

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S de 13 de Octubre de 2015

Ponente: Moral García, Antonio del - Nº de Sentencia: 521/2015 - Nº de Recurso: 144/2015.

Ref. CJ 148781/2015

DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Emisiones contaminantes. Actividad industrial con liberación de gases de efecto invernadero. Idoneidad para afectar la salud de las personas y grave riesgo para el ecosistema derivado de la persistencia en el tiempo de las emisiones y su volumen global. Infracción de norma protectora -RD 208/2005- que cumple el elemento normativo del tipo. Condena de los dos administradores y el encargado de empresa de almacenamiento y trituración de metales –frigoríficos- que sólo contaba con autorización para tratamiento y gestión de residuos no peligrosos y carecía de licencia de actividad. Cooperación necesaria –no complicidad- de dos gestores de empresas proveedoras que suministraban y transportaban respectivamente, de forma concertada y profesionalizada los residuos metálicos. Degradación penológica ex art. 65.3 CP. Dolo eventual. Basta el conocimiento genérico del peligro generado, que se presume en quien se dedica profesionalmente al tratamiento de residuos. Agravante por actividad clandestina. Interpretación restrictiva. No es apreciable en actividad empresarial que cuenta con autorizaciones administrativas aunque se haya desviado de sus términos y de su estricto ámbito. RESPONSABILIDAD EX DELICTO. No cabe desvincularla de daños concretos causados a una persona identificable, física o jurídica, sino a la colectividad en general, y darle carácter sancionador y no resarcitorio. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. No se vulnera. Testimonio de cargo de un coacusado corroborado por prueba documental, testimonios de empleados de empresas suministradoras y prueba indiciaria.

Normas

CP 1995 art. 28; art. 325; art. 326 a)

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 521/2015

Fecha Sentencia : 13/10/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Recurso Nº: 144/2015

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION Nº: 144/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 08/09/2015

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid (Sección Tercera). **Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero **Escrito por :** IPR ***Delito contra el medio ambiente: emisiones atmosféricas que dañan la capa de ozono.**

* El dolo eventual colma las exigencias culpabilísticas del art. 325 CP .

*Gravedad del riesgo para el ecosistema derivada de la persistencia en el tiempo de las emisiones y su volumen global.

*Subtipo agravado derivado de la clandestinidad de la industria: fundamento. Es delito especial. No es apreciable en una actividad empresarial que cuenta con autorizaciones administrativas aunque se haya desviado de sus términos y de su estricto ámbito.

*La atenuación derivada de la reparación (art. 339 CP) no es en principio comunicable a todos los partícipes. Solo beneficia por regla general al que efectúa la acción reparadora.

*Responsabilidad civil en los delitos contra el medio ambiente: los títulos de condena a una indemnización como consecuencia de una actividad delictiva no consienten la fijación de indemnizaciones simbólicas, en el sentido de no ser estrictamente compensatorias, y venir referidas a la colectividad en general y no vinculadas a unos daños concretos causados a una persona, física o jurídica, identificable.

Nº: 144/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Fallo: 08/09/2015

Recurs o Nº: 144/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 521/2015

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Manuel Maza Martín

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil quince.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por Patricio Matias , Desiderio Laureano , Jesus Bruno , Severiano Heraclio y de las Mercantiles FELIX MARTÍN SUÑER, S.L. Y RECICLAJES FELMA S.A., TRITURADOS FÉRRICOS S.L. y RECUPERACIONES NIETO S.L. , contra Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida por un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Domingo José Collado Molinero y Sainz de Baranda Riva. Siendo parte recurrida Basilio Estanislao representado por la Procuradora Sra. Castillo Díaz. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Quince de los de Madrid incoó Diligencias Previas (Procedimiento Abreviado nº 3462/2011), contra Arsenio Octavio , Patricio Matias , Desiderio Laureano , Jesus Bruno , Severiano Heraclio , Cirilo Laureano , Prudencio Gervasio y Basilio Estanislao y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Tercera) que, con fecha cuatro de diciembre de dos mil catorce, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"De la apreciación de la prueba practicada el Tribunal tiene por probado, y así se declara:

PRIMERO .- Desde al año 2007 al 2010 los acusados Desiderio Laureano y su hijo Patricio Matias , mayores de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, actuaban en el tráfico mercantil a través de las entidades Triturados Férricos SL y Recuperaciones Nieto SL, dedicándose a la actividad de almacenamiento y trituración de metales férreos y no férreos, contando exclusivamente con autorización administrativa para intervenir en el tratamiento y gestión de residuos no peligrosos. Ambas sociedades compartían tanto los recursos materiales como los empleados.

Desiderio Laureano ostentaba la condición de administrador de Recuperaciones Nieto SL, propietaria mayoritaria con el 66% del capital social de la empresa Triturados Férricos SL (en adelante Trifer), cuyo presidente y consejero delegado único era también Desiderio Laureano . Su hijo Patricio Matias actuaba como gestor encargado de las compras y ventas de Trifer y Recuperaciones Nieto, y el también acusado Jesus Bruno , mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, era el encargado general.

En el período señalado, los acusados, incumpliendo con las disposiciones de la normativa sobre los Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (RAEE), se dedicaron a la compra de frigoríficos bajo la denominación de "chapajo" o "línea blanca", aunque carecían de la necesaria autorización para la gestión de residuos peligrosos. Además, las instalaciones de Trifer carecían de la licencia municipal de actividad y funcionamiento, lo que motivó que se acordara su precinto por el Ayuntamiento de Madrid, tras el inicio de este procedimiento.

Entre los proveedores de Triturados Férricos SL y Recuperaciones Nieto SL figuraban las siguientes empresas: "Félix Martín Suñer SA", que también actuaba con la denominación "Reciclajes Felma SA" y que recogía la totalidad de los frigoríficos depositados en la entidad "Vertederos de

Residuos SA - Senda Ambiental SA UTE"; igualmente, las sociedades "Recuperaciones y Reciclajes El Molar SL" y "Recuperaciones Maroto SL" que se mencionarán más adelante. Además, las empresas "Isabel Tomé Cáceres", que entregó a Trifer al menos 24 aparatos; "Recuperaciones, Hierros y Metales Alcalá" que entregó aproximadamente 192 aparatos, y

"Chatarras Fernández Valcárcel" que entregó 100 de ellos.

Una vez los frigoríficos se encontraban en sus instalaciones, sitas en la carretera de Madrid- Toledo, Avda. Princesa Juana de Austria km. 9.200 del municipio de Madrid, en el recinto de la fundición Arcelor Madrid SL, procedían a la fragmentación de los mismos introduciéndolos con otros residuos metálicos en la máquina trituradora de gran capacidad que tenían instalada, con conocimiento de que se liberaban a la atmósfera los gases contenidos en sus circuitos y espumas aislantes, y que tal circunstancia significaba un gran riesgo para el medio ambiente y la salud de las personas.

En el período señalado se fragmentaron un número aproximado de 2.236 aparatos, y como su consecuencia se liberaron a la atmósfera 3.378 toneladas de CO2 equivalente, lo que supuso un peligro muy notable para el equilibrio de los sistemas naturales y para la salud. El daño ambiental causado, de acuerdo con la valoración pericial fue por importe de 60.722 euros, cantidad obtenida atendiendo al valor de mercado de los derechos de emisión de CO2 y otros gases de efecto invernadero, actualizado al año 2013.

SEGUNDO .- El acusado Basilio Estanislao , mayor de edad y sin antecedentes penales, era el gestor de la empresa "Vertederos de Residuos SA - Senda Ambiental SA UTE" (en adelante Vertresa) que actuaba en la Planta Las Dehesas del Parque Tecnológico de Valdemingómez como concesionaria del Ayuntamiento de Madrid, con objeto de hacerse cargo, entre otros residuos, de la totalidad de los frigoríficos que procedían de los Puntos Limpios y de la recogida de voluminosos en la vía pública del Ayuntamiento de Madrid. Dicha entidad disponía únicamente de una autorización administrativa de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid para la instalación de tratamiento, valorización y eliminación en vertedero de residuos urbanos no peligrosos, con obligación de separación de los componentes que contengan residuos peligrosos, y en particular los electrodomésticos de línea blanca que contengan clorofluorocarbonos; tales residuos debían ser enviados a un gestor *autorizado para su tratamiento o valorización.*

Pese a no disponer de autorización legal, los empleados de Vertresa procedían a la extracción irregular del gas refrigerante CFC de los circuitos de los frigoríficos, incumpliendo además la normativa relativa a la descontaminación del circuito, en tanto el gas extraído no se almacenaba en bombonas al efecto; así, aunque se adquirieron tres bombonas a la empresa Carburos Metálicos, no consta que ninguna de ellas se hubiera remitido cargada de gas para su vaciado y eliminación legal. Por otra parte, Vertresa entregó una cantidad no inferior a 1.920 frigoríficos a la empresa Reciclajes Felma SA con conocimiento de que su destino no iba ser una planta de tratamiento autorizada.

Basilio Estanislao ha reconocido plenamente los hechos y asumido sus responsabilidades, adoptando, una vez iniciada la investigación, medidas eficaces para evitar en lo sucesivo el depósito y gestión irregular de los frigoríficos usados que accedían a las instalaciones de Vertresa, que pasó a remitir de inmediato al Sistema Integrado de Gestión ECOLEC para su tratamiento de acuerdo con la ley. Asimismo, el acusado ha consignado la responsabilidad civil que le corresponde.

TERCERO .- El acusado Severiano Heraclio , mayor de edad y sin antecedentes penales, dirigía la entidad "Félix Martín Suñer SA", que también actuaba con la denominación "Reciclajes Felma SA", de las que era propietario y administrador, dedicadas al sector del reciclaje de metales. Contaba con una "Autorización para la realización de las actividades de transporte en calidad de mero intermediario de los Residuos Peligrosos en el ámbito de la Comunidad de Madrid", por resolución emitida por la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid de 10 de octubre de 2001, con efectos a partir del 26 de febrero de 2002, y era conocedor de que su autorización no incluía el tratamiento de los residuos peligrosos, y que para dicha actividad sólo podría dirigirse a las plantas de tratamiento autorizadas.

Pese a ello, y con pleno conocimiento del riesgo que suponía para el medio ambiente y la salud de las personas, fue proveedor habitual durante el período contemplado de las empresas Trifer y Recuperaciones Nieto, a las que trasladó un número no inferior a 1.920 frigoríficos que recogió de la entidad Vertresa, a sabiendas de que se introducían en la fragmentadora de Trifer pese a que no se habían realizado las operaciones legalmente establecidas para la extracción de los gases que contenían los circuitos y las espumas de aislamiento de los aparatos.

CUARTO .- El acusado Arsenio Octavio , mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, era el dueño y gestor de la empresa "Recuperaciones Maroto SL", dedicada a la recogida y recuperación de hierro y metales con autorización para la gestión de residuos no peligrosos. Durante el período contemplado en esta causa suministró a Trifer diferentes envíos de mercancía bajo la denominación taras, paquete chapajo, paquete chamarilería, paquete chatarra y motores.

QUINTO .- El acusado Cirilo Laureano , mayor de edad y sin antecedentes penales, era el administrador de "Recuperaciones y Reciclajes El Molar SL", que giraba también como "Recuperaciones García Romano", dedicada a la gestión de residuos metálicos; por su parte, el acusado Prudencio Gervasio , mayor de edad y sin antecedentes penales, era el encargado de Recuperaciones y Reciclajes El Molar.

A finales de 2010, Cirilo Laureano llegó a un acuerdo con "Recuperaciones Ferrohenares SL" sita en la Carretera de Mejorada a Alcalá de Henares (San Fernando de Henares) para la adquisición de dicha empresa bajo la titularidad de su esposa Tania Pilar ; en ejecución de dicho acuerdo, los acusados pasaron a ocuparse de la gestión de la antedicha empresa con anterioridad a la formalización de la transmisión, actuando Prudencio Gervasio desde semanas antes a dicha formalización como encargado, con la finalidad de familiarizarse con la praxis de Ferrohenares. Los días 1 y 3 de diciembre de 2010 remitieron desde las instalaciones de Ferrohenares tres camiones que contenían un número indeterminado de frigoríficos

usados adquiridos en el poblado chabolista de

Entrevías para su entrega en las instalaciones de Trifer, emitiendo los albaranes a nombre de Reciclajes El Molar SL".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"1. Que debemos condenar y condenamos a Desiderio Laureano , a Patricio Matias , a Jesus Bruno , a Severiano Heraclio y a Basilio Estanislao **como autores criminalmente responsables de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, a las siguientes penas:**

2. a) A los acusados Desiderio Laureano y Patricio Matias , a las penas a cada uno de ellos de **cuatro años y un mes de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; **multa de cuarenta meses**, con una **cuota diaria de doce euros** y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal , sin poder superar el límite legal de cinco años de privación de libertad; e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un período de cuatro años.

Al acusado Jesus Bruno , las penas de **dos años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; **multa de trece meses**, con una **cuota diaria de seis euros**, y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal , e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un período de un año y seis meses.

Las empresas Triturados Férricos SL y Recuperaciones Nieto SL deben responder directa y solidariamente del pago de las penas de multa impuestas.

b) Al acusado **Basilio Estanislao** , concurriendo la atenuante específica de reparación del daño, a las penas de **dos años de prisión** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del *derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena*; **multa de trece meses**, con una cuota diaria de doce euros, y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal ; e *inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un período de un año y seis meses*.

Se acuerda la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la de cuatro años de multa, a razón de una cuota de doce euros por día.

La empresa Vertederos de Residuos SA - Senda Ambiental SA UTE debe responder directa y solidariamente del pago de la pena de multa,

c) Al acusado Severiano Heraclio , a las penas de **dos años de prisión** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; **multa de trece meses**, con una **cuota diaria de doce euros**, y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal ; e *inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un período de un año y seis meses*.

Las empresas Félix Martín Suñer SA y Reciclajes Felma SA deben responder directa y solidariamente del pago de la multa.

3. Los acusados Desiderio Laureano , Patricio Matias y Jesus Bruno deben indemnizar conjunta y solidariamente a la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid en 28.722 euros; las empresas Trifer SL y Recuperaciones Nieto SL deben responder subsidiariamente de dicha cantidad. Severiano Heraclio debe responder directa y solidariamente con dichos acusados hasta la cuantía de 20.140 euros, siendo las empresas Félix Martín Suñer SA y Reciclajes Felma SA responsables civiles subsidiarias.

Hágase entrega a la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid de la cantidad de 32.000 euros consignados por la empresa Vertederos de Residuos SA - Senda Ambiental SA UTE en concepto de indemnización civil reclamada.

4. Los acusados abonarán cada uno una octava parte de las costas procesales causadas.

5. Que debemos **absolver** y **absolvemos** a los acusados Cirilo Laureano , a Prudencio Gervasio y Arsenio Octavio de toda responsabilidad penal derivada de los hechos enjuiciados, y declaramos de oficio tres octavas partes de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena impuesta abónese a los acusados el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndolas saber que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado ante este Tribunal en el plazo de los 5 días siguientes al de la última notificación, conforme a lo dispuesto en los arts. 212 y 847 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ".

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por los recurrentes, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Patricio Matias y Desiderio Laureano .

Motivo primero .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE . **Motivo segundo** .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LOPJ , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por investigación prospectiva (art. 24 CE) y por infracción de los principios de interdicción de la arbitrariedad y de legalidad (art. 9.3 CE). **Motivo tercero** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849 LECrim por indebida aplicación del art. 325.1 CP e igualmente al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LOPJ por vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE).

Motivo cuarto .- Por infracción de ley al amparo del n° 1 del art. 849 LECrim por indebida aplicación del art. 325.1 CP . **Motivo quinto**.- Por infracción de ley al amparo del art. 849 LECrim por indebida aplicación del art. 326.a) CP . **Motivo sexto** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° LECrim por indebida inaplicación art. 21.6 CP (atenuante dilaciones indebidas) CP. **Motivo séptimo** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° LECrim por indebida inaplicación del art. 21.5 CP (atenuante de reparación del daño) CP. **Motivo octavo** .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim por vulneración del deber de motivación de resoluciones judiciales (art. 24 CE). **Motivo noveno** .- Por infracción de ley al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del principio acusatorio ocasionando indefensión.

Motivos aducidos en nombre de Jesus Bruno .

Motivo primero .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE . **Motivo segundo** .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LOPJ , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por investigación prospectiva (art. 24 CE) y por infracción de los principios de interdicción de la arbitrariedad y de legalidad (art. 9.3 CE). **Motivo tercero** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 325.1 CP e igualmente al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim por vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE). **Motivo cuarto** .- Por infracción de ley al amparo del n° 1 del art. 849 LECrim por indebida aplicación del art. 325.1 CP . **Motivo quinto**.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 326.a) CP . **Motivo sexto** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° LECrim por indebida inaplicación art. 21.6 CP (dilaciones indebidas). **Motivo séptimo** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° LECrim por indebida inaplicación del art. 21.5 CP (atenuante de reparación del daño). **Motivo octavo** .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim por vulneración del deber de motivación de resoluciones judiciales (art. 24 CE). **Motivo noveno** .- Por infracción de ley al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del principio acusatorio ocasionando indefensión. **Motivo décimo** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 28 b) CP .

Motivos aducidos en nombre de Triturados Férricos S.L. yRecuperaciones Nieto S.L.

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim por vulneración del art. 24 en relación con el art. 9.3 CE . **Motivo segundo** .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la motivación de resoluciones judiciales causando indefensión (art. 24 CE).

Motivos aducidos en nombre y representación de Severiano Heraclio , Felix Martin Suñer, S.L. y Reciclajes Felma.

Motivo primero .- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 28.II.b) y por inaplicación indebida del art. 29 del CP .

4.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos por los recurrentes, **impugnando todos sus motivos** . Tras el debido traslado para instrucción de los recurrentes que evacuaron el trámite con presentación de varios escritos y adhesiones recíprocas a algunos de los motivos, la Sala admitió los mismos quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día ocho de septiembre de dos mil quince.

6. - Con fecha 22 de septiembre de 2015 se dictó Auto de prórroga del plazo para dictar sentencia por un término de quince días más (art. 899 LECrim)

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) Recurso de Severiano Heraclio , Félix Martín Suñer, S.L. yReciclajes Felma S.A.

PRIMERO.- El derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) se erige en referente del primer motivo de este recurso conjunto. El tema accede a casación de la mano del art. 852 LECrim . No existiría en el sentir de los recurrentes prueba suficiente que avale ni la base subjetiva del delito por el que ha sido condenado el primero de ellos, ni el transporte de frigoríficos en el número y condiciones (con riesgo derivado de los componentes contaminantes al no estar retirados los circuitos) que le atribuye la sentencia de instancia.

El derecho a la presunción de inocencia constituye una regla de juicio que prohíbe una condena sin el soporte de pruebas **i)** de cargo, **ii)** válidas, **iii)** revestidas de las necesarias garantías, **iv)** referidas a todos los elementos del delito, también los subjetivos y **v)** de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Se violará tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo (SSTC 68/2010, de 18 de octubre Fundamento Jurídico Cuarto ; 107/2011, de 20 de junio - Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a -), o 126/2011, 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-). Es ya doctrina pacífica que rectifica anteriores planteamientos jurisprudenciales la cobertura de los elementos subjetivos (como el conocimiento y voluntad) por las exigencias de la presunción de inocencia, aunque por sus características, será la prueba indiciaria la que sustente habitualmente su concurrencia.

El control en vía de recurso sobre el respeto a la presunción de inocencia supone:

i) depurar el material probatorio para expulsar de él tanto la prueba ilícita como aquella no utilizable por adolecer de alguna de las garantías imprescindibles (contradicción, publicidad);

ii) a continuación, valorar el material restante comprobando si en abstracto era razonablemente suficiente para que el Tribunal pudiese llegar a una convicción exenta de toda duda sobre la culpabilidad; y,

iii) finalmente testar si, en concreto, esa convicción está motivada de forma lógica.

Desde estos fundamentos generales, descenderemos al alegato del recurso que cuestiona la suficiencia de la actividad probatoria al tiempo que denuncia en alguna de las pruebas déficits de garantías.

a) Se realiza una densa y compartible exposición de las características que debe revestir la **declaración de un coimputado** para encerrar potencialidad desactivadora de la presunción constitucional de inocencia. No en vano la sentencia se apoya en cierta medida (aunque, desde luego, no exclusivamente) en la declaración del coimputado Basilio Estanislao. Se denuncia que no vendría acompañada de los exigibles **elementos corroboradores**. Además se cuestiona su valorabilidad dada la negativa de tal coacusado a contestar al letrado de la defensa en el acto del juicio oral privándole de su derecho a interrogar al testigo de cargo. Eso inhabilitaría la declaración para ser valorada como prueba de cargo. Por fin, se incide en los beneficios que el coimputado ha obtenido en virtud de su confesión, como elemento que menoscaba su fiabilidad.

Como es bien sabido (por todas, STS 881/2012, de 28 de septiembre) el Tribunal Constitucional ha introducido ciertas reglas valorativas respecto de las declaraciones de co-imputados. Sin la observancia de esas reglas o elementos complementarios la declaración del coimputado sería "insuficiente" en abstracto (más allá de las circunstancias del supuesto concreto) para desmontar la presunción de inocencia. No "inutilizable", sino "insuficiente". La valoración de las declaraciones de coimputados no es solo un problema de fiabilidad en concreto, sino también de reglas de valoración abstractas que condicionan o limitan su capacidad para fundar una condena. Es una prueba peculiar. Genera *ab initio* una cierta desconfianza porque proviene de persona interesada en el asunto y dispensada de la obligación de decir verdad. De ahí su singularidad.

Respecto de esta *prueba* no bastan las normas generales: que la prueba sea lícita, que se practique con contradicción, que esté racionalmente valorada y motivada, que sea convincente en concreto interrelacionada con el resto de la actividad probatoria... Requiere algo más: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal les ha otorgado crédito esté fuertemente cimentado y sea suasorio. Si, a pesar de ello, fallan esas garantías externas y, en lo que ahora interesa, la corroboración, habrá de declararse contraria a la presunción de inocencia la condena fundada en ese elemento de convicción. No es suficiente la racionalidad y consistencia de la motivación. Es imprescindible un *plus* que viene constituido por unos criterios de valoración interna (test de fiabilidad); y por la necesidad de un complemento (corroboración externa).

En el primer plano (test de fiabilidad) se mueven unos cánones paralelos a los elaborados para las declaraciones de la víctima, aunque en el caso de coimputados representan algo más que simples orientaciones. Necesariamente han de ser tomados en consideración. Entre ellos el análisis de posibles motivaciones espurias, lo que se planteará con más detalle en recursos posteriores.

Se va más lejos en la necesidad de concurrencia de corroboración externa que se configura como requisito *sine qua non* del valor probatorio de la declaración del coimputado. Como el acusado ni está obligado a decir verdad, ni presta promesa o juramento, sus manifestaciones son menos fiables; están legalmente devaluadas. Puede mentir con impunidad.

En este mojón del itinerario discursivo, no obstante, se impone alguna matización. El hecho de que el procesado no esté conminado bajo juramento o promesa a decir verdad y no pueda ser reo de falso testimonio, no implica que pueda acusar a otros amparado por un blindaje que le protegería frente a cualquier consecuencia negativa. Las acusaciones inveraces a otros imputados pueden ser constitutivas de un delito de acusación y denuncia falsa (STS 1839/2001, de 17 de octubre : " *el hecho de que el procesado no esté obligado por juramento o promesa a decir verdad, y quede excluido de la posibilidad de ser reo de falso testimonio, no supone que pueda mentir en lo que a otros concierne, ni acusarles impunemente. Las acusaciones inveraces a otros imputados podrían ser constitutivas de un delito de acusación y denuncia falsa* "; vid también SSTS 522/2008, de 29 de julio ó 513/2015, de 9 de septiembre).

En ese escenario de prueba en principio "poco fiable" se sitúa la exigencia de corroboración. La pura y desnuda declaración de un coprocesado es insuficiente para sustentar una sentencia condenatoria.

La corroboración, así exigida, no puede ser puramente interna, intrínseca a las propias declaraciones, o circular. Ha de venir integrada por datos externos que confirmen en algunos puntos, más o menos accesorios o principales, la veracidad de las declaraciones (SSTC 233/2002, de 9 de diciembre o 142/2003, de 14 de julio). Pueden bastar elementos periféricos que, no siendo pruebas suficientes por sí mismas, refrenden la declaración del co-procesado siempre en lo relativo a la imputación del delito y no a extremos marginales.

Esta concepción sobre la necesidad de corroboración -"mínima corroboración", dice la jurisprudencia- queda bien reflejada en la STC 190/2003, de 27 de octubre : " *constituye corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración* " (vid. también SSTC 68/2002, de 11 de marzo , 181/2002, de 14 de octubre , 233/2002, de 9 de diciembre o 17/2004, de 23 de febrero ó 142/2006 de 8 de mayo).

Para el recurrente la declaración del coacusado Basilio Estanislao en el acto del juicio oral aceptando los hechos que se le atribúan y singularmente la cifra que fija el volumen de frigoríficos recogidos no se ajustaría a los estándares que marcan el mínimo de calidad probatoria de una declaración de coimputado pues no habría elementos periféricos corroboradores suficientes para apuntalar esas declaraciones. Los señalados por la sentencia de instancia adolecerían en el sentir del impugnante de carencias que los degradan. Así, las declaraciones de los agentes del SEPRONA hablan de la presencia de frigoríficos pero no pueden especificar ni número ni estado. No más añadiría el acta de 25 de octubre de 2010. Tampoco el reportaje

fotográfico obrante a los folios 1494 a 1502 sería significativo. La documentación referida a entradas y salidas de la línea blanca abarca todo tipo de electrodomésticos y no solo frigoríficos, por lo que no es concluyente. Por fin existe una carta de Basilio Estanislao obrante al folio 725 acreditaría lo contrario.

No puede compartirse ese análisis. La exigencia de corroboración no equivale a la necesidad de una prueba autónoma que por sí sola sea concluyente. Si fuese así sobra la declaración del coimputado de la que podríamos prescindir. Los elementos señalados por la sentencia y en cierta medida desfigurados en el análisis que hace el recurrente demuestran que esas manifestaciones del coimputado no son un elemento aislado o huérfano de apoyos probatorios. Junto a los expuestos al hilo de las objeciones del recurrente, la existencia de restos de espuma (folio 658) en los residuos analizados es elemento no desdeñable. Así como lo son las declaraciones policiales de Felipe Maximiliano. El propio recurrente en sus manifestaciones en fase de instrucción reconoció la adquisición de frigoríficos.

Los fundamentos de derecho tercero y sexto de la sentencia son suficientemente expresivos a este respecto: su lectura muestra la presencia de un material probatorio suficiente no solo para respaldar las manifestaciones de Basilio Estanislao sino también para destruir la presunción de inocencia.

Lo expone bien el Fiscal: "En efecto, dice que el tráfico de frigoríficos entre Vertresa (empresa concesionaria del Ayuntamiento de Madrid para hacerse cargo, entre otros residuos, de la totalidad de los frigoríficos que procedían de los puntos limpios y de la recogida voluminosos en la vía pública) Eloy Bernabe y Trifer se demuestra mediante la documentación (folios 666 a 731, 740 a 745, 747 a 753) y también por documentación procedente de la empresa Félix Martín Suñer (folios 827 a 1.310), en la que se informa sobre las entradas y salidas de línea blanca entre septiembre de 2.008 a septiembre de 2.010, y de la que se desprende que, en dicho periodo, entraron 1.477.040 Kg. de línea blanca, procedente de la planta de las Dehesas de Vertresa, y salieron 283.680 Kg. con dirección a Trifer con el mismo concepto. El acta de inspección del Seprona de la Planta Las Dehesas constata el hallazgo de 41 frigoríficos, 6 arcones congeladores, 8 motores compresores de frigoríficos y 2 máquinas destinadas a la extracción de gas contenido en los motores de tales electrodomésticos.

Añade que los testimonios de los empleados de Vertresa revelan la recepción, manipulación y tráfico de frigoríficos, que eran finalmente entregados a la empresa Félix Martín Suñer. Resumidamente, los testigos Bernabe Florentino y Horacio Leonardo dijeron que no efectuaban extracción de gases ni trataban las espumas, que se limitaban a acopiar los frigoríficos y Reciclajes Felma se ocupaba del traslado. En el juicio oral aclararon que únicamente se extraía el aceite, que no compactaban los frigoríficos, y que solo troceaban la madera, muebles y enseres.

Para fijar la cifra de frigoríficos vendidos a Triturados Férricos la Audiencia se apoya en el informe de la Unidad Técnica Adscrita a la Fiscalía General del Estado que realiza una estimación basada en los datos que las empresas proveedoras facilitan y que se consignan en las actas de inspección pero, además, subraya que Basilio Estanislao (gerente de Vertresa) en el plenario, reconoció "en particular la cifra relativa al número de frigoríficos recogido".

En consecuencia, hay prueba suficiente que sustenta la afirmación fáctica que se discute, porque el testimonio del coacusado Basilio Estanislao sí está corroborado por abundante prueba documental y, además, confirmado por los testigos empleados de Vertresa.

Por último, la tesis de que Vertresa entregaba los aparatos frigoríficos cizallados, la recurrente los compactaba y se transportaban cizallados y compactados obedece a una interesada y particular valoración de la prueba. Los testigos empleados de Vertresa dicen que no extraían los gases ni trataban las espumas, que Vertresa no tenía máquina para triturar metales, sin embargo, Triturados Férricos sí poseía una gran máquina trituradora que estaba en funcionamiento, y en la inspección ocular de sus instalaciones se halló una apreciable cantidad de frigoríficos, arcones congeladores y motores frigoríficos. Datos indicarios de que los frigoríficos salían de Vertresa, y la recurrente los transportaba a Trifer donde se trituraban completamente, operación en la que se produce la mayor emisión de gases nocivos para el medio ambiente".

Hay corroboraciones no solo sobradas, sino incluso "autosuficientes". La lectura del fundamento de derecho sexto de la sentencia, denso y esmeradamente elaborado y sistematizado como toda la sentencia, partiendo de las bases comunes de la motivación fáctica expuestas en el fundamento tercero, habla por sí sola. Sería absurdo reproducirla aquí: baste esa remisión. Solo desde una interesada óptica subjetiva se puede decir que faltan datos corroboradores. El simple examen de esos fundamentos echan por tierra la queja de estos recurrentes

b) En cuanto a los beneficios procesales obtenidos por el coacusado como consecuencia de su aceptación de los hechos son inocultables, pero eso no desacredita sin más sus declaraciones ni anula su eventual valor probatorio. Ciertamente en el momento de valorar la declaración de un coimputado hay que sopesar si actúa impulsado por el exclusivo deseo de acogerse a unos beneficios penológicos (legales o pactados con las acusaciones). Toda una tradición doctrinal mira con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por una vía indirecta de valoración probatoria. Varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión acreditan que en nuestro derecho está admitida y favorecida esa forma de acreditación. En materia de medio ambiente incluso algún texto del Consejo de Europa ha aconsejado dotar de contornos legales al *infractor arrepentido* El hecho de que se deriven beneficios de la delación ha de ser tomado en consideración pero no necesariamente lleva a negar valor probatorio a la declaración del coimputado.

Ese dato puede empañar su fiabilidad. Pero si no basta para explicarla y, pese a ello, se revelan como convincentes y capaces de generar certeza por ser perfectamente congruente con el resto del elenco probatorio puede basar una sentencia condenatoria. La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado Sólo será así cuando de ahí quepa racionalmente inferir una falta de credibilidad que el Tribunal de instancia no ha detectado. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental

alguno (Autos 1/1989, de 13 de enero ó 899/1985, de 13 de diciembre). Igualmente este Tribunal ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (por todas SSTs 279/2000, de 3 de marzo o 197/2013, de 23 de enero). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004 , recaída en el asunto CORNELIS v. Holanda abunda en esas ideas.

c) Los recurrentes se quejan también del uso que hace la Audiencia de algunas declaraciones pese a la ausencia de un requisito esencial para ser consideradas elemento probatorio: la jurisdiccionalidad. Se trata de actuaciones practicadas ante un órgano policial (y no judicial) y por tanto no es material probatorio.

La materia presenta aristas y recovecos. No es simple, lineal y clara. No tiene sentido ahora adentrarse en matizaciones y modulaciones. Y es que la Sala de instancia ni ha utilizado esas declaraciones como exclusivo elemento incriminatorio, ni se ha formado su convicción acudiendo a los interrogatorios en sede policial. La certeza se construye sobre otros elementos según se detalla pormenorizadamente en la extenso y bien armada fundamentación fáctica. Aquéllos le permiten básicamente desconfiar de las rotundas afirmaciones de algunos testigos en el plenario por su apartamiento patente de lo declarado en sede policial, sin perjuicio de que algunas de esas declaraciones (bien es verdad que las menos) fueron también objeto de ratificación, con unos u otros matices, en fase de instrucción.

No es que los jueces *a quibus* deduzcan la culpabilidad de los acusados a partir de las declaraciones iniciales policiales; sino que estiman que su testimonio en el acto del juicio oral no es fiable por su flagrante discordancia con su primera versión. En consecuencia esas testificales no merman la solidez de la prueba de cargo que se detalla. Se utilizan esas manifestaciones policiales no tanto para probar, como para no otorgar crédito a la versión indisimuladamente exculpatoria ofrecida en el juicio por algunos testigos. La prueba de cargo hay que buscarla en elementos no desvirtuados por esos escasamente creíbles testimonios exculpatorios.

Tampoco ha escapado al análisis de la Sala este tema jurídico que es analizado con el rigor que caracteriza toda la sentencia en su fundamento de derecho tercero (apartado c). La evolución posterior de la doctrina de esta Sala sobre ese aspecto no afecta a la valoración aquí efectuada. d) La objeción atinente a la falta de contradicción al no haber podido interrogar al coimputado (solo declaró a instancia de su defensa y acusación pública) sería relevante si fuese esa la única prueba o la prueba decisiva. Pero no es así: más bien refuerza el resto del material probatorio que por sí sería suficiente. De cualquier forma conviene advertir que ese silencio no anula absolutamente la valorabilidad de esa declaración, aunque sí la module (STS 339/2013, de 20 de marzo).

e) En lo que respecta a la **prueba indiciaria** , tema al que el recurso dedica un largo pasaje, conviene advertir antes que nada que no estamos en exclusiva ante prueba indiciaria. Se cuenta también con prueba directa -tanto personal como documental- corroborada, eso sí, por múltiples indicios.

Recordemos, en todo caso, alguno de los últimos pronunciamientos del TC sobre tal tipo de prueba (indiciaria).

La STC 133/2014, de 22 de julio , -citada posteriormente en la STC 146/2014, de 22 de septiembre - resume una consolidada doctrina. A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan unos requisitos: **a)** el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; **b)** los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; **c)** para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, **d)** que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre "*una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes*" (- SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4 ; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12 ; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3 ; 111/2008, de 22 de septiembre , FJ 3-).

Leemos en la reseñada sentencia:

"El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento 'cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003, de 18 de diciembre , FJ 4)" (FJ 23).

"Por su parte, también resulta preciso recordar que en la STC 15/2014, de 30 de enero , se afirma "que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que 'el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo' (STC 220/1998, de 16 de noviembre , FJ 3) y, de otro, que entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos" (STC 124/2001, de 4 de junio , FJ 13) (FJ 6). E, igualmente, que en la STC 1/2009, de 12 de enero , se establece que nuestro parámetro de control "respetuoso con el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria en orden a la fijación de los hechos, sólo considera insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la

versión judicial de los hechos es más improbable que probable' (por todas STC 123/2006, de 24 de abril , FJ 5)" (FJ 4), lo que es posteriormente reiterado en la ya citada STC 126/2011 , FJ 25, en que también se mencionan las SSTC 209/2007, de 24 de septiembre , 70/2007, de 16 de abril , 104/2006, de 3 de abril , 296/2005, de 21 de noviembre , 263/2005, de 24 de octubre , y 145/2005, de 6 de junio "...

"... **han de rechazarse las conclusiones obtenidas a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza deconvicción que proporciona su análisis conjunto y relacional.** Con reiteración ha advertido este Tribunal (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio , FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. **Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término.** Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse **un examen general y contextualizado** de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10 ; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3 ; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2 ; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4 ; 124/2001, de 4 de junio , FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio , FJ 1)."

Pues bien, con esos parámetros como referencia se hace patente la improcedencia de ajustarnos a la dialéctica a la que quiere arrastrarnos el recurso: examinar aisladamente los fragmentarios elementos indiciarios que ha elegido interesadamente su análisis, discutiéndolos separadamente para intentar descubrir algún punto débil y desde ahí, al margen de toda lógica, concluir sin más que se ha lesionado la presunción de inocencia pues no se ha atendido a la versión del acusado. No: otra vez hay que remitirse a los fundamentos de derecho tercero y sexto para concluir el adecuado manejo y valoración de la actividad probatoria llevados a cabo por la Audiencia.

El abigarrado conjunto de indicios y pruebas directas, entrelazados entre sí, son concluyentes en el sentido de que no admiten otra explicación al menos igualmente probable a la afirmada en la sentencia. Las pruebas directas en combinación con los indicios corroboradores, muy sólidos, conforman base probatoria sobrada.

Que frente a la tesis acusatoria, avalada por un conjunto de prueba robusto, sea imaginable pensar en otra hipótesis, posible aunque poco probable a la vista del material probatorio, hipótesis, que la Sala descarta razonablemente no descalifica la convicción probatoria desde la óptica de la presunción de inocencia.

f) En cuanto a la **prueba de la vertiente interna o subjetiva del delito** es cierto, como se anticipó, que también la presunción de inocencia se extiende a esos elementos internos por contra de lo que afirmaba una jurisprudencia ya abandonada. La prueba de tales elementos será normalmente indirecta o indiciaria: algo a deducir del conjunto de elementos externos. Eso sucede aquí: *no se entiende bien qué quiere decirse cuando se afirma que no hay prueba que acredite el conocimiento y voluntad del riesgo originado con su actuación.*

¿Qué tipo de prueba se pretende exigir? ¿Una confesión?

Esa prueba específica, desde luego, solo estaría en su mano. Pero *de todo el contexto, -cualificación profesional del recurrente, o su propia estrategia procesal-, se puede inferir fundadamente que no podía ignorar que ese tipo de electrodomésticos no consentían su tratamiento en la empresa donde los transportaba precisamente por estar sometidos a un régimen especial al revestir mayor peligro desde el punto de vista ambiental.* No puede alegarse convincentemente que eso escapaba a sus conocimientos. También en este punto hay que asumir la argumentación de la sentencia de instancia (punto 3 del fundamento de derecho primero). *No es exigible una constancia puntual y exacta, científica, documentada, ilustrada y pormenorizada del peligro que para el medio ambiente y la capa de ozono supone la expulsión de esos gases. Basta con el conocimiento genérico que ha de presumirse en quien se dedica profesionalmente a las tareas en las que se desempeña el recurrente. Ha de saber ineludiblemente que para tratar un tipo de residuos están autorizadas determinadas empresas -una en concreto- y no otras. Y debe apostillarse que es suficiente con la modalidad de dolo eventual.*

La STS 81/2008 de 13 de febrero que el propio recurrente cita es clara en cuanto a la suficiencia del dolo eventual (vid. también STS 486/2007 , aludida igualmente en el escrito de recurso):

"El dolo será normalmente un dolo eventual o de segundo grado, siendo improbable la apreciación del dolo directo, ya que normalmente la conducta potencialmente lesiva del medio ambiente se comete con una finalidad inocua para el derecho penal, como es el desarrollo de una actividad industrial.

Esta Sala Segunda (STS. 486/2007 de 30.5), *ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de las singularidades del tipo subjetivo en el presente delito. Ya en la sentencia de 19.5.99 se dijo que el "conocimiento y voluntad del riesgo originado por la acción es lo que configura el elemento subjetivo del delito en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto, al dolo directo o eventual según el nivel de representación de la certeza o probabilidad del resultado de la conducta ejecutada y de la decisión de no desistir de ella a pesar de las perspectivas previstas por la mente del sujeto".*

En efecto el tipo del art. 325 CP: 1995 (STS. 1527/2002 de 24.9), requiere la comisión dolosa en la producción del vertido, para lo que deberá acreditarse bien la intención, bien la representación del riesgo y continuación en la actuación. Esa acreditación, como todo elemento subjetivo,

deberá resultar de una prueba directa o ser inferida de los elementos objetivos acreditados que permita afirmar la comisión dolosa del vertido. **La contaminación por vertidos** (STS 1538/2002, 24 de septiembre) **no requiere una específica construcción dolosa, sino la genérica del dolo, esto es, conocimiento de los elementos típicos y la voluntad de su realización, expresiones que se reflejan en el hecho probado.**

Esta Sala ha rechazado la calificación imprudente cuando se está en presencia de un profesional, conocedor de la carga tóxica transportada, de la necesidad de autorización administrativa, de su procedencia y de la gran cantidad de aquélla (STS 442/2000, 13 de marzo). **En estas situaciones si bien no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades y, pese a ello, ejecuta la acción.**

En definitiva, 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 (STS 388/2003, 1 de abril).

En consecuencia, el dolo no es otra cosa que el conocimiento y voluntad de los elementos del tipo objetivo. Por ello será necesario acreditar el conocimiento y voluntad por parte de cada acusado del riesgo inherente al vertido incontrolado de residuos líquidos y tóxicos y, en fin, de la idoneidad de esa situación de riesgo para producir, importantes filtraciones en el suelo, subsuelo y acuífero subterráneo de la zona. Y el conocimiento de esa situación de riesgo ecológico, de sus potenciales efectos contaminantes en el medio ambiente y, cuando menos, la aceptación de sus irreversibles consecuencias, fluya del juicio histórico".

El recurrente deriva la argumentación hacia la falta de prueba de que los frigoríficos llegasen todavía sin descontaminar, es decir, compactados o cizallados y canibalizados. Ciertamente en ese caso no podría hablarse de peligro para el medio ambiente. Pero esa aseveración está desmentida por la prueba practicada. No bastan las propias manifestaciones del acusado y de algunos de sus empleados -en contradicción en ocasiones con lo inicialmente declarado- para desvirtuar esas otras pruebas. No se entendería que el co- acusado Basilio Estanislao se autoinculpase con aseveraciones falsas en perjuicio propio. Los análisis de las muestras obtenidas (folio 647) tampoco contradicen lo afirmado en la sentencia: más bien lo corroboran. Es convincente la argumentación con que la Audiencia rechaza ese alegato exculpatario (párrafo 2º del punto 3 del primer fundamento de derecho de la sentencia).

g) En lo que respecta a los **testigos** : no cabe revalorar en casación las pruebas personales una vez verificada la racionalidad de la valoración efectuada en la instancia. La consagración del derecho fundamental a la presunción de inocencia como motivo de casación no muta el carácter extraordinario de este recurso para convertirlo en una apelación. La tarea de valoración de la prueba es labor residenciada en el Tribunal de Instancia. En casación solo podremos revisar la presencia de prueba inculpativa suficiente y la racionalidad de la valoración realizada por la Audiencia. Subvertiría el reparto de espacios funcionales en el proceso penal que nos sumergiésemos en la revisión global de la prueba practicada (para lo que estamos en una posición menos idónea que la Sala de instancia), para en su caso, hacer prevalecer nuestras conclusiones -que obtendríamos al margen del principio de inmediación y de manera indirecta- sobre las de la Sala de instancia. Es ese un camino que no podemos recorrer.

El motivo no puede prosperar .

SEGUNDO.- En un segundo motivo a través del art. 849.1º LECrim se reivindica para el condenado la condición de **cómplice** . No cabe referir ese pedimento a las entidades co-recurrentes: han sido condenadas como responsables solidarias de la multa, lo que hace su responsabilidad absolutamente vicaria de la del administrador: art. 31.2º CP , en supuesto, desaparecido ya del Código Penal, de responsabilidad totalmente dependiente.

En el desarrollo del motivo se incide más en cuestiones de prueba que en la materia sustantiva. La primera perspectiva no es compatible con la naturaleza de este motivo, amén de que ya ha sido tratada en el motivo anterior (art. 884.3º). Sobre la concurrencia del elemento subjetivo se razonó también en el anterior fundamento.

Se argumenta que la actividad de transporte es accesoria de la de emisión de los gases. Sería secundaria y por tanto inapta para ser catalogada como coautoría. No es así: puede encajar bien en la cooperación necesaria, aunque sin duda estamos en un nivel inferior al de la autoría directa lo que pese a la equiparación del art. 28 CP también arrastra alguna consecuencia penal (art. 65.3 CP).

El objetivo del motivo decaería o perdería buena parte de su fuerza o relevancia a la vista de la degradación penológica que con la base del art. 65.3 CP ha efectuado el Tribunal. Degradación del art. 65.3 y complicidad son dudosamente acumulables según un importante sector doctrinal (STS 277/2015, de 3 de junio). *La dicción del art. 65.3 CP parece clara: alcanza solo a cooperador necesario e inductor.* Aunque es verdad que no ha sido excluida la doble posibilidad de degradación por la jurisprudencia. Alguna sentencia admite ese maridaje (art. 63 más art. 65.3). En concreto la STS 841/2013, de 18 de noviembre , con cita de la Circular 2/2004 de 22 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, declara sobre este particular: "*Es cierto que explícitamente el art. 65.3 no hace mención a los cómplices, lo que no excluye que se pueda participar en el hecho en tal concepto, sin reunir las condiciones o cualidades personales del sujeto activo. Y siendo así, la aplicación del art.63 C.P. obliga necesariamente a bajar un grado la pena por su condición de cómplice, pero ningún efecto beneficioso se produce por el hecho de no ostentar las condiciones del sujeto activo, por lo que el principio de proporcionalidad de las penas y el de legalidad obligan a no dejar de aplicar una norma favorable precisamente por no ostentar una condición. Cosa distinta sería que se argumentase de otro modo para no ejercer la rebaja facultativa del 65.3 C.P."*

Pero, aún no descartando tajantemente esa posibilidad, no es la cooperación persistente y dilatada en el tiempo de este recurrente concretada en un transporte concertado y profesionalizado, degradable a mera complicidad. Es cooperación necesaria.

El motivo es desestimable.

B) Recurso de Jesus Bruno .

TERCERO.- Se denuncia a través del art. 852 LECrim el olvido de las exigencias del derecho a la **presunción de inocencia** (art. 24.2 CE). La denuncia se despliega en tres vertientes: no habría prueba suficiente,

a) ni de que la liberación de gases se llevase a cabo precisamente en la fase que controlaba el recurrente.

b) ni de la cantidad total liberada y su potencialidad dañina para la salud de las personas.

c) ni del conocimiento por parte del recurrente de las emisiones y el riesgo anudado a ellas.

Tiene razón el recurso cuando argumenta que la caracterización del delito del art. 325 como delito de peligro hipotético no relaja las exigencias probatorias. Ciertamente: *ha de quedar acreditada la idoneidad de las emisiones para afectar a la salud de las personas, aunque no un efectivo y concreto daño. Pero aquella está efectivamente probada mediante los extensos y solventes informes periciales realizados.*

Son imaginativos y hábiles y astutos los ejemplos con que se contrargumenta; pero no son asumibles:

a) Por supuesto que la liberación por un particular de los gases de un solo frigorífico no encaja en el delito del art. 325 CP . ¡Claro que hay escalas de gravedad!. Pero *en los daños acumulativos que afectan al medio ambiente el hecho de que determinadas contribuciones por su nimiedad no colmen las exigencias típicas no excluye que otras similares persistentes y de mayor volumen sí puedan cubrirlas. Verter en una ocasión aguas domésticas con detergentes nocivos en un cauce fluvial no conforma un delito contra el medio ambiente. Pero unos vertidos industriales masivos o persistentes en el tiempo de esas mismas aguas contaminantes sí serán incardinables en el art. 325 CP .*

b) *Por iguales razones el hecho de que estén autorizados y avalados legalmente determinados cupos de liberación de esos gases con efecto invermadero y que la política global se encamine hacia una reducción progresiva compatible con una relativa tolerancia en relación con algunas actividades, no es decisivo.* La tolerancia hasta diciembre de 2019 no significa que hasta esa fecha está descartada la posibilidad de considerar delictivas esas emisiones. Esto es obvio. Es un problema de sacrificio de intereses ponderados por el legislador. *Es el legislador y en su caso otros poderes públicos quienes están llamados a determinar qué es lo admisible y en qué condiciones. Fuera de esos espacios marcados normativamente, se entra en la ilicitud, en su caso penal. Es una cuestión de riesgos permitidos. El agujero de ozono y sus efectos de calentamiento global ciertamente solo se explican partiendo de una pluralidad indeterminada de emisiones. Muchas se mueven en espacios de riesgo permitido. Pero donde la norma protectora del medio ambiente levanta barreras cesa la permisión y se abren las puertas a la intervención sancionadora, también penal eventualmente. El poder legítimo tolera algunas actividades de peligro (uso de vehículos particulares, industria que no sobrepasa ciertos niveles contaminantes) pero prohíbe otros riesgos. Aquéllos no justifican estos. Las decisiones sobre prohibiciones y permisión de riesgos legítimamente adoptadas no enturbian la aplicación del derecho penal. En esa contaminación por acumulación la tolerancia reglada de algunas actividades no legitima las prohibidas.*

c) Se cuestiona el valor de los atestados. Hay que estar, en verdad, a lo establecido en el art. 297 LECrim . Pero de tal precepto se deduce precisamente la posibilidad de valoración de las testificales de los agentes que levantaron tales atestados en lo que respecta a hechos de conocimiento propio.

d) Las pruebas periciales tienen la naturaleza que les asigna el recurso: informan de valores estadísticos. Eso no desvirtúa su valor pericial ni su calidad informativa. Con porcentajes de probabilidad se opera habitualmente a nivel de conocimiento científico y también social y judicial. El uso de patrones estadísticos es compatible con la metodología científica y con la labor jurisdiccional. A través de ellos se pueden alcanzar certezas y también certezas más allá de toda duda razonable. La afirmación de que esa técnica casa mal con la presunción de inocencia no es acogible; mucho menos cuando lo que se trata de acreditar es un peligro hipotético. El riesgo es precisamente eso: una probabilidad -no seguridad- de que acaezca la consecuencia dañina.

Lo explica la STS 549/2003, de 19 de abril : *"Existe además un peligro grave en el presente supuesto. El Tribunal "a quo", sin embargo excluye ese peligro porque, según manifiesta, "el dictamen pericial habló de la eliminación de la vida animal y vegetal del río, lo que hizo en términos puramente hipotéticos manifestando desconocer el estado del río en el año 1992 y haber realizado una valoración de riesgos potenciales en base al resultado de los análisis de los vertidos".*

Sin embargo, cuando el tribunal de instancia manifiesta que la peritación se hizo en términos hipotéticos y basada en una valoración de riesgos potenciales, rechazando 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. No cabe hablar pues de que la peritación se desarrolló en el plano de las posibilidades cuando el peligro no es otra cosa que una posibilidad .

Asimismo, se puso de relieve que ese planteamiento hipotético expresado en la prueba pericial se vió agravado debido a que era necesario conocer el caudal y duración de los vertidos y no se conocía, y que, además, la perito Dra. Sacramento Ruth manifestó desconocer el estado del río en el año 1992 y haber realizado una valoración de los riesgos potenciales en base al resultado de los análisis de los vertidos.

Esta argumentación carece de fundamento. No se puede hacer depender el peligro de un aspecto coyuntural como es el caudal. El caudal depende

de los factores climatológicos, del nivel de aprovechamiento y consumo mayor o menor del preciado líquido. Pero además, el estado el río al que se vierte a través de la alcantarilla resulta intrascendente como ya puso de relieve la sentencia de 22 marzo 1999 del Tribunal Constitucional relativa al conocido como "río muerto", al señalar que por muy deplorable que sea el estado del río al que se efectúa el líquido el vertido contaminante, un vertido contaminante siempre lo es y de efectuarse el vertido de acuerdo al contenido literal del artículo 325 del Código Penal -anteriormente 347 bis-, el delito se habrá realizado".

En igual sentido, STS 916/2008, de 30 de diciembre : "...Parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo.

En todo caso, estos criterios necesitan de una prueba pericial que lo exponga, al menos que el Juez sea asesorado pericialmente por expertos que expongan los criterios anteriormente relacionados y sobre los que se establezca la necesaria contradicción evitando que las percepciones del Juez se conviertan en presupuesto inseguro en la aplicación del tipo penal.

En cualquier caso, por la doctrina se destaca que la inevitable valoración ha de tener en cuenta que integran el concepto de peligro dos elementos esenciales: probabilidad y carácter negativo de un eventual resultado. La gravedad se ha de deducir, pues, de ambos elementos conjuntamente lo que significa negar la tipicidad en los casos de resultados solo posibles o remotamente probables, así como de aquellos que, de llegar a producirse, afecten de manera insignificante al bien jurídico".

El argumento de que esos patrones presuponen la posibilidad de excepciones (no es absoluta la regla estadística) por lo que implican una presunción de culpa es habilidoso pero no compartible. Son correctas las estimaciones de la sentencia (sobre la liberación de gases, el volumen estimativo del liberado, el peligro anudado a ello y el número de frigoríficos).

e) Sobre el valor de las declaraciones de un coimputado ya nos hemos extendido al hilo del recurso anterior en consideraciones que son plenamente reproducibles en relación a este recurrente que plantea cuestiones similares con eruditas referencias de algún clásico y conocido tratadista.

f) Que algunos concretos elementos no esenciales entresacados de una testifical aparezcan contradichos por otros datos no descalifica íntegramente la testifical como parece sugerir el recurrente. En casación no podemos cuestionar el crédito otorgado por el Tribunal a determinadas manifestaciones de testigos si la valoración efectuada está razonada y es convincente. Explica a este respecto la STC 133/2014 , en consideraciones que, aún vertidas en sede de amparo constitucional, son *mutatis mutandi* trasladables a un recurso de casación, que la credibilidad de los testimonios presentados en el juicio oral no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia evaluable en el proceso de amparo, entre otras razones, porque el proceso constitucional no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas, sino que "verificado que ha existido prueba que pueda estimarse racionalmente de cargo, no nos compete revisar la valoración de que tal prueba haya realizado el juzgador en conciencia, de acuerdo con el art. 741 LECrim".

El motivo decae.

CUARTO.- Por idéntica vía casacional (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim en relación con el art. 24 CE) se argumenta en el segundo motivo que la presente causa penal constituiría el fruto de una investigación prospectiva prohibida constitucionalmente y atentatoria del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de legalidad.

El procedimiento se habría iniciado con el ropaje de una investigación general en virtud de una denuncia anónima que dio lugar a unas genéricas diligencias de investigación del Fiscal. No se desencadenaron ante un hecho concreto imputado a personas definidas, sino ante sospechas vagas e indiscriminadas.

Ciertamente la investigación fue activada por el Fiscal de una forma relativamente genérica, ante datos muy sugestivos de que se estaban produciendo emisiones prohibidas eventualmente delictivas de forma relativamente generalizada. Que la noticia inicial partiese de un escrito no firmado no arrastra la invalidez de las investigaciones puestas en marcha al comprobarse el fundamento del contenido del escrito anónimo (vid. STS 318/2013, de 11 de abril que recuerda en su valioso informe el Ministerio Fiscal). Esas constataciones ni descalifican una investigación del Fiscal ni la convierten en una *inquisitio generalis*, como no la constituyen las actividades de inspección o de control (v.gr., en aeropuertos), o de visitas o supervisión de centros de toda naturaleza sometidos al control administrativo o de otro tipo de actuaciones inspectoras. Esa genérica denuncia anónima no podría servir para abrir una causa judicial penal que ha de ser la consecuencia de unos indicios delictivos concretos. No es lo mismo, empero, una actividad extraprocesal del Fiscal cuyas facultades para dirigir a las fuerzas y cuerpos de seguridad no puede discutirse. No es asimilable a estos efectos un procedimiento judicial a unas diligencias de la Fiscalía.

Menos aún en relación a actividades inspectoras del Seprona, que cuenta con claro respaldo legal (vid art. 12.1. B e) de la Ley Orgánica 2/1986 , de 13 de Marzo). Si de las actuaciones inspectoras (en este campo o en cualquier otro -tributario, residencial, hospitalario, urbanístico...-) se derivan indicios de actividad delictiva entonces deberá abrirse la investigación ya estrictamente penal sin que ese origen la convierta en inviable.

Se citan por los recurrentes (éste y otros posteriores que presentan motivos recurso de contenido muy similar, si no clónicos) las SSTC 184/2003 de 23 de octubre o 261/2005 de 24 de octubre que rechazan una investigación prospectiva. Esas referencias jurisprudenciales contemplan supuestos totalmente ajenos al que se analiza: se refieren a intervenciones telefónicas referidas sobre personas concretas, respecto de las que no concurría

fundamento suficiente para acordar tal ingerencia.

Resulta pertinente evocar las SSTC 32/1994, de 31 de enero , 63/1996, de 16 de abril , 41/1998, de 24 de febrero , 87/2001, de 2 de abril ó 126/2001, de 4 de junio . La STS 228/2013, de 22 de marzo es la última en que ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala *in extenso* sobre qué implica y qué no implica la prohibición de una *inquisitio generalis*, es decir, una *pesquisa* general .

Dice tal sentencia: " *Se sostiene en el motivo que al regular el inicio del procedimiento penal la LECrim, describe como únicas vías la interposición de la querrela, la interposición de denuncia, (o en su caso, cualquier forma alternativa de notitia criminis recibida por parte de un juzgado instructor), o la remisión al mismo de un atestado policial, pero la **preceptiva delimitación concreta de los hechos sometidos a investigación judicial constituye un elemento comúnmente exigido en todas y cada una de estas tres formas de iniciarse el proceso penal.***

*En el concreto asunto de referencia nada de esto tuvo lugar pues el procedimiento tuvo su origen en la denuncia que se presentó ante el Ministerio Fiscal por parte de determinadas personas provenientes de la Hacienda Foral de Guipúzcoa en la que expresamente se denunciaba que habían comparecido dos contribuyentes, el Sr. Valeriano Octavio y el Sr. Cayetano Rogelio para denunciar o para manifestar que se les estaba teniendo una deuda que ya liquidaron en su día, pero examinando el contenido de las diligencias de investigación incoadas por Fiscalía primero y por el Juzgado Instructor después, no se investigaron esos dos hechos reprochados sino que lo que se hizo fue **revisar todo el histórico de expedientes en los que llevaba interviniendo durante toda su vida profesional el Sr. Jose Julio y analizar si en alguno de ellos podía localizarse supuestas irregularidades cometidas en el ejercicio de su labor profesional.***

A continuación detalla las actuaciones desarrolladas en el procedimiento: en el año 2003 se recogen por parte de la Hacienda dos comunicaciones por parte de dos contribuyentes que refieran haber realizado supuestos pagos al recurrente en la oficina tributaria de Irún (folios 92 y 95). En fecha 12.9.2006, se dicta Decreto de Fiscalía incoando diligencias informativas para investigar esos dos expedientes (folio 23). En fecha 30.4.2007, es cuando se realiza denuncia por el Ministerio Fiscal refiriendo la existencia de irregularidades con relación a 24 -que no 2- contribuyentes.

Finalmente Don. Jose Julio fue acusado y posteriormente condenado por supuestas irregularidades cometidas en 32 expedientes tributarios.

Para concluir, que todo ello ha supuesto la vulneración de los derechos constitucionales a un proceso con todas las garantías, a conocer los concretos hechos objeto de denuncia o sobre los hechos objeto de querrela y en ningún caso sobre el análisis histórico de la vida profesional de un ciudadano que en este caso actúa como funcionario público, lo que supone una verdadera causa general con los efectos limitativos de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías, derecho de defensa, y de contradicción de las partes.

El motivo se desestima.

1) *La investigación directa de los hechos con una función que es en parte inquisitiva y en parte acusatoria -dirigida frente a una determinada persona- es la que pueda considerarse integrante de una actividad instructora. **Para ello la simple** notitia criminis es suficiente para que se ponga en marcha la investigación judicial del delito (SSTC. 169/90 , 32/94). **La finalidad a que ha de tender toda instrucción criminal es la de averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos** (art. 299LECrim)....*

*...Por tanto, la notitia criminis puede tenerse por un presupuesto o procedibilidad del proceso penal, en la medida en que éste condiciona su inicio a la existencia de un hecho o conjunto de hechos concretos y de *fisonomía delictiva*, bien entendido que debe tenerse en cuenta que el uso de los poderes inquisitivos que la LECrim, coloca en manos del Instructor puede abocar al descubrimiento de hechos distintos de aquellos que dieron lugar a la incoación del proceso y/o a la implicación de personas distintas de aquellas sobre las que inicialmente recayeron las sospechas. En estos casos aquellos poderes comprenderán también estos otros nuevos hechos, así como las posibles personas implicadas en su comisión.*

En efecto, la pretensión de que desde el mismo acto judicial de incoación del procedimiento instructor queden perfectamente definidos los hechos sometidos a investigación, e incluso las calificaciones jurídicas de los delitos que pudieran constituir tales hechos, no es aceptable. La ley podría establecerlo así, impidiendo que los Juzgados de Instrucción instruyeran causas que no fueran planteadas mediante querrela; pero lo cierto es que la ley vigente permite incoar diligencias a partir de una mera denuncia, y tanto uno como otro de estos sistemas es compatible con los derechos del art. 24C.E. (SSTC 173/1987 , 145/1988 , 186/1990 , 32/1994). Sólo cuando los hechos van siendo esclarecidos, en el curso de la investigación, es posible, y exigible, que la acusación quede claramente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente (SSTC 135/1989 , y 41/1997).

Interpretado contrario sensu , esto mismo permite sostener que sin notitia criminis no cabe iniciar un proceso penal, a menos que se defienda lo indefendible: la posible existencia de un proceso que no se proyecte sobre hechos aparentemente delictivos, o lo que viene a ser lo mismo, de un proceso sin objeto.

Esta posibilidad comporta -como ya hemos apuntado- además el riesgo evidente de que el proceso se instrumentalice al servicio de una investigación generalizada. En este punto la doctrina matiza que se trata de un riesgo, no de una consecuencia inexorable. Por ello, incoar un proceso faltando notitia criminis no siempre conduce a una causa general, pues tras esa ausencia puede no esconderse el propósito de llevar a cabo una investigación de la que, tal vez, surjan hechos punibles: El matiz, empero, no se da a la inversa, es decir, así como la iniciación del proceso faltando notitia criminis , no aboca necesariamente en una causa general, tras toda causa general late siempre constante la falta de notitia criminis .

El riesgo a que nos referimos es algo que ha sido destacado por el Tribunal Constitucional. Así en la STC. 41/98 de 24.2 , se señalaba que: "...acotar el campo de la instrucción, esencial para evitar el riesgo de una investigación generalizada sobre la totalidad de la vida de una persona", y también que el ámbito de la que el ámbito de la investigación judicial no puede alcanzar genéricamente a todas las actividades del impugnado, sino que ha de

precisarse "qué concretos actos quedan sujetos a la instrucción judicial". Tampoco le es ajena al Tribunal Constitucional la conexión que existe entre una causa general y los requisitos que deben concurrir en los hechos sobre los que descansa la incoación y subsistencia de un proceso penal, pues a su juicio no hay "inquisitio generalis" allí donde el proceso descansa "en una sospecha inicial seria, basada en unos hechos concretos constitutivos de delito grave, y no en una pretendida búsqueda sin más, de posibles hechos que hubiera podido cometer el acusado" (ver STS. 12.1.2006 y STS. 3.12.2002)."

La sentencia que se viene transcribiendo analiza a continuación el contenido de las diligencias preprocesales del Fiscal que, como aquí, había precedido a la causa judicial:

"El examen del itinerario seguido por la investigación preprocesal del Ministerio Fiscal denota que la misma tenía por objeto la determinación de la posible comisión por parte Don. Jose Julio de plurales hechos de apariencia delictiva cometidos, a lo largo de varios años, en el ejercicio de las funciones públicas que tenía asignadas en la estructura organizativa de la Excm. Diputación Foral de Guipúzcoa en el ámbito de la recaudación de tributos. Consecuentemente, no se trataba de abrir una causa general en la que se investigara todas y cada una de las facetas de la vida personal y profesional Don. Jose Julio (técnica propia de los perfiles jurídicos inquisitivos) sino de analizar aquellas facetas de la gestión profesional Don. Jose Julio que tuvieran relación con la recaudación irregular de determinados tributos, tarea, la de análisis, que tuvo una dimensión objetiva y temporal progresiva a medida que el examen de los expedientes tributarios por él gestionados arrojaban elementos que pudieran denotar graves irregularidades en el modo y manera en la que se ingresaban los recursos públicos de naturaleza tributaria en el patrimonio de la Hacienda Foral.

4) Por tanto, la investigación preliminar del Ministerio Fiscal no tuvo un carácter inquisitivo. La pretensión del recurrente de limitar la investigación, tanto Fiscal como judicial, solo a los delitos inicialmente denunciados no puede ser aceptada, siendo posible investigar su actuación como funcionario en relación a otros expedientes tributarios y de los que resultan nuevos delitos y el destino dado al dinero entregado por los contribuyentes.

Por ello la investigación inicial del Ministerio Fiscal y la posterior instrucción judicial en el marco de una actividad presuntamente delictiva relativa con su actuación como funcionario público en materia de recaudación tributaria no vulneró los derechos constitucionales que se señalan en el motivo".

Pues bien, tampoco aquí se puede hablar de una reprochable inquisitio generalis : ante las evidencias de que era muy posible que se viniesen efectuando emisiones al margen del marco legal (con eventual infracción de normas penales e indudablemente de normas administrativas), bajo la dirección del Fiscal que no podía permanecer pasivo o ajeno a esa información fundada, se definen las actividades industriales en las que podía estar produciéndose esa actuación. Nada reprochable hay en eso; antes bien, al contrario.

Hablar de causa general es referirse a un proceso penal incoado como tal para dar cobertura a una investigación ilimitada, para investigar cualquier hecho delictivo no particularizado; o a una persona sin tener noticia de ningún hecho concreto (fishing expedition). Las coordenadas en que se inician y progresan estas indagaciones hasta acabar por alumbrar un proceso penal nada tienen que ver con eso.

El rastreo efectuado, documentado en el atestado inicial del SEPRONA, era elemental y básico lo que lo aleja de la diligencia regulada en el párrafo 98ª de la StPO (Rasterfahndung que algún especialista ha traducido como búsqueda entrecruzada de rasgos distintivos) que regula un tratamiento masivo de datos afectante a un círculo muy amplio de personas y por tanto eventualmente lesivo del derecho a la auto-determinación informativa y que es evocada por el recurrente. No es del todo afortunado por exagerado el paralelismo que trata de establecerse con la normativa germana. No hay afectación de derecho fundamental alguno en esas indagaciones realizadas en las diligencias de Fiscalía. Media un abismo entre esta diligencia (atípica en nuestro ordenamiento procesal en el sentido de que carece de regulación aunque sea admisible) y el registro, por ejemplo, de las personas que han entrado determinado día en un establecimiento donde se ha producido un robo; o la relación de empresas dedicadas a una muy específica actividad industrial, en cuyo desarrollo han surgido sospechas delictivas. Esa identificación va seguida de indagaciones que todavía se sitúan en un legítimo ámbito no estrictamente penal: inspecciones documentadas que se dirijan a comprobar si esas empresas trataban residuos electrónicos o eléctricos para lo que no estarían autorizadas, tal y como podía sospecharse después de las verificaciones de que se da cuenta en esos atestados. Resulta no solo desmesurado sino inexacto tildar esta causa de inquisitio generalis solo por ser compleja y haber venido precedida de una cuidada y exquisita labor de averiguación a cargo de una policía especializada bajo la dirección/ supervisión de la Fiscalía.

La desestimación de este motivo arrastra la del noveno.

QUINTO.- El art. 849.1º LECrim constituye el anclaje legal del tercero de los motivos de casación de este segundo recurso. La mención de los arts. 25

CE y 852 LECrim resulta grandilocuente e hiperbólica pues mezcla el plano de la legalidad ordinaria con la constitucional. No toda infracción de ley del art. 849.1º LECrim es a la vez vulneración constitucional del art. 25.1 CE . Solo las condenas al margen de cualquier interpretación razonable violan el art. 25.1 CE . En todo caso esta observación no tiene mayor alcance concreto.

Se dice que falta una pieza de la tipicidad: el elemento normativo, es decir, la infracción de una norma protectora del medio ambiente. La norma en la que se apoya la Audiencia (Ley de residuos 10/1998) sería inapta para ello pues estarían excluidas de su radio de acción las emisiones a la atmósfera. El reglamento de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos se dicta en desarrollo de la citada ley y por tanto tampoco puede afectar a las emisiones a la atmósfera.

El recurrente remata su discurso con una correcta, extensa y atinada exposición de la capacidad que puede albergar la normativa supranacional para integrar ese elemento normativo y sus límites y condiciones.

El preámbulo de la Ley 22/2011 confirmaría su interpretación. Vendría a demostrar que solo a partir de ella se ha verificado la trasposición al derecho interno de la norma europea. Su disposición adicional décima al establecer unas fórmulas de reducción, que no de supresión o prohibición, de esas emisiones privaría de coherencia a una condena basada en esa actividad que hoy por hoy es tolerada aunque sometida a un régimen de progresiva disminución.

Es meritorio el discurso del recurrente sobre el valor de las directivas, decisiones marcos y otras herramientas de derecho de la Unión y su capacidad de integrar normas penales en blanco en condiciones estrictas. Pero aquí es irrelevante: *hay una norma interna protectora del medio ambiente que ha sido vulnerada. Está inequívocamente identificada en la sentencia: el Real Decreto 208/2005, de 25 de febrero sobre aparatos eléctricos y electrónicos y la gestión de sus residuos de desarrollo de la Ley de Residuos 10/1998, de 21 de abril, que traspone al derecho nacional el contenido de las Directivas 2002/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27/01/03 sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos, y 2002/96/CE modificada por el Art. 9 de la Directiva 2003/108/CE*. El Artículo 5 del citado Real Decreto bajo el acápite "*Tratamiento de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos*" sienta una clara obligación: "*los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos que contengan materiales o elementos peligrosos serán descontaminados*". A continuación apostilla que la "*descontaminación incluirá como mínimo, la retirada selectiva de los fluidos, componentes, materiales, sustancias y preparados, de conformidad con lo establecido en el Anexo III*". En tal Anexo se incluyen los clorofluorocarbonados (CFC), los hidrofluorocarbonos (HFC) y los hidroclorofluorocarbonos (HCFC).

Entre los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) figuran los frigoríficos y otros aparatos enfriadores pues, como señala la Audiencia, utilizan tanto en sus circuitos como en las espumas que los aíslan, gases compuestos por derivados de cloro, que son las principales sustancias agotadoras del ozono (Reglamento CE 2037/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000 sobre las sustancias que agotan la capa de ozono (SAO), y Reglamento CE 1005/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo texto refundido de 16 de septiembre de 2009); todo ello junto con la existencia de otros gases fluorados, que inciden en el "efecto invernadero" contemplados en el Reglamento 842/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006 sobre gases fluorados de efecto invernadero.

Los principales gases refrigerantes usados en el circuito y espumas de frigoríficos son del tipo CFC: R-1 "Triclorofluorometano" y R-12 "Diclorofluorometano" y de tipo HFC: R-134 "Tetrafluoroetano".

Si tal norma obliga a la *descontaminación* y se incumple esa prescripción, es obvio que se ha vulnerado una normativa destinada a tutelar el medio ambiente. Es un sofisma o un juego de palabras valerse de la genérica explicación de la exposición de motivos de la ley para pretender que esa norma no está impidiendo, precisamente al obligar a la descontaminación, la conducta contraria, es decir la liberación de los gases de esos aparatos. Indirectamente por supuesto que incide en las emisiones atmosféricas.

Las políticas globales de reducción progresiva de esas emisiones no convierten en conforme a derecho la conducta. Reducir exige prohibir tajantemente algunas emisiones y tolerar simultáneamente otras que podrían paulatinamente ir disminuyéndose. Las prohibiciones no pierden de manera absurda su fuerza por eso. Hay conductas semejantes -también dañinas- pero toleradas por el ordenamiento por exigencias sociales. Esas no son delictivas, pero no porque no causen daño al medio ambiente (lesividad) sino porque cuentan con respaldo administrativo y legal en virtud de decisiones políticas y normativas que valoran pros y contras. Cuando no se cuenta con esa autorización, el tipo penal despliega toda su eficacia.

El motivo decae.

SEXTO.- Tampoco el siguiente motivo, con idéntico formato casacional

-aplicación indebida del art. 325 CP al amparo del art. 849.1º LECrim - puede prosperar. Se niega que exista **grave perjuicio para la salud de las personas**.

Debe aclararse antes que nada que *no es necesario un deterioro irreversible para colmar las exigencias del tipo básico. Ese resultado solo es elemento de uno de los subtipos agravados del art. 326 CP*. El recurrente mezcla en su argumentación ambos planos (SSTS 722/2009, de 1 de julio de 2009 ó 96/2002, de 30 de enero).

La hipotética recuperación de la capa de ozono permitiría, en su caso, (es inútil a los efectos de resolución de este asunto indagar sobre eso) excluir el subtipo agravado, pero no el básico que es el aquí apreciado y que no requiere irreversibilidad.

El argumento basado en el ilícito por efectos acumulativos no es de recibo. Por esa vía el delito contra el medio ambiente perdería casi totalmente su operatividad: cuantos más infractores surgiesen paradójicamente menos responsabilidades serían exigibles. La persistencia en la actividad según razona bien la sentencia de instancia (fundamento de derecho primero, apartado 2.b) justifica la "gravedad" correctamente apreciada. Nada puede añadirse a la clara y persuasiva argumentación de la Audiencia que se hace eco de las contundentes conclusiones del informe pericial después de un magnífico estudio y explicación de la naturaleza del delito medio ambiental como delito de peligro hipotético.

La STS 96/2002, de 30 de enero es uno de los variados referentes jurisprudenciales sobre este concreto punto: "*La exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (S. 105/99, 27 de enero). La valoración que hace el Tribunal a quo de las pruebas practicadas es inmune, como tantas veces ha declarado esta Sala, a su revisión en sede casacional en lo que dependa de la inmediación, pero es revisable en su racional apreciación, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido del cauce casacional utilizado.*"

Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 del CP- y antes el 347 bis- habrá que acudir, como dijo la citada sentencia 105/99, de 27 de enero, 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 a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro.

Los hechos son subsumibles en el art. 325 del CP como postula el Ministerio Fiscal al estimar que el peligro creado en el caso enjuiciado fue grave por todas las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes y por el contenido material de todos los bidones y no sólo por el tóxico derramado de alguno de ellos. Su argumento esencial es asumido por esta Sala. Se funda en las siguientes razones: 1º) En la intencionada realización por parte de los acusados de un depósito y vertido de los 25 bidones repletos de sustancias altamente tóxicas e inflamables. 2º) Esa acción anterior se materializa en un lugar no autorizado, vulnerando la normativa administrativa más elemental de protección del medio ambiente que prohíbe tajantemente el abandono incontrolado de aquellos residuos tóxicos y peligrosos, y 3º) Se produce el evidente resultado, negado por la sentencia, de que dicho depósito de bidones **pudo perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales**. Dicho riesgo, como ya se ha argumentado, fue real, concreto y relevante. No nos encontramos ante el tipo de gravedad máxima previsto en el apartado e) del artículo 326 del Código penal que contempla el tipo agravado para aquellos actos contaminantes que hayan producido un "riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

El motivo carece de aptitud para triunfar.

SÉPTIMO.- A través del art. 849.1º LECrim se discute la aplicación del subtipo agravado apreciado. Se hace eco el recurrente de una jurisprudencia de esta Sala que repasaremos detenidamente.

Dos tesis sobre lo que deba entenderse por **actividad clandestina** vienen contraponiéndose: la concepción jurídico formal y la material. Aquella, ha de prevalecer pero bien entendida, sin llegar a exageraciones o exacerbaciones que nublen el fundamento de la agravación que radica en la dificultad de control de actividades cuya existencia no consta a la Administración.

Una panorámica sobre los pronunciamientos que sobre ese particular ha ido produciendo esta Sala permite atisbar que no es este campo apto para la rigidez o un mecánico automatismo, impermeable a matizaciones. Ni la constatación del amparo de la actividad por una simple autorización del tipo que sea evita por sí sola la clandestinidad; ni -en el reverso- la vulneración de los términos de la autorización administrativa conduce inexorablemente al subtipo agravado.

La STS 2187/2001 de 21 de diciembre enseñaba sobre este particular: "Estímase en el motivo que los mencionados acusados, están incurso en esa figura penal (art. 326 CP) porque la balsa de almacenaje de excrementos animales carecía de cualquier autorización o permiso administrativo y la empresa del acusado Ernesto Leovigildo ., aunque autorizada, no lo estaba para depositar purines en balsas que, como en este caso, carecían de autorización.

Sin embargo no es la realización de actos concretos ilegales, que ya aparece penada en el artículo 325 del Código Penal, determinante de la inclusión de la conducta en la figura agravada del apartado a) del artículo 326 del Código penal, sino que es preciso que la industria o actividad de la empresa que las realice funcione clandestinamente.

En la STS 96/2002, de 30 de enero leemos:

"Tampoco concurre el subtipo agravado del art. 326, apartado a) pues la actividad desarrollada en el taller de donde procedían los bidones no era clandestina. **Lo clandestino, con relevancia penal, fue el vertido de los bidones en el lugar en que lo fue, que es lo que constituye el tipo básico**".

La STS 549 / 2003, de 14 de abril vierte estas consideraciones:

" El artículo 326 a) del Código Penal de 1995 y 347 bis 2º del Código Penal 1973, dispone que se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra la circunstancia de que **la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones**.

Sin embargo tal criterio no puede ser compartido, pues implica una interpretación extensiva "contra reo" del subtipo agravado, escasamente respetuosa con el principio de legalidad. En efecto, lo que exige la Ley para la aplicación del subtipo es que la industria o actividad funcione clandestinamente, equiparando clandestinamente al hecho de no haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, pero no exige adicionalmente la expresa autorización para la realización de unos concretos vertidos.

La interpretación de la norma se aparta del sentido gramatical de las palabras utilizadas por el Legislador, por lo que no respeta la taxatividad de los preceptos penales establecida en el art 4º 1º del Código Penal de 1.995, que dispone que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

Ha de apreciarse que interpretar funcionamiento clandestino en el sentido de falta de licencia de actividad o instalación, ya implica una cierta ampliación del subtipo, pues una interpretación material permitiría estimar que existen industrias o actividades carentes de licencia que no son clandestinas sino sobradamente conocidas por la Administración. Pero, en este supuesto, es el propio Legislador el que de modo auténtico, dota de contenido al término, explicando expresamente que se considerará que **funciona clandestinamente toda industria o actividad que no haya obtenido la preceptiva autorización o aprobación de sus instalaciones.**

Partiendo de esta interpretación auténtica, llevar el subtipo hasta el supuesto de reputar que funciona clandestinamente una industria o actividad que actúa en el tráfico ordinario y que mantiene relaciones fluidas con la administración, como sucede en el caso actual, por el hecho de carecer de una licencia específica de vertidos, es llevar la interpretación de la expresión "funcionamiento clandestino" más allá del sentido natural de las palabras y más allá del contenido propio del tipo.

La doctrina más moderna de esta Sala ha acogido ya un criterio restrictivo del subtipo agravado. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2002 se interpreta la agravante de clandestinidad de manera formal en el sentido de que la ausencia de licencia administrativa da lugar a la aplicación de la agravante - sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1992 , 26 de septiembre de 1994 y 27 de enero de 1999 -, pero aclarando que únicamente procede la aplicación del subtipo en "los supuestos de falta de licencia para la explotación en sí misma y no de la actividad que constituye el vertido contaminante".

Así en las sentencias de 29 de septiembre de 2001 , 30 de enero de 2002 y en la de 19 de enero de 2002 , se desestima la pretensión del Ministerio Público que interesaba en el recurso la apreciación de esta agravante, rechazando el criterio de que la ilegalidad de un vertido indebidamente autorizado por la Administración equivalga a la clandestinidad del funcionamiento de la industria, pues ello supondría "aplicar un precepto penal a un caso distinto del expresamente comprendido en él. Si la Administración autorizó temporalmente a la empresa para verter por encima de los niveles máximos de contaminación legalmente permitidos, podrá decirse que los responsables de la empresa continuaron actuando ilegalmente, al solo aparente amparo de una autorización que carecía de respaldo en las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente, pero no que actuaron clandestinamente".

Doctrina que se mantiene en la muy reciente sentencia de 1 de abril de 2003 que analiza extensamente todas las resoluciones dictadas sobre tal cuestión".

La STS 916/2008, de 30 de diciembre , precisará:

"El art. 326 a) CP ., considera un elemento que agrava el delito del art.325 el que la industria o actividad funciones clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. La jurisprudencia mayoritaria de esta Sala (SSTS. 1500/2004 de 16.12 , 70/2005 de 26.1 , 875/2006 de 6.9), ha entendido que el precepto contiene una interpretación auténtica de la exigencia típica, de manera que por clandestino habrá que entender no ya el funcionamiento oculto para la Administración, lo cual sería correcto en sentido material, sino el funcionamiento sin la autorización o aprobación administrativa de las instalaciones de la industria o actividad.

Así, la STS nº 693/2003, de 17 de mayo , recuerda que "abundante jurisprudencia de esta Sala (véanse SS nº 687 de 5 de mayo de 1999 , nº 1914 de 12 de diciembre de 2000 , nº 1583 de 17 de septiembre de 2001 , nº 7 de 19 de enero de 2002 y 2031 de 4 de diciembre de 2002), tiene reiteradamente dicho que la clandestinidad de una industria o actividad, no debe identificarse con el carácter secreto u oculto en el sentido material, sino en el sentido jurídico que el propio precepto desarrolla de modo auténtico.

Concretamente lo serían las empresas carentes de la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. Es tanto como desplegar la actividad empresarial e industrial a espaldas de la Administración, cuando se requiere autorización para el desarrollo de la actividad de que se trate".

Y la STS 388/2003, de 1 de abril , de manera muy extensa:

"...El cuarto motivo de recurso, por infracción de ley, alega indebida aplicación del subtipo agravado del art 326 a) del Código Penal de 1995 , todavez que la empresa Proteínas y Grasas Gimeno SL no funcionaba clandestinamente pues disponía desde el año 1993 de licencia municipal de apertura de establecimiento y ejercicio de actividad.

*El motivo debe ser estimado. El artículo 326 a) del Código Penal de 1995 dispone que se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra la circunstancia de que **la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.***

En el caso actual consta acreditado, como hemos señalado al resolver

el motivo primero de recurso, que Proteínas y Grasas Gimeno SL disponía desde el año 1993 de licencia municipal de apertura de establecimiento y ejercicio de actividad (calificada conforme al Reglamento de Actividades Molestas Insalubres y Peligrosas) otorgada por el Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat, por lo que no podemos estimar, desde la perspectiva formal, que funcionase clandestinamente sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.

*Por otra parte consta también acreditado que el 17 de junio de 1996, tres años antes de estos hechos, el Consejero de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña aceptó el Programa de Descontaminación Gradual presentado por esta empresa el 31 de enero del mismo año, estableciendo un plazo hasta el 30 de noviembre de 1.996 para que la calidad de las aguas residuales vertidas al cauce pluvial 59 cumplieran los límites fijados en la tabla tres del anexo al Título IV del Real Decreto 849/1.986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, y autorizando provisionalmente el vertido con unas parámetros determinados, plazo que fue incrementado en dos ocasiones, como se declara probado en el relato fáctico. En consecuencia, **tampoco desde el punto de vista material puede afirmarse que la actividad de***

vertidos fuese clandestina, pues era conocida y fue autorizada con carácter provisional por la Administración.

Es cierto que el término concedido para adecuarse a la normativa general había caducado y sin embargo el recurrente realizó vertidos muy por encima de los límites permitidos. Pero es precisamente esta infracción lo que integra la vulneración de las disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, que constituye el elemento normativo del tipo base, por lo que no puede valorarse nuevamente para integrar el tipo agravado. Lo relevante es que las instalaciones no eran clandestinas, pues la empresa disponía de licencia municipal de apertura de establecimiento y ejercicio de actividad, y la realización de vertidos era conocida por la Administración, que le había concedido una autorización provisional.

La Sala sentenciadora aplica el subtipo agravado porque la empresa carecía en la fecha de los vertidos contaminantes el 9 de marzo y el 12 de mayo de 1999, de la preceptiva autorización de vertidos que le fue concedida posteriormente el 8 de octubre de 1999. Considera irrelevante que la autorización estuviese en trámite, porque estima que lo determinante es que carecía de ella, y también estima irrelevante que existiesen con anterioridad unos planes de descontaminación, pues ya no se encontraban vigentes cuando se produjo el hecho delictivo.

En definitiva, **estima que concurre clandestinidad, y debe aplicarse el subtipo agravado siempre que la industria o actividad carezca de la preceptiva autorización para los vertidos, aunque disponga de licencia de actividad y la realización de vertidos sea conocida por la Administración**. Esta concepción del subtipo es compartida por el Ministerio Fiscal, en el escrito de impugnación del recurso.

Este criterio no puede ser compartido, pues implica una interpretación extensiva "contra reo" del subtipo agravado, escasamente respetuosa con el principio de legalidad.

En efecto lo que exige la Ley para la aplicación del subtipo es que la industria o actividad funcione clandestinamente, equiparando clandestinamente al hecho de no haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, pero no exige adicionalmente la expresa autorización para la realización de unos concretos vertidos.

La interpretación de la norma aceptada en la sentencia de instancia, se aparta del sentido gramatical de las palabras utilizadas por el Legislador, por lo que no respeta la taxatividad de los preceptos penales establecida en el art 4º 1º del Código Penal de 1.995, que dispone que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. El tenor literal del apartado a) del artículo 326 exige autorización de las instalaciones, lo que equivale a estar autorizado para la puesta en funcionamiento de la industria o actividad, pero no impone otras licencias adicionales.

Ha de apreciarse que interpretar funcionamiento clandestino en el sentido de falta de licencia de actividad o instalación, ya implica una cierta ampliación del subtipo, pues una interpretación material permitiría estimar que existen industrias o actividades carentes de licencia que no son clandestinas sino sobradamente conocidas por la Administración. Pero, en este supuesto, es el propio Legislador el que de modo auténtico, dota de contenido al término, explicando expresamente que se considerará que funciona clandestinamente toda industria o actividad que no haya obtenido la preceptiva autorización o aprobación de sus instalaciones. **Partiendo de esta interpretación auténtica, llevar el subtipo hasta el supuesto de reputar que funciona clandestinamente una industria o actividad que actúa en el tráfico ordinario disponiendo de la pertinente licencia de apertura de sus instalaciones, y que mantiene relaciones fluidas con la administración, como sucede en el caso actual, por el hecho de carecer de una licencia específica de vertidos, es llevar la interpretación de la expresión "funcionamiento clandestino" más allá del sentido natural de las palabras y más allá del contenido propio del tipo.**

La doctrina más moderna de esta Sala ha acogido ya un criterio restrictivo del subtipo agravado.

Así en la STS de 26 de junio de 2002 (núm. 1200/2002) se interpreta la agravante de clandestinidad de manera formal en el sentido de que la ausencia de licencia administrativa da lugar a la aplicación de la agravante (SSTS de 11 de marzo de 1992, 26 de septiembre de 1994 y 27 de enero de 1999), pero aclarando que únicamente procede la aplicación del subtipo en "los supuestos de falta de licencia para la explotación en sí misma y no de la actividad que constituye el vertido contaminante".

Este criterio restrictivo se justifica especialmente tras la publicación del Código Penal de 1.995, aplicable en el caso ahora enjuiciado, pues como señala la referida sentencia de 26 de junio de 2002 (núm. 1200/2002), las previsiones legales del Texto punitivo hoy vigente, que exacerban la respuesta penológica en estos casos de subtipo agravado, determinan que " **la apreciación de tal agravación ha de realizarse de manera exigente**".

Tras citar las SSTS 1705/2001, de 29 de septiembre, 96/2002, de 30 de enero, 7/2002, de 19 de enero y 2031/2002, prosigue:

"... Es cierto que existen otras resoluciones que mantienen un criterio diferenciado, pero estimamos que debe reafirmarse el expresado en las últimas sentencias que acabamos de referenciar, por las siguientes razones:

1º) Es más respetuoso con el sentido literal del precepto, y en consecuencia con el principio de legalidad.

2º) Es más respetuoso con el principio de proporcionalidad. En efecto el Código Penal de 1995 impone una sustancial elevación punitiva para los subtipos agravados del art 326, pues la pena mínima de seis meses y un día prevenida en el Código Penal anterior para estos casos se ha convertido en un mínimo de cuatro años de prisión, sin posibilidad de suspensión condicional, por lo que la pena legalmente establecida para los supuestos agravados solo será proporcional si la apreciación de la agravación se realiza de manera estricta y rigurosa.

3º) Impide una excesiva expansión del subtipo agravado en detrimento del básico. Si la licencia exigida para excluir la agravación es la

especificade cada modalidad de vertido, puede llegar a identificarse esta carencia de autorización específica con la ilegalidad del vertido, corriéndose el riesgo de vulnerar el principio "non bis in idem" al aplicar el subtipo agravado por la misma infracción administrativa que determina la concurrencia del elemento normativo del tipo básico".

La STS 693/2003 de 17 de mayo por su parte, expone:

"... En orden al alcance interpretativo de la cualificación, abundante jurisprudencia de esta Sala (veáanse SS. nº 687 de 5 de mayo de 1999 , nº 1914 de 12 de diciembre de 2000 , nº 1583 de 17 de septiembre de 2001 , nº 7 de 19 de enero de 2002 y 2.031 de 4 de diciembre de 2002 , entre otras), tiene reiteradamente dicho que la clandestinidad de una industria o actividad, no debe identificarse con el carácter secreto u oculto en el sentido material, sino en el sentido jurídico que el propio precepto desarrolla de modo auténtico. Concretamente lo serían las empresas carentes de la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. **Es tanto como desplegar la actividad empresarial e industrial a espaldas de la Administración, cuando se requiere autorización para el desarrollo de la actividad de que se trate .**

El Mº Fiscal estima incorrectamente excluido en su aplicación la cualificativa, porque la Audiencia consideró que era bastante la instalación de una depuradora biológica (situación que se produjo en 1980) sin necesidad de someter las aguas a tratamiento depurativo. Añadía el Fiscal, en prueba de que no se sometieron las aguas a ningún tratamiento, los altos índices de contaminación de los residuos. Se desconoce por qué razón no funcionaba la depuradora de la empresa en el momento de realizar las tomas de muestras, o si su funcionamiento era deficiente.

Pero, en cualquier caso, la depuradora existía y en el fundamento jurídico 3º la Audiencia reconoce que el Fiscal la daba por existente en su escrito de calificación...

...Aunque hipotéticamente entendiéramos con el Fiscal que debió concurrir la autorización de vertidos por parte de las autoridades hidráulicas y el acusado no la había obtenido, el conocimiento del hecho por parte de la Administración y particularmente por la autoridad local debió determinar, previa la correspondiente inspección, la denegación de la autorización otorgada condicionadamente, o bien comunicar el hecho a la Administración pública de Aguas por infringir los vertidos los límites autorizados por el Reglamento del Dominio público hidráulico.

5. Item más; a la hora de interpretar los términos de la agravación, en trance de precisar su verdadero alcance y sentido, no debemos perder 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 (art. 4-1º C.P .), y más tratándose de un precepto de especial intensidad punitiva, que juega en contra del reo. El art. 326 ap. a), se refiere a la aprobación o autorización de las instalaciones y no a la autorización de los vertidos, y a esos términos gramaticales estrictos debemos estar. Esa es la interpretación más acorde de la cualificación, sustentada por la más reciente doctrina de esta Sala (véase, por todas, las SS.T.S. nº 388 de 1-abril-2003 y nº 549 de 14-abril-2003).

6. Por todo lo expuesto procede desestimar el motivo articulado. 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. Ello excluiría no sólo la aplicación del subtipo, sino del tipo básico (art. 325C.P .), en el que se exige como requisito definitorio del delito la infracción de las normas protectoras del medio ambiente".

La STS 2031/2002, de 4 de diciembre se movía por derroteros similares:

El tribunal de instancia aplica la agravación al declarar probado que la industria carecía de las licencias municipales de actividades industriales y no se hallaba inscrita en el Registro de actividades industriales. Estos requisitos son considerados suficientes para integrar la agravación específica del art.326 a) del Código penal, (SSTS 1200/2002, de 26 de junio y 1583/2001 , de 17de septiembre). Ahora bien, en el presente supuesto, constatamos que la inexistencia de tales licencias no permite la agravación pues documentalmente consta acreditado que la actividad industrial a la que se dedicaba la empresa había presentado un planteamiento de descontaminación gradual y el mismo había sido 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 la STS 1500/2004, de 16 de diciembre :

" El artículo 326.a) del Código Penal considera un elemento que agrava el delito del artículo anterior el que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. La jurisprudencia mayoritaria de esta Sala ha entendido que el precepto contiene una interpretación auténtica de la exigencia típica, de manera que por clandestino habrá que entender no ya el funcionamiento oculto para la Administración, lo cual sería correcto en sentido material, sino el funcionamiento sin la autorización o aprobación administrativa de las instalaciones de la industria o actividad.

... **"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.** El reglamento de actividades clasificadas, de 30 de noviembre de 1961, prevé una actividad administrativa de control previa a la decisión de la Administración que se inicia en la necesidad de que el solicitante aporte, en expresión del Decreto 3494/1964, de 5 de noviembre, que modifica la anterior redacción del artículo 29 , "Proyecto técnico y Memoria descriptiva en que se detallen las características de la actividad, suposible repercusión sobre la sanidad ambiental y los sistemas correctores que continúan con las previsiones del artículo 30 concretadas en la posibilidad de denegar la licencia por razones de competencia municipal o en someterla a información pública y posteriormente al dictamen de las autoridades competentes en materia de sanidad y a los técnicos

municipales y comisiones provinciales correspondientes. Y que finalizan con la decisión correspondiente acerca de la concesión o denegación de la licencia solicitada.

Ahora bien, esta interpretación del artículo 326.a) del Código Penal 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 medio ambiente al suprimir 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.

...Estas circunstancias no solo reflejan 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 que, además, demuestra que la Administración, a pesar de la inicial pasividad municipal, conocía la existencia de la actividad y disponía de medios suficientes para controlar su funcionamiento, incluso con la colaboración activa de los administrados, lo cual impide calificarlo como clandestino".

La más cercana en el tiempo STS 1112/2009, de 16 de noviembre, invocada por el Tribunal *a quo*, contiene un discurso que parecería menos estricto, pero en rigor tampoco rompe con esa línea jurisprudencial que se deduce de los abundantes precedentes recopilados:

"Lo alegado es infracción de ley, de las del art. 849,1º Lecrim, en concreto, del art. 326 a) Cpenal. El argumento es que la actividad del recurrente en el local de referencia no puede ser considerada clandestina a los efectos de este último precepto, ya que aquél estaba habilitado por la administración municipal para el desarrollo de una actividad de carácter terciario.

Tanto según el Diccionario de la Real Academia Española como en su acepción usual, el término clandestino denota algo que es o está oculto, en el sentido de realizado de espaldas a la ley o a la autoridad, que es lo sucedido en este caso, con la concreta actividad de discoteca, la efectivamente ejercida en el local del que recurre. Pero es que, además, el propio legislador, al concebir el precepto del art. 326 a) Cpenal, ha querido ofrecer una interpretación auténtica de aquel concepto, aclarando que, en el contexto normativo de referencia, clandestino es lo que se realiza sin haber obtenido la autorización o la aprobación administrativa requerida para la regular utilización de las instalaciones de que se trate.

De este modo, no cabe duda, la actividad desarrollada por el recurrente está bien considerada clandestina, porque discurría bajo la apariencia de otra diversa de aquella para la que se había obtenido permiso, terciaria, sí, pero cualitativamente distinta, y, por eso, oculta bajo esa otra constitutiva de una simple apariencia, que es lo que la hizo "clandestina" a efectos legales.

Esta lectura de la norma cuya aplicación se cuestiona es la que resulta de sentencias de esta sala como las de nº 875/2006, de 6 de septiembre y 70/2005, de 26 de enero, que ponen buen cuidado en subrayar que el sentido legal de clandestinidad es el de carencia de la autorización o la licencia exigidas para desarrollar una actividad, precisamente, con objeto de preservar el medio ambiente".

Aquí es obvio -en eso consiste precisamente el delito- que los recurrentes (salvo Severiano Heraclio) rebasaron los límites y el ámbito de las autorizaciones que amparaban su actividad al tratar algunos residuos -los peligrosos- para los que no estaban habilitados. Pero no puede hablarse de *clandestinidad* en el sentido analizado. El hecho de que en las primeras investigaciones fuesen identificadas con facilidad esas empresas como dedicadas al tratamiento de residuos de esa naturaleza es buena muestra de que es forzar las cosas hablar de *clandestinidad* en la dirección apuntada.

La clandestinidad significa a estos efectos situarse en condiciones de sustraerse al control administrativo. La ausencia de una aprobación administrativa se traduce en opacidad o blindaje frente al adecuado control sobre la empresa. Desde esa significación no estamos aquí ante actividades *clandestinas*: las empresas contaban con autorizaciones administrativas para una actividad industrial con la que era naturalmente compatible el tratamiento

-bien que ilegal- de los residuos electrónicos en cuyo manejo se produjeron las actividades contaminantes.

El motivo ha de estimarse con efectos extensivos en cuanto a los condenados que no han recurrido o no han reclamado sobre este punto (art. 903 LECrim).

OCTAVO.- No es de apreciar la atenuante de **dilaciones indebidas** que reclamaba la defensa en petición ahora reproducida (motivo sexto).

La causa se incoó en agosto de 2011. Las declaraciones ante el Juzgado y consiguiente adquisición del *status* de imputados no se producirían hasta la primera mitad del año. El enjuiciamiento abarcó diversas sesiones que finalizaron el 29 de mayo de 2014. La sentencia está fechada el 16 de junio de 2014. *Una duración que no alcanza los 3 años no es retraso extraordinario en el sentido exigido por el art. 21.6 CP, atendiendo a los estándares que maneja la jurisprudencia, y ponderando los hechos objeto de investigación (no simple) y la pluralidad de acusados. Ni se señalan, ni se detectan paralizaciones en la tramitación.*

Sin duda en ésta como en muchas otras causas sería deseable una mayor agilidad que razones estructurales dificultan. Pero no basta ese desiderátum compartido para edificar una atenuación que el derecho positivo concede solo en casos en que los retrasos rebasan parámetros habituales (art. 21.6 CP). Tal opción legislativa guarda armonía con los perfiles atribuidos tanto por nuestro TC como por el TEDH al derecho al enjuiciamiento en un plazo razonable o a un proceso sin dilaciones indebidas (por aludir a la doble nomenclatura en la que algunos descubren algo más que un debate terminológico). No toda infracción de los plazos procesales ni cualquier excesiva duración de las actuaciones judiciales supone una vulneración de ese derecho fundamental. El juicio sobre el alcance concreto de las dilaciones y sobre su carácter indebido, emergerá como producto de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que se han ido paulatinamente precisando: la complejidad del asunto, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesgan los implicados, su conducta

procesal y la de las autoridades, entre otros (SSTC 89/2014, de 9 de junio y 99/2014, de 23 de junio). Desde esa óptica interpretativa no puede hablarse de dilaciones extraordinarias que puedan dar vida a una atenuante.

Nótese que es la atribución de la condición de imputado la que determina el inicio del cómputo del plazo para evaluar unas dilaciones indebidas. Por tanto la fecha a considerar no es la del inicio de las diligencias del Fiscal, sino aquella en la que el recurrente fue llamado a declarar como imputado que es muy posterior.

No es aceptable el motivo.

NOVENO.- Como tampoco puede serlo el séptimo a través del que se quiere atraer la atenuante de **reparación** amparándose en el comportamiento de un coimputado y no en el propio (340).

No es comunicable tal específica causa de atenuación como no lo sería la genérica (vid STS 352/2014, de 17 marzo en cuanto aclara que solo en algunos casos operará la comunicabilidad). *La eficacia atenuadora de la reparación hecha por un coacusado de forma individual y autónoma, por su exclusiva cuenta, no alcanza a los restantes partícipes totalmente ajenos a esa reparación. Es claro el fundamento de esa incomunicabilidad. Estamos ante una causa personal de atenuación solo aplicable a quien realiza o contribuye a la atenuación* (sin perjuicio de casos excepcionales).

DÉCIMO.- Se tilda de insuficiente a la *motivación de la sentencia* (art. 852 en relación con art. 24.1).

La queja es infundada

a) se protesta por tratarse de la primera sentencia condenatoria por emisiones con efecto invernadero.

¿Y?

Este monosilábico interrogante desmonta el argumento. En toda modalidad delictiva habrá siempre una primera vez. Si no, sería imposible que hubiese segundas o terceras, o sucesivas condenas.

b) Parece preguntar por qué se les condena a ellos cuando es de suponer que habría otros muchos intervinientes o posibles autores de conductas similares y por tanto eventuales delincuentes.

El argumento es un sofisma: fuera de la legalidad no cabe invocar un derecho a la igualdad. c) Se vuelve al tema de si el pago de unos cánones junto a la pertinente autorización (derecho de emisión) conforme a determinada legislación actuaría como causa excluyente de la responsabilidad penal. Así es. Se contaría con una eximente; o, si se prefiere, estaríamos ante un elemento negativo del tipo. No es momento de adentrarse en el debate sobre su categorización dogmática. Las emisiones autorizadas no son típicas. Lo pueden ser las no autorizadas como las aquí enjuiciadas.

¿Es eso arbitrario? Lo sería no esta concreta condena, sino en su caso la política emprendida. No es un Tribunal el lugar adecuado para debatir sobre eso. En la distribución de riesgos permitidos y riesgos prohibidos tanto en esta como en otras materias los poderes públicos efectúan una ponderación atendiendo a diversos factores. En ese marco ha de moverse el ciudadano y el juzgador al aplicar la legislación.

El motivo es inconsistente y decae.

UNDÉCIMO.- El motivo décimo de este recurso a través del art. 849.1º LECrim considera indebidamente aplicado el art- 28 b) CP (**cooperación necesaria**).

El recurrente era el encargado general. De ahí se deriva su coautoría. La sentencia razona en términos compartibles:

"Consideramos igualmente responsables en calidad de cooperadores necesarios a los acusados Jesus Bruno y con arreglo a lo dispuesto en el art. 28.II.b) del Código Penal . Existe cooperación necesaria cuando hay aportación de una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido (teoría de la conditio sine qua non); cuando se contribuye con un objeto escaso y difícil de obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos); o cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso (teoría del dominio del hecho). La cooperación necesaria debe afirmarse en aquellos casos en los que concurre un previo acuerdo para delinquir, como requisito subjetivo, y siempre que la *colaboración contribuya objetivamente a la realización del delito, más allá de las actividades meramente auxiliares o de segundo grado. Lo determinante para establecer el signo diferenciador, entre la cooperación necesaria y la complicidad no es ya el concierto de voluntades, común a los dos grados delictivos, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que la actividad desplegada haya tenido en el resultado producido* (Sentencias de 29 de septiembre de 2000 , 19 de diciembre de 2001 , 2 de marzo de 2006 y 26 de marzo de 2014).

(...)

(...) Jesus Bruno no era la persona a la que competía la obligación legal de obtener la titularidad de las autorizaciones administrativas correspondientes, y su aportación como encargado de la entidad Trifer debe igualmente reconducirse al ámbito de la cooperación necesaria al ejercer una función directiva esencial en la gestión material de los residuos una vez habían llegado a la planta."

El **factum**, quizás, podría haber sido más expresivo y recoger con mayor detalle las funciones desempeñadas por el recurrente; pero es lo suficientemente descriptivo en combinación con las consideraciones del fundamento de derecho para fundar activa participación en los hechos: no se le condena simplemente por ostentar el cargo formal de "encargado general", sino por intervenir como tal activamente en las emisiones. Si él gestionaba realmente la industria en esa condición de encargado es obvio que es partícipe de las emisiones: seguramente como coautor, y sin necesidad de desplazarnos a la cooperación necesaria asimilada penalmente a aquélla (aunque a la hora de optar por una u otra figura habremos de decantarnos previamente por la catalogación del delito del art. 325 como delito especial o no). No puede negarse su capacidad decisoria. Los hechos

probados tras enunciar el papel desempeñado por cada uno de los tres condenados en relación con Triturados Férricos SL y Recuperaciones Nieto S.L. atribuye a los tres la conducta típica

(" se dedicará a la compra de frigoríficos ... (y) procedían a la fragmentación de los mismos ... con conocimiento de que se liberaban a la atmósfera los gases contenidos en circuitos y espumas aislantes").

El Fiscal lo explica bien:

"Los hechos declaran probado que el recurrente "era encargado general" de la empresa, donde se realizaba actividad de fragmentación de residuos de aparatos de refrigeración sin la autorización administrativa correspondiente, liberándose gases con peligro notable para el equilibrio de los sistemas naturales y para la salud.

En los fundamentos de derecho, de modo complementario, se afirma que ejercía "una función directiva esencial en la gestión material de los residuos una vez habían llegado a la planta", definiendo así la aportación material a fase ejecutiva del tipo. No obstante el Tribunal subraya que el recurrente "no era la persona a la que competía la obligación legal de obtener la titularidad de las autorizaciones administrativas correspondientes" para desplazar la autoría a favor de la cooperación necesaria como forma de participación.

En efecto, el recurrente no tenía facultades de representación, dirección ni administración de las sociedades limitadas que realizaban tal actividad, por lo tanto, no era quien tenía la obligación de obtener las licencias administrativas adecuadas. En ese sentido, con la Audiencia, puede sostenerse que no es autor porque el delito no le pertenece sino que participa en el delito de otro. No obstante, rige, gobierna el tratamiento de los residuos cuando llegan a la empresa, lo que constituye una aportación a la conducta típica que desde las teorías de la conditio sine qua non, la de los bienes escasos, o la del dominio del hecho, merece ser calificada como cooperación necesaria, como con acierto resolvió el Tribunal de la instancia.

El motivo fenece igualmente.

C) Recurso interpuesto por Patricio Matias y Desiderio Laureano .

DÉCIMO SEGUNDO.- El recurso conjunto que interponen Patricio Matias y Desiderio Laureano comienza con la invocación de la **presunción de inocencia** en el primero de los abundantes motivos que lo componen.

Tiene una estructura y contenido muy similares al del anterior recurrente: la remisión a la contestación que se dió a aquel debe bastar para entender rebatir éste de factura idéntica. Por otra parte la lectura de los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia de instancia se erigen en elocuente refutación de cualquier alegato que quiera fundarse en la insuficiencia de la prueba.

DÉCIMO TERCERO.- Igual cabe decir de los siete restantes motivos de este recurso equivalentes a los correlativos del anterior recurrente. Se denuncia que la condena ha venido precedida de una investigación prospectiva (motivo segundo); que no hay norma extrapenal violada que colme el elemento normativo de la ley penal en blanco que es el art. 325 CP (motivo tercero); que no es aplicable del subtipo agravado de riesgo para la salud de las personas (motivo cuarto); que no debió aplicarse el subtipo agravado del art. 326 a) (motivo quinto); que debieran apreciarse las atenuantes de dilaciones indebidas y reparación (motivos sexto y séptimo) y, por fin, una supuesta falta de motivación (motivo octavo). La respuesta a ese listado ha de ser idéntica a la ofrecida para el anterior recurso: todos los motivos son **improsperebles** excepto **el quinto que ha de ser estimado** por las razones ya explicadas.

D) Recurso de Triturados Férricos S.L. y Recuperaciones Nieto S.L.

DÉCIMO CUARTO.- El motivo primero del recurso de estas dos entidades enlaza en gran medida con argumentos esgrimidos por otros recurrentes aunque con matices nuevos.

En lo que atañe a la presencia de una investigación prospectiva o *inquisitio generalis* no autorizada por nuestro ordenamiento hay que estar a lo ya argumentado.

A la línea general de razonamiento de los anteriores recursos se añade otra cuestión: la realización de investigaciones de naturaleza penal en el seno de un procedimiento administrativo lesionaría la intimidad y otros derechos procesales de las personas jurídicas al haberse accedido a datos de empresas sin autorización judicial recabándose de la Dirección General del Medio Ambiente y otros órganos oficiales sin el respaldo de una orden judicial dictada en un procedimiento penal.

Como dice el Fiscal y se explicó antes la actuación del SEPRONA estaba amparada en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986 , de 13 de marzo. No es de recibo esa línea de argumentación. Las personas jurídicas no son, por lo demás, titulares, al menos en el mismo sentido, del derecho a la intimidad, ni existen derechos procesales propios que aparezcan violados. Una actividad de inspección es marco idóneo para las indagaciones y peticiones de información efectuadas.

El motivo fenece.

DÉCIMO QUINTO.- El motivo final de estas recurrentes se queja por la fijación de la **indemnización** . El delito contra el medio ambiente no llevaría aparejada responsabilidad civil.

No puede aceptarse sin más ese planteamiento. Pese a ser un delito de riesgo cabe apreciar en algunos supuestos daños indemnizables. Aquí se ha apreciado un daño potencial cuantificado de forma razonable y con una motivación expresa en absoluto arbitraria sobre las pautas a seguir para fijar la cuantía a abonar que se basa en unos informes periciales.

Pese a ello no le falta razón a las entidades recurrentes.

Ciertamente en el hecho probado se declara causado un daño ambiental. Pero de la remisión al informe pericial y a los criterios de cuantificación -valor de mercado de los derechos de emisión de CO₂ y otros gases de efecto invernadero- se infiere que no estamos propiamente ante un daño concreto indemnizable a perjudicados específicos, sino más bien ante la lesión potencial o hipotética de un interés difuso y colectivo que se trata de evaluar de manera imperfecta a través de un método homologable a alguna *condictio*. Se evita con ello que la lesión ambiental ocasionada redunde en beneficio del infractor, ni siquiera a través de un mecanismo de *ahorro*.

¿Es esa responsabilidad civil nacida del delito encajable en alguno de los títulos contenidos en los arts. 109 y ss. CP ? Esa es la pregunta que hemos de contestar.

Cuando del delito contra el medio ambiente se derivan perjuicios cuantificables ocasionados en bienes de titularidad concreta (ora pública, ora privada), la infracción llevará aparejada indefectiblemente una indemnización, siempre sustitutiva de la reparación que es la medida preferente (art. 339 CP), en favor de los concretos titulares damnificados identificables.

Es remedio prioritario la reparación (entendida como restauración o reposición al estado anterior) a costa del infractor. A esa medida se refiere concretamente el art. 339 CP (tutela reintegradora), acogiendo el más reciente estándar en materia de medio ambiente: *-el que contamina, restaura-*, que ha desplazado a un segundo plano al clásico *el que contamina paga*.

Cuando no es posible la reposición al anterior estado de cosas ni se detectan daños singularizables y afectantes a sujetos jurídicos identificables, y no meramente los difusos y colectivos daños asociables a todo delito contra el medio ambiente deformaría el instituto de la responsabilidad civil la búsqueda de un subrogado más o menos simbólico. Se desnaturaliza la esencia de la responsabilidad civil y en particular de su vertiente indemnizatoria regulada en el CP. El pago de una indemnización cuantificada de forma más o menos razonable *-lo que debiera haberse abonado en caso de estar autorizadas esas emisiones-* a una Administración Autonómica y en concreto a uno de sus departamentos, aquél en que se concentran sus competencias en materia de medio ambiente, es solución imaginativa, sensata, razonable, con sentido... pero no acoplable a los contornos definidos de la institución de la responsabilidad civil nacida de delito desarrollada en los arts. 109 y ss CP y cuya naturaleza, fundamento y principios son esencialmente idénticos a la regulada en el Código Civil (vid. sus arts. 1092, 1093 y 1902 y ss). *La indemnización contemplada en esos preceptos tiene función compensatoria y no sancionadora, ni de restitución de un enriquecimiento (o ahorro) injusto.*

Muchos delitos de riesgo ocasionan daños difusos o poco concretos o presumibles o indirectos y futuribles, no exactamente cuantificables y afectantes no a personas o instituciones, sino a la sociedad en general. Por acudir a un socorrido ejemplo, de los delitos contra la salud pública de los arts. 368 y ss CP derivarán efectos en las condiciones físicas y psíquicas de personas indeterminadas, gastos en el sistema sanitario, deterioro en las condiciones de algunos trabajadores: la actividad ilegal de tráfico de drogas acarrea daños sociales a veces con una traducción económica clara e innegable

-aunque sea difícilmente cuantificable-. Pero no se incluye en la responsabilidad civil nacida de delito, ni siquiera a través de un bienintencionado estiramiento del concepto de restitución, la "reparación" o la indemnización de esos daños, tan reales como no singularizables. No sería adecuada la fórmula de establecer una indemnización en beneficio de los servicios de salud a través de ecuaciones más o menos justificadas ensayando cifras aproximativas a los daños que causa determinada cantidad de droga consumida por una población; o los gastos que ha de invertir el Estado en atender adicciones a sustancias estupefacientes: estaríamos desbordando lo que es la responsabilidad civil nacida de delito.

Igualmente en otras infracciones se detecta un ahorro derivado de la actividad delictiva que precisamente por ser delictiva, se desarrolla de manera oculta y clandestina (no en el sentido del art. 326 CP). Quien edifica en zonas protegidas no solicita lógicamente licencia. Además de cometer un delito contra la ordenación del territorio se ahorra esos costes. Quien posee un arma sin la preceptiva licencia tampoco abona las tasas ligadas a esa autorización administrativa. No se acuerda en esos casos como responsabilidad civil que el detentador del arma o el constructor paguen lo que debieran haber abonado a la Administración en concepto de tasas o similares.

Estas ideas no excluyen la posibilidad de especiales mecanismos jurídicos con esos fines; pero han de estar expresamente previstos. En concreto:

a) Un principio de política criminal básico es conseguir que el delito no sea nunca rentable. Está afirmado en múltiples convenios internacionales de materias muy dispares. Para alcanzar esa finalidad el ordenamiento penal dispone de algunas herramientas; especialmente el decomiso. También, la pena de multa, tanto proporcional como impuesta por el sistema de días-multa obedece de manera indirecta a ese objetivo. Las penalidades conjuntas que incluyen una pena privativa de libertad junto a la pena de multa vienen basadas a veces en esa idea. Esa pena pecuniaria conjunta está presente en el delito medioambiental.

b) Alguna legislación específica prevé fórmulas para revertir lo recaudado a través de esas penas (decomiso y multa) precisamente en la prevención de la concreta actividad delictiva y en los gastos con que han de cargar las Administraciones y asociaciones del tejido social para hacer frente a los daños anudados a ella: el narcotráfico proporciona el ejemplo paradigmático de esta atinada medida de política criminal.

c) En otros campos hay mecanismos asimilables al enriquecimiento injusto o una *condictio* por intromisión que se activarán cuando están expresamente previstos en una norma. Los delitos contra la propiedad intelectual (por remisión a su legislación especial donde se identifican algunos mecanismos indemnizatorios de ese tipo) o legislación de patentes o los delitos contra el honor (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982 como ha venido a resaltar la reforma de tal materia llevada a cabo por la LO 10/2010) ofrecen ejemplos de ello. De no existir esas previsiones expresas la responsabilidad civil no alcanzaría a esos conceptos.

En materia de delitos contra el medio ambiente la previsión del art. 339 CP cubre la reparación específica como modalidad de responsabilidad civil, pero no admite fórmulas como la aquí utilizada por la sentencia al rebufo de la acusación pública. La pena de multa que acompaña a la privativa de libertad en estas infracciones es el instrumento que sirve al objetivo de fondo. De hecho aquí la indemnización acordada en realidad no está cumpliendo con su lógica y natural función resarcitoria. Parece obedecer más bien a una encubierta finalidad sancionadora en parte y en parte paliativa de un hipotético enriquecimiento injusto (no ha pagado los derechos de emisión). Esas funciones ya son cubiertas por las penas que se imponen (una de ellas, pecuniaria) sin que sea lógico superponer repercusiones económicas adicionales.

Este discurso no priva de valor al abono efectuado por uno de los condenados con carácter previo al juicio oral que ha justificado la apreciación de una atenuante de reparación. La reparación como causa de atenuación, en su caso la específica del art. 340 CP, puede tener esa configuración más bien simbólica y no reconducible a las fórmulas más rígidas y estrictas del art. 110 CP. Por tanto aunque la infracción contra el medio ambiente concreta no lleve anudada indemnización, caben mecanismos como el aquí articulado a través de un abono voluntario expresivo de una real operativa y eficaz voluntad de reparación que abre el paso a la atenuación correctamente apreciada (*actus contrarius*: también, v.gr. aportaciones económicas a ONGS, que tratan la adicción podrán dar vida a una atenuante del art. 21.5 en los delitos contra la salud pública)

El motivo deberá ser **estimado** suprimiendo del pronunciamiento las indemnizaciones acordadas con el efecto extensivo correspondiente (art. 903 LECrim).

DÉCIMO SEXTO.- Desestimado su recurso, procede condenar a Severiano Heraclio, Felix Martín Suñer, S.L. y Reciclajes Felma al pago de sus costas (art. 901 LECrim). Las costas de los restantes recursos han de declararse de oficio al haber sido parcialmente estimados.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR parcialmente** a los recursos de casación interpuestos por **TRITURADOS FÉRRICOS S.L. y RECUPERACIONES NIETO S.L.**, contra Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida por un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente por **estimación del motivo segundo** de su recurso **y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia** dictada por la Audiencia Provincial de Madrid con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** parcialmente a los recursos de **Jesus Bruno, Patricio Matias Y Desiderio Laureano por estimación del quinto motivo de sus respectivos recursos** con declaración de las costas de tales recursos de oficio.

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de Severiano Heraclio y **FELIX MARTÍN SUÑER SL Y RECICLAJES FELMA** condenándoles al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 521/2015

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Manuel Maza Martín

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil quince.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº

15, fallada posteriormente por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid contra Arsenio Octavio, Patricio Matias, Desiderio Laureano, Jesus Bruno, Severiano Heraclio, Cirilo Laureano, Prudencio Gervasio y Basilio Estanislao y que fue seguida por un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO .- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- - En virtud de las razones explicitadas en la sentencia anterior no es de apreciar el subtipo agravado previsto en el art. 326 a) CP , lo que obliga a rebajar las penas fijadas en la instancia mediante una renovada individualización.

La pena del tipo básico, era según el tipo penal vigente en el momento de los hechos (redacción anterior a la reforma operada por LO 10/2010), de seis meses a cuatro años de prisión y multa de ocho a veinticuatro meses; así como inhabilitación especial para profesión u oficio por el tiempo de uno a tres años. Hay que moverse dentro de la mitad superior por mor de lo establecido en el inciso final del art. 325.1 CP lo que nos coloca en un marco penal que oscila entre dos años y tres meses; y cuatro años de prisión. Las penas privativa de derechos y pecuniaria no se ven afectados por esa agravación (inciso final del art. 325).

Las razones expuestas en la sentencia de instancia en relación a la gravedad de la conducta de Desiderio Laureano y Patricio Matias , que se asumen, así como la ponderación del dato de exceso cualitativo en los términos de la autorización administrativa (lo que no es suficiente para integrar la clandestinidad pero sí que supone mayor gravedad) justifican un incremento, en todo caso moderado, sobre el mínimo posible: se les impondrán las penas de dos años y seis meses de prisión y multa de 12 meses con la cuota y accesorias fijadas e la instancia, así como inhabilitación especial por dos años.

Respecto de Jesus Bruno y Severiano Heraclio el art. 65.3 CP propicia una rebaja en grado. No es claro ni lo expresa de forma diáfana la sentencia si tal precepto fue aplicado por considerar que el subtipo agravado es un tipo especial; o si también el tipo básico era conceptualizado como tal por la Audiencia. Es más que cuestionable que el tipo básico reúna esa cualidad de delito especial (los precedentes jurisprudenciales no son unánimes) y que por tanto fuese merecedor de la aplicación de tal degradación facultativa. Siendo una cuestión dudosa, hay que respetar lo que parece reflejar la sentencia de instancia: que resultaría aplicable la degradación también si se hubiese apreciado sencillamente el tipo básico (la catalogación de la conducta de Jesus Bruno como cooperación necesaria y no coautoría aún no siendo dato definitivo es más acorde con esa concepción; también apunta en esa dirección sin ser concluyente, la condena solidaria a penas de multa de las Sociedades por cuya cuenta actuaban: art. 31.2 CP según la redacción anterior a la Reforma de 2010). La prohibición de la *reformatio in peius* nos conduce a esa opción. Además, el tipo básico sin aplicación del art. 65.3 CP llevaría una pena de dos años y tres meses de prisión en adelante, lo que sería paradójico: el *extraneus* partícipe resultaría beneficiado (pena mínima de dos años) en el caso de cooperar al subtipo del art. 326 (sería más grave ser partícipe del tipo básico, que del cualificado).

Las penas serían por tanto de prisión comprendida entre un año, un mes y quince días y dos años y tres meses menos un día; y multa con una extensión de 4 a 8 meses menos un día; e inhabilitación especial comprendida entre seis meses y un año menos un día. Se optará por penas cercanas al mínimo, lo que exonera de argumentaciones que vayan más allá de la circunstancia ya aludida en relación a los anteriores acusados: un año y dos meses de prisión y multa de 6 meses con las cuotas y accesorias también correctamente fijadas por la Sala de instancia. Para la inhabilitación que ha de ser inferior a un año, estableceremos una duración de 8 meses.

Por fin en relación a Basilio Estanislao a quien alcanzarán los efectos de la estimación (art. 903 LECrim) la pena se fija en un año y dos meses sustituible por multa conforme a lo establecido en el art. 88 CP y de igual manera a la efectuada por la Audiencia. No hay razones para modificar la cuota.

SEGUNDO.- - En virtud de las razones expuestas en la anterior sentencia no ha lugar al establecimiento de indemnizaciones.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Desiderio Laureano , a Patricio Matias , a Jesus Bruno , a Severiano Heraclio y a Basilio Estanislao **como autores criminalmente responsables de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, a las siguientes penas:**

a) A los acusados Desiderio Laureano y Patricio Matias , a las penas a cada uno de ellos de **dos años y seis meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; **multa de doce meses**, con una **cuota diaria de doce euros** y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal ; e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un período de **dos años** .

Al acusado Jesus Bruno , las penas de **un año y dos meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; **multa de seis meses**, con una **cuota diaria de seis euros**, y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal , e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un período de **ocho meses**.

Las empresas Triturados Férricos SL y Recuperaciones Nieto SL deben responder directa y solidariamente del pago de las penas de multa impuestas.

b) Al acusado **Basilio Estanislao** , concurriendo la atenuante específica de reparación del daño, a las penas de **un año y dos meses de prisión** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; **multa de seis meses**, con una **cuota diaria de doce euros**, y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal ; e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un período de **ocho meses** .

Se acuerda la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la de **dos años y cuatro meses** de multa, a razón de una cuota de **doce**

euros por día.

La empresa Vertederos de Residuos SA -Senda Ambiental SA UTE debe responder directa y solidariamente del pago de la pena de multa.

c) Al acusado Severiano Heraclio , a las penas de **un año y dos meses de prisión** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; **multa de seis meses**, con una **cuota diaria de doce euros**, y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal ; e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un período de **ocho meses**.

Las empresas Félix Martín Suñer SA y Reciclajes Felma SA deben responder directa y solidariamente del pago de la multa.

Se suprimen las indemnizaciones fijadas en la sentencia de instancia, quedando en consecuencia sin efecto la consideración como responsables civiles subsidiarios de las empresas que se declararon tales.

En lo demás y en cuanto no resulte incompatible con ésta se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia en particular en sus pronunciamientos absolutorios, pago de costas.

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

Andrés Martínez Arrieta José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral García Carlos Granados Pérez

82

Recurs o Nº: 144/2015

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del

Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

83

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

Andrés Martínez Arrieta José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral García Carlos Granados Pérez

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Fallo: 08/09/2015

Recurs o Nº: 144/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Referencia Cendoj: 28079120012015100608