

Id Cendoj: 28079120012008100142
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1537 / 2007
Nº de Resolución: 141/2008
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. La sanción penal no incurre en "bis in idem" pese a la previa sanción administrativa, aunque ésta haya de considerarse en la determinación de aquélla. El tipo penal del art. 325 del CP es de peligro hipotético. Dilaciones indebidas: requisitos.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Abril de dos mil ocho.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por el procesado D. Gaspar , representado por la Procuradora D^a Lidia Leyva Cavero, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, con fecha 14 de mayo de 2007, que lo condenó por un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida se ha personado la JUNTA DE GALICIA, y en su nombre el Letrado de la misma. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción de Sarriá, instruyó procedimiento abreviado contra Gaspar , por un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Lugo, que con fecha 14 de mayo de 2007, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"Y así se declaran: El día 1 de septiembre de 1999, el Agente territorial de Lugo del Servicio de Medio Ambiente Natural de la Delegación provincial de la Consellería de Medio Ambiente, hallándose de servicio por el río Tordea, observó la presencia de mortandad piscícola y turbidez de las aguas, comprobando, acompañando de otros dos agentes, que las aguas turbias procedían del arroyo "Os Troyos", en el cual, a la altura de la localidad de Veiga de Anzuelos, termino municipal de Láncara y partido judicial de Sarria, desembocan los vertidos de la empresa "Leite Rio S.L." (antes Lácteos Lence), S.L de la cual es el acusado, Gaspar , gerente y administrador único.- El día 2 de septiembre de 1999, agentes de la guardia civil adscritos al servicio de Protección de la Naturaleza (SEPRONA) se dirigieron al arroyo "Os Troyos", constatando que es éste el que aportaba las aguas con coloración Blanquecina a las aguas del río Tordea, recorriendo unos 1400 metros hasta llegar a la depuradora de aguas residuales de la empresa "Lácteos Lence S.L." y comprobando que la referida depuradora vertía aguas blanquecinas al cauce del arroyo "Os Trollos", por lo que, en presencia de una persona designada a tal fin por la empresa así como en presencia del acusado, se procedió a la recogida de muestras de las aguas residuales procedentes del vertido del colector de la empresa, en la desembocadura del arroyo en el río Tordea, 50 metros aguas arriba de dicha desembocadura y 50 metros aguas abajo de la desembocadura del citado arroyo que, una vez analizadas, dieron el siguiente resultado.- Muestra recogida en el colector que presentaba los siguientes parámetros alterados infringiendo las disposiciones aplicables.- Parámetro Alterado.- Oxígeno disuelto: 0mg/l.- Fosfatos: 51,80 mg/l.- Sólidos en suspensión 2540 ntg/l.- Cloro Total.- 0,39 mg/l.- Valor normal según Reglamentación establecida.- Nunca debe ser menor 6 mg/l.- Nunca debe ser mayor de 02 mg/l.- Nunca debe ser mayor de 25 mg/l.- Debe ser igual o menor de 0,005 mg/l.- Muestra recogida en la confluencia (desembocadura) y vertido del arroyo Os Troyos en el río Tordea.- Parámetro Alterado.- Oxígeno disuelto: 0,87 mg/l.- Fosfatos: 33,80 mg/l.- Sólidos en suspensión: 645 mg/l.- Cloro total.- 0,82 mg/l.- Valor normal s/ Reglamentación

Establecida.- Nunca debe de ser menor de 6 mg/l.- Nunca debe ser mayor de 02 mg/l.- Nunca debe ser mayor de 25 mg/l.- Nunca deber ser mayor de 0,005 mg/l.- Muestra recogida cincuenta metros aguas abajo de la confluencia (desembocadura) y vertido del arroyo Os Troyos en el río Tordea.- Parámetro Alterado.- Oxígeno disuelto 04,10 mg/l.- Fosfatos: 2,36 mg/l.- Sólidos en suspensión 19,62 mg/l.- cloro total 0,06 mg/l.- Valor Normal según Reglamentación Establecida.- Nunca debe ser menor 6 mg/l.- Nunca puede ser mayor de 02 mg/l.- Nunca puede ser mayor de 25 mg/l.- Nunca puede ser mayor de 0,005 mg/l.- Muestra recogida cincuenta metros aguas arriba de la confluencia (desembocadura) y vertido del arroyo "Os Troyos en el río Tordea: No presentaba parámetros alterados, existiendo un tal punto, un valor de oxígeno de 9,20 mg/l, totalmente adecuado para la vida de los peces.- El valor de oxígeno recogido en las muestras recogidas tanto en el colector, como en la confluencia del arroyo Os Troyos en el río Tordea, como cincuenta metros aguas abajo de éste desde tal confluencia, resulta incompatible con la vida de los peces; asimismo los demás valores analizados suponen una fuerte alteración del hábitat de los peces, infringiendo lo dispuesto en la *directiva Comunitaria Europea del Consejo de fecha 18 de julio de 1.978* sobre calidad de las aguas continentales que requieren protección ó mayor para ser aptas. la vida de los peces, la *Ley 29/85 de Aguas de 2 de agosto* , el *Real Decreto 13 -La Ley 7/92 de Pesca Fluvial de Galicia, de 24 de julio* , y el *Decreto de Galicia 130/97 de 14 de mayo* , que aprueba el Reglamento de Ordenación de Pesca Pluvial y de los ecosistemas acuáticos continentales.- Los vertidos causaron daños en la forma piscícola (con muerte de 1526 truchas, 3 anguilas y 1471 bogas) y en el medio acuático en que se produjo el vertido, daños que fueron valorados en la cantidad de 25.262,868 Euros." (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- Que debemos condenar y condenamos al aquí acusado, Gaspar como autor de un delito dentro los Recurso Naturales y el Medio Ambiente, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, multa de veinticuatro meses con una cuota diaria de 300€, con arresto sustitutorio en caso de impago, de un día por cada dos cuotas, e inhabilitación especial para ser representante legal ó administrador de entidades mercantiles por un periodo de tres años y a que abone a la Consellería de Medio Ambiente de la Xunta de Galicia la cantidad de veinticuatro mil euros con ochenta y dos céntimos (24.000,82), en concepto de daños en la fauna, con responsabilidad civil subsidiaria de la empresa Leite Río S.L con aplicación del interés previsto en el *artículo 576 de la ley de Enjuiciamiento Civil* ; asimismo el acusado, deberá abonar las costas de este juicio." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por el condenado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo del *art. 852 de la LECrim* . por vulneración del *art. 25.1º de la CE* , referido al principio de legalidad y a no sufrir una duplicidad punitiva, administrativa y penal por los mismos hechos.

2º.- Al amparo del *art. 849.2º de la LECrim* . por error en la valoración de la prueba.

3º.- Al amparo del *art. 852 de la LECrim* . por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del *art. 24.2 de la CE* .

4º.- Al amparo del *art. 849.1º de la LECrim* . por aplicación indebida del *art. 325* e inaplicación del *art. 331 ambos del CP* .

5º.- Al amparo del *art. 849.1 de la LECrim* . por infracción del *art. 326-b) del CP* .

6º.- Al amparo del *art. 852 de la LECrim* . por vulneración de los *arts. 24.1 y 120.3 de la CE* . referidos al derecho de la tutela judicial y al deber de motivación.

7º.- Al amparo del *art. 851-3º de la LECrim* . por no resolver la sentencia todos los puntos objeto de acusación y defensa.

8º.- Al amparo del *art. 852 de la LECrim* . por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del *art. 24.2 de la CE* .

9º.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim. por inaplicación de la atenuante analógica 21-6º del CP. de dilaciones indebidas.

QUINTO.- Instruidas las partes y el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 30 de enero de 2008. La fecha de la presente sentencia está fuera de plazo teniendo en cuenta la huelga de funcionarios que ha finalizado el día 08.04.2008.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sanción penal de un hecho no implica quiebra del principio de legalidad aunque el mismo hecho haya sido, previamente, objeto de sanción administrativa.

El primer motivo del recurso denuncia la infracción de precepto constitucional, al amparo del *artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con cita del 25.1º* de la Constitución Española, alegando que el mismo hecho por el que ha sido penalmente condenado el recurrente ya dio lugar, con anterioridad a la sanción administrativa. Cita al respecto la preexistencia del expediente sancionador NUM000 incoado por los mismos hechos, en cuya denuncia iniciadora se daba cuenta de que, al mismo tiempo, se incoaba el procedimiento penal. La resolución del mismo en la vía administrativa tuvo lugar en 1 de febrero de 2000, confirmada en 23 de octubre de 2002, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, pese a alegarse que coexistía el procedimiento administrativo con el procedimiento penal.

Afirma el recurrente que, conforme al *artículo 120 del texto refundido de la Ley de Aguas* aprobado por *Real Decreto Legislativo 1/2001*, la Administración estaba obligada a suspender su tramitación hasta las resultas de la causa penal.

No obstante, invocando la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999 alega que tal premisa determina conculcación del derecho fundamental de legalidad del *artículo 25* de la Constitución Española, que implica la proscripción del bis in idem, desconocido por las resoluciones administrativa y contencioso administrativa citadas.

El citado principio, en relación con los de proporcionalidad y respeto a la cosa juzgada, prohíbe la duplicidad de sanción (en este caso administrativa y penal) en sendos procedimientos, si concurre la triple unidad de sujeto, objeto y causa, salvo que no exista diversidad de fundamento en la sanción, por concurrir en la sanción administrativa un supuesto de especial relación de sujeción referida al sujeto sancionado.

Es doctrina tradicional la de que, aún reconociendo una identidad entre las infracciones administrativa y penal, ora por sus funciones, ora por los principios a que deben sujetarse, la tipificación penal debería trascender los límites de la infracción administrativa. No obstante, la efectiva aplicación de aquellos tipos penales da lugar a no pocas situaciones de inseguridad jurídica.

Por otro lado debe advertirse la subordinación de la actuación administrativa -sea ésta o no ratificada en el orden jurisdiccional contencioso, dentro del ámbito que ésta tiene atribuido- a la actuación del tribunal penal. De suerte que ésta ha de prevalecer sobre aquélla cuando la sanción que imponga, entre en colisión con la impuesta en vía administrativa.

Es verdad que en tal tradicional doctrina implicó una excepción la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 177/1999, de 11 de octubre, precisamente en relación con materia que concernía a la sanción de vertidos irregulares.

Pero, con posterioridad, se dictó la sentencia del Tribunal Constitucional 152/2001, de 2 de julio en la que se retoma la tesis tradicional de desvinculación de la jurisdicción penal respecto a sanciones administrativas precedentes sobre el mismo hecho y fundamento de sanción.

Ahora bien, lo que viene a reconocerse es que la prevalencia de la jurisdicción penal no es la razón de admisibilidad de la sanción posterior en ese orden. Es la relación con el principio de culpabilidad como medida de la pena lo que conduce al denominado principio de proporcionalidad.

El Pleno del Tribunal Constitucional dictó posteriormente la Sentencia 2/2003 de 16 de enero,

avocación que tuvo lugar expresa y precisamente para apartarse de la doctrina establecida en la antes dictada de 1999, y en ella se establece que "la garantía de no ser sometido a "bis in idem" se configura como un derecho fundamental (...) que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento".

Desde la perspectiva material del derecho fundamental garantizado en el *art. 25.1 CE*, el núcleo esencial de la garantía en él contenida reside, según la doctrina del Tribunal Constitucional, en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente; de modo que la lesión de la prohibición de incurrir en bis in idem sancionador no deriva con carácter automático, ni de la infracción de una regla procesal -la no suspensión del expediente administrativo prevista en el *art. 7.1 y 2 RPS-*, ni de la eventual falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada de la resolución sancionadora.

No obstante, afirma aquella doctrina, no puede dejar de reconocerse que los órganos penales, pueden encontrarse en una situación paradójica, pues, aunque no pueden dejar de condenar penalmente al antes sancionado administrativamente, dado su sometimiento estricto a la ley en el ejercicio de su función jurisdiccional (*art. 117.1 CE EDL1978/3879*), tampoco pueden dejar de ser conscientes de que la sanción penal, por ellos impuesta al mismo, puede suponer una reiteración sancionadora constitucionalmente prohibida por el *art. 25.1 CE*.

En la perspectiva constitucional, una solución que minore la cuantía de la multa como sanción penal en la medida de la multa administrativa, no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en bis in idem sancionador, dado que permite concluir que no ha habido una duplicación -bis- de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el *art. 25.1 CE*. Frente a lo sostenido en la Sentencia Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre (FJ 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción, si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora, para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento.

Una ponderación similar, recuerda el Tribunal Constitucional, fue efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 30 de julio de 1998 en el caso Oliveira (§ 27) -junto a la calificación del caso como concurso ideal de infracciones- para declarar que no se había lesionado el *art. 4 del Protocolo 7 CEDH*, al afirmar que "esta disposición no se opone a que dos jurisdicciones distintas conozcan de infracciones diferentes,... y ello en menor medida en el caso en el que no ha tenido lugar una acumulación de penas sino la absorción de la más leve por la más grave".

No obstante el recurrente pretende que en el caso que hoy juzgamos concurre una especialidad respecto a esa doctrina. La de que la actuación de la Administración ha encontrado confirmación una vez sometida a la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que cabría invocar ya un efecto preclusivo de cosa juzgada.

Tal tesis tampoco puede ser estimada.

Porque el Tribunal Constitucional no solamente priva -que lo hace- de tal consecuencia preclusiva a la decisión meramente administrativa, solamente predicable de las resoluciones jurisdiccionales. Por ello afirma que en la regulación legal actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de dicha prohibición constitucional.

Pero, lo relevante no es que el procedimiento administrativo haya logrado o no su ratificación en vía jurisdiccional. Por ello el Tribunal Constitucional recuerda que aún cuando en ciertos casos la substanciación de un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal -por los mismos hechos y con el mismo fundamento- puede ocasionar la vulneración del derecho a no ser sometido a un doble proceso,... ..la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento -su grado de complejidad- como a las de la sanción que sea posible imponer en él -su naturaleza y magnitud- pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal.

Y acaba diciendo que hemos de reiterar que, como resulta del *párrafo segundo del art. 4 del Protocolo 7 CEDH* y de nuestra jurisprudencia (Sentencia Tribunal Constitucional 159/1987, de 26 de octubre), la interdicción de doble procedimiento sancionador sólo se incumple si los dos procedimientos han

sido sustanciados con las debidas garantías, de modo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional penal no impide un segundo procedimiento sancionador.

Y aún advierte que de la proscripción de duplicidad sancionadora tampoco puede derivarse la consecuencia automática de que deriva siempre la anulación de la segunda sanción que se impone. Y ello porque esta consecuencia, sin embargo, no puede ser extraída de la norma constitucional.

Entre las razones que avalan esta tesis constitucional se encuentran la de que la jurisdicción penal tiene la exclusividad para el conocimiento de los hechos constitutivos de delito, cuya enunciación corresponde al legislador, de suerte que tras la tipificación deja de tener efecto la determinación de la sanción administrativa. Así: Cuando el hecho reúne los elementos para ser calificado de infracción penal, la Administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión.

Otra razón viene constituida por las garantías específicas que rigen el proceso penal integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, moralizada cuando del administrativo se trata.

La conclusión es que en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en ésta no puedan ceder ante las dictadas en aquélla.

Finalizando el Tribunal Constitucional por recordar que: por lo demás, a esta solución no se opone el alcance del derecho reconocido en el *art. 4 del Protocolo 7 CEDH*, pues el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer c. Austria* (§ 31) ha sostenido que los Estados parte del *Convenio europeo de derechos humanos conservan libertad para "regular cuál de las dos infracciones ha de ser perseguida*.

Tal doctrina constitucional que lleva al fracaso del primer motivo viene a ser confirmada en la establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 334/2005, de 20 de diciembre .

SEGUNDO.- El error en la valoración de la prueba tiene que evidenciarse a medio de documentos, no contradichos por otros elementos de juicio derivados de diversos medios de prueba.

Más expeditivo ha de ser el rechazo del segundo motivo por el que se postula la rectificación de la declaración de hechos probados con invocación del *art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* .

Bajo tal cobertura se pretende que se declare que los vertidos reprochados tienen por causa un evento calificado de fuerza mayor, constituido por la tempestad acaecida en el tiempo y lugar de los hechos origen de la denuncia.

Se añade que los efectos no tienen a los vertidos imputados al recurrente como única causa, sino que habrían concurrido con otros vertidos.

Se califican de carentes de contenido incriminador a las cifras de oxígeno presentes en las aguas del río. Y se niega la relación de causalidad entre el vertido y la mortandad de peces en el río.

Basta en efecto para rechazar este motivo el simple recuerdo de la claridad del enunciado legal que supedita el éxito del mismo a la invocación de documentos, que merezcan tal calificación a efectos del recurso, de cuyo texto se derive el supuesto error, sin necesidad de ulteriores inferencias -litosuficiencia y ello sin entrar en colisión con el resultado de otros medios probatorios. A lo que aún debe añadirse el requisito de que el error sea tal que por su trascendencia deba traducirse en la modificación de datos de hechos que determinen el cambio de la decisión a adoptar.

Las cifras pluviométricas de la supuesta tormenta, narrada en los medios de comunicación, no bastan, sin la evaluación pericial pertinente, para llevar a la conclusión valorativa que el recurrente postula, y que exigiría volver a valorar medios de naturaleza personal vetados bajo esta invocación procesal. Por ello el fundamento del motivo cae fuera del ámbito de cobertura del *artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* . Lo que hace innecesario entrar en otras consideraciones como al de la exigibilidad de prever los acopios de aguas pluviales en territorio como el gallego en que tales hechos ocurrieron y con tal previsión adoptar la prevención de conjurar sus perniciosos efectos sobre la EDAR cuya instalación y mantenimiento incumbía al condenado.

Otro tanto cabe decir de la invocación de otros vertidos. Independientemente de su existencia, ninguna prueba documental acredita su entidad y trascendencia causal respecto a los efectos contaminantes. Pero, en cualquier caso, lo que es obvio es que la existencia de los mismos no diluye la potencialidad contaminante de los atribuidos al acusado.

Tampoco cabe derivar desde documentos, de los que solamente se invocan silencios al respecto, la falta de constatación de la mortandad piscícola y su vinculación causal con la deficiencia de oxígeno en las aguas del río. Lo que el recurrente hace es discutir la valoración de la prueba pericial. Nada más lejos del ámbito de cobertura que para la pretensión de casación otorga el *art. 849 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

TERCERO.- En el tercer motivo se denuncia infracción del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el *artículo 24* de la Constitución Española, bajo autorización dada por el *artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Con ello se busca, dice el recurrente, el mismo efecto de modificar la declaración de hechos probados y se alegan las mismas razones que en el motivo anterior.

Pues también por las mismas razones debemos decir que tal modificación no puede buscarse fuera del cauce limitado por dicho *artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* y, en consecuencia también por las mismas razones expuesta en relación al anterior motivo debe rechazarse este otro.

CUARTO.- Los hechos constituyen el delito doloso del *art. 325 del Código Penal* que es un delito de peligro hipotético.

Al amparo del *art. 849 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* se denuncia la supuesta infracción del *art. 325 del Código Penal* que se estima indebidamente aplicado y se postula la aplicación del *art. 331 del mismo Código Penal*.

Y ello se hace incluso para el caso de que no se estimen los dos motivos anteriores que pretendían la modificación de los hechos probados.

Porque entiende el recurrente que el tipo del *art. 325 del Código Penal* exige la consciencia de que de la estación depuradora de aguas residuales de su empresa salían vertidos peligrosos y que no tuviera la voluntad de impedirlo. Además niega que su comportamiento implique la infracción de normas protectoras del medio ambiente, ya que se sujetó al condicionado administrativamente impuesto para los vertidos de su industria. Sin que los hechos probados prediquen nada que contradiga esta alegación.

Este motivo obliga, en primer lugar, a recordar la naturaleza del tipo penal del *art. 325*.

Un sector doctrinal estima que es insatisfactoria la forma de estructurarlo como delito de peligro concreto, que es lo que se había consolidado en la jurisprudencia de esta Sala -SS 11-3-1992, 16-12-1998, que fue la primera tras la vigencia del nuevo *Código*, 14-2-2001, 30-1-2002 y 26-6-2002 -, sugiriéndose, como más acertado considerarlo como de peligro hipotético.

En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.

La categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien determinado. Basta la producción de un estado de riesgo pero desde la perspectiva meramente ex ante.

Esa tipificación se asimila a la de los tipos de resultado en la medida que aquel estado de riesgo ha de valorarse en cuanto resultado separado de la conducta. Ello no impide que la existencia del delito se constate por la mera concurrencia de la conducta típica sin que la verificación deba extenderse a la valoración de ese resultado, que resulta implícito en la tipificación del comportamiento por el legislador.

Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura

delictiva de peligro hipotético o potencial.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24-6-2004 se dejó establecido que después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial (STS nº 388/2003, de 1 de abril). De acuerdo con ello, es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido.

Por lo tanto, en primer lugar, la conducta debe ser una de las previstas de forma muy amplia en el *art. 325* , y debe estar descrita con suficiente precisión para permitir la valoración a la que se ha hecho referencia.

En segundo lugar, una vez precisada la conducta, debe identificarse 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, en definitiva, es necesario individualizar el posible perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas. Como hemos dicho, lo decisivo en este aspecto es que se trate de una conducta que crea un riesgo, que puede concurrir o no con otras conductas diferentes. La existencia de un daño efectivo no es necesaria para la consumación del delito, pero es un dato que en ocasiones permite identificar la conducta que lo ha ocasionado a través del examen de la causalidad, y someterla a valoración.

Y, en tercer lugar, del riesgo debe predicarse la gravedad. No basta, pues, cualquier clase de riesgo, pues los no graves podrán dar lugar, en su caso, a respuestas de tipo administrativo. La decisión sobre este extremo corresponde razonadamente al Tribunal, aunque sean importantes a estos efectos las pruebas periciales.

También se advirtió que el juicio de valor sobre la peligrosidad del comportamiento es revisable en casación:

En la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 2-11-2004 se reiteró la doctrina diciendo que no es preciso 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, por lo que no es preciso comprobar la efectiva producción del riesgo, la concreción del mismo, sino la idoneidad de su producción desde la conducta declarada probada.

Pues bien, siendo así resulta claro que el elemento subjetivo del dolo no ha de ir referido a una situación que ya haya dado lugar a la concreción del peligro, y menos aún al daño efectivo, sino al comportamiento y a su idoneidad para generar aquella situación.

En el caso que ahora juzgamos es un hecho declarado probado que la empresa "Leite Rio S.L. vertía en el arroyo "Os Troyos" aguas residuales que, pese a pasar por su estación depuradora, eran blanquecinas y conferían al agua del río unos valores en cuanto a oxígeno, fosfatos, sólidos en suspensión y cloro que resultaban idóneos para erigirse en causa de la mortandad de peces que, además, efectivamente se ocasionó. Dichos valores, incompatibles con la vida de los peces, suponen la infracción de la *Directiva Comunitaria Europea de 18 de julio de 1978* , *Ley de Aguas 29/1985 de 2 de agosto* , *Ley de Pesca Fluvial de Galicia 7/1992 de 24 de julio* y *Decreto de Galicia 130/1997 de 14 de mayo* .

Además, en sede de fundamentación jurídica, pero con virtualidad de integración de premisa fáctica de la decisión, se añade el dato de que el acusado ya fue sometido a reiterados expedientes administrativos sancionadores por hechos similares en relación a vertidos contaminantes.

La suma de ambas consideraciones permiten: a) dejar fuera de discusión el acierto valorativo de la sentencia recurrida al tildar los vertidos de idóneos para ocasionar la situación de riesgo de las circunstancias medioambientales en medida tal que las hace incompatibles con la riqueza piscícola; b) que el acusado conocía las características y efectividad de las medidas adoptadas en aplicación de las normas citadas, en el sentido de no poder ignorar su ineficacia para proteger el medio ambiente, de suerte que el riesgo no solamente le era cognoscible sino decididamente conocido.

Por ello la sentencia establece con acierto no solamente los elementos objetivos del tipo del *art. 325* sino también los subjetivos del dolo referido a la existencia de condiciones idóneas para el daño ambiental. Lo que hace inaplicable el *art. 331* *invocado y atinada la estimación del 325* que se hizo en la sentencia contra la que se invoca este motivo que, por ello, debe ser rechazado.

QUINTO.- La no expresión, entre los hechos probados, de la existencia de órdenes expresas, bien determinadas, impide estimar el subtipo agravado del *art. 326 b) del Código Penal*.

Al amparo del *artículo 849 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* se alega infracción del *art. 326 b) del Código Penal* aplicado en la sentencia pese a que, en el entender del recurrente, no precedió a su comportamiento una orden expresa, que es lo que exige ese subtipo agravado.

El *art. 326 bis b) del Código Penal* condiciona la estimación del subtipo agravado a que el acusado haya incumplido órdenes expresas de la autoridad administrativa b) que hagan referencia a la corrección o suspensión de actividades a que se refiere el *art. 325*.

Pues bien, en primer lugar debemos subrayar que en los hechos probados no se identifica en manera alguna cual fuese la orden que los vertidos, imputados en este proceso, infringieron. No existe ni la más mínima alusión a la Autoridad que la impartiera, ni a su fecha y notificación al interesado. Ni mesón aún al contenido concreto de la orden.

En segundo lugar, aunque en los fundamentos jurídicos se justifica la tipificación agravada no se subsana el defecto de falta de identificación de la orden y, además, se equipara el concepto de corrección o suspensión de actividades con la de mero incumplimiento de las condiciones de autorización. Y es obvio que no cabe equiparar el desvío sobre una autorización con la frontal infracción de una orden específica de comportamiento.

Por ello el motivo debe ser estimado con la consecuencia correspondiente en cuanto a la pena que se establecerá en la sentencia que dictaremos a continuación de ésta.

SEXTO.- En sexto lugar se denunciaba la falta de motivación de la tipificación del comportamiento imputado en el subtipo agravado del *art. 326*. La estimación del anterior motivo deja este sin contenido de necesaria atención.

SEPTIMO.- Denuncia bajo este motivo una incongruencia omisiva, al amparo del *art. 851 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* por no resolverse todos los puntos objeto de acusación y defensa.

Nuevamente se pretende con este motivo establecer la premisa que lleve a excluir la aplicación del subtipo agravado, por la respuesta que debería darse a la cuestión de que el acusado había observado las indicaciones de la Administración sin incumplir mandatos de ésta.

La estimación del motivo quinto hace innecesario entrar en el examen de éste que busca fundamentar la misma pretensión.

OCTAVO.- No cabe apreciar la atenuante de dilaciones indebidas si no se planteó en la instancia ni se identifican los períodos de paralización de suerte que pueda valorarse si esos concretos periodos son o no indebidamente dilatados.

Finalmente, como motivos octavo y noveno, se pretende la casación de la sentencia recurrida por infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas "como consecuencia del tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento penal hasta la celebración del juicio oral" y no apreciar la atenuante, por tal motivo, como reparación de esa dilación, incluso como muy cualificada.

La justificación de tal pretensión se busca en un único dato: afirmar el tiempo transcurrido entre la incoación del procedimiento y la fecha de la sentencia.

Como es bien sabido el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un concepto indeterminado cuya concurrencia pasa por el examen de las actuaciones procesales a fin de determinar: su complejidad, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes la valoración de tales aspectos ha de efectuarse en cada caso concreto.

En la Sentencia 344/2004 de 12 de marzo también dijimos: "...Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1151/2002, de 19 de junio, «no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el *art. 24.1 de la*

Constitución (RCL 1978, 2836) mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992, 301/1995, 100/1996 y 237/2001, entre otras; STS 175/2001, 12 de febrero)».

Carga formal que, si bien no debe en el proceso penal llevarse al extremo de privar al acusado del beneficio de la prescripción del delito, obsta la estimación de la atenuante.

Por otra parte en la Sentencia 1456/2003 de 8 de noviembre este Tribunal, refiriéndose al acuerdo de la sala General de 21 de mayo de 1999 advertía que "...quedó de manifiesto que, para la apreciación de tal atenuante en casación, la cuestión tendría que haber sido propuesta y debatida en la instancia con el correspondiente pronunciamiento al respecto en la sentencia recurrida», sin que ello suponga la imposición al acusado de la carga de denunciar la paralización del procedimiento cuando la posible prescripción corre a su favor, salvo que la vulneración tenga lugar en la misma sentencia, lo que no sucede en el presente caso (STS 888/03). En efecto, la aplicación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad exige la constancia del sustrato fáctico que le sirve de apoyo en el «factum» y esta cuestión de hecho no puede sustraerse al debate contradictorio en el acto del juicio oral, si en el escrito de calificación no se sentaron los hechos ni se interesó la aplicación de la atenuante, luego no es posible «per saltum» suscitar en casación dicha cuestión nueva."

De los antecedentes de la sentencia deriva que las defensas propusieron en sus calificaciones la inexistencia de circunstancias modificativas.

Si a lo anterior añadimos que el recurso no hace alusión identificadora de los concretos periodos de paralización del procedimiento, se concluirá que este Tribunal no está en condiciones de valorar si en los mismos concurren o no los criterios valorativos que permitan integrar el concepto indeterminado de indebida aplicado a dicha dilación.

Todo lo que lleva a la desestimación de estos motivos.

NOVENO.- La parcial estimación del recurso lleva a declarar de oficio las costas causadas de conformidad con el *art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por Gaspar , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, con fecha 14 de mayo de 2007 , que lo condenó por un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, casando y dejando sin efecto la sentencia recurrida, sin perjuicio de lo que estableceremos en la sentencia que dictamos a continuación, declarando de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese dicha resolución y la que a continuación se dicte a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Abril de dos mil ocho.

En la causa rollo nº 17/2006, dimanante del procedimiento abreviado nº 12/2005, incoada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Sarria, seguido por un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, contra Gaspar , nacido el día 1/09/1940 en Castroverde (Lugo) con DNI nº NUM001 , hijo de Jesús y de Encarnación, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de mayo de 2007 por la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Lugo , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan los de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones que dejamos expuestas en la precedente sentencia, los hechos probados son legalmente constitutivos del delito del *art. 325 del Código Penal*.

Por lo que se refiere a la pena procedente, excluida la agravación del *art. 326 bis*, y no habiendo lugar a la estimación de circunstancias modificativas, ha de estarse a lo dispuesto en el *art. 66.6ª del Código Penal*. Al efecto la gravedad del hecho y las circunstancias personales de su autor se reflejan no sólo en que, más allá del peligro, se llegó a producir el daño en el medio, sino también en la reiteración de actuaciones merecedoras de sanción administrativa en el mismo orden de comportamientos antijurídicos.

Pero con una matización respecto a la sentencia de la instancia. La sanción económica ya sufrida administrativamente, por los mismos hechos que dieron origen a la causa de que procede este rollo, no deberán imputarse al importe de la responsabilidad civil. Por el contrario, a la luz de la doctrina constitucional antes citada, siendo el fundamento de esa imputación la reducción, en aras del principio de proporcionalidad, de la pena, es a ésta, y concretamente a la multa, a la que deberá hacerse aquella imputación.

La responsabilidad penal acarrea la obligación, conforme al *art. 123 del Código Penal de satisfacer las costas de la primera instancia*.

Por ello

III. FALLO

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Gaspar , como autor de un delito contra el medio ambiente ya definido a la pena de DOS AÑOS de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y DOCE MESES de multa con cuota de TRESCIENTOS euros diarios, a cuyo pago se imputará lo satisfecho por la multa ya abonada por razón de sanción administrativa derivada de los mismos hechos por los que aquí se le pena, debiendo, en caso de impago de la multa, sufrir arresto a razón de un día por cada dos cuotas e inhabilitación especial para ser representante legal o administrador de entidades mercantiles por un período de TRES AÑOS y a que abone a la Consellería de Medio Ambiente de la Xunta de Galicia la cantidad de VEINTICUATRO MIL EUROS Y OCHENTA Y DOS CENTIMOS (24.000,82.-) en concepto de daños en la fauna, declarándose respecto de ello la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa "Leite Rio S.L.", con aplicación del interés previsto en el *art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Se impone al penado la obligación de pagar las costas de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.