno del área explotada con escombros y materiales de desecho. No se acredita, sin embargo, que estas actuaciones hayan causado un grave riesgo para el ambiente.

⁴³ La empresa de la que un acusado era socio, consejero y secretario del Consejo de Administración y el otro director de planta y encargado-responsable de residuos, se dedicaba a la manipulación de chatarra, concretada en la recuperación de material férreo y no férreo, actividad dentro de la cual se incluía el empaquetado de vehículos de motor, para lo que previamente se les extraían las baterías y se procedía a su aplastamiento, que es lo que provoca la emisión de residuos consistentes en aceite usado de motor (aceites industriales). El 13 de noviembre de 1996, tras dos o tres días previos de intensas lluvias, la Guardia civil se personó en las instalaciones de la misma constatando cómo el terreno agrícola anexo -de su propiedad- se hallaba anegado por una mezcla de agua de lluvia y sustancia negruzca oleosa. La mayor concentración de esta sustancia se encontraba junto al muro de separación, que presentaba varios orificios pequeños, probablemente respiraderos para el muro de hormigón, uno de mayor tamaño del que fluía una pequeña cantidad de líquido denso aceitoso y negruzco que iba a depositarse directamente sobre el terreno, aprovechando una ligera depresión de éste y la colocación de varias traviesas de madera y adoquines apilados. La empresa no contaba en el momento de estos hechos, con anterioridad, ni hasta fechas próximas al 5 de mayo de 1999, con instalación alguna de depuración de los residuos. Tampoco tuvo concedida autorización de vertido hasta el 5 de mayo de 1999. El aceite usado de motor producto de la actividad de la empresa era en su mayor parte canalizado al terreno anexo a través de una oquedad en el muro, vertiéndose directamente en el suelo. Y sólo en alguna ocasión el

instancia sin aceptar ninguno de los motivos del recurso de la defensa centrados básicamente en dos cuestiones.

En cuanto a la compatibilidad entre la sanción administrativa impuesta y la condena penal (*non bis in idem*), en el FD primero se responde por el TS a la alegación de los recurrentes de que no se determinan con precisión los hechos que sirven de fundamento a la condena y de que los que fueron ya objeto de sanción administrativa no se deberían tener en consideración asumiendo la nueva tesis del TC y entendiendo que la existencia de una sanción administrativa no excluye la posibilidad de sanción penal, siempre y cuando de la pena que se imponga se descuente la sanción administrativa y resulte proporcional a la gravedad del hecho, lo que se entiende no se combate en el recurso planteado.

En lo que respecta a la comprobación de los elementos típicos integrantes del delito, repasa el TS en el FD segundo su doctrina más consolidada considerando probadas tanto la existencia de vertidos contaminantes (elemento fáctico) como la contrariedad legal (elemento normativo jurídico). En cuanto al tercero de los elementos (elemento normativo de peligro), de nuevo al que mayor esfuerzo argumental dedica el Tribunal, se analizan los hechos probados en cuanto al potencial contaminante del vertido, al margen de que el mismo hubiera alcanzado o no el acuífero. No se trata de esto, a juicio del Tribunal, sino de si, a pesar del grado de impermeabilidad del suelo, pueden atravesarse las capas del terreno. Y, desde el punto de vista del peligro abstracto requerido por el tipo penal, dice textualmente, no cabe duda que el mantenimiento de una situación que en un cierto tiempo puede producir un daño, pues alteraría

hidrocarburo se recogía en bidones y posteriormente se entregaba a una empresa autorizada para su traslado. En cuanto al líquido aceitoso vertido sobre el terreno, en la fecha de la toma de muestras había sido, al menos en parte, absorbido por el terreno, presentando éste un aspecto barroso negruzco producto de la infiltración del hidrocarburo, no sólo en la capa más próxima a la superficie. La Junta de Residuos incoó a la empresa un expediente sancionador y con fecha 21 de octubre de 1996 ordenó a aquélla el inmediato cese del vertido de residuos oleosos. Fruto del expediente se le impuso con fecha 28 de marzo de 2001, tras la suspensión del procedimiento penal mediante auto de sobreseimiento provisional dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Sant Boi de Llobregat, una sanción económica por el vertido de residuos de agua con hidrocarburos directamente sobre el terreno -residuos industriales especiales no autorizados-, con base en el artículo 68 f) de la Ley 6/1993, de 15 de julio de la Generalitat de Catalunya. Por lo que se refiere al requerimiento, la empresa, a través del primero de los procesados contestó a la Junta de Residuos asegurando que los hidrocarburos eran recogidos mediante una bandeja de la máquina empaquetadora y el residuo generado posteriormente gestionado a través de la empresa Cator, SA, aportando dos hojas de seguimiento de residuos en los que consta haberse recogido, el día 11 de noviembre de 1996, 4.210 Kg. de aceite de motor usado, y el 6 de noviembre de 1996, 1280 Kg. de la misma sustancia. Pero de nuevo la Junta de Saneamiento, a raíz de un informe de fecha 26 de marzo de 1997 emitido por los servicios técnicos, requirió a la empresa, con fecha 23 de abril de 1997, que adoptara diversas medidas de cara a regenerar la zona afectada. El día 12 de mayo de 1997 fue respondido por la empresa el requerimiento, junto con un estudio de viabilidad y saneamiento de los terrenos afectados. La contestación se considera insuficiente por la Junta, por lo que se realiza nuevo requerimiento para que se amplíe la misma mediante un estudio hidrogeológico del acuífero y se solicite permiso para el vertido de las aguas pluviales procedentes de la zona descubierta de trabajo de hierro y prensado. Los estudios requeridos fueron verificados por la empresa, así como la instalación de un desarenador y un desengrasador. La empresa obtuvo entonces de la Junta autorización de vertido al canal de pluviales, de fecha 5 de mayo de 1999, con base en la comprobación de la instalación de un sistema de depuración de aguas residuales dentro de los límites fijados en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986. Pero el 16 de octubre de 2000 se practicó nueva inspección ocular por efectivos del Seprona, constatándose la existencia de una balsa, sin canalización, directamente formada sobre el terreno, que contenía aguas residuales de aspecto aceitoso. Los aceites minerales e hidrocarburos presentes en una alta concentración en la muestra recogida el 13 de noviembre de 1996 poseen una elevada capacidad contaminante respecto de las aguas superficiales y subterráneas y de la superficie del suelo. En relación con aquéllas, la gravedad del efecto contaminante deriva de la ubicación del acuífero superficial del Delta del Llobregat en la zona de las instalaciones de la empresa, porque los productos petrolíferos son difícilmente retenidos por el suelo, migrando fácilmente de forma descendente y provocando la afección de las bacterias presentes en el medio natural, capaces de degradar los compuestos, así como de la lentitud del proceso en relación con la composición del vertido, lo que provoca que los hidrocarburos permanezcan largo tiempo en los acuíferos. En relación con la superficie del suelo, se producen efectos altamente perniciosos en las zonas arables, con intensa actividad biológica, debido a que la presencia de hidrocarburos sólo permite sobrevivir a ciertas plantas y germinar únicamente a aquéllas que lo hacen de forma anaeróbica. Respecto de la muestra realizada el 16 de octubre de 2000, el test de toxicidad Microtox indica que una pequeña concentración de la sustancia (0,65%) es capaz de provocar trastornos en el metabolismo de la *Photobacterium phosphoreum*, lo que puede extrapolarse a la fauna que habita los sistemas naturales. La elevada DQO conduce al agotamiento del oxígeno disuelto en los ecosistemas acuáticos receptores, imposibilitando el mantenimiento de la vida en este medio por asfixia y al aumento de especies químicas reducidas, algunas de ellas muy tóxicas, como el amonio no ionizado o el sulfídrico. La concentración de materiales en suspensión también es elevada y, vertida en un cauce, puede provocar turbidez, reduciendo la penetración de la luz y afectando a la actividad fotosintética de los macrofitos sumergidos, o, más directamente, afectar al sistema respiratorio de la fauna por abrasión o adhesión a las paredes respiratorias.

esencialmente la composición del agua, configura la peligrosidad de la acción requerida por el tipo penal, bastando con comprobar la permeabilidad del terreno. Ello al margen de que el peligro típico se confirma también atendiendo al valor de cultivo de las tierras. Subraya el TS que el art. 325.1 sólo requiere una acción peligrosa y no un peligro concreto o una lesión del objeto de la acción. Y es indiferente que exista una contaminación previa ajena al círculo de responsabilidad de los acusados -probablemente producida por parte de otra empresa cercana-, porque no se les imputa haber contaminado, sino haber creado un peligro abstracto, si se quiere, de mayor contaminación. La acción incriminada en el tipo del art. 325.1, dirá el Tribunal, no se convierte en socialmente adecuada porque otros ya hayan producido el resultado, sino que, al contrario, también es punible la acción peligrosa que tiene aptitud para aumentar el daño ecológico existente. Y en cuanto a la gravedad del peligro, concluye el Tribunal, el riesgo de la contaminación de aguas con las sustancias que se han comprobado en esta causa es siempre grave en tanto se desnaturaliza la composición química del agua y con ello su función ecológica. Claramente, por tanto, describe de nuevo el TS el art. 325.1 como delito de peligro abstracto insistiendo en negar la relevancia de la comprobación de la existencia de lesión ambiental o peligro concreto para ella derivados de la conducta analizada.

II.13. Emisiones de anhídrido sulfuroso a la atmósfera.

En la STS 27 septiembre 2004 (RJA 6525-Ponente: Sr. D. Carlos Granados Pérez) es objeto de revisión la conducta de arranque de producción de una empresa, que emite productos contaminantes (SO_2), sin tener en cuenta el fenómeno de inversión térmica que existía en la zona en dicho momento, que producía el efecto de restringir la dispersión de las emisiones, lo que ocasionó la muerte de una persona y lesiones en varias más. Interesa también aquí describir más extensamente el relato de Hechos probados porque la Sentencia distingue claramente lo que es la lesión ambiental del daño a intereses eminentemente personales como vida o salud, lo que contradicen muchas de las sentencias que definen el objeto de tutela -a la hora de describir el peligro grave típicamente relevante- desde una mal entendida perspectiva antropocéntrica que permite afirmar este peligro atendiendo al modo en que se puede perjudicar la vida o la salud de las personas, o incluso su intimidad o bienestar⁴⁴.

⁴⁴ El 18 octubre 1994, sobre las 9,40 horas, la planta de producción de ácido sulfúrico de la empresa se paró debido a una avería en una bomba de absorción final, al agarrotarse parcialmente con cascotes de ladrillo antiácido incrustados en el rodete. Reparada la avería, se intentó por dos veces el arranque, teniendo que volver a pararla definitivamente para proceder a una revisión completa. En la noche del 20 de octubre y antes de abandonar la planta sobre las 22,00 horas el jefe de producción dejó orden de que, reparada la avería, se procediera al precalentamiento de la planta sin tener en cuenta las condiciones atmosféricas en la zona. La reparación finalizó el día 21 de octubre, alrededor de las 3 de la madrugada, procediéndose a cumplir esta orden hasta que, alrededor de las 8,00 del mismo día 21 y personado nuevamente el procesado, habiéndose alcanzado una temperatura de 405° en el primer piso de contacto, éste dio la orden de arrancar, bajando dicha temperatura a 397° aproximadamente al llegar los gases procedentes de la tostación. Sobre las 8,20 horas se personó en la fábrica su director técnico, quien, como superior jerárquico del anterior, asumió el control de la arrancada. Sobre las 8,30 horas recibieron una primera llamada de la Policía Municipal alertando de diversas molestias que sufrían los vecinos del municipio en las vías respiratorias. Poco después se recibió una segunda llamada ordenando la parada de la planta y, ante la insistencia en las quejas que se estaba produciendo, el director técnico dio la orden de parar, lo que se produjo alrededor de las 8,50 horas. Con fecha 26 de octubre de 1994 se elaboró un manual de procedimiento con la firma que había construido la fábrica, elevando la temperatura de contacto en el primer piso a 450° , al serle requerido dicho manual por la Junta de Calidad del Aire. No ha quedado acreditado que la temperatura de la primera torre del convertidor en el momento del arranque haya influido en una mayor emisión de SO_2 a la atmósfera por parte de la empresa ni cuáles fueron los concretos niveles de emisión durante el tiempo que estuvo en funcionamiento. El Decreto por el que se aprobaba la licencia de apertura de la fábrica de 10 de agosto de 1983 establecía que antes de proceder a los arranques debía consultarse a la Viceconsejería de medio ambiente del Gobierno Vasco para comprobar si existían condiciones meteorológicas favorables. El Protocolo de actuación de fecha 26 de enero de 1993 para arranques de planta en frío recogía, además de una temperatura de contacto en la primera capa de 415° , la obligación de consultar al Departamento de medio ambiente sobre las condiciones meteorológicas y su previsión en las próximas 24 horas, así como la de dar aviso de confirmación al citado Departamento del arranque de la planta. En el supuesto de autos, el aviso se produjo por el jefe de producción con posterioridad a haber sido arrancada, siendo ésta la costumbre que tenía la fábrica. En el momento de producirse el arranque existía en la zona un fenómeno complejo de inversión térmica que restringía la dispersión de contaminantes potenciado por la baja velocidad del viento. Con fecha 20 de octubre de 1994, el sensor del municipio de la Viceconsejería de medio ambiente del Gobierno Vasco arrojó una máxima de concentración SO_2 en el aire de 567 mg/m^3 , único dato que se tiene sobre los niveles de los distintos contaminantes ese día en toda la zona. De 8,00 a 8,50 horas del 21 de octubre los equipos de la red de sensores de medio ambiente se encontraban en calibración. El 21 de octubre de 1994 se produjo a las 8,50 horas una concentración de SO_2 de 1.675 mg/m^3 , a las 8,55 horas una máxima de 1.789 mg/m^3 , descendiendo a partir de entonces, siempre medidos en mg/m^3 , a 1.465 a las 9,00, 1.625 a las 9,05, 1.475 a las 9,10, 1.352 a las 9,15, 1.251 a las 9,20 y 1.150 a las 9,25. La media horaria entre 8 y 9 de la mañana arrojó en el sensor de la zona los siguientes índices de

La sentencia de la Audiencia de instancia condena a los dos procesados como autores de un delito de homicidio imprudente en concurso ideal con un delito de lesiones imprudentes y les absuelve del delito ambiental por el que también se les juzgaba, desestimándose por el TS todos los recursos que se plantearon ante él.

Limitándonos aquí a lo que concierne al delito ambiental -y sin hacer mención alguna a la detenida argumentación sobre cuestiones relativas a la imputación de la muerte y las lesiones a las conductas de los procesados-, se explica en el FD primero por parte del TS que es la ausencia del elemento normativo jurídico (emisión contaminante que rebasara los límites autorizados por las leyes y disposiciones protectoras del ambiente) la determinante de la absolución. Señala a este respecto el TS que no se acredita en los hechos que se hubiera superado la emisión de contaminantes en las cifras que se contienen en el Real Decreto 833/1975, lo que insiste el Tribunal no es contradictorio con la condena impuesta por homicidio imprudente en cuanto ésta no se sustenta en una emisión excesiva de contaminantes a la atmósfera por la producción de ácido sulfúrico que supere esos límites, sino por el hecho de que se produjo la arrancada de la producción, con la correspondiente emisión contaminante, sin tener en cuenta que existía en la zona un fenómeno complejo de inversión térmica que restringía la dispersión de contaminantes, potenciado por la baja velocidad del viento, lo que debería haber llevado a consultar, de acuerdo con el decreto que aprobaba la licencia de apertura, con la Viceconsejería de Medio Ambiente del Gobierno Vasco las condiciones meteorológicas y la previsión para las siguientes veinticuatro horas antes de proceder de nuevo al arranque de la producción, lo que no se hizo. Pero es que aunque se hubiera admitido la vulneración de la normativa ambiental por ausencia de comportamiento conforme al contenido de la licencia de apertura, que exigía dicha consulta de procedimiento, todavía habría que comprobar el tercer elemento típico de grave puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales -al margen de la muerte que se produjo-, lo que no parece pudo constatar con los datos existentes.

La interesante argumentación del Tribunal en cuanto a la condena por homicidio y lesiones imprudentes excede el ámbito de análisis de este trabajo, pero interesa destacar que en cuanto a la autoría se insiste en que quien podía decidir y decidió sobre la arrancada es quien, en esta estructura jerárquica de toma de decisiones, ha de considerarse responsable de los hechos, acreditándose que las decisiones se adoptaban en común y de consuno -decisiones compartidas- y probándose la conversación entre ambos procesados antes de que el director técnico llegara a la fábrica, al cual ni le eran ajenas las condiciones y medidas que debían adoptarse antes de que se diera la orden de arrancada ni dejó de hacerse cargo de esa arrancada, como superior jerárquico del jefe de producción, una vez que se personó físicamente en la planta.

II.14. Vertidos de purines y productos químicos al río.

Finalmente, concluimos este apartado II con la referencia a otras tres sentencias dictadas una vez más sobre supuestos vinculados a vertidos en aguas.

A) En la STS 27 septiembre 2004 (RJA 6770-Ponente: Sr. D. Julián Sánchez Melgar)⁴⁵ se confirma la

contaminantes medidos en mg/m³: 1.197 de SO₂, 165 de partículas, 3,02 de CO, 406 de Nx y 12 de dióxido nitrógeno. En estas circunstancias, el arranque de la planta agravó de forma considerable los niveles de concentración de SO₂ en el municipio, disparando la sinergia del resto de contaminantes en la zona. Así, poco después de arrancar la planta, los habitantes de diversos barrios comenzaron a presentar dificultades respiratorias, tos e irritación en garganta, nariz y ojos, síntomas que fueron más intensos en pacientes con afecciones respiratorias previas que motivaron diversos ingresos entre las 8,50 y las 9,35 horas, cesando poco después de parar la planta. Una persona, que padecía una patología respiratoria crónica, falleció como consecuencia de un edema pulmonar agudo producido por una descompensación brusca por exposición, entre otros contaminantes, a una alta concentración de SO₂. Otra, enferma crónica de bronquios, padeció una crisis de broncoespasmo que precisó tratamiento médico además de primera asistencia, tardando 32 días en curar. Se detectaron igualmente afecciones de diversa entidad -ninguna de las cuales requirió tratamiento médico aunque sí varias una primera asistencia facultativa- en otras diecinueve personas.

⁴⁵ El día 8 de marzo de 1996 se produjo un vertido de purines procedentes de la balsa existente en una explotación agrícola y ganadera en un torrente, procediéndose al día siguiente a una toma de muestras, que superaron en algunos parámetros los límites máximos autorizables establecidos en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986. Ese mismo día el procesado procedió a limpiar el cauce de la riera del torrente, sin que conste que se hayan producido nuevos vertidos procedentes de la explotación. El día 15 de marzo de 1996 se verificó por la Guardia Civil recogida de muestras de aguas, de la que se desprendía que el torrente estaba contaminado aguas arriba de la granja "Les Sureres" y de la granja "Can Clavell", siendo en muchos de los parámetros analizados superior la concentración de elementos contaminantes aguas arriba que aguas abajo de las mencionadas explotaciones. El día 7 de mayo de 1996 un empleado de la granja "Les Sureres" procedió a abonar con purines un campo sito en la citada finca, de acuerdo con el sistema tradicional de explotación agrícola. Debido a las fuertes lluvias que cayeron por la tarde parte de estos purines

sentencia absolutoria de instancia frente al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

El recurso que se presenta se estructura en realidad en torno a un único punto: de nuevo, la presencia o ausencia del elemento normativo de peligro para el ecosistema. El TS (FD primero) confirma la atipicidad del vertido porque, aunque superara ciertos límites autorizados, no entiende probado que entrañe un peligro típicamente relevante para el ambiente. En los hechos declarados probados por la sentencia recurrida entiende que no se genera la seguridad de que los índices de contaminación detectados se debieran al vertido enjuiciado y no también a otros factores contaminantes ajenos y concurrentes, ya que incluso en muchos de los parámetros analizados era superior la concentración de elementos contaminantes aguas arriba que aguas abajo de la explotación objeto de enjuiciamiento. No puede afirmarse incontestablemente a su juicio que el vertido producido el día de los hechos analizados no estuviera afectado en sus resultados con la contaminación que ya arrastraba el torrente desde aguas arriba de la granja denominada "Can Clavell" explotada por el acusado, máxime cuando la prueba pericial ha destacado que el río es un vertido en sí mismo. Por lo tanto, no queda acreditado el contenido o la potencialidad contaminante del vertido probado. Pero, y aquí la argumentación del Tribunal introduce un aspecto en cierta medida novedoso, tampoco entiende cabe apreciar la existencia de peligro hipotético -a mitad de camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto, se señalará- como resultado exigido por la norma penal, que no puede presumirse, sino que debe estar completamente probado en autos. En el caso de autos la pericia señalaba que la contaminación fecal del torrente es del mismo orden aguas arriba que aguas abajo de "Can Clavell", lo que excluye la posibilidad de imputar la contaminación del torrente a los vertidos procedentes de esta granja y, en consecuencia, impide apreciar que los referidos vertidos supongan un grave peligro para el equilibrio del ecosistema. En todo caso, concluirá, sea cual sea la posición que se mantenga sobre la naturaleza del peligro -más consolidada en la actualidad, señala el Tribunal, la teoría media del peligro hipotético-, en este caso no se ha probado su concurrencia. Parece entonces que en cierta medida se rechaza el planteamiento de la tipicidad en los supuestos conocidos como de "río muerto", frente a resoluciones previas, aunque ha de tenerse en cuenta que en este caso no es que se afirme la imposibilidad de grave peligro por el estado degradado del río al que acabaron vertiéndose los purines, sino porque no se comprobó qué era consecuencia del vertido y qué no lo era o, en otros términos, cuál era la verdadera potencialidad contaminante del vertido.

B) En la STS 2 noviembre 2004 (RJA 7220-Ponente: Sr. D. Andrés Martínez Arrieta)⁴⁶ se revoca parcialmente

se deslizaron hasta el torrente. Advertidos estos hechos por los responsables de la explotación agrícola y ganadera procedieron ese mismo día a limpiar el cauce afectado inyectando en el mismo agua procedente de una balsa de su propiedad, devolviendo el cauce a su normalidad. El día 2 de enero de 1997 se produjo un nuevo vertido de purines al parecer con el mismo origen que el anterior, de acuerdo con inspecciones oculares de la Guardia Civil y de los Mossos d'Esquadra, sin que en ninguno de los dos casos se tomaran muestras de las aguas del torrente. En el informe de 19 de noviembre de 1997 del Instituto Nacional de Toxicología consta que el torrente, aguas arriba de la granja "Les Sureres" y de la granja "Can Clavell" se encuentra gravemente contaminado en un punto del vertido de las aguas residuales de las Urbanizaciones Can Ran y Can Vila, declarándose textualmente: "No se hablaría pues de daños al ecosistema del río producido por un vertido, ya que el río es un vertido por sí mismo, cambiando todas las características desde su inicio".

⁴⁶ En la pormenorizada descripción de hechos probados que abarcan un período de tiempo muy dilatado y se remontan a una primera solicitud -infructuosa- de licencia municipal en 1962, aun cuando la conducta del acusado, propietario y director de la empresa, se tiene en cuenta a partir de marzo de 1991, fecha de la primera toma de muestras relevante a efectos de este proceso, se describe cómo una planta química que se dedicaba a la producción de ácido oxálico, sales potásicas, bioxalato y tetraoxalato, utilizados en la industria farmacéutica y textil para blanquear y pulir mármoles y pieles y limpiar circuitos de refrigeración nunca obtuvo licencia de actividades -aunque se solicitó-, carecía de licencia de residuos tóxicos y peligrosos, ocultó la utilización de ácido sulfúrico sin que quedara consumido íntegramente en el proceso productivo -se refleja también presencia de vanadio- y realizó vertidos por encima de los límites de la licencia de vertidos otorgada al respecto. Concretamente se describe cómo la fábrica realizó el vertido en tres lugares que desembocan todos en el cauce de un barranco: un canal de cemento que termina en acequia de tierra, una tubería de PVC que conduce a una arqueta que cuando rebosa vierte en la acequia indicada y una tubería de PVC de 20 cm de diámetro cuya desembocadura también era el barranco cuyas aguas se destinan al consumo humano y al riego, con pozos que se nutren de este acuífero. La contaminación de las aguas y su alto grado de acidez, según resulta de su análisis, impidió la existencia de vida animal, causando además daños en cultivos y aljibes. Así, en las propiedades de sendos huertos de tamaño medio regados con agua contaminada, cuyas balsas quedaron fuera de servicio. La acidez de las aguas perforó además una cueva natural y cambió el curso natural fluvial, invadiendo los lavaderos públicos, quedando inutilizada la mina que alimenta las fuentes allí existentes, igual que éstas junto con sus escaleras de acceso. El día 13 diciembre 1989 el acusado constituyó una nueva Compañía con centro de trabajo en Alcañiz y con el mismo objeto social que el de la anterior empresa cuya planta radicaba en Tarragona, la cual quedó cerrada por inactividad en 1993. En el interior de ésta, abandonada y sin vigilancia, se hallaron bidones y garrafas llenos sin etiqueta identificadora, 50 botellas llenas de ácido sulfúrico, nítrico, clorhídrico e hidróxido sódico y 100 botes de reactivos sólidos; en el suelo, dentro y fuera del inmueble, restos de ácido oxálico y oxalatos que corroían el pavimento; se comprobó también la existencia de canales que comunicaban las naves de fabricación con una alcantarilla que

la condena de instancia, negándose la existencia de continuidad delictiva.

Respecto de ésta señala el TS (FD segundo) que la duda radica en la naturaleza de la conducta subsumible en el delito ambiental, por cuanto, si bien entiende evidente que un único vertido pueda dar lugar al delito, señala que lo normal es que sea una pluralidad de vertidos lo que determine la subsunción. Y, remitiéndose el Tribunal a las SsTS 12 diciembre 2000 (RJA 9790) y 29 septiembre 2001 (RJA 8515), recogidas por la también aquí referida STS 11 febrero 2003 (RJA 1083), subraya que es una pluralidad de acciones emisoras la que, en su conjunto, puede dar lugar a la contaminación grave que requiere el tipo penal. En el supuesto sometido a su consideración afirma que es esa pluralidad de situaciones que se describen la que merece ser calificada de vertido contaminante productor de la gravedad de los daños ambientales sancionados. No cabe a su juicio identificar distintos actos de vertido, cada uno de los cuales generaría la situación típica de contaminación grave, sino que es la pluralidad de vertidos la que ha de ser considerada como vertido, en el sentido jurídico exigido por el tipo penal. De ahí que haya de afirmarse que existe una unidad de hecho o acción típica y no la continuidad delictiva considerada por la instancia. No queda claro, sin embargo, cuál habría sido la calificación jurídica de entenderse que cada uno de los actos en sí considerados fuera lo suficientemente grave como para, en sí mismo, poderse subsumir en el dictado típico. En este sentido una cosa es que sólo la acumulación de vertidos pueda alcanzar la gravedad de peligro para los sistemas naturales que exige el art. 325.1 y otra que no sea nunca posible la continuidad delictiva por entenderse que estamos ante lo que la propia Jurisprudencia denomina tipo de conceptos globales y carácter permanente.

El segundo punto de interés que recoge la Sentencia es el que hace referencia, una vez más, a la presencia de un peligro (elemento normativo de peligro) para los bienes jurídicos protegidos de suficiente entidad como para rebasar el umbral típico exigido (en este caso por el art. 347 bis CP 1973). El TS no alberga dudas al respecto y, recordando que la contaminación de las aguas y su alto grado de acidez ha impedido la existencia de vida animal y ha causado daños en cultivos y aljibes, causado la perforación de una cueva natural, implicado el cambio del curso natural fluvial, etc., insiste con la en su opinión doctrina consolidada -cita SsTS 25 octubre 2002 (RJA 10461), 24 febrero 2003 (RJA 950) y 1 abril 2003 (RJA 4062), todas ellas también citadas en este trabajo- en que el tipo penal participa de la naturaleza de los delitos de peligro abstracto-concreto, hipotético o potencial en lo que lo característico es la aptitud de la conducta realizada para producir el peligro grave al equilibrio de los sistemas naturales, sin que precise la concurrencia de un peligro concreto sobre la salud de las personas o los sistemas naturales, sino la idoneidad de la conducta para su producción. Y, en argumentación bastante confusa porque de nuevo mezcla lo que es el objeto de tutela con la entidad del peligro generado, concluye que la gravedad exigida ha de ser concretada, en cada caso, en función de los propios parámetros típicos del precepto: la afección tanto a la salud de las personas -de nuevo acudiendo a un criterio a nuestro juicio incorrecto- como a las condiciones naturales del ecosistema, la intensidad de la conducta generadora del peligro, la calificación del deterioro como irreversible o como catastrófico -también criterio incorrecto, pues es un elemento, en su caso, de agravación- y cuantas circunstancias concurren en la conducta objeto del procedimiento.

Finalmente se estudia en el FD séptimo la denunciada infracción de ley por indebida aplicación del tipo agravado por clandestinidad con el argumento -si es que puede calificarse como tal- de que, en cualquier caso, también se dan otras cualificaciones como la desobediencia a órdenes administrativas de corrección, la aportación de información falsa o la obstaculización de la actuación inspectora. Y, como según el relato fáctico, la autoridad administrativa competente sancionó en una ocasión a la industria con la suspensión de los vertidos en tanto no fueran depurados y ordenó en otra adecuar las instalaciones a los límites de la autorización con que se contaba desde 1976, extremos ambos que fueron incumplidos por el acusado, se integra la exigencia de la agravación en la modalidad de desobediencia a los requerimientos de la autoridad sin que se produzca *reformatio in peius*. Sin explicar, sin embargo, si concurre o no la clandestinidad referida.

C) Y en la STS 8 noviembre 2004 (RJA 7711-Ponente: Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater)⁴⁷ se confirma la sentencia de instancia condenatoria por delito ambiental cualificado por clandestinidad (art. 347 bis CP 1973).

desembocaba en el río; y se encontraron finalmente dos tanques del proceso de fabricación con volumen de 2,5 m³ cada uno, llenos en sus 3/4 partes y conectados a otro depósito, completamente lleno, con grado de pH 1,5. En todas las instalaciones había fugas y goteo de líquidos con elevada acidez y existían charcos de líquido corrosivo en el pavimento. El abandono de las instalaciones y la ubicación de éstas en pendiente decreciente hacia el río, causaban un grave riesgo, ante el arrastre de residuos por el agua de lluvia hasta el torrente. A partir de la desaparición de la primera empresa en 1993, sus instalaciones se utilizaron como almacén de residuos procedentes de la segunda, produciéndose de noche la descarga empleando grupos autógenos de electricidad. El acusado, incumpliendo los correspondientes requerimientos, nunca suspendió los vertidos ni acomodó sus instalaciones a los límites de las disposiciones legales, lo que implicó la imposición de diferentes sanciones en 1979 y 1990.

⁴⁷ Según los hechos probados la sala de despiece y matadero de la que es desde 1990 gestor, director y administrador el acusado, a pesar de haber iniciado su actividad en el año 1968 y verter continuamente sus aguas residuales en el caudal hidráulico público desde entonces, carecía en el período enjuiciado (del 10 de noviembre de

El TS analiza en primer lugar (FD primero) la cuestión de hasta qué punto y con base en qué criterios puede deslindarse la actividad continua de vertidos a efectos de poder declarar la responsabilidad por aquellos producidos con posterioridad a la condena penal por un delito cometido con anterioridad al presente proceso. Dicho de forma resumida: ¿qué criterio es relevante a efectos de determinar la unidad de acción? El recurrente canaliza su pretensión de que en realidad se trata de hechos que deberían estar materialmente subsumidos en los ya objeto de condena anterior a la presente aludiendo tanto a la institución de la cosa juzgada como a la indefensión generada. El problema de fondo se cifra en el momento relevante a efectos de constituir el objeto del proceso, que el TS va a referir al del escrito de acusación del fiscal. Será por tanto el lapso temporal de los hechos que acote el escrito de acusación el que determine los vertidos que consituyen la base material sobre la que se proyecta el reproche penal correspondiente. Ello contradice la tesis del recurrente cuando, basándose en que se trata de un delito permanente, asegura que ya en la anterior condena quedaron materialmente juzgados todos los vertidos de la empresa que tuvieron lugar hasta el momento en el que se inició el juicio oral, máxime si se acepta que la acusación se basó en una sola muestra tomada por la Policía Judicial en fecha 9 de enero de 1996, esto es, antes de que se dictara la sentencia de la anterior condena por delito ambiental. Según el TS, sin embargo, carece de relevancia que la muestra en la que el Ministerio Público se apoyó en el segundo proceso haya sido tomada en una fecha en la que no había sido dictada todavía la anterior sentencia porque esa circunstancia no determinó que los vertidos de los que procedía la muestra hayan sido incorporados al citado proceso. Según el TS también carece de relevancia que se trate de un delito permanente, pues en modo alguno, señala el Tribunal, es posible sostener que el autor de una acción que permanece en el tiempo obtiene mediante una condena un derecho a continuar con la realización del tipo. Por el contrario, a los efectos de la cosa juzgada, la iniciación del proceso determina un objeto procesal que se refiere sólo a un determinado tiempo de realización de la acción.

La segunda cuestión relevante objeto de discusión (FD segundo) es la línea de impugnación del recurrente contra la materialización de varios de los elementos típicos del delito ecológico. Así, inicia el Tribunal el análisis del elemento fáctico aclarando los problemas de relación causal entre los vertidos producidos y el hecho de que el lugar de vertido ya estuviera contaminado produciéndose, por tanto, una acumulación de factores causales, mezclando, sin embargo, este aspecto referente al elemento fáctico del tipo con el referente a la valoración jurídica del grado de peligro del vertido (elemento normativo). Señala el TS que el tipo penal (347 bis CP 1973) es una figura de peligro que no requiere la comprobación de la causalidad del daño, sino el carácter peligroso del vertido, es decir, un pronóstico de causalidad. Desde esta perspectiva lo único que se requiere, dirá, es establecer si el vertido tiene la aptitud para generar tales peligros, habiendo de apreciarse la tipicidad incluso cuando el vertido pueda caer sobre zonas ya contaminadas, dado que la finalidad del tipo penal no es sólo evitar la contaminación, sino también impedir el incremento de la ya existente, pues ésto contribuiría a dificultar la reparación del daño ya causado. Sentado, de forma correcta, el carácter de delito de peligro de la figura a examen, el TS se centra a continuación en la función e interpretación de la relación de causalidad en dicha figura delictiva asegurando que la pretensión del recurrente carecería de fundamento inclusive si el delito requiriera la producción de un daño material y requiriera comprobar la relación de causalidad entre el vertido y un daño específico. La tesis defendida por el recurrente se apoya en su opinión en la falsa suposición de que la sobredeterminación del nexo causal excluye la relación de causalidad. Sin embargo, la suma de un nexo causal a otro ya en curso no tiene esos efectos, señala el TS, por lo menos cuando la suma incrementa la medida del daño. En tales supuestos no sólo todas las condiciones serán consideradas causas del resultado (*conditio sine qua non*), sino que, además, todas las causas que son expresión de un riesgo no permitido serán objetivamente imputables, pues, en principio, en el presente caso no será posible considerar que el bien protegido estuviera definitivamente perdido por la contaminación existente. En definitiva, afirma el TS, mientras el aporte causal del vertido tenga un efecto de incremento del nivel de contaminación, la acumulación de factores causales no opera excluyendo la tipicidad, siempre que dicho incremento entrañe un riesgo típico (elemento normativo de peligro) con infracción de normativa de protección

1995 al 31 de diciembre de 1996, habiendo recaído ya sentencia condenatoria firme para el acusado por los vertidos producidos hasta dicha fecha el día 30 de septiembre 1997) de la Licencia Municipal de Actividades Industriales, exigida, con carácter previo al ejercicio de la actividad industrial, por el Reglamento de Actividades Clasificadas de fecha 30 de noviembre de 1961 -el 29 de mayo de 1997 obtiene la licencia de vertidos y el 3 de junio de 1997 la de actividad-, período en el que se siguen produciendo vertidos de las aguas residuales de su proceso productivo sin autorización definitiva o provisional alguna para ello, mediante un inadecuado e insuficiente sistema de depuración y a través de una tubería que vertía las aguas al tramo final de una riera, en un lugar de elevado interés paisajístico y natural, que comunicaba a unos 150 metros con el pantano destino final de los vertidos del que se aprovecha sus aguas para el consumo humano. Los vertidos, tal y como constan en los hechos probados, al margen de la carencia de autorización, rebasaban de forma clara y manifiesta los límites reglamentarios, habiéndosele incoado a la empresa cuatro expedientes sancionadores por parte de la Junta de Sanejament de la Generalitat por infracción de la Ley 29/85 de Aguas y Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986. El acusado había ocupado el cargo de alcalde desde el año 1990 y hasta el momento del enjuiciamiento, en calidad de lo cual había intervenido en el dictado de las resoluciones, previa la deducción de los correspondientes informes técnicos, a que se refieren los hechos probados respecto de los expedientes de concesión de la licencia municipal de Actividades Reglamentadas de la empresa.

ambiental (elemento normativo jurídico). Pero con esta argumentación parece quedar abierta la posibilidad de no dar por concurrente el elemento fáctico -o incluso el normativo jurídico de peligro- en el caso de que el vertido se hiciera en un caudal cuyas condiciones de contaminación fueran de tal gravedad que no pudiera hablarse cabalmente de un incremento del daño (así, en los casos de "río muerto"), lo que contradiría otros pronunciamientos ya aludidos como el de la STS 14 abril 2003 (RJA 4227). Y en todo caso todo ello nada tiene que ver con la comprobación -ineludible- de lo que se conoce como primera relación de causalidad que exige únicamente vincular causamente el acto contaminante -el vertido que se realiza- con el resultado de contaminación -la presencia de los elementos vertidos en el elemento natural-, con independencia -lo que exigirá otra comprobación diferente- del peligro generado con ello. No cabe mezclar ni ambos elementos típicos ni ambas pruebas de causalidad o de causalidad-idoneidad.

Sin dudas en cuanto a la presencia del elemento normativo de la contravención legal, en relación con el peligro típicamente relevante señala el TS que se debe considerar grave todo traspaso de los límites reglamentarios de una entidad notable, lo que en el presente caso se constata con la superación en cuatro y cinco veces, respectivamente, de las concentraciones de amoníaco y de nitrógeno, en relación con los límites permitidos reglamentariamente.

La última cuestión, debatida en el FD cuarto se refiere a la aplicación del tipo cualificado por clandestinidad en el funcionamiento de la industria y respecto a ella el TS acepta conforme a una jurisprudencia ya consolidada que ésta se identifica con la falta de aprobación o autorización de la puesta en marcha de la instalaciones y no de los vertidos, sin confundir la cualificación con la plena regularidad administrativa en cuanto al cumplimiento de todos los requisitos exigidos gubernativamente para el funcionamiento de una industria o actividad, lo que en este caso no impide la apreciación de la agravación pues la empresa carecía no ya de licencia de vertidos sino también, y esto es lo relevante, de la de actividades clasificadas, por lo que se confirma la calificación de instancia.

III. El tipo cualificado de funcionamiento clandestino del art. 326 a).

Ya hemos tenido ocasión de aludir al analizar el art. 325.1 a diferentes pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con la circunstancia de clandestinidad que, salvo en dos casos -STS 11 febrero 2003 (RJA 1083) y STS 8 noviembre 2004 (RJA 7711)-, y al margen de la extraña sentencia de 2 noviembre 2004 (RJA 7220), niegan su apreciación: así, en las referidas STS 29 septiembre 2001 (RJA 8515), STS 19 enero 2002 (RJA 1315), STS 30 enero 2002 (RJA 3065), STS 4 diciembre 2002 (RJA 545/2003), STS 1 abril 2003 (RJA 4062) y STS 17 mayo 2003 (RJA 4240), en razón a los motivos entonces expuestos, básicamente a partir de la distinción entre lo que es ausencia de autorización de vertidos y ausencia de autorización de funcionamiento o actividad, que es la que puede dar lugar a la aplicación de la agravación. Referiremos a continuación otras dos sentencias no consideradas hasta ahora al no plantearse en ellas especiales cuestiones en relación con la interpretación del art. 325.1.

III.1 Vertido de purines por granja porcina clandestina.

En la STS 17 septiembre 2001 (RJA 7728-Ponente: Sr. D. Eduardo Móner Muñoz) se analiza y confirma en todos sus términos la sentencia de instancia condenatoria por un delito del art. 325.1 con la cualificación de funcionamiento clandestino del art. 326 a)⁴⁸.

En los Fundamentos de Derecho tercero y cuarto se discute, respectivamente, la calificación jurídica en relación a la aplicación tanto del art. 325.1 como del tipo cualificado de actividad o industria clandestina del art. 326 a). Pero poco se señala en relación con la concurrencia de los elementos típicos del art. 325.1 en cuanto el recurrente plantea, por infracción de ley, cuestiones que afectan más al relato de hechos probados como el propio TS señala.

En cuanto a la apreciación de la circunstancia de clandestinidad acepta el TS en el FD cuarto que según los hechos probados existen documentos que acreditan que el recurrente había solicitado la inscripción de la granja a la Junta de Andalucía, lo que subraya no implica, sin embargo, que no pueda aplicarse la agravación. Señala el Tribunal

⁴⁸ Según los hechos probados, el acusado, dedicado a la explotación industrial de una granja porcina en la que posee 560 cabezas de ganado en explotación, había solicitado la inscripción de dicha granja a la Junta de Andalucía en fecha 25 de agosto de 1989, sin que se le hubiera concedido en el momento de los hechos la autorización de funcionamiento pertinente. El día 31 de marzo de 1997 procedió a realizar vertidos de líquidos purines-orines procedentes de las fosas almacenadoras, de las que habían sido evacuados a través de una arqueta y de una tubería de PVC por el procedimiento del sifón aprovechando la caída del terreno, hacia una acequia que extendió los purines por la finca y, dada la inclinación del terreno, hasta un arroyo -sin que conste que el depósito de purines tuviese filtro ni depuradora-, lo que provocó la muerte masiva de especies piscícolas del mismo, particularmente de ciprínidos y barbos, en un radio de hasta 12 km.

que no cabe aceptar una interpretación de la clandestinidad que la identifique con la ausencia “real” de conocimiento -o de posibilidad del mismo- de la actividad enjuiciada, lo que en este caso no ocurriría, según se señala en el recurso, en base al hecho de que la granja en cuestión estuviera efectivamente operativa; más allá, por tanto, del incumplimiento “formal” consistente en no disponer de la preceptiva licencia de funcionamiento. Lo que distingue el tipo básico del tipo cualificado se señala que es la concurrencia o no de los requisitos para funcionar, pero sin que sea relevante que se solicitara la correspondiente licencia, puesto que si no se concedió se entiende fue porque no se reunían los requisitos para ello, determinándose la clandestinidad, precisamente, por la ausencia de la preceptiva licencia y no por la ausencia de conocimiento que pudiera tener la Administración sobre la existencia de la granja. De nuevo la interpretación auténtica de la agravación atenta al dictado del propio art. 326 a).

Téngase en cuenta, por aludir únicamente a la última de las citadas con anterioridad, que la más reciente STS 17 mayo 2003 (RJA 4240) sigue utilizando el mismo criterio a la hora de interpretar los términos de la agravación, pero justamente en este caso para negar su aplicación en cuanto en el supuesto en ella considerado, aunque no se actuara con plena regularidad administrativa, sí se contaba con la aprobación o autorización de las instalaciones cuya actividad se enjuiciaba.

III.2. Vertido al río de empresa aldonera.

En la STS 16 diciembre 2004 (RJA 45/2005-Ponente: Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca)⁴⁹ se analiza la sentencia dictada por la instancia que condena a los acusados por un delito ambiental del art. 325.1 y por un delito de daños del art. 263, frente a la que recurre el Ministerio Fiscal instando la aplicación de la circunstancia de clandestinidad del art. 326 a) y la de desobediencia al requerimiento de la autoridad para que se interrumpiera el vertido del art. 326 b), lo que no acepta el TS.

Esta última cuestión se aborda en el FD segundo más bien como una cuestión de hecho al no entenderse probado, en primer lugar, que hubiera un primer requerimiento de cese de actividad a pesar de que el *factum* de la sentencia de instancia alude a una “segunda” resolución en dicho sentido; y, en segundo lugar, que ésta fuera notificada antes del segundo vertido.

En cuanto a la agravación por clandestinidad acepta el TS en el FD primero que la jurisprudencia mayoritaria ha entendido que el propio precepto contiene una interpretación auténtica de la exigencia típica que obliga a entender como clandestino no ya un funcionamiento oculto para la Administración, lo que sería correcto en sentido material, sino el funcionamiento sin la autorización o aprobación administrativa de las instalaciones de la industria o actividad. Señala que la autorización o aprobación se manifiesta normalmente a través de la concesión de la oportuna licencia administrativa que ampare el funcionamiento de las instalaciones de la actividad o industria de que se trate, lo que supone que la Administración conoce su existencia y las características de su funcionamiento y ha podido ejercer un primer control sobre las mismas. Y que el Reglamento de actividades clasificadas de 1961 prevé una actividad

⁴⁹ Es objeto de análisis el vertido de una empresa dedicada a la fabricación y blanqueo de algodón de la que una procesada era copropietaria, administradora única y gerente y el otro procesado director de producción. Entre las materias primas utilizadas en el proceso productivo figuraban sosa cáustica, lejía y agua oxigenada, lo que generaba aguas residuales contaminantes que debían, previamente a su vertido, ser tratadas y depuradas para eliminar sus componentes tóxicos. La empresa inició sus actividades industriales en el año 1982, obteniendo en fecha 12 de febrero de 1987 la licencia municipal de actividades de su Ayuntamiento, que se condicionaba a la comprobación prevista en el artículo 34 del Reglamento de Actividades Clasificadas, que no había tenido lugar en las fechas de autos, en las que, además, la empresa carecía de la preceptiva autorización administrativa para verter aguas residuales al cauce público que otorga la Junta de Sanejament de la Generalitat de Catalunya. El día 9 de junio de 1999 se produjo un vertido de aguas residuales procedente de la empresa que, a través de su colector, fue a parar al torrente paralelo al río (seco en esas fechas) y, de éste, al Llobregat. El impacto contaminante, debidamente acreditado por las analíticas correspondientes, provocó la muerte de entre 2.000 y 2.500 barbos en este río los días 9 y 11 de junio de 1999. Ello dio lugar a que l'Area de Qualitat de les Aigües de la Junta de Sanejament emitiera un “segundo” requerimiento de fecha 21 de julio de 1999 a la empresa para que cesaran de inmediato los vertidos, si bien no consta que los acusados fueran notificados de dicha resolución antes del día 30 de agosto de 1999. La empresa interpuso contra dicha resolución en fecha 28 de septiembre de 1999 recurso de alzada que fue desestimado por resolución de fecha 2 de octubre de 1999 del Departament de Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya. El día 30 de agosto de 1999 la Policía Judicial volvió a comprobar cómo los querrelados seguían vertiendo aguas residuales contaminantes que, según las analíticas, vulneraban los límites de contaminación y vertido establecidos en la Directiva Comunitaria 464/76, en la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 y en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986, con elementos altamente tóxicos susceptibles de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y la fauna y flora acuáticas del río Llobregat.

administrativa de control previa a la decisión de la Administración que se inicia con la necesidad de que el solicitante aporte, en expresión del Decreto 3494/1964, de 5 de noviembre, “memoria descriptiva en que se detallen las características de la actividad, su posible repercusión sobre la sanidad ambiental y los sistemas correctores que se proponga utilizar con expresión de su grado de eficacia y garantía de seguridad”, continúa con la posibilidad de denegar la licencia por razones de competencia municipal y de someterla a información pública, al dictamen de las autoridades competentes en materia de sanidad y a los técnicos municipales y comisiones provinciales correspondientes y finaliza con la decisión correspondiente acerca de la concesión o denegación de la licencia solicitada.

Pero entiende que esta interpretación del artículo 326 a) no puede convertir las exigencias del tipo en algo puramente formal, pues ello sería contrario a las razones de la agravación, que se basan en la existencia de un mayor peligro para el ambiente al suprimirse o dificultar seriamente las posibilidades de control de la Administración sobre la actividad, lo que es coherente con las graves consecuencias penológicas anudadas a la agravación, “criterio matizado”, que, como afirma el Tribunal ya siguió la STS 4 diciembre 2002 (RJA 545/2003), antes referida, al entender que la inexistencia de las licencias municipales de actividades industriales no pueden permitir la agravación cuando constaba documentalmente que la actividad enjuiciada había presentado un planeamiento de descontaminación gradual aprobado por el departamento correspondiente de la Generalitat de Catalunya, lo que supone el conocimiento público de la actividad industrial, e incluso, de la actividad contaminante, extremos no compatibles con la clandestinidad que agrava la conducta.

Y, así, en el caso que aquí se enjuicia, entiende el TS que es de suponer que la Administración concediera la licencia para el ejercicio de la actividad previa entrega de los proyectos correspondientes y tras los trámites de control previstos en las normas aplicables, aun cuando se condicionara el ejercicio de la actividad a la comprobación prevista en la normativa antes citada, que bien pudo realizarse en el plazo de doce años que transcurrió entre la concesión de la licencia y la de realización de los hechos objeto de condena. Y no cabe aceptar a juicio del Tribunal la argumentación del Ministerio Fiscal de que al faltar la obtención del acta de comprobación en cuestión debe entenderse como no concedida la licencia, en cuanto la empresa estaba dada de alta en el Inventario Permanente de Productores de Residuos Industriales, se sometía a los controles periódicos de la Junta de Residuos de la Generalitat de Catalunya, abonaba el canon de saneamiento y efectuaba la declaración anual de residuos, reflejando tales circunstancias no sólo una voluntad de los acusados orientada a someterse a la regulación vigente en la materia a través de su disposición explícita a los controles de la Administración, sino, además, un conocimiento de la Administración, a pesar de la inicial pasividad municipal, de la existencia de la actividad, lo que impide la apreciación de la agravación. Estamos, por tanto, ante una argumentación de carácter material que compartimos plenamente pero que hoy entendemos de difícil defensa a tenor del novedoso y claro dictado dado al art. 326 a) frente al del art. 347 bis) pfo. 2º CP 1973. Y, desde luego, choca con la jurisprudencia dominante en esta materia.

IV. El delito de establecimiento de depósitos y vertederos del art. 328.

También al analizar las sentencias vinculadas a la interpretación del art. 325.1 nos ocupamos de pronunciamientos vinculados a la interpretación del art. 328. En concreto, aludimos tanto a la STS 21 diciembre 2001 (RJA 2341/2002), que entendía de preferente aplicación aquél cuando se produjera transgresión de la normativa ambiental, lo que, se señalaba, no exigía el art. 328 como a la STS 11 febrero 2003 (RJA 1083), en que la relación entre ambos preceptos se establece simplemente en base a la idea de alternatividad del art. 8.4 a favor del art. 325.1, de mayor pena.

Sobre el art. 328 se pronuncia igualmente el TS en la STS 23 septiembre 2003 (RJA 7504-Ponente: Sr. D. José Antonio Martín Pallín), no considerada en el apartado II⁵⁰.

⁵⁰ En ella enjuicia la actuación de un alcalde y un concejal de medio ambiente que gestionaban un vertedero con materiales altamente inflamables en una zona forestal de alto riesgo. En concreto, se trataba de una deixalleria que ellos mismos habían establecido y adecuado debajo de los contenedores de basuras para que los vecinos del municipio abandonasen los muebles viejos, colchones, electrodomésticos y otros trastos voluminosos que les resultaban inservibles, cerca de una boca de incendios, vigilando que de forma periódica se efectuara su vaciado. La deixalleria se ubicaba en una leve pendiente con un cierre de su perímetro en parte metálico, que daba a una calle asfaltada y en parte de retama, sombreada en este lado por las copas de los árboles que la rodeaban al norte, sur y oeste, tipo pino, roble y encina, dejando un espacio para la entrada del camión que retiraba estos enseres. En el interior de este punto de depósito se comprobó en cuanto a los hechos que se juzgan la existencia de colchones de espuma, electrodomésticos, cartones, sofás, sillones y otros muebles voluminosos, amontonados en situación de completo desorden contra la valla de retama, sin clasificar y en contacto directo con el suelo. Los acusados en dichas fechas gestionaban también el vertedero de residuos de construcción, principalmente de runa, del que disponía la población, que cuando estaba lleno se ajardinaba, buscándose otro que pudiera cumplir esta finalidad. En ambos casos sin licencia municipal ni de instalación ni de

La Audiencia Provincial de Barcelona les condenó en la instancia como responsables de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente de los artículos 325.1 y 326 a), pero el TS aceptó parcialmente el recurso que interpusieron contra dicha condena los procesados considerando de aplicación el art. 328 en lugar del art. 325.1.

Entiende el TS en el FD segundo que frente a la figura básica de mayor entidad y reproche delictivo del art. 325.1 cuya pena tiene en cuenta la situación de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales, como modalidad más levemente penada se prevé en el art. 328 una modalidad específica de depósitos o vertederos de desecho o residuos sólidos o líquidos, que sean tóxicos o peligrosos para el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. De manera sorprendente, según el TS, en esta apreciación es prácticamente unánime la doctrina, aunque se devalúa de forma notable la respuesta punitiva ante conductas que, incuestionablemente -dirá-, son tan agresivas para el ambiente como las que describen las figuras básicas, llegándose incluso sin apenas distinción de conductas a eliminar la posibilidad de apreciación incluso de la agravación específica que permite imponer la pena en su mitad superior cuando la conducta pueda perjudicar gravemente la salud de las personas. Pero, aceptando esta distinción, concluye el TS que en este caso, de acuerdo al principio de especialidad, no hay duda de que, entre las dos alternativas típicas, debemos inclinarnos por la más favorable, al referir el contenido de hechos probados la existencia de un vertedero y depósito que eran irregulares, es decir no autorizados, que contenían incuestionablemente material peligroso en cuanto la zona era de alto riesgo de incendio. Desde luego ya es llamativa la sentencia en cuanto expresamente en los Hechos probados se señala que no se encontraron residuos tóxicos y peligrosos. Bien es cierto, no obstante, que la peligrosidad parece hacerse depender no de los desechos en sí, sino del lugar donde los mismos se depositan, pero es una interpretación un tanto extensiva a nuestro juicio del contenido del art. 328. En todo caso, si se afirma que los vertederos y los depósitos eran irregulares y, por tanto -presentes los otros dos elementos típicos-, la conducta era perfectamente subsumible en el art. 325.1 llama más la atención que se postergue éste apelando a un principio de especialidad de carácter atenuatorio contrariando tanto pronunciamientos anteriores como una voluntad del legislador que en absoluto trata de privilegiar de entre los actos de contaminación aquéllos que implican la formación de vertederos o depósitos de desechos irregulares.

V. El delito de prevaricación ambiental del art. 329.

V.1. Ausencia de inspección de instalaciones creadoras de residuos contaminantes.

En la STS 24 mayo 2003 (RJA 4387-Ponente: Sr. D. José Antonio Martín Pallín) se juzga la actuación de un alcalde que no realiza inspección alguna de las instalaciones de una granja porcina causante de determinados residuos contaminantes ni encarga dicha inspección a ninguno de los equipos técnicos del Ayuntamiento que presidía⁵¹.

La Sentencia de la instancia, al margen de la condena que impone al gerente de la instalación como autor de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente de los arts. 325.1 y 326 a), absolvió tanto por este delito como por el también solicitado delito de prevaricación ambiental del art. 329 al alcalde, frente a lo que se interpone el correspondiente recurso por el Ministerio Fiscal, aceptado por el TS que le condena por este último delito.

Al margen de otras relativas al delito de contaminación del art. 325.1 la principal cuestión que aborda esta sentencia es la del tratamiento de la “tolerancia” del procesado que, obligado a ello, no lleva a cabo las inspecciones correspondientes.

El TS en su FD primero subraya que ni el acusado ni ningún miembro de los equipos técnicos del Ayuntamiento que presidía inspeccionó las instalaciones de la granja, lo que entiende que acarreó graves repercusiones para el ambiente. La acción típica del art. 329, señala el Tribunal, viene integrada no sólo por conductas activas sino también omisivas, como lo es el silenciar infracciones normativas de carácter general con ocasión de las inspecciones realizadas. Nadie discute, afirma enfáticamente el TS, que, a pesar de la descripción utilizada, el tipo específico encierra en sí el contenido de la prevaricación genérica, que nos lleva a la posibilidad de admitir la comisión por omisión. Admite que las otras dos modalidades concretas de prevaricación funcional, en materia de ordenación del territorio y

actividades y estando situados en zona verde de carácter forestal uno al lado de otro en terrenos de propiedad municipal. Calificado el municipio como de alto riesgo de incendio forestal, en ninguna de las inspecciones efectuadas por los Mossos o por el Servicio de Medio Ambiente de la Diputación de Barcelona se apreció en los depósitos la existencia de residuos tóxicos y peligrosos.

⁵¹ Se señala en los Hechos que el responsable de la gestión y administración de ésta no tomaba las medidas de seguridad necesarias para evitar filtraciones de una balsa de purines colocando además un colector de PVC para evacuar los mismos a un torrente -creando con su conducta un riesgo para los recursos naturales, el medio ambiente y la salud pública, según se señala en la Sentencia- tóxico y destructor de oxígeno y de peces y siendo foco transmisor, asimismo, de enfermedades para los animales que pudieran beber el agua del torrente.

patrimonio histórico no contemplan, de manera expresa, la comisión omisiva, pero recuerda que la prevaricación omisiva ha sido admitida por el proipo TS en Acuerdo General de 30 de junio de 1997, por lo que no existe obstáculo alguno para acudir a la cláusula general del art. 11 en casos como éstos en los que el autor, al infringir un deber jurídico, es causa de la lesión del bien jurídico afectado.

Llevando la doctrina expuesta al caso enjuiciado, no puede discutirse a su juicio, de conformidad con la regulación de las actividades molestas, insalubres y peligrosas, que el acusado tenía la obligación legal de inspeccionar las instalaciones contaminantes y que con su inactividad creó una ocasión de riesgo que se ha materializado en resultados dañosos de carácter concreto. Tampoco que el acusado desconocía la instalación de la granja, ya que el hecho probado descarta esta posibilidad en cuanto se trata de un municipio de poco más de mil habitantes y la extensión de la granja la hacía fácilmente detectable, sin necesidad de desplegar una intensa y minuciosa inspección: era un hecho notorio y perfectamente visible.

La modalidad de prevaricación omisiva, continúa el TS, ha sido aceptada por la jurisprudencia de esta Sala y adquiere todavía una mayor justificación y razonabilidad en los casos de actuaciones de los funcionarios responsables en actuaciones ambientales. Así, por ejemplo, la omisión del preceptivo informe de impacto ambiental de cualquier industria que se instale en el territorio sobre el que se tenga competencia constituye, por inactividad dolosa, una decisión o actitud que equivale a la concesión de autorización o licencia, por vía de la tolerancia y permisividad y con manifiesta infracción de la normativa ambiental. Y, precisamente, en la fecha en que ocurrieron los hechos, la granja porcina no disponía de la preceptiva licencia municipal de actividades clasificadas, lo que se imputa y critica al acusado porque ni él personalmente ni ninguno de los equipos técnicos del Ayuntamiento que presidía inspeccionaron sus instalaciones. Ello permite afirmar la aplicación del art. 329 que, contra el pronunciamiento de instancia, necesariamente abarca también comportamientos omisivos. De no ser así, concluye el TS, se daría la paradoja de penalizar conductas activas, como es llevar a cabo la inspección, en los casos en que el funcionario que la realiza silencia la infracción de normas reguladoras del medio ambiente y, sin embargo, la tolerancia, consentimiento e inactividad ante una industria contaminante resultaría impune. Claro, pero es que ésa es -con toda seguridad, de forma incorrecta- la opción que toma el legislador. En el art. 329 CP contempla la sanción de una única modalidad omisiva y ésa es la que se ha de sancionar; del mismo modo que en la redacción de los arts. 320 y 322 toma otra opción. Desde luego la incongruencia legislativa no puede solventarla el TS, extensivamente, en contra del procesado. Otra cuestión diferente hubiera sido la de justificar su responsabilidad desde la óptica del art. 325.1, difícilmente defendible, pero desde luego no claramente flagrante del principio de legalidad penal. La remisión que se hace al art. 404 CP es en nuestra opinión incorrecta cuando precisamente lo que pretende el legislador con el nuevo art. 329 es contemplar la sanción de unos supuestos -y no otros- o bien difícilmente abarcables por el art. 404 CP o bien insuficientemente penados. Y, en cualquier caso -aunque no es éste el momento de discutirlo-, la interpretación que permite la aplicación de este precepto a supuestos omisivos viene vinculada a la problemática del "silencio administrativo" pero no implica la posibilidad de sancionar cualquier comportamiento funcional omisivo.

V.2. Autorización ilegal de vertidos de escombros y otros productos sólidos.

En la STS 30 septiembre 2003 (RJA 6316-Ponente: Sr. D. Antonio Martín Pallín)⁵², atendiendo el recurso tanto de la Fiscalía como de la acusación particular frente a la sentencia absolutoria de la instancia, se falló condenando por un delito ambiental en concurso ideal con un delito de prevaricación ambiental.

En el FD primero se ocupa el Tribunal de argumentar la existencia de este delito ya que se dictan una serie de autorizaciones -resoluciones injustas- desde el año 1995 y hasta mayo de 1998 para la realización de unos vertidos de escombros y otros productos en suelo de marjal clasificado como "no urbanizable protegido marjalería B". Tales autorizaciones considera el TS que se verificaron con plena conciencia de la arbitrariedad o injusticia de la resolución como núcleo constitutivo del delito de prevaricación, lo que no es otra cosa que el apartamiento consciente y deliberado de las ordenaciones legales y normativas que rigen las decisiones o actividades administrativas. Se insiste, frente al fallo de instancia, en que la adopción de los acuerdos en cuestión no se encontraba amparada por disposición legal alguna, vulnerándose por el contrario disposiciones de carácter nacional y de ámbito autonómico, máxime teniendo en cuenta la protección de que gozaba la zona afectada en cuanto humedal y aun cuando no existiera una norma específica de protección. En este sentido, se señala, el que el terreno en cuestión no hubiera sido declarado previamente zona húmeda no determina la atipicidad de la conducta ya que tal consideración se adquiere por su propia condición y configuración y no por declaración administrativa, como se deriva, principalmente, de la lectura del artículo 103.1 de la Ley de Aguas y de la interpretación en su conjunto de la Ley de la Generalitat Valenciana del Suelo no Urbanizable 4/1992 donde se

⁵² En ella se estudia la actuación de un alcalde que autoriza vertidos de escombros y otros productos sólidos en un marjal, zona considerada como humedal, que permitió un aterramiento, que, se dirá, destruye el espacio ambiental con incidencia en el equilibrio ecológico.

establece, con carácter general, el deber de «abstenerse de realizar cualesquiera actividades o actos que puedan tener como consecuencia o efectos la contaminación de la tierra, el agua o el aire», que permite enlazar esta disposición con la específica configuración orográfica de ciertas comarcas de la comunidad valenciana, en donde la cultura del agua y de los humedales está profundamente arraigada en los habitantes de los terrenos próximos o cercanos a estas masas de agua. Añade el TS que estos humedales, asociados a la pesca y al cultivo del arroz, son una seña de identidad de la región, especialmente valorada en dicha comunidad que, de manera especial, debe ser apreciada por una persona que ostenta responsabilidades públicas. El alcalde de una localidad en la que existen, desde tiempo inmemorial, unas zonas húmedas, no puede alegar, en ese contexto social, que la inexistencia de una norma específica de carácter prohibitivo autoriza, sin límites ni condicionamientos, una actuación tan agresiva como el vertido de residuos sólidos, hasta conseguir un aterramiento, que no sólo destruye el espacio, sino que elimina de raíz sus condiciones ambientales, incidiendo sobre el equilibrio de la naturaleza. De ahí que deba producirse una relectura de la legislación ambiental y aceptarse la clara conciencia de actuación arbitraria e injusta del procesado. Es cuestionable la interpretación del Tribunal por cuanto se pretende que sea el procesado quien interprete la normativa ambiental -absolutamente genérica- y quien decida la calificación jurídica a otorgar a un terreno, apelando a criterios tan poco jurídicos como la seña de identidad de la región o la cultura del agua en la zona. Máxime en ámbitos tan sensibles al respeto del principio de legalidad como en el ámbito de las leyes penales parcialmente en blanco, constitucionalmente aceptables cuando el contenido del injusto pueda complementarse con una normativa administrativa clara y concreta.

En todo caso, aceptada la aplicación del art. 329, el TS aborda en el FD segundo la posibilidad, además, de imponer la pena correspondiente al delito de contaminación del art. 325.1 por el que también se procesa al imputado. Se parte, en primer lugar, del hecho de que las personas que solicitaron y obtuvieron la autorización para realizar los vertidos probados no aparecen implicados en unos actos cuya materialización dependía directamente del acusado. Se entiende, a este respecto que el alcalde desarrolla una doble actividad: concede autorizaciones de vertidos, que suponen un aterramiento, actuando al margen y con vulneración de las obligaciones específicas de vigilancia y protección del ambiente y, como consecuencia directa de este comportamiento ilícito, ocasiona un daño ambiental específico, del que es responsable directo ya que, sin su autorización, no se habría llevado a cabo. Con el daño ambiental, al margen de la actuación prevaricadora, concurre además, como desvalor añadido, el hecho de quererse transformar un paraje de protección natural en suelo urbanizable, lo que demuestra que, al margen de la actuación administrativa irregular, se estaba cometiendo, de forma directa y material, una de las conductas típicas previstas en el art. 325.1 CP. Lo que pretendía el alcalde, se señala, era que por medio de los vertidos, en dominio público, se ganase ilícitamente una superficie que pretendía reconvertirse en suelo urbanizable. Desde luego esto es algo absolutamente irrelevante a efectos de entender concurrente el art. 325.1 CP: una motivación que si no afecta al cumplimiento de los elementos típicos nada añade al desvalor del hecho. No está desde luego el Derecho Penal para reprochar móviles más o menos abyectos, salvo que éstos afecten al contenido de injusto del tipo a aplicar. Es dudosa la posibilidad de aplicación del art. 325.1 CP por la dificultad de aceptar la presencia de contravención normativa alguna, sin entrar a valorar la posibilidad de su imputación en comisión por omisión a la conducta de quien concede una autorización ilícita.

Admitida de cualquier modo la tipicidad por ambos preceptos por parte del TS, considera éste que ha de apreciarse un concurso ideal de infracciones. No se ofrece, sin embargo, argumentación alguna que explique una opción que sólo puede sustentarse en la pluralidad de intereses afectados. Si lo que caracteriza al art. 329 frente al art. 404 es la afección al ambiente que con la conducta en él descrita se contribuye a causar, pareciera que su aplicación conjunta con el art. 325.1 -a otra conclusión habría quizás de llegarse de aplicar el art. 404 conjuntamente con éste- conllevaría cierto *bis in idem*, sobre el que, como se señala, nada dice el Tribunal.

VI. El delito de daños en espacio natural protegido del art. 330: tala, poda y plantación de árboles en parque natural.

Nos hemos referido ya a la STS 30 enero 2002 (RJA 3065), que niega la aplicación del art. 338, también vinculado a la tutela de espacios naturales protegidos, pero simplemente por ausencia de elementos probatorios y a la STS 24 noviembre 2003 (RJA 9257), que sí aplica la agravación respecto a una conducta de peligro del art. 325.1.

En la STS 5 diciembre 2001 (RJA 819/2002-Ponente: Sr. D. Luis-Román Puerta Luis) se analiza y confirma la Sentencia de la Audiencia de instancia que absuelve al procesado del delito contra el ambiente del art. 330 del que era acusado⁵³.

⁵³ Según los hechos probados el acusado, ocupante de una vivienda en el Parque Natural de Collserola de Barcelona, lugar protegido por el Plan de Espacios Naturales de Interés Natural de la Generalitat de Catalunya de 14 de diciembre de 1992, Decreto 328/1992, el día 16 de enero de 1998 fue visto talando una encina, comprobándose posteriormente que durante esas mismas fechas había talado unos treinta árboles, entre encinas y robles, y podado otros dieciocho en los alrededores de su vivienda. Asimismo, el acusado plantó abetos, especie impropia de la zona, y alteró

El TS niega, frente al recurso del Ministerio Fiscal, aplicar el art. 330. Frente al aspecto cuantitativo que se destaca en la sentencia absolutoria de la instancia, al afectarse sólo 2.400 metros cuadrados en un parque que tiene sesenta millones de metros cuadrados y únicamente, a lo sumo, cuarenta y ocho árboles de entre los millones que lo integran, la Fiscalía invoca un criterio cualitativo de valoración atendiendo al impacto de la conducta enjuiciada en el elemento paisajístico. En el FD tercero el TS parte, sin embargo, de una interpretación del art. 330 como delito de lesión o resultado -daño grave-, como no puede ser de otra manera, y de la ausencia de constancia en los Hechos probados de que efectivamente la conducta de tala, poda y plantío, más allá del número de árboles, haya afectado o no -por la altura, grosor, edad aproximada de los árboles y ubicación- al paisaje o de que se haya provocado con ello una alteración en el suelo y la vegetación del lugar, lo que aun criticando la parquedad de tales Hechos le conduce a considerar inatacable la declaración de atipicidad por falta de daño grave que realiza la instancia.

VII. El delito ambiental imprudente del art. 331: vertido de residuos líquidos.

Finalmente, en la STS 4 diciembre 2001 (RJA 1252/2002-Ponente: Sr. D. Eduardo Móner Muñoz) se confirma la Sentencia de la instancia que condenó al acusado como autor de un delito contra el ambiente cometido por imprudencia⁵⁴, pero sin discutir el carácter doloso o negligente de su conducta.

La Sentencia confirmatoria de la condena sí estudia en su FD cuarto la cuestión de la relación causal entre el vertido y los daños provocados en el río, única que, al margen de otras cuestiones probatorias, plantea algún interés sobre la interpretación de estos delitos.

A este respecto, el recurrente cuestiona que el vertido tuviera entidad suficiente para generar la mortandad de animales del río Lagares y, en cualquier caso, denuncia una manifiesta falta de concreción en la base fáctica al no determinarse con la precisión exigible el día, hora y forma del vertido. Frente a esta alegación, señala el Tribunal que, prescindiendo de la indebida mezcla de cuestiones de valoración de prueba y de eventual infracción de ley, el problema material subyacente se refiere a los denominados "cursos causales no verificables", esto es, no susceptibles de demostración científico-natural. Y sobre ello el TS invoca la doctrina jurisprudencial que se basa en la suficiencia en el plano jurídico-penal de un grado de certeza y/o verificabilidad cualitativamente distinto del estrictamente científico-natural para permitir afirmar la causalidad entre una conducta y un resultado. No hace falta, se argumentará, una certeza matemática ni una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino la certidumbre subjetiva del acontecer de los hechos que integran el tipo. Siempre y cuando, resulta evidente, que la prueba haya excluido que los hechos imputados sean simples sospechas o apariencias. Por tanto, a partir de una cierta probabilidad propia de las ciencias del espíritu y de una base empírica que permita deducir los hechos de conformidad con las reglas de la experiencia, puede ya darse por probada la correspondiente relación de causalidad, lo que a su juicio ocurre en el caso presente, prescindiendo de la alegación del recurrente de que "en el río había manchas de gasolina que no estaban en la cisterna", que obligaría a plantear -lo que no se hace- la problemática de los cursos causales *cumulativos*.

VIII. Cuestiones procesales.

Únicamente por referir la totalidad de sentencias dictadas en el período considerado, hay que aludir a las SsTS 16 enero 2002 (RJA 1496-Ponente: Sr. D. Gregorio García Ancos), 18 enero 2002 (RJA 7391-Ponente: Sr. D. José

el suelo y vegetación del lugar para construir accesos a su vivienda y edificaciones anexas a la misma. Todo ello sin contar con permiso administrativo alguno.

⁵⁴ Según los hechos probados, en fecha no exactamente determinada, pero muy próxima y anterior a la de 25 de julio de 1997, el acusado -que actuaba como gerente y administrador único de una empresa dedicada a la recogida y traslado de residuos sólidos procedentes de obras y otras contingencias, así como de residuos líquidos procedentes de las sentinas de los buques, utilizando para el estacionamiento de los contenedores y cisternas empleados en su actividad un terreno a cielo abierto-, con el fin de evitar que se levantase polvo en este terreno -circunstancia que había motivado quejas de algunos vecinos- procedió a verter en él una considerable cantidad de aquellos residuos líquidos, posiblemente mezclados con agua, realizando esta labor con una de las cisternas que tenía en el mismo. Pero, la falta de previsión y de elementales medidas de precaución en ese trabajo, deducidas del hecho de dejar abierta y sin control durante cierto tiempo la manguera de riego que manejaba, determinaron que una gran parte del líquido a emplear en el riego discurriese, debido a la inclinación del terreno, hacia una arqueta próxima a una acequia subterránea que llevaba aguas hasta el tramo bajo del río Lagares, donde debido al espesor del vertido y a su elevada concentración de hidrocarburos produjo la enfermedad o mortandad de un buen número de aves y otras especies animales que habitan en dicho río, de las cuales fueron recogidos, al menos, entre enfermos y muertos 94 individuos. La empresa carecía de licencia administrativa para la actividad de recogida, eliminación, transformación o tráfico de residuos industriales líquidos.

Ramón Soriano Soriano), 24 abril 2002 (RJA 5455-Ponente: Sr. D. Andrés Martínez Arrieta) y 18 noviembre 2002 (RJA 10487-Ponente: Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater). En ellas se plantea simplemente la resolución de diferentes motivos de impugnación centrados en consideraciones de índole procesal -tutela judicial efectiva, práctica, ratificación y sometimiento a contradicción de la pericia, validez de la inspección ocular, declaraciones y presunción de inocencia y, finalmente, aspectos vinculados a la obligación de motivación- sin que se plantee ninguna cuestión que concierna a la interpretación sustantiva de los delitos considerados.

IX. Algunas conclusiones.

Las sentencias a que se ha hecho referencia en esta crónica consolidan determinadas líneas de interpretación del TS de lo que constituye en nuestra normativa el núcleo del Derecho penal ambiental y apuntan otras que siguen dejando abierto el debate doctrinal sobre el modo en que ha de entenderse la tutela que el legislador ha querido prever con las disposiciones de los arts. 325.1 a 331. Las mismas pueden resumirse en las siguientes conclusiones.

1ª Comenzando por la tipicidad objetiva del art. 325.1, la presencia o ausencia de relación de causalidad entre la conducta del emitente -mayoritariamente de vertidos- y su resultado, en cuanto concierne a la denominada primera prueba de causalidad, acostumbra a ser objeto de debate jurídico desde el punto de vista de la impugnación del relato fáctico. Encontramos pronunciamientos, no obstante, en que también se obliga al Tribunal a argumentar jurídicamente para explicar una causalidad no siempre bien entendida.

Por una parte, insiste el TS en que en este proceso no ha de procederse en base a una perspectiva científico-natural estricta que garantice sin margen de error la conexión causal cuestionada; al contrario, ha de acudir a criterios generales y racionales de experiencia que permiten relativizar los problemas que genera su constatación sobre todo en los supuestos de imposibilidad de comprobación empírica, de dificultad de verificación por el estado de la ciencia o de acumulación de factores causales (por ejemplo, por la concurrencia de vertidos varios procedentes de diversas industrias). Ocurre, sin embargo, que en ocasiones se confunde lo que es esa primera comprobación de tipo causal -que opera toda ella en el ámbito de constatación del primer elemento típico del art. 325.1, el elemento fáctico- con la vinculación que también ha de establecerse entre el acto de contaminación -con su resultado- y el tercer elemento del delito -el elemento normativo de peligro- a menudo incluso denominado doctrinalmente, creemos que de manera incorrecta, segundo resultado del delito. A efectos de esta comprobación también insiste el TS en aplicar criterios jurídicos que le permiten entender, por ejemplo, que a efectos de la acumulación de factores causales mientras el aporte causal del vertido tenga un efecto de incremento del nivel de contaminación, la acumulación no opera excluyendo la tipicidad, siempre que dicho incremento entrañe un riesgo típico. A lo que contribuye, también según acostumbra a señalarse, la consideración del art. 325.1 como delito de peligro abstracto o hipotético. Y en ocasiones se llegará a afirmar que no hay que comprobar relación de causalidad alguna respecto al daño producido, sino únicamente el grado de peligro de la acción enjuiciada, lo que es absolutamente incorrecto por cuanto hay que diferenciar -antes de constatar la peligrosidad referida- que efectivamente se ha producido, ejemplificándolo con uno de los supuestos característicos de contaminación, no sólo una acción de emisión, sino una inmisión producto de aquella que es la que habrá de valorarse si es idónea o no para perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales.

2ª En el ámbito de análisis del segundo de los elementos típicos, puede considerarse doctrina consolidada la que acepta ya sin crítica la constitucionalidad del art. 325.1 como norma penal parcialmente en blanco que remite para integrar el tipo a la infracción de normativa extrapenal, en cuanto el núcleo de lo injusto del precepto se admite cumplido satisfactoriamente lo exigido según la teoría del “complemento necesario” que sentaron, precisamente en relación a esta materia, las SsTC 127/90, de 5 de julio y 62/1994, de 28 de febrero.

Se observa esporádicamente sin embargo alguna dificultad a la hora de concretar el modo de integrar la normativa penal en supuestos en los que no existe una regulación precisa claramente vulnerada -lo que el TS entenderá, a nuestro juicio incorrectamente por quebrarse el principio de legalidad penal, no es óbice para aceptar la contravención si se vulneran principios extraíbles de la normativa general garantes de una plena tutela penal- y en aquellos otros en los que no se ha producido una plena acomodación a límites de emisión más exigentes de acuerdo a una normativa europea que permite plazos graduales de cumplimiento, lo que conllevará que el TS requiera -aquí sí acertadamente-, que el emitente, en tanto adecúe su actuación a la nueva normativa, al menos no rebase los límites hasta entonces fijados por la normativa interna.

3ª En relación con el tercer elemento del delito, la eventual ausencia de peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales como elemento normativo del tipo es una de las cuestiones más recurrentes a la hora de impugnar la calificación jurídica por delito de contaminación. A este respecto, la primera cuestión a la que se enfrenta el TS en casi la mitad de las sentencias analizadas es la de la caracterización del peligro típico. En un primer momento, el tipo de contaminación del art. 325.1 se define, siguiendo la línea jurisprudencial relativa al derogado art. 347 bis CP 1973 -que

todavía hemos visto se ha seguido aplicando puntualmente durante estos últimos años-, como delito de peligro concreto. Pero, más allá de la terminología utilizada, resulta dudoso que la interpretación material y efectiva del TS responda a tal calificación por cuanto el Tribunal se conforma para afirmar la relevancia típica con la constatación de un peligro posible o potencial para el equilibrio del ecosistema, observándose ya desde las primeras sentencias un deslizamiento de los criterios de comprobación del riesgo típico hacia los propios de los delitos de peligro en su modalidad de peligro hipotético. Al final del período considerado se produce incluso formalmente el cambio de configuración interpretativa del elemento de “riesgo”, que se entiende remite a la caracterización del delito como de peligro abstracto -de nuevo sólo nominalmente en la mayoría de los supuestos en que en realidad el TS lo interpreta como de peligro hipotético, idóneo, potencial o abstracto-concreto, en ocasiones incluso con utilización expresa de esta terminología-, en base, en otras razones, a la propia dicción del precepto que exige que se “puedan perjudicar” lo sistemas naturales, lo que obliga a comprobar únicamente la peligrosidad de la conducta. Ello, sin duda, en beneficio de una menor dificultad probatoria de la existencia del delito. Y, por citar dos supuestos frecuentemente referidos, favoreciendo la tipicidad tanto en los casos de concurrencia de factores causales como en los denominados del “río muerto”. Esta interpretación se consolida claramente en fechas recientes. No puede dejar de llamarse la atención, sin embargo, sobre la proclividad con que el TS tiende a cambiar de criterio -incluso en sentencias alejadas en el tiempo, por ejemplo, sólo tres días- pareciera que simplemente atendiendo al sentido que quiere darse al pronunciamiento, de condena o absolución, en supuestos considerablemente similares (por ejemplo, en los referidos del río muerto).

Esta cuestión a menudo remite o se relaciona con la invocación de los principios de intervención mínima y *ultima ratio* -también aludidos en ocasiones incorrectamente para negar la presencia del segundo de los elementos típicos- como argumento para negar la aplicación del art. 325.1. Se pretende derivar de dicho principio una máxima restrictiva para reducir el ámbito de prohibición de los tipos penales cuando se entiende que no se ha rebasado el umbral de relevancia típica que debe poner en marcha el ejercicio del *ius puniendi* únicamente como reacción frente a las conductas más graves de agresión ambiental. El TS, sin embargo, reiteradamente rechaza la virtualidad de dicho principio como criterio general de interpretación restrictiva (de *lege lata*) de los delitos contra el ambiente, utilizado en la práctica forense tanto para negar que el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales sea relevante típicamente como para rechazar, según se ha señalado, que la transgresión de leyes o disposiciones extrapenales de tutela del ambiente deba recibir un reproche más allá del propio de la normativa sectorial correspondiente. De un lado, entendiendo que es únicamente al legislador a quien corresponde definir el ámbito de lo punible; de otro porque el propio art. 45 CE requiere la intervención penal en esta materia. Pero a nuestro juicio es incorrecta la postura del Tribunal porque claro que los principios que fundamentan o inspiran la construcción y el ejercicio del Derecho penal deben encontrar aplicación -en ocasiones incluso directa- en la interpretación de la teoría del delito referida a tipos concretos. Otra cosa es que la Judicatura no pueda arrogarse funciones que le competen al legislador. Pero como criterio general de interpretación de los tipos penales, sin duda la idea de intervención mínima se ha utilizado y debe seguir utilizándose sin el menor pudor. Siempre, claro está, que ello no signifique -que es en realidad lo que ocurre en los recursos que en este ámbito conoce el TS- redefinición más que interpretación de la norma penal, sobre todo cuando no hay dudas sobre la tipicidad formal o la antijuricidad material de un complotamiento. Sin que por otra parte el escaso acierto en la redacción del art. 45 CE pueda llevar a entender que es preferente la intervención penal en esta materia, contra lo que hay pleno acuerdo, como se deduce incluso del propio modo de describirse el art. 325.1 CP.

Y, finalmente, en cuanto a la gravedad del peligro se van consolidando los criterios que permiten diferenciar el delito del ilícito administrativo y que pueden sintetizarse del modo siguiente: a) desde un punto de vista general, atiende el TS a la intensidad del acto contaminante, a su prolongación en el tiempo, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, a la reiteración de la conducta -frente a comportamientos episódicos- y la acumulación de factores contaminantes, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, a la proximidad de las personas o elementos de consumo, a la afección directa o indirecta de éstos o a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas; b) desde un punto de vista más específico -refiriéndonos a vertidos en medios acuíferos, que es donde más a menudo se plantea esta cuestión el TS-, a las características del vertido en cuanto a su composición, caudal y duración, a las características del medio receptor analizando su composición antes y después del vertido y su caudal y a las condiciones de vida animal o vegetal en el medio receptor que puedan haberse visto afectadas por el vertido. Insiste también el TS en diferenciar la infracción de normativa ambiental y la gravedad del peligro generado, si bien en alguna ocasión señala que es grave todo lo que supere con creces los límites permitidos de emisión. Y confunde en ocasiones -a ello aludiremos a continuación- lo que es daño ambiental o incluso personal -que pueden existir sin que por ello necesariamente haya de apreciarse el delito del art. 325.1- con peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales, que es lo que determina realmente la relevancia típica de la conducta.

4ª El último inciso del art. 325.1 -según cómo se interprete- puede favorecer una interpretación más antropocéntrica que estrictamente ecocéntrica del precepto en su conjunto. Ello le permite al TS definir a menudo el bien jurídico tutelado entendiendo que abarca la protección del derecho a la salud, la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, el bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos, así como, por supuesto, el equilibrio de los sistemas naturales. Y esta afección a intereses de carácter individual será además un factor que tenga en cuenta para

valorar la gravedad del peligro típico. No es eso, sin embargo, lo que pretende decirse doctrinalmente cuando se afirma optar por una concepción moderadamente antropocéntrica del ambiente en la interpretación de unos preceptos cuyo objeto de tutela en modo alguno puede confundirse con el de delitos como el homicidio, las lesiones o las coacciones.

Desde el punto de vista de la naturaleza de este subtipo del delito de contaminación en ocasiones parece que, tácitamente, se mantiene una línea interpretativa que lo caracteriza -a nuestro juicio incorrectamente-, y a pesar de su tenor literal, como subtipo agravado más que como subtipo básico. Ello impide que de constatarse no sólo un posible peligro para el ecosistema sino, además, también para la salud de las personas, puedan aplicarse dos sanciones, lo que hay quien entiende habría de ocurrir de entenderse que estamos ante un subtipo básico que no requiere riesgo para el equilibrio de los sistemas naturales. En nuestra opinión, no necesariamente si se entiende que el perjuicio ambiental se produce con la constatación del primer elemento típico y que el tercero -sea por el peligro para los sistemas naturales, sea por el peligro para las personas- es una causa restrictiva de penalidad de carácter alternativo que impide la acumulación de penas pero no exige la acumulación de requisitos en la aplicación del inciso segundo. En otras ocasiones, sin embargo, y aunque no se renuncia a la exigencia de peligro para los sistemas naturales, se entiende presente el mismo por el hecho de haber peligrado, por ejemplo, la integridad física, prescindiéndose en realidad de una comprobación de aquella peligrosidad. Es ilustrativo, sin embargo, el pronunciamiento acerca de la posibilidad de aceptar un homicidio o lesión imprudentes derivados de emisiones contaminantes y no, sin embargo, por la razón que sea, la existencia de delito ambiental. El nuevo art. 325.1.2 obliga sólo en cierta medida a modificar este planteamiento de la imposibilidad de la doble sanción y aborda parcialmente la cuestión de la causación de daños individuales sin riesgo grave para el equilibrio natural, cuestiones ambas sobre las que no ha tenido todavía ocasión de pronunciarse el TS.

5ª En cuanto a la tipicidad subjetiva, es doctrina consolidada que quien conoce suficientemente el peligro que genera su acción y aún así actúa obra con dolo en cuanto a la situación generada pues del conocimiento de lo que hace puede inferirse racionalmente la aceptación del resultado que constituye su consecuencia natural: la propia situación de riesgo deliberadamente creada. En el delito de contaminación el riesgo requerido por el tipo ha de encontrarse causalmente vinculado con la acción que genera el peligro producido pero puede serle atribuido al autor a título de dolo -eventual- aun cuando, como sucede en la generalidad de los casos, no conste la intencionalidad de perjudicar el ambiente o de crear un riesgo de grave perjuicio para el mismo. Tanto en supuestos de comisión como de omisión.

6ª En materia de autoría es habitualmente asumida la teoría del dominio funcional del hecho para imputar la responsabilidad en comisión por omisión (art. 11) a quien tiene la capacidad de decisión respecto a las cuestiones ambientales en una empresa o en otro ente -así, un ayuntamiento-: por ejemplo, el gerente a quien su posición le otorga el control real y efectivo del ámbito de actividad en que se desarrollan las conductas típicas, realizadas frecuentemente en el seno de estructuras complejas de actuación. La constatación efectiva de tal posición de garantía se anuda al deber de control de las fuentes de riesgo que estén bajo su responsabilidad y dominio directo, de suerte que se hace equivaler su infracción a la creación del riesgo típico relevante. Y esta caracterización de la autoría no precisa acudir, por supuesto, como acertadamente señala el TS, a las actuaciones en nombre de otro del art. 31.

7ª Insiste el TS en definir la figura delictiva del art. 325.1 como delito permanente. El momento relevante a efectos de fijar el objeto del proceso es el del lapso temporal determinado en el escrito de acusación del fiscal, que será quien determine los vertidos que constituyen la base material sobre la que se proyecta el reproche penal correspondiente. Dicha pluralidad de vertidos o actos de contaminación integrarán una única unidad de acción.

Por ello, como doctrina general, el TS rechaza la aplicación del delito continuado -pero admite la posibilidad de diferentes condenas basadas en la ejecución de hechos diversos de contaminación, objeto de conocimiento en procesos diferenciados, en aras a no otorgar una patente de corso a quien ya ha sido condenado por uno o varios vertidos contaminantes- considerando que estamos ante un único comportamiento delictivo aunque los actos de contaminación sean varios y realizados con autonomía los unos respecto de los otros a lo largo de un dilatado lapso de tiempo. Señala el TS que en el caso del art. 325.1 nos encontramos ante lo que un sector de la doctrina denomina tipos que incluyen conceptos globales, en los que se describe la correspondiente infracción por medio de unos términos que abarcan en su seno una pluralidad de actuaciones que se integran en un solo delito. Con todo, en ocasiones excepcionales admite la continuidad delictiva si los actos de contaminación son cualitativamente muy diferentes y se prolongan durante un lapso excepcionalmente largo de tiempo.

8ª Y finalmente, en relación con el art. 325.1, en cuanto a la legitimidad de la sanción penal habiéndose ya impuesto una sanción administrativa con identidad de sujeto, hecho y fundamento y la recurrente prohibición del *bis in idem* -ninguna duda hay si dicha identidad no se produce o si todavía esta sanción no es firme-, la jurisprudencia del TS ha asumido el cambio doctrinal que se produce en el TC con la STC 2/2003, de 16 enero -frente a la tesis que propone la STC 177/99, de 11 octubre-, entendiéndose que cabe imponer una condena penal por hechos ya sancionados

administrativamente siempre que las consecuencias de esta naturaleza sean debidamente descontadas en la imposición de la sentencia penal. Lo que, a nuestro parecer, quiebra al menos la garantía de seguridad jurídica del procesado.

9ª Ya en relación con la interpretación del tipo cualificado de industria o actividad clandestina del art. 326 a), sin duda el más habitualmente discutido en esta sede, es parcialmente restrictiva en cuanto -y aunque no se define el concepto de clandestinidad desde un punto de vista material de efectivo ocultamiento de la actividad a las Autoridades- se exige la falta de aprobación o autorización de las instalaciones, sin que baste únicamente la de los vertidos. El TS no exige del procesado, por tanto, y acertadamente, una absoluta acomodación a toda la normativa ambiental extrapenal -una plena regularidad administrativa- para evitar la aplicación del tipo agravado, sino simplemente -en base a la interpretación auténtica del precepto- el cumplimiento de la normativa concerniente a la obtención de la licencia para poner en marcha la actividad de que se trate. Pero, en este sentido, no resulta relevante a juicio del TS que la Administración tenga conocimiento de la actividad si efectivamente no ha sido autorizado su funcionamiento, si bien, en alguna ocasión, y -según se señala- para no convertir las exigencias típicas en un puro formalismo contrario a la razón de la agravación basada en la existencia de un mayor peligro para el ambiente cuando se actúe clandestinamente, se ha denegado la apreciación del tipo cualificado en supuestos en los que existió capacidad de control por parte de la Administración -ya porque se conocía la actividad claramente ya porque había medios para deducir que se podía conocer- aun cuando no se hubiera concedido licencia de puesta en marcha o de aprobación de instalaciones.

10ª En lo que respecta al tipo cualificado de deterioro irreversible o catastrófico del art. 326 e), se interpreta -pero confundiendo daño, que no exige el precepto, con peligro- según un criterio restrictivo. Irreversible será el deterioro si no cabe una regeneración del daño producido mediante una acción espontánea de la naturaleza. Catastrófico, cuando sea intenso y extendido tanto en el tiempo como en el espacio.

11ª En cuanto al ámbito de aplicación del art. 328, parece confirmarse la línea doctrinal que no lo interpreta como un acto preparatorio respecto del delito de contaminación del art. 325.1. Ha entendido el TS que lo que diferencia ambos delitos es la conducta realizada, de tal forma que el establecimiento de depósitos o vertederos con posible peligro para el ecosistema o la salud de las personas, en ausencia de transgresión de normativa extrapenal, dará paso a la aplicación del art. 328. La pena, más grave, del art. 325.1 procederá en cambio si dicha conducta se ve además acompañada de la contravención a leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del ambiente que definen este precepto. En tal sentido, la infracción de esta normativa extrapenal sería el elemento que otorgaría un mayor desvalor a la conducta enjuiciada con obligación, por tanto, de remitirse al art. 325.1. Algo que no se entiende muy bien en cuanto el art. 328 necesariamente ha de aceptarse que requiere un componente de ilegalidad semejante pues difícil sería calificar como legal un depósito de desechos o residuos tóxicos. En todo caso también se ha aludido por el TS a una relación concursal de alternatividad entre ambos preceptos, lo que obligaría a entender que no se da esa relación de exclusión señalada e incluso a una relación de especialidad a favor del art. 328, de modo absolutamente impropio si el art. 328 no contiene todos los elementos del tipo básico. En realidad estamos ante la clásica construcción de los círculos típicos secantes que comparten elementos comunes.

12ª La incipiente doctrina del TS sobre el delito de prevaricación específica del art. 329 admite que la acción típica puede tener carácter activo u omisivo, lo que le permite extender desafortunadamente su ámbito de aplicación -al menos desde un punto de vista de estricta legalidad- a los denominados supuestos de "tolerancia" en los casos en que los responsables funcionariales omiten las inspecciones a que están obligados y no sólo, como señala literalmente el propio art. 329, a aquéllos en que se silencia la infracción detectada. Ello con base en una interpretación del art. 404 abierta a la posibilidad de su comisión omisiva, pero confundiendo, como se señalaba, los supuestos que la misma puede abarcar.

En cuanto a la relación del precepto con el art. 325.1, se admite la posibilidad de un concurso ideal de delitos entre ambas figuras, lo que sin duda vulnera la prohibición de *bis in idem* habida cuenta de que con ello se sanciona el peligro ambiental doblemente, ya que frente a la pena del art. 404, la del art. 329 ya contempla el específico desvalor de resultado que hace referencia al mismo.

13ª Y, para concluir, en cuanto a la interpretación del art. 330 entiende acertadamente el TS que para su aplicación no basta con que la conducta afecte a un espacio natural protegido, sino que es exigencia típica cierta relevancia del daño producido.