

SENTENCIA EXTRAIDA DE www.poderjudicial.es/tribunalsupremo

SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2004 DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Nº de Resolución: 1252/2004

Fecha de Resolución: 02/11/2004

Nº de Recurso: 699/2003

Sección: 1

Año de Incoación: 2003

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

Ponente: ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Delito contra el medio ambiente. Continuidad delictiva.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Noviembre de dos mil cuatro.

En el recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación de Alvaro, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, que le condenó por delito contra el medio ambiente, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. De Zulueta Cebrián.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Valls, instruyó sumario 68/99 contra Alvaro, por delito contra el medio ambiente, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Tarragona, que con fecha 2 de septiembre de dos mil dos dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "El acusado Alvaro., mayor de edad sin antecedentes penales, es propietario de la Cía. Destilados Agrícolas Vimbodí, SA (en adelante DAVSA); en 1973 asumió en la Sociedad el cargo de DIRECCION000 y lo ejerció de modo ininterrumpido hasta febrero 1995, fecha en que un incendio destruyó las instalaciones de la empresa en el municipio de Vimbodí (Tarragona) donde ha tenido su centro de trabajo. La empresa se ha dedicado a la producción de "Ácido Oxálico" y sales potásicas, bioxalato y ttraoxalato, que se utilizan en la industria farmacéutica y textil, para blanquear y pulir mármoles y pieles y limpiar circuitos de refrigeración, entre otros destinos.

La producción de "ácido oxálico" era obtenida por la factoría mediante la combinación de Acido Nítrico y sacarosa utilizando como reactivo el Acido Sulfúrico; estas materias reaccionaban en tanques donde el 85% era Agua y el 15% restante los productos indicados.

El centro de trabajo ha estado instalado en las inmediaciones del casco urbano de Vimbodí, en carretera de Vallclara s/n en el margen derecho del torrente de las Orenetes, de escaso caudal y origen pluvial, que desemboca en el río Francolí.

A) En fecha 25 abril 1962, Alvaro., a la sazón propietario de DAVSA, solicitó "licencia municipal" al Ayuntamiento de Vimbodí para el ejercicio de su actividad industrial; la corporación municipal en fecha 25 mayo 1962 se limitó a "informar en el sentido de que el funcionamiento e instalaciones de la planta química de DAVSA, no parece ofrecer grave daño a la población" (Índice de documentación folios núms. 4 al 7). El acusado nunca dispuso de licencia municipal en forma.

B) En fecha 7 mayo 1976 la Comisaría de Aguas del Pirineo Oriental (folio núm. 77) autorizó el vertido de Aguas Residuales de la empresa en el cauce del barranco Baseta, también llamado Cuadras, que desemboca en el río Milans y de aquí al río Francolí; la "licencia de Vertidos" contiene las siguientes limitaciones:

a) Temperatura menor de 30° C

PH entre 7 y 8,5

Materias en suspensión menor de 20 ppm

Materias sedimentables menor de 0,1 ml/L

Oxígeno disuelto mayor de 5 mg/L

D.B.O. menor de 10 ppm

D.Q.O. menor de 10 ppm

b) Funcionamiento de una "Estación Depuradora", con Libro- Registro donde se anote su control e incidencias, a disposición de la Comisaría de Aguas (competencia actual de la Junta de Aguas)

c) Aviso inmediato a la Comisaría de Aguas de cualquier fallo mecánico.

El acusado nunca tuvo "Estación Depuradora", no comunicó incidencia alguna y realizó vertidos de aguas que exceden de los límites autorizados (folios 7 y 26 del atestado de la Guardia Civil).

La fábrica ha funcionado con régimen de producción continua, de 24 horas/día; el volumen de aguas de residuo vertidas se cifra aproximadamente en 11.214 m3/trimestre y 140,18 m3/día y ha llegado a 360 m3/día (folios 79, 80 y 206).

Como consecuencia de una previa Inspección, la Junta de Aguas en fecha 24 abril 1991 comprobó "vertidos deficientes" y exigió la adopción de medidas correctoras, con el fin de que se ajustara el empresario a los límites autorizados por la citada resolución de fecha 7 mayo 1976 (folio núm. 40).

C) El acusado carece de "licencia de Residuos tóxicos y Peligrosos"; según propia confesión, la empresa no produce residuos de dicha naturaleza y el agua que sale de la fábrica es absolutamente potable (folio 58); ha ocultado la utilización de Acido Sulfúrico (folios 161 al 190 del Índice de Documentación) y ha utilizado esta materia en cantidad de 418 Tm/año (folio 74) sin quedar consumida íntegramente en el proceso productivo; el resultado analítico refleja la presencia de "Vanadio", según Análisis de fecha 25-11-1991 a instancia de la Junta de Residuos.

La fábrica realizó el vertido en tres lugares y desembocan todos en el cauce del barranco Baseta, de aquí al río Milans que desagüa finalmente en el río Francolí; los lugares de vertido son, un canal de cemento que termina en acequia de tierra, una tubería de PVC que conduce a una arqueta y cuando ésta rebose vierte en la acequia indicada; el tercer punto de vertido es una tubería de PVC de 20 cm de diámetro cuya desembocadura también es el barranco; las aguas de éste se destinan al consumo humano y al riego, con pozos que se nutren de este acuífero (folios 6, 7, 8 y 22 del atestado de la Guardia Civil).

La empresa, catalogada reglamentariamente como afectadora del medio ambiente atmosférico, disponía de una chimenea que desprendía humo constantemente, de color amarillo por contener óxido de nitrógeno (folios 27 y 66 del atestado de la Guardia Civil).

La contaminación de las aguas y su alto grado de acidez, según resulta de su análisis, ha impedido la existencia de vida animal y ha causado daños en cultivos y algibes (Informe de la Dirección General del Medio Natural folios 53 al 56 y Atestado de la Guardia Civil folios 12 al 26).

Han sufrido daños, por regar con agua contaminada, Jose Ignacio. y Gerardo., ambos propietarios de sendos huertos de tamaño medio propios de la zona; la balsa de la que disponían cada uno en su finca, quedó fuera de servicio.

La acidez de las aguas perforó la cueva del Gorg y cambió el curso natural fluvial, invadiendo los lavaderos públicos; la mina que alimenta las fuentes allí existentes ha quedado inutilizada, igual que éstas junto con sus escaleras de acceso (folio 14 del atestado de los Mossos d'Esquadra, más reportaje fotográfico y videográfico).

D) El día 13 diciembre 1989 el acusado constituyó la Cía. Oxaquim, SA con el mismo objeto social que DAVSA y situó en Alcañiz (Teruel) el centro de trabajo de la nueva empresa, cuyo domicilio social se halla en Tarragona a partir del 24 mayo 1993 (folios 244 y 225).

En 1993 quedaron cerradas por inactividad las instalaciones de DAVSA en Vimbodí.

El 12 mayo 1994, Inspectores de la Junta de Residuos y Junta de Saneamiento, asistidos del Grupo de Medio Ambiente de los Mossos d'Esquadra, visitaron la factoría de DAVSA y comprobaron la situación de abandono de sus instalaciones y ausencia de vigilancia (folios 22-29 del atestado de los Mossos d'Esquadra); hallaron en su interior bidones y garrafas llenos sin etiqueta identificadora; 50 botellas llenas de Acido Sulfúrico, nítrico, clorhídrico e hidróxido sódico, más 100 botes de reactivos sólidos; en el suelo dentro y fuera del inmueble, hallaron restos de Acido Oxálico y Oxalatos que corroían el pavimento; existían canales que comunicaban las naves de fabricación con una alcantarilla que desembocaba en el río.

Hallaron dos tanques del proceso de fabricación con volumen de 2,5 m³ cada uno, que se hallaban llenos en sus 3/4 partes; estaban conectados a otro depósito, completamente lleno, con grado de pH 1,5.

Las muestras tomadas de los tanques mencionados dieron el resultado analítico siguiente (folio 24 del atestado de los Mossos d'Esquadra)

PH 2,1

Nitritos 0,8mg/L

Nitratos 640mg/L

Sulfatos 2.420mg/L

Oxalatos 3.460mg/L

Conductividad 11.500mg/cm

TOC 880,2 mg/cl

En todas las instalaciones había fugas y goteo de líquidos con elevada acidez y existían charcos de líquido corrosivo en el pavimento.

El abandono de las instalaciones y la ubicación de éstas en pendiente decreciente hacia el río, causaba grave riesgo, ante el arrastre de residuos por el agua de lluvia hasta el torrente (folios 22-26 atestado Mossos d'Esquadra y folios 216-222 de documentación aportada por Mossos).

E) A partir del cierre de DAVSA en 1993, sus instalaciones en Vimbodí fueron utilizadas como almacén de residuos procedentes de Oxaquim, SA en Alcañiz; el empresario José J. S. realizó en camiones traslados de líquidos con Acido Oxálico:

El 14-3-1994 descargó 26.990 Tm.

El 18-4-1994 descargó 24.000 Tm.

También el 18-4-1994 descargó 24.500 Tm.

La descarga en Vimbodí se realizó de noche empleando grupos autógenos de electricidad (folios 30 y siguientes informe Mossos y folios 211 y siguientes en Tomo documentación de Mossos d'Esquadra).

F) La Comisaría de Aguas del Pirineo Oriental, en fecha 20 abril 1979 y en expediente 4/1979 sobre vertido de aguas residuales sin depurar en el cauce del barranco Baseta procedente de DAVSA, sancionó a esta Cía. con 10.000 ptas. de multa, reparación de daños al dominio público y suspensión de vertidos al cauce mientras no estuvieran depurados (Folio 107 Documentos Mossos d'Esquadra).

La Generalidad de Cataluña-Departamento de Política Territorial y Obras Públicas, en fecha 13 diciembre 1990 impuso a DAVSA la sanción de 2.000.000 ptas., derivada de una infracción

administrativa grave, por realizar vertidos incumpliendo las condiciones de la Autorización de fecha 7 mayo 1976 librada por la Confederación Hidrográfica del Pirineo Oriental.

La misma resolución ordenó adecuar las instalaciones para que los vertidos se acomodaran a los límites de la Resolución de fecha 7 mayo 1976 (folios 103-107 de Documentación Mossos d'Esquadra).

El acusado, incumpliendo dichos requerimientos, nunca suspendió los vertidos ni acomodó sus instalaciones.

G) Los daños causados en el dominio público hidráulico se cifran en 32.101,55 euros; corresponden a 2 días de vertido a la semana desde el 10 marzo 1991, fecha inicial de la acción que se imputa, hasta el 19 octubre 1994, fecha de sellado de pozos de la empresa por orden de la Junta de Residuos, que arrojan 377 días, a razón de 85,15 euros/día.

El Ayuntamiento de Vimbodí sufrió daños en las fuentes denominadas del Gorg, en su plaza, escaleras y lavaderos públicos, cuya tasación no se ha realizado.

Jose Ignacio. y Gerardo., han sufrido daños en el cultivo de sendos huertos de su propiedad, con superficie media en la zona de Vimbodí y en la balsa de la que disponía cada uno, que ha quedado inutilizada; el valor de la balsa y del usufructo de las fincas rústicas a partir de marzo 1991, se hallan pendientes de valoración.

H) La conducta del acusado objeto de su imputación se sitúa a partir del 10 marzo 1991, fecha de la toma de muestras cuyo análisis se halla en folio 100 del índice de Documentación de Mossos d'Esquadra.

I) -Resultados Analíticos-

Realizados a instancia de la Junta de Residuos:

1) Muestra núm. 482/1991 de 16 septiembre 1991, análisis de 25 noviembre 1991; Junta de Residuos, muestra 1 del colector de DAVSA (folios 18 a 21). Toma de muestras SEPRONA (folios 67 y 68)

pH 1,5

Conductividad 20,3 mS/cm

D.Q.O. 150 mg/IO₂

M.E.S. 3.138 mg/l

Cloruros 238 mg/l

Nitritos 0,54 mg/l

Nitratos 899 mg/l

Sulfatos 5.086 mg/l

Fosfatos inf.L.D.(100mg/l)

Aluminio 29,1 mg/l

Bario inf.0,1 mg/l

Cadmio inf.0,1 mg/l

Cobre 1,2 mg/l

Cromo 0,7 mg/l

Hierro 44,4 mg/l

Níquel 0,6 mg/l

Plomo 0,6 mg/l

Vanadio 0,5 mg/l

Zinc 0,8 mg/l

2) Muestra núm. 483/1991 de 16 de septiembre de 1991, análisis de 25 de noviembre de 1991, Junta de Residuos, muestra 2 del colector de DAVSA (folios 22 a 24). Toma de muestras, SEPRONA (folios 67 y 68).

pH 2,9

Conductividad 3,3 mS/cm

D.Q.O. 18 mg/lO₂

M.E.S. 45,4 mg/l

Cloruros 231 mg/l

Nitritos 0,15 mg/l

Nitratos 235 mg/l

Sulfatos 1.551 mg/l

Fosfatos inf.L.D.(100mg/l)

Aluminio 7,9 mg/l

Bario inf. 0,1mg/l

Cadmio inf. 0,1mg/l

Cobre inf. 0,1mg/l

Cromo inf. 0,1mg/l

Hierro 3,7 mg/l

Níquel inf. 0,1mg/l

Plomo inf. 0,5mg/l

Vanadio inf. 0,1mg/l

Zinc 0,2 mg/l

3) Muestra núm. 484/1991 de 16 de septiembre de 1991, análisis de 25 de noviembre de 1991, Junta de Residuos, muestra 3 del colector de DAVSA (folios 26 a 28). Toma de muestras, SEPRONA (folios 67 y 68).

pH 1,9

Conductividad 6,2 mS/cm

D.Q.O. 15 mg/lO₂

M.E.S. 2331 mg/l

Cloruros 200 mg/l

Nitritos 0,03 mg/l

Nitratos 400 mg/l

Sulfatos 2140 mg/l

Fosfatos inf.L.D.(20mg/l)

Aluminio 5,0 mg/l

Bario inf. 0,1mg/l

Cadmio inf. 0,1mg/l

Cobre inf. 0,1mg/l

Cromo 0,2 mg/l

Hierro 5,4 mg/l

Níquel 0,2 mg/l

Plomo inf. 0,15mg/l

Cadmio inf. 0,1mg/l

Zinc 0,2 mg/l

3 bis) Muestra núm. 193/1994 de 12 de mayo de 1994, análisis de 13 de mayo de 1994, exp. 94/329, Junta de Residuos, punto: recipiente de proceso; Toma de muestras, Junta de Residuos (folios 136 al 138 Tomo Documentación Mossos d'Esquadra)

pH 2,1º Cl

conductividad 11,5 uS/cm

TOC 880,2 mgC/L

Acidez apH8,3 2.916mgCaCO3/L

Cloruros <20mg/l Cl

Nitritos 0,8 mg/l NO2

Bromuros <20mg/l Br

Nitratos 0,64g/L HNO3

Fosfatos <20mg/l PO4

Sulfatos 2,42g/L H2SO4

Oxalato 3,46 g/L ácido oxálico

Efectuados a instancias de la Junta d'Aigües

4) Muestra de 12 marzo 1991, Junta d'Aigües, núm. registro 196/1991, lugar vertido a la riera (folio 41)

Temperatura 21ºC

pH 5,2

Conductividad 1.328 uS/cm

M.E.S. 9mg/l

Materia Sedimentable 0,4mg/l

Oxígeno disuelto 8,3mg/l O2

Oxígeno disuelto saturado 92,2% O2

Oxidabilidad 2,6mg/l O2

D.B.O. 1mg/l O2

D.Q.O. <10mg/l O2

Cloruros 90mg/l Cl-

Fenoles <0,02 mg/l

5) Muestra de 12 marzo 1991, Junta d'Aigües, núm. registro 197/1991, punto: río abajo del lugar de vertido (folio 42).

Temperatura 20°C

pH 2,2

Conductividad 3.110uS/cm

M.E.S. 2mg/l

Materia Sedimentable 0,1mg/l

Oxígeno disuelto 5,9mg/l O2

Oxígeno disuelto saturado 64,1% O2

Oxidabilidad 4,7mg/l O2

D.B.O. 1mg/l O2

D.Q.O. 27mg/l O2

Cloruros 85mg/l Cl-

Fenoles 0,048 mg/l

6) Muestra de 27 septiembre 1991, Junta d'Aigües, núm. registro 741/1991, punto: río bajo el puente (folio 44)

Temperatura 21°C

pH 2,2

Conductividad 4.430uS/cm

M.E.S. 10mg/l

Materia Sedimentable 1ml/l

Oxígeno disuelto 5,7mg/ O2

Oxígeno disuelto saturado 63,3% O2

Oxidabilidad 17,6mg/l O2

D.B.O. //

D.Q.O. 35mg/l O2

Cloruros 295mg/lCl-

Fenoles < 0,02 mg/l

7) Muestra de 27 de septiembre de 1991, Junta d'Aigües, núm. registro 740/1991, punto: salida al río (folio 45)

Temperatura 21°C

pH 2,6

Conductividad 3.500uS/cm

M.E.S. 2mg/l

Materia Sedimentable <0,1ml/l

Oxígeno disuelto 8mg/l O2

Oxígeno disuelto saturado 88,3% O2

Oxidabilidad 3,8mg/l O2

D.B.O. //

D.Q.O. 25mg/l O2

Cloruros 295mg/lCl-

Fenoles <0,02 mg/l

Como consecuencia de los resultados obtenidos en las muestras de 12 de marzo y de 27 de septiembre de 1991, la Junta d'Aigües requirió a DAVSA la adaptación de los vertidos a límites admisibles (folios 40 y 43).

Efectuados a instancias del propio Servicio de Protección de la Naturaleza.

8) Muestras de 16 de septiembre de 1991, SEPRONA, diversos puntos de la empresa DAVSA (folio 46, comentario, 47)

Parte superior Salida Colector Parte inferior

pH 1,54 2,96 2,20

Conductividad 33.000 3.600 7.820

Cloruros 269 237 190

Sulfatos 2.680mg/l 1.179mg/l 804mg/l

Nitratos 704 198 286

Acido oxál. 360 mg/l <50 mg/l <50 mg/l

Efectuados a instancias de la Junta de Sanejament (folios 113 al 120 y 216 al 217 del atestado Mossos d'Esquadra)

9) Muestras de 12 de mayo de 1994, tomadas por Junta de Sanejament, punto: pozo 1 de DAVSA (folio 167)

M.E.S. 12mg/l

S.O.L. 2.005uS/cm

D.Q.O. (dec.2h.) 299mgO2/l

D.Q.O. (no.dec.) 347mgO2/l

Cloruros 49,5mg/l

pH 7,32

Sulfatos 349mg/l

Nitratos 18,5 mg/l

10) Muestra de 12 de mayo de 1994, tomada por Junta de Sanejament, punto: pozo 2 de DAVSA (folio 169)

M.E.S. 100mg/l

S.O.L. 2.500uS/cm

D.Q.O. (dec.2h.) 678mgO2/l

D.Q.O. (no.dec.) 875mgO2/l

Cloruros 55,6mg/l

pH 6,55

Sulfatos 668mg/l

Nitratos 106 mg/l

La contaminación de tales pozos, por sulfatos, nitratos y D.Q.O. implicó la orden de su sellado por parte de la Junta de Residuos el 19 de octubre de 1994. La contaminación por sulfatos fue apreciada también en otro pozo, fuera del recinto de la empresa, aguas abajo (720 mg/L) (Folio 125 tomo documentación Mossos d'Esquadra).

11) Muestra de 12 de mayo de 1994, tomada por Junta de Sanejament, punto: arqueta bombas de DAVSA (folio 171)

M.E.S. //

S.O.L. //

D.Q.O. (dec.2h.) 13.495mgO2/l

D.Q.O. (no.dec.) 14.874mgO2/l

Cloruros //

pH 0,0

Sulfatos 107.415mg/l

Nitratos 107.415mg/l

m.Inhib. 29,1equitoxm3

Vanadio 9,2 mg/l

12) Muestra de 12 de mayo de 1994, tomada por la Junta de Sanejament, punto: vertido zona montacargas (folio 173)

M.E.S. //

S.O.L. //

D.Q.O. (dec.2h.) 5.494mgO2/l

D.Q.O. (no.dec.) 6.343mgO2/l

Cloruros //

pH 0,11

Sulfatos 25.022mg/l

Nitratos 16.685mg/l

M.Inhib. 57,1equitox./m3

Vanadio 7,6 mg/l

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

"FALLAMOS: Condenamos al acusado Alvaro en concepto de autor de un delito continuado contra el medio ambiente con la concurrencia de circunstancia modificativa y atenuante de dilación indebida a las penas siguientes: 6 años de prisión menor y multa de 30.051 euros sustituida caso de impago por 5 meses de arresto, más la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante igual tiempo que la privativa de libertad y la condena al pago de las costas procesales.

Le condenamos igualmente en concepto de indemnización, al pago de 32.101,55 euros al Dominio Público Idráulico.

Al Ayuntamiento de Vimbodí el importe que pagó, según registro municipal, por el sellado en las fuentes del Gorg, plaza, escaleras y lavaderos públicos, a cuantificar en ejecución de sentencia.

A Jose Ignacio y Gerardo, a cada uno, el valor del usufructo de un huerto de tamaño medio en Vimbodí, más el valor de un pozo o su rehabilitación y el de una balsa, a partir de marzo/91 todo ello a cuantificar en ejecución de sentencia.

Devuélvase al Instructor la Pieza de Responsabilidad Civil para que la concluya debidamente".

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

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Se alega vulneración constitucional al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del artículo 24.2º de la Constitución Española en relación a los artículos 11, 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por haberse infringido el derecho fundamental a la defensa y a un proceso con las debidas garantías.

SEGUNDO.- Se alega infracción de ley del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la valoración de la prueba y en base a los documentos que se citan y que son las mismas tomas de muestras y resultados analíticos que vienen referidos en el motivo precedente.

TERCERO.- Se alega error de hecho en la valoración de la prueba del nº 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. CUARTO.- Se alega error de hecho en la valoración de la prueba del artículo 849 nº 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en base a los documentos que se citan, concretamente el informe de inspección al folio 110 de la causa.

QUINTO.- Se alega error de hecho en la valoración de la prueba del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. SEXTO.- Se alega infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 347 bis del Código Penal de 1973.

SÉPTIMO.- Se alega infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del párrafo 2º del artículo 347 bis del Código Penal.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 25 de Octubre de 2004.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La sentencia cuya impugnación casacional conocemos en el presente recurso de casación condena al recurrente como autor de un delito continuado contra el medio ambiente, contra la que formaliza una impugnación que articula en siete motivos.

En el primero, formalizado por vulneración del derecho de defensa y del derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24 de la Constitución, insta la nulidad de las actuaciones por entender que la toma de muestras de los vertidos realizadas desde la investigación no se realizó bajo las prescripciones de lo que considera ha de ser la prueba preconstruida o la prueba ordinaria.

En realidad, y pese a la extensión del motivo, el recurrente reproduce cuestiones que ya han sido planteadas ante esta Sala, por lo que la mera cita jurisprudencial bastaría para su desestimación. Incluso señala en su argumentación una Sentencia de esta Sala de la que deduce un sentido distinto del expuesto en la Sentencia. En definitiva, plantea el recurrente que la disciplina de garantía de la diligencia de recogida de muestras en este tipo de delitos se sustrae al régimen general previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y tiene una base normativa distinta contenida en normas de carácter administrativo. En otras palabras, que en los delitos contra el medio ambiente, de la misma manera que la estructura típica del delito participa de las denominadas normas penales en blanco, en los que es preciso acudir a normas extrapenales para rellenar las exigencias típicas, en orden a su acreditación también existen una normativa procesal en blanco rellena por las disposiciones reglamentarias que designa en la impugnación.

Como dijimos en la STS 24 abril 2002, ese planteamiento no es asumible. En primer lugar porque las normas reglamentarias que cita tienen por objeto regular unos mecanismos para el control de actividades peligrosas. Por el contrario, la investigación penal tiene por objeto reconstruir un hecho delictivo para su acreditación y, en su caso, depuración de la responsabilidad penal conforme al Código penal. Sobre todo, porque el marco normativo donde se contienen las garantías del proceso penal se encuentran en la Ley de Enjuiciamiento Criminal informado por la Constitución que dispone la reserva de Ley Orgánica en esta materia sin que sea admisible la pretensión de marcos procesales con distinta fuente y categoría normativa.

La jurisprudencia de esta Sala ha resuelto impugnaciones semejantes a la que es objeto de este motivo. En la STS 821/2000, de 8 de mayo, donde se planteó un supuesto semejante al que es objeto de esta impugnación y en el que los recurrentes denunciaban que la prueba se había preconstruido por la Administración y a espaldas de los acusados quienes no tuvieron conocimiento de su realización y práctica, se afirma "esta Sala, STS 21.4.1997, y el Tribunal

Constitucional, STC 303/93, de 25 de octubre y ATC 108/95, de 27 de marzo, han precisado que existen supuestos excepcionales de prueba sumarial preconstituida y anticipada que se manifiestan aptas para fundamentar una sentencia de condena siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 Lecrim.), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para lo cual se le debe proveer de Abogado al imputado -cfr. arts. 448.1 y 333.1), y formales (la introducción en e el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730. Independientemente de estos casos excepcionales de prueba preconstituida, lo normal es que los testimonios depuestos y otras diligencias practicadas en fase de instrucción sólo adquieren virtualidad de medios de prueba inculpativos si acceden al juicio oral con cumplido acatamiento de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y, sobre todo, de contradicción mediante su práctica en dicho acto con las declaraciones de quienes practicaron la inspección. "En parecidos términos la STS 2184/2001, de 23 de noviembre, que tras afirmar la posibilidad de que la policía judicial practique diligencias de investigación en este tipo de delitos, afirma "la toma de muestras y la identificación de las mismas, se han acreditado mediante la comparecencia personal y declaración testifical en el juicio de los agentes que la practicaron, declaración testifical sometida a contradicción y valorable con inmediación como prueba directa por el propio tribunal". Y, por último, y en el mismo sentido, la STC 42/99, de 22 de marzo, que también en un supuesto similar afirma la diferenciación entre prueba preconstituida y prueba desarrollada en el juicio oral a través de las declaraciones testificales y las periciales que acrediten los extremos precisos para la declaración de hechos probados.

El examen de las actuaciones, revela lo correcto de la actuación policial de investigación. La toma de muestras se realizó, en la medida posible con representantes de la empresa investigada, así lo manifiesta el testigo Pedro Miguel, mientras que en otras ocasiones la empresa presentaba una situación de abandono que imposibilitaba la presencia de trabajadores o responsables de la empresa objeto de la inspección.

En este orden de cosas recordamos la Sentencia de 4 de diciembre de 2002, que el recurrente cita en defensa de su posición, afirmamos que "La impugnación, similar a la que es objeto de la oposición del recurrente, parte de un error, que se desliza en la fundamentación de la oposición, al considerar la toma de muestras como prueba preconstituida lo que no son sino diligencias de investigación por la policía judicial. Como dijimos en la STS 2184/2001, de 23 de noviembre, "la recogida previa de las muestras o vestigios del delito constituye una diligencia policial que no tiene la naturaleza de prueba preconstituida y que, en la medida que constituye un antecedente necesario del dictamen pericial emitido en el juicio, necesita ser incorporado la mismo mediante la comparecencia y declaración de los agentes que la practicaron, sin que le sean aplicables a estas actuaciones policiales las exigencias propias de la prueba preconstituida, pues no tienen dicha naturaleza, sin perjuicio de someterse a los principios de legalidad, proporcionalidad e interdicción de la indefensión".

Las diligencias efectuadas por la policía judicial, en el curso de la investigación que constitucionalmente tiene atribuida, no constituyen pruebas sino cuando sus contenidos son expuestos, vía testifical, en el juicio oral"...

La policía, en funciones de policía judicial, ha detectado vertidos susceptibles de ser considerados peligrosos para el bien jurídico, los detecta, los recoge y los remite a los laboratorios oficiales que emiten un informe cuyas conclusiones se remiten al Ministerio fiscal sobre los que interpone la denuncia por el delito contra el medio ambiente. La prueba en el juicio

oral permite la ratificación de las recogidas, de los informes periciales y la conculsi3n obtenida por el tribunal no ha lesionado derecho alguno, ni de defensa ni del proceso debido, pues la defensa conoci3 el proceso de investigaci3n y particip3, o pudo hacerlo en el proceso seguido.

2.- Cuesti3n distinta es la admisibilidad de la calificaci3n como continuado del hecho probado. Esta cuesti3n no ha sido objeto de expresa impugnaci3n, pero el contenido esencial del derecho a la no indefensi3n permite su an3lisis en supuesto en los que, como ocurre en 3ste, su concurrencia es dudosa.

La duda sobre la continuidad delictiva en los delitos ecol3gicos radica en la naturaleza de la conducta subsumible en el delito medio-ambiental. Resulta patente que un 3nico vertido, en el supuesto de contaminaci3n por vertidos, puede dar lugar al delito ecol3gico, pero lo normal es que sea una pluralidad de vertidos lo que determina la subsunci3n, por ello es patente que esa pluralidad de acciones emisoras las que, en su conjunto, dan lugar a la contaminaci3n grave que requiere el tipo penal. Por ello las SSTS de 29 de septiembre de 2001, 12 de diciembre de 2000, recogidas por la STS 215/2003, de 11 de febrero, entendi3 que la pluralidad de vertidos se agrupan en un 3nico delito al considerar que los vertidos producidos son los productores de la contaminaci3n grave caracterizadora del tipo penal, al tratarse el t3rmino "vertido" de un concepto normativo global que incluye en su compresi3n la pluralidad de acciones emisoras, supuesto siempre que se trata de la misma actividad industrial.

El relato f3ctico es revelador de que esta pluralidad de situaciones que se describen las que merecen ser calificadas de vertido contaminante productor de la gravedad de los da3os medioambientales que se relatan en el hecho probado sin que del mismo resulte la identificaci3n de distintos actos de vertido, cada uno de los cuales generador de la situaci3n t3pica de contaminaci3n grave, sino es la pluralidad de vertidos lo que ha de ser considerado como vertido, en el sentido jur3dico exigido por el tipo penal.

Consecuentemente procede estimar, con este alcance, este primer motivo, subsumido los hechos en el delito medioambiental.

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos de la oposici3n denuncia, al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el error de hecho en la apreciaci3n de la prueba. Sin designar un documento acreditativo del error, cuestiona la valoraci3n de la prueba desde las actas de recogida de muestras, respecto a las que destaca lo que considera irregularidades en su realizaci3n, y las periciales practicadas.

Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que recuerda los requisitos que ha de tener un documento, a los efectos del art. 849.2 de la Ley procesal, es decir un documento con entidad para la acreditaci3n de un error en la apreciaci3n de la prueba. En este sentido, y como primer requisito, ha de tratarse de prueba documental, lo que excluye de su consideraci3n otras modalidades de prueba, como confesi3n, testifical, incluso pericial -con las excepciones que en 3sta prueba se ha se3alado jurisprudencialmente y que permite su consideraci3n de documento a los efectos del recurso de casaci3n-. La raz3n de tal exclusi3n radica, precisamente, en que las pruebas personales, como la testifical y la de confesi3n, est3n sujetas a la valoraci3n del tribunal que con inmediatez la percibe.

En segundo t3rmino, el documento ha de acreditar el error en la apreciaci3n de la prueba. Del documento designado debe resultar, bien un dato f3ctico contrario al reflejado por el Juzgador en el hecho probado, bien un hecho no incluido en la declaraci3n f3ctica.

Además, el documento designado no debe entrar en colisión probatoria con otros elementos de prueba. Si así ocurriera, corresponde al tribunal de instancia apreciar y valorar la prueba y formar su convicción en los términos resultantes en el art. 741 de la Ley procesal.

Por último, el documento designado que acredita un hecho, en los términos señalados, debe tener relevancia en la subsunción, es decir, debe tener virtualidad para modificar la calificación jurídica de los hechos y, por ende, el fallo de la sentencia.

En el mismo sentido hemos declarado que el motivo en el que ampara su impugnación a la sentencia exige que el recurrente designe los documentos acreditativos del error denunciado y que permitan a la Sala, tras su estudio, comprobar la impugnación realizada, sin que pueda pretenderse que, sin designar ningún documento o el apartado del mismo que entra en colisión con lo probado, esta Sala realice una nueva valoración de la prueba practicada, dado que para esa función que se pretende atribuir a la casación se carece de los elementos necesarios que permiten la apreciación de la prueba, como la inmediación, la contradicción efectiva y la oralidad y publicidad, principios que concurren en el momento del juicio oral. Por ello sólo el tribunal que ha visto y oído la prueba practicada en su presencia está en condiciones de valorarla. Esta Sala, en el caso de que se le plantee por la vía del recurso de casación la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, deberá constatar la existencia o no de una actividad probatoria, su carácter de prueba de cargo, y si ha sido obtenida lícitamente y con vigencia de los principios que informan la valoración de la prueba antes dichos.

Lo que el recurrente realiza en este motivo es reproducir la prueba valorada por el tribunal, las inspecciones a las achaca distintas circunstancias que considera irregularidades, como la presencia de testigos que no comparecieron al juicio oral aunque sí los funcionarios que la realizaron, o la presencia de representantes de la empresa que no fueron citados al juicio, lo que nada tiene que ver con la realización de la inspección y recogida de muestras, a salvo que el recurrente en el juicio oral lo considerara relevante y podría haber solicitado su comparecencia. Cuestiona, también, lo que considera inexactitudes de las diligencias, extremos que debieron ser objeto de indagación a los funcionarios actuantes o a los peritos informantes pero que su planteamiento ante esta Sala carece de eficacia alguna en la acreditación de un error en la valoración de la prueba.

El tribunal de instancia, sobre la prueba practicada ha realizado una valoración que expone en la sentencia sin que esa convicción expuesta pueda ser declarada errónea por esta Sala mediante una revaloración de la prueba practicada.

TERCERO.- En el tercero de los motivos reproduce la vía impugnativa, el error en la apreciación de la prueba, para lo que designa una de las periciales del proceso, la obrante en los folios 53 a 56, de uno de los biólogos informantes en las que destaca la ausencia de datos para calibrar la gravedad del daño, elemento valorativo del tipo penal objeto de la condena.

Para la desestimación hemos de recordar que las pruebas periciales, desde la STS de 23 de febrero de 1.989, pueden tener la consideración de documento a los efectos del presente recurso de casación cuando se trata de una única pericial, o de varias absolutamente coincidentes en sus conclusiones, y el tribunal careciendo de otras acreditaciones en la materia, en este caso la gravedad del peligro, se aparte de las conclusiones del perito y afirme un hecho, o no lo declare, apartándose del dictamen pericial, sin acreditamientos en la materia.

Como el propio recurrente expresa en la argumentación, el tribunal de instancia afirma la gravedad del peligro derivado de la conducta declarada probada en virtud de la pericial practicada "que ha impedido la existencia de vida animal y causando daños en los cultivos", expresión que recoge la pericial practicada, el informe general del medio natural, del atestado de la guardia civil, los reportajes fotográfico y videográfico.

Existió una acreditación del elemento típico y la información del perito que designa, que no llega a aseverar el hecho contrario, no llega a desvirtuar la afirmación del tribunal, por lo que ningún error se acredita.

CUARTO.- También por error de hecho en la valoración de la prueba denuncia la errónea apreciación realizada por el tribunal respecto a una concreta diligencia que designa como documento acreditativo del error. Del folio 140 del acta levantada por los Mossos D'Esquadra, junto a las personas que se relacionan, pretende deducir el error sobre el estado de abandono de la empresa que declara el tribunal de instancia y que el recurrente entiende no concurre.

Como en los anteriores motivos formalizados por esta vía impugnativa, el recurrente se aleja del contenido de esta vía al tratar de discutir la valoración del acta levantada olvidando que lo característico del error de hecho en la designación de un error que contradiga, por su colisión fáctica, lo declarado probado. El tribunal ha valorado ese acta, y fue ampliada en el juicio oral, en fecha de 27 de junio de 2002, expresando las razones por las que se calificó de graves los daños causados, incluso catastróficos.

QUINTO.- En este motivo denuncia, también por error de hecho en la valoración de la prueba, que el aserto fáctico del tribunal en el que se declara que la empresa carecía de licencias preceptivas es errónea para lo que designa el anexo 3 de las actuaciones de las que resulta, afirma el recurrente, la concesión de las licencias municipales y de vertidos que amparaban la industria.

El motivo se desestima. En el fundamento jurídico quinto de la sentencia impugnada se motiva adecuadamente la afirmación fáctica sobre la carencia de licencias que ampararan la producción, examinado los propios documentos a los que el recurrente se refiere en el motivo opuesto. Los documentos designados son los propios analizados por el tribunal de instancia de lo que deduce el extremo fáctico que no pueden ser desvirtuados por las alegaciones de la defensa apoyadas en los mismos documentos. De ahí que el tribunal de instancia llegue a afirmar que la única licencia que ha obtenido, librada el 7 de mayo de 1.976, que impuso limitaciones "y todas quedaron incumplidas, especialmente porque nunca tuvo la estación depuradora requerida en dicha resolución".

La falta de designación de un documento acreditativo del error en los términos requeridos por el art. 849 de la ley procesal penal, hace que el motivo deba ser desestimado.

SEXTO.- En este motivo denuncia el error de derecho por la indebida aplicación, a los hechos probados del art. 347 bis del Código penal aplicado a los hechos, el Texto Refundido de 1.973. Argumenta que de los hechos probados y de la pericial practicada no resulta ni el peligro grave a las personas ni a la fauna que requiere el tipo penal, configurado como delito de peligro.

El motivo parte, o debe hacerlo, del respeto al hecho declarado probado, discutiendo, desde la asunción del relato fáctico, la errónea subsunción en la norma penal invocada como indebidamente aplicada.

Desde esta perspectiva el motivo ha de ser desestimado. El relato fáctico refiere que "la contaminación de las aguas y su alto grado de acidez ha impedido la existencia de vida animal y ha causado daños en cultivos y aljibes. Han sufrido daños por regar con agua contaminada... La acidez de las aguas perforó la cueva del Gora y cambió el curso natural fluvial, invadiendo lavaderos públicos; la mina que alimenta las fuentes allí existentes ha quedado inutilizada...". Mas adelante se refiere que "el abandono de las instalaciones y la ubicación de éstas en pendiente decreciente hacia el río causaba grave riesgo ante el arrastre de residuos por el agua de lluvia al torrente". Seguidamente se reproducen las analíticas realizadas y la tasación de los daños producidos.

En la fundamentación de la sentencia se valora y califica de grave el daño causado a la fauna por lo que ningún error procede declarar, máxime cuando el recurrente no la ampara en el relato fáctico, como debiera hacerlo dada la vía impugnativa empleada, sino en periciales que reproduce de forma parcial y con reproducción de extremos dubitativos respecto a la producción del riesgo, sin recoger en la argumentación otras periciales y documentales que permiten esa declaración.

De acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 25 de octubre de 2002, 24 de febrero de 2004, 1 de abril de 2003) el tipo penal del denominado delito ecológico participa de la naturaleza de los delitos de peligro abstracto-concreto, de peligro hipotético o potencial en lo que lo característico es la aptitud de la conducta realizada para producir el peligro grave al equilibrio de los sistemas naturales. En otras palabras no es preciso la concurrencia de un peligro concreto sobre la salud de las personas o los sistemas naturales, sino la idoneidad de la conducta para su producción, por lo que no es preciso comprobar la efectiva producción del riesgo, la concreción del mismo, sino la idoneidad de su producción desde la conducta declarada probada.

La exigencia de la gravedad ha de ser concretada, en cada caso, en función de los propios parámetros típicos del artículo 347 bis, hoy 325, esto es la afectación a la salud de las personas como las condiciones naturales del ecosistema, a la intensidad de la conducta generadora del peligro, a la calificación del deterioro como irreversible o como catastrófico y a cuantas circunstancias concurren en la conducta objeto del procedimiento. En autos consta, y la sentencia lo recoge en la fundamentación, el carácter de irreversible de los daños, incluso ha sido calificado de catastrófico, producidos, por lo que la calificación jurídica de los hechos es correcta y ningún error procede declarar sin perjuicio de la supresión de la subsunción de la continuidad delictiva.

SÉPTIMO.- Con el mismo ordinal se denuncia el error de derecho producido en la sentencia al aplicar indebidamente el tipo agravado del art. 347 bis del código vigente al tiempo de los hechos derivado de la clandestinidad.

El motivo se desestima. En la tipicidad contenida en el art. 347 bis, párrafo segundo, como en el art. 325 vigente, la agravación resulta no sólo de la clandestinidad, también de la desobediencia a órdenes administrativas de corrección o por la aportación de información falsa o por la obstaculización de la actuación inspectora.

El relato fáctico, en su apartado f), declara que la autoridad administrativa competente sancionó a la industria con una multa, con la reparación de los daños y la suspensión de vertidos en tanto no fueran depurados. Igualmente, impuso otra sanción por realización de vertidos incumpliendo las condiciones de autorización de mayo de 1.976, ordenando adecuar las instalaciones a la autorización referida, extremos que fueron incumplidos por el acusado que "nunca suspendió los

vertidos ni acomodó sus instalaciones", lo que rellena la exigencia de la agravación en la modalidad de desobediencia a los requerimientos de la autoridad para la corrección o de suspensión.

OCTAVO.- Como consecuencia del error en la calificación como continuado del delito declarado concurrente procedemos a una nueva subsunción. Los hechos son constitutivos de un delito medioambiental 347 bis del Código penal, concurriendo el tipo agravado del párrafo segundo del mismo artículo. La pena procedente es la superior en grado a la de arresto mayor. Al concurrir una circunstancia de atenuación, las dilaciones indebidas, procede imponer la penalidad en el grado mínimo de la prisión menor. Imponemos la pena de 10 meses de prisión menor en atención a la gravedad de la contaminación producida y la reiteración en el tiempo de hechos generadores del vertido, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia, concretamente la pena de multa de 30.051 euros con arresto sustitutorio de 5 meses de arresto en caso de impago y accesorias legales fijadas en la sentencia impugnada. Igualmente a la condena por responsabilidad civil declarada en la sentencia impugnada.

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación del acusado Alvaro, contra la sentencia dictada el día 2 de septiembre de dos mil dos por la Audiencia Provincial de Tarragona, en la causa seguida contra el mismo, por delito contra el medio ambiente, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Luis Román Puerta Luis Andrés Martínez Arrieta José Manuel Maza Martín

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andrés Martínez Arrieta, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.