



Roj: **STS 2826/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2826**

Id Cendoj: **28079120012022100674**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2022**

Nº de Recurso: **5319/2020**

Nº de Resolución: **682/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 2186/2019,**
STSJ M 12141/2020,
STS 2826/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 682/2022

Fecha de sentencia: 06/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5319/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5319/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 682/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde



D.^a Susana Polo García

En Madrid, a 6 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 5319/2020, interpuesto por **Hipolito**, representado por la procuradora D.^a Milagros Duret Arguello, bajo la dirección letrada de D. David Anchuelo Rodríguez, contra la sentencia nº 296/2020, de fecha 21 de octubre de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Rollo de Apelación nº 279/2020. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Majadahonda, instruyó Procedimiento Abreviado nº 301/2017, contra Hipolito, por un **delito** contra el medio ambiente y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Décimo Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 1521/2018, dictó sentencia nº 236/2020, de fecha 6 de julio de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<< Hipolito, con DNI: NUM000, mayor de edad, sin antecedentes penales, el resto de cuyos datos personales ya constan, al menos desde el año 2000 e ininterrumpidamente, ha venido explotando la parcela NUM001 del Polígono NUM002 del término municipal de Majadahonda, parcela de la que es arrendatario, mediante el depósito de neumáticos usados fuera de uso, bien por sí mismo o consintiendo mediante contraprestación dicho depósito por otros, lo que ha venido realizando sin haber tramitado procedimiento de evaluación de impacto ambiental, sin recabar licencia municipal alguna, sin autorización para actuar como gestor de neumáticos fuera de uso, y sin adoptar siquiera medidas de prevención de incendios, de modo que los neumáticos fuera de uso se han ido acumulando descontroladamente en dicha parcela, en la que crecen pastos, arbustos, con el consiguiente alto riesgo de incendio.

A fecha 29 de febrero de 2000 había acumulados en el terreno más de cincuenta neumáticos usados, el 26 de septiembre de 2000 se incrementó dicha cifra hasta los 800 ó 900 neumáticos aproximadamente. Como quiera que el acusado continuaba con su actividad en los años siguientes, en fecha 11 de marzo de 2007, el acusado fue denunciado por agentes forestales de la Comunidad de Madrid, lo que motivó la incoación de un expediente sancionador SDA.R 1800/07 del Área de Disciplina Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Madrid, que concluyó con la imposición al acusado, en el año 2008, de una multa de 15.000 euros por el abandono de residuos no peligrosos sin la preceptiva autorización administrativa, siendo así que a dicha fecha el cálculo de los neumáticos abandonados y acumulados en dicho lugar ascendía a unos 8.000. En la propia resolución de la Consejería en la que se imponía la sanción, se imponía al acusado la obligación de proceder en el plazo de un mes a retirar los neumáticos a lugar habilitado para ello o a adecuarse a las condiciones de seguridad y salubridad establecidas en el Real Decreto 1619/05, de 30 de diciembre, sobre Gestión de Neumáticos Fuera de Uso. El acusado no dio cumplimiento a dicha obligación, ni abonó la multa impuesta y en fecha 21 de marzo de 2014 continuaba haciendo un uso no autorizado de esa parcela como depósito de neumáticos fuera de uso, estando acumulados en el lugar de forma muy desordenada un número indeterminado de ellos. Por ello el 23 de febrero de 2015, agentes de la Guardia Civil constataron que continuaba la acumulación de neumáticos en la finca, lo que motivó un nuevo expediente sancionador número 10-SAMA-01834.8/2014/JGT del Área de Disciplina Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Madrid, en el que se tuvo por incumplida la obligación del acusado, como poseedor de los neumáticos, de retirar o dar destino legal a los mismos y se le declaró autor de una infracción grave del artículo 46.3 b) de la Ley 22/11 de 28 de Julio, sobre residuos y suelos contaminados y 5.2 del Real Decreto 1619/05 de 30 de diciembre, sobre gestión de neumáticos fuera de uso, por lo que se le impuso una nueva multa de 12.000 euros, con obligación de retirar los neumáticos fuera de uso allí depositados en el plazo de un mes. Todo ello por Orden número 2065/15 de 1 de septiembre de 2015, dictada por el Consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio de la C. Autónoma de Madrid. El cálculo para entonces de los neumáticos depositados era de unos 3.000.

Tampoco dicha multa se abonó, ni se dio cumplimiento a la obligación de retirar los neumáticos y así entre el 30 de junio y el 1 de julio de 2016, el acusado seguía acumulando gran cantidad de neumáticos fuera de uso en dicha parcela, la cual tenía una superficie de 13.705 metros cuadrados, de los cuales 1.500 metros cuadrados estaban ocupados por neumáticos usados, que se apilaban de forma irregular, con alturas variables entre 0'80 metros y tres metros, sin calles de separación, sin medidas anti incendios, seguía sin tener autorización alguna municipal, ni de ningún tipo, estando dichos neumáticos mezclados con abundante vegetación de pasto, zarzas, lo que conlleva un considerable aumento de la probabilidad de ignición y propagación de un incendio forestal en las inmediaciones, así como un significativo incremento de la dificultad de extinción del mismo. Si se hubiera producido un incendio, se habrían generado daños sustanciales en la calidad del aire y



se habría puesto en peligro grave la salud de las personas, al desprenderse sustancias cancerígenas en el aire. Finalmente la propia Comunidad Autónoma de Madrid en septiembre de 2017, procedió a la retirada de los neumáticos allí acumulados, ante la inacción del acusado.

La causa penal se incoó mediante auto de fecha 26 de abril de 2017, por denuncia previa de la Fiscalía especial de Medio Ambiente de fecha 30 de marzo de 2017. El acusado, entonces investigado, fue oído en tal calidad el 29 de mayo de 2017. En fecha 13 de julio de 2018 se dio por finalizada la instrucción, dándose traslado a las partes para formular calificación provisional. En fecha 22 de octubre de 2018 llegó la causa a esta Audiencia Provincial, señalándose para juicio oral en fecha 5 de marzo de 2019, celebrándose el plenario en dicha fecha.

>>

SEGUNDO.- La Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debemos condenar y condenamos a Hipolito como autor responsable de un **delito** contra el medio ambiente previsto y penado en el artículo 326.1 del C. Penal en relación al 325.1 y 2 del mismo texto legal en su redacción vigente tras la Ley Orgánica 1/15, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de 3 años y 8 meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 18 meses con cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del C. Penal, inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la gestión y eliminación de residuos por tiempo de 2 años y 3 meses y costas del juicio.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de diez días hábiles contados desde la última notificación. >>

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, se interpuso contra la misma recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal del condenado Hipolito, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que en el Rollo de Apelación nº 279/2020, dictó sentencia nº 296/2020, de fecha 21 de octubre de 2020, que aceptó los hechos probados de la sentencia recurrida, y cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

<<DESESTIMAMOS el recurso interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Milagros Duret Arguello en nombre de Hipolito y por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada en 11 de marzo de 2019 por la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

ACORDAMOS SEA CONFIRMADA LA SENTENCIA NÚM. 236/2020, DE 6 DE JULIO, DICTADA POR LA SECCIÓN 16ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL. >>

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

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

Motivos aducidos en nombre del recurrente Hipolito :

Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y del art. 5.4 LOPJ, al infringir el principio de presunción de inocencia.

Segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por vulneración de los arts. 27 y 28 CP en relación con el art. 24 CE. Presunción de inocencia e in dubio pro reo.

Tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por vulneración de los arts. 5 CP en relación con el art. 24 CE. Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Errónea aplicación del tipo.

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

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 28 de junio de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Hipolito

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y del art. 5.4 LOPJ al infringir el principio de presunción de inocencia.



Se limita el motivo a analizar el alcance teórico de la presunción de inocencia en cuanto derecho fundamental conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo y a señalar que en el caso presente "se ha conculcado el citado principio al haberse condenado al recurrente sin que existan pruebas concluyentes de su culpabilidad que acrediten que haya tenido participación alguna en los **delitos** que se le imputan.", dado que: "no se ha aportado al procedimiento ninguna prueba de cargo que pueda incriminar al acusado y se ha acreditado a lo largo del plenario que en todo momento ha tenido intención inequívoca de retirar los neumáticos del terreno, algo que no pudo llevar a cabo dada la imposibilidad económica."

El motivo se desestima.

1.1.- Como ya hemos dicho en anteriores ocasiones (vid. SSTs 476/2017, de 26-6; 225/2018, de 18-5), la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del previo recurso de apelación, por lo que nuestro control debe limitarse a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional, sin que -como regla general y sobre todo en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte.

Por ello, en lo relativo al control, cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, hemos de tener en cuenta que al haber mediado un previo recurso de apelación, ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio por un Tribunal Superior contenidas en Tratados Internacionales (ver art. 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos).

Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- En primer lugar, si el TSJ al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden.
- En segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones.
- En tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elemento de cargo.
- Y en cuarto lugar, si el Tribunal de apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

1.2.- En el caso actual, la sentencia recurrida, esto es, la del Tribunal Superior de Justicia, en el fundamento de derecho tercero, examina y asume el razonado fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia en el que se detalla la prueba practicada, destacando como se parte "de una realidad evidente, que no ha sido negada por el propio acusado, y es la existencia de una importante acumulación de neumáticos en la parcela que controlaba el acusado, siendo así que dicha acumulación de neumáticos comenzó hacia el año 2000 y se mantuvo con variaciones, hasta septiembre del año 2017, fecha en la que la Comunidad Autónoma, según ha reconocido el propio acusado, procedió a la retirada de los neumáticos, ante la inacción del acusado en dicho sentido.

Además de las propias manifestaciones del acusado reconociendo dicho depósito de neumáticos, contamos con la clarísima, inequívoca e indubitada prueba testifical de tal extremo, habiendo comparecido y declarado en juicio los agentes forestales (carnet profesional NUM003 , NUM004 , NUM005), los agentes de la Guardia Civil con carnet profesional NUM006 -, NUM007 , los funcionarios de la Comunidad Autónoma, adscritos a la Consejería de Medio Ambiente, Sra. Soledad , Sra. Tomasa , Sr. Jesús María . También contamos con la prueba pericial en la persona del Sr. Juan Carlos .

Los agentes forestales citados narraron como fueron realizando, a lo largo de muchos años, y al menos desde el año 2005, hasta el 2016, varias visitas de inspección al lugar, comprobando el acúmulo de neumáticos, la disposición irregular y peligrosa (sobre todo en cuanto a riesgo de incendios) de dichos neumáticos, lo que dio origen a diversas denuncias y a los expedientes sancionadores que constan documentalmente acreditados, además de haber sido reconocidos por el propio acusado. En concreto el agente forestal NUM003 , llegó a calcular en una de las visitas la existencia de unos 8.000 neumáticos, manifestó que habló en varias ocasiones



con el acusado y que éste aseguraba que iba a retirar los neumáticos, comprobando , por el contrario, que podía retirar una parte, pero que el grueso permanecía allí. El agente forestal NUM004 giró visita en fecha 6 de julio de 2016 y la situación seguía tal y como describió en su informe. En el mismo sentido el agente forestal NUM005 .

Los agentes de la Guardia Civil, responsable o adscritos al Seprona, llevaron a cabo en el juicio oral manifestaciones en el mismo sentido, destacando el testimonio del agente de la Benemérita con carnet profesional NUM007 , quien señaló que hizo informe en fecha 11 de noviembre de 2016, que dio origen a una denuncia, ratificando dicho informe, que lógicamente efectuó tras la correspondiente inspección ocular del lugar. Señaló que en el 2015 habría unos 3.000 neumáticos. El agente de la Guardia Civil NUM008 añadió que estuvo en varias inspecciones anteriores, que desde el año 2000 fue la primera denuncia, que entonces habría una acumulación pequeña, pero que en el 2002 habría de 800 a 900 y que posteriormente muchos más, que estaban mal apilados, era una "selva" y que habló con el acusado en varias ocasiones. Los funcionarios adscritos a la Consejería de Medio Ambiente, declararon igualmente en el acto del juicio oral , ratificando sus informes, acompañados de material fotográfico y que obran a los folios 61 y ss y 131 y ss. La Sra Soledad ratifica informe de visita de inspección de fecha 21 de mayo de 2014, aportando las fotografías. La Sra. Tomasa y el Sr. Jesús María ratificaron informe correspondiente a fechas de inspección de 13 de junio a 1 de julio de 2016. Estos últimos testigos, en especial el Sr. Doroteo , afirmaron que básicamente la situación del depósito de los neumáticos era igual en 2016 , que en 2014. Se aportaron reportajes fotográficos. El perito Sr. Juan Carlos , además de otros datos sobre cuya relevancia hablaremos posteriormente, igualmente ratificó que en su visita de inspección, el 13 de julio de 2017, la situación de apilamiento irregular de los neumáticos era la misma , básicamente que en el 2014 y años posteriores.

En tal sentido es muy significativo el cuadro de evolución del cálculo, desde luego aproximado, del número de neumáticos a lo largo de más de diecisiete años, que se contiene en el folio 240 de las actuaciones, dentro del informe pericial del Sr. Santos y que ratificó expresamente en el acto del juicio oral. Dicha evolución parte de una acumulación, considerable, desde el año 2001, que alcanza su cenit en el año 2014 y que desde entonces es básicamente igual. Destaca el hecho de que durante esos años se aprecia movimiento de los neumáticos, pero no especial reducción de su número y es así que los depósitos son cambiantes, lo que implica, no la reducción de su número porque el acusado los fuera extrayendo, sino que extraía unos, introducía otros nuevos y se iban acumulando en lugares diferentes. Había actividad constante en dicho depósito a lo largo de los años, lo que demuestra la clara intención del acusado de seguir con la explotación del negocio y su nula intención de deshacerse de los neumáticos, haciendo caso omiso a las dos órdenes expresas que se le dieron por la autoridad administrativa, tras sendos expedientes del año 2008 y del año 2014-15.

Ahora bien no sólo contamos con dichos testimonios de agentes , funcionarios o personas imparciales, sino con la evidencia documental incontestable y objetiva de tales extremos, pues como anexo al informe del perito Sr. Juan Carlos , ratificado en el acto del juicio oral, constan las fotografías aéreas del lugar, obtenidas desde antes del año 2000 hasta el 2016 y que obran a los folios 249 vuelto hasta el 258. Una imagen vale más que mil palabras y las citadas fotografías aéreas acreditan lo declarado probado en esta sentencia. La acumulación o depósito de neumáticos alcanzaba unos 1.550 metros cuadrados de la parcela, que en total tiene algo más de 13.700 metros cuadrados.

La segunda cuestión, desde el punto de vista de los hechos probados, no es solo la acreditación de la existencia de dicho depósito y su extensión, que se mantuvo en cifras similares a partir del 2014 y hasta el 2017, y que llevaba así desde el año 2000, sino la forma y manera en que dicho depósito estaba efectuado. Además de las declaraciones de los testigos ya citados, constan diversos reportajes fotográficos, no fotografías aéreas, sino fotos tomadas a pie del lugar, que se incorporaron a los sucesivos expedientes administrativos y también a la causa penal, en los que puede verse claramente como era dicho apilamiento.

Estamos hablando de una forma absolutamente irregular y caótica de apilarlos, sin orden, sin separación entre bloques, sin existencia de calles de separación entre ellos, mezclados con otros residuos fácilmente combustibles, mezclados, sobre todo, con la flora del terreno , arbustos, pastos, zarzas la flora ordinaria que crece en estas zonas y que aparece absolutamente entremezclada con los neumáticos apilados. Estamos, igualmente, ante una acumulación de neumáticos realmente relevante, que alcanzó en algún momento hasta las 8.000 unidades, siempre es un cálculo aproximado, pues es inviable , por la dispersión y el desorden, contar uno a uno los mismos y que se mantuvo estable en unos 3.000 desde el año 2014, hasta que en septiembre de 2017 la Comunidad Autónoma los retira a su costa."

1.3.- Y en cuanto a la versión de descargo del acusado sobre la imposibilidad económica para la retirada de los neumáticos, concluye que fue razonable su rechazo, en tanto que durante muchos años no hizo ni una sola propuesta seria a la Administración, de retirada de los residuos mientras que de las fotografías aéreas se desprende que durante dicho tiempo se extrajeron unos neumáticos y se introdujeron otros nuevos, lo que



implica la existencia de actividad, cambiando la fisonomía aérea del depósito. Añade que una cantidad entre 5.000 y 8.000 € por gastos de retirada, es algo al alcance de cualquier empresario. También destaca que el acusado fue reiteradamente requerido por la Comunidad Autónoma para que retirara los residuos por el peligro de incendio e impacto medioambiental, así como las periciales sobre el peligro para la salud de las personas por las emanaciones de los gases en caso de incendio y peligro de filtración a las aguas destinadas a consumo humano que circulan bajo la finca.

1.4.- El Tribunal explicita, por tanto, las pruebas acreditativas de la conducta mantenida por el acusado, durante 17 años, testificales (agentes forestales, de la Guardia Civil y funcionarios de Medio Ambiente) y periciales sobre el peligro originado y mantenido en el tiempo.

El recurrente propone una nueva valoración. Siendo así, no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el tribunal de instancia, al basarse en prueba suficiente, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin a las reglas de la lógica, a los principios de experiencia y a los parámetros de razonabilidad y moderación exigibles.

Como recuerda la STS 849/2013, de 12-11 "el hecho de que la Sala de instancia dé valor prevalente a aquellas pruebas inculpativas frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por vulneración de los arts. 27 y 28 CP, en relación con el art. 24 CE. Presunción de inocencia e in dubio pro reo.

El motivo se limita a señalar las diferencias entre la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, el valor del testimonio de la víctima, del testigo único, del testimonio del coencausado y la necesidad de corroboración mínima, y del testimonio, obviando su aplicación al caso concreto, ni aludir a la relación que su contenido pudiera tener con el asunto que nos ocupa, por lo que su desestimación deviene necesaria.

TERCERO.- El motivo tercero por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por vulneración de los arts. 5 CP en relación con el art. 24 CE. Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Errónea aplicación del tipo.

Considera que la sentencia es errónea al no poder aplicarse el tipo penal del art. 327.2, tal y como solicitó el Ministerio Fiscal al elevar a definitivas sus conclusiones -debe referirse al art. 325.2 in fine ("si se hubiese creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas") que fue el precepto junto con el art. 327 b), cuya aplicación solicitó el Fiscal al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales- dado que tal riesgo de perjuicio para la salud de las personas, con carácter objetivo, concurriría en caso de incendio del depósito.

Considera que el Ministerio Fiscal no contempló dicha agravación en su escrito de conclusiones provisionales y tampoco introdujo en la narración de hechos de dicho escrito elemento fáctico alguno que apuntara a dicha agravación específica, la coletilla "que lo anterior conlleva peligro de muerte y lesiones graves a las personas y al equilibrio de los sistemas naturales en caso de incendio de los neumáticos acumulados", fue introducida por el Fiscal al hilo de las cuestiones previas antes del inicio del juicio oral.

Ello, a juicio del recurrente, vulnera el principio acusatorio al producir indefensión a la parte, pues de haberse introducido en el momento del escrito de conclusiones provisionales, la defensa podría haberse planteado la posibilidad de presentar una prueba pericial alternativa para combatir aquel extremo.

Del mismo modo, por razones diferentes, considera que no concurre el tipo penal agravado del art. 327 b) CP, porque este tipo penal agravado consistente en desobedecer las órdenes expresas de la autoridad se refiere, según el tenor literal del precepto, a las "actividades tipificadas en el artículo anterior", es decir a las del art. 326 bis y no a las de los arts. 326 y 325.2 por los que se ha condenado al recurrente.

Por último entiende que procedería la aplicación del art. 331 CP, dado que la conducta del acusado no fue dolosa, al haber tenido la intención inequívoca de retirar los neumáticos del terreno y dichos vertidos no eran suyos y sí de una empresa que los dejó allí y no los retiró.

3.1.- Con carácter previo habrá que señalar que el recurrente incumple los requisitos de forma que se contienen en el art. 874 LECrim que deben rodear el escrito de formalización del recurso, entre otros, que las diferentes razones de impugnación deben estar ordenadas como motivos diferentes, que se presentarán debidamente separados y numerados, sin que deban juntarse diversas impugnaciones en un solo motivo; que se indique el precepto de la LECrim en que se funda cada motivo; y que el motivo se estructure en dos partes: un breve extracto y su argumentación.



Cuando no se observan estos requisitos y se imputa a la sentencia de forma conjunta, amalgamada y genérica, una serie de infracciones normativas, afirmándose una vulneración sistemática de preceptos constitucionales, la consecuencia es la inadmisión a trámite del recurso o, en su caso, la desestimación.

3.2.- Ahora bien, en la actualidad la doctrina jurisprudencial ya no es tan exigente en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales que rodean el recurso de casación y sin minusvalorar esas exigencias formales que obedecen a razones fundadas y no son meras trabas nacidas del capricho del legislador. El breve extracto, en concreto, es algo más que una cuestión de estilo o de orden. Permite identificar con claridad y precisión qué es lo que se solicita en cada motivo y el porqué de la reclamación. Eso fortalece el principio de contradicción y facilita la labor del Tribunal a la hora de construir una respuesta congruente con la petición del impugnante. La omisión de ese requisito "formal" puede alimentar un escenario apto para la confusión, para entremezclar razones y motivaciones muy diferentes, entrelazadas de forma desordenada que a veces cuesta desentrañara o sistematizar, con el consiguiente padecimiento del principio de contradicción y de la tutela judicial efectiva (STS 863/2014, de 11-12). Esta Sala ha tendido a aminorar el rigor formal de la casación (vid. SSTC 123/96, de 22-10; 122/96, de 22-11) y trasciende de las cuestiones formales de carácter accesorio y atiende a las cuestiones materiales; esto da lugar a que la admisión/inadmisión se centre en el contenido de los recursos en relación con los arts. 847, 848, 849, 850, 851 y 852 LECrim.

Ha de resaltarse, no obstante, que la jurisprudencia del TEDH, considera conforme con las exigencias del Convenio un mayor rigorismo formal en casación (Decisión de 20-4-96, recaída en el asunto MOHR v. Luxemburgo, y Decisión de igual fecha en el asunto DE VIRGILIS v. Italia). Por eso no sobra alentar a los profesionales a extremar el esfuerzo de ajustarse a tales previsiones legales, pues responden a rectas finalidades. La flexibilidad que impone el derecho de acceso a los tribunales y el favor actionis no puede degenerar en una actividad de desprecio frente a esos requisitos.

3.3.- Analizando, en consecuencia, la indefensión denunciada que le ocasionó el Ministerio Fiscal al plantear la aplicación del subtipo agravado en sus conclusiones definitivas y no en las provisionales en cuyos hechos tampoco hacía referencia alguna al peligro para las personas y el equilibrio de los sistemas naturales, frase que introdujo en el trámite de cuestiones previas.

El motivo deberá ser desestimado.

3.4.- En cuanto a las modificaciones en las conclusiones definitivas en el juicio oral, la jurisprudencia de esta Sala (ver reciente STS 111/2022, de 10-2) admite la posibilidad de modificación de las conclusiones provisionales y considera que no se ha infringido el principio acusatorio básico del proceso penal, porque éste, lo que impide es que se traspasen los límites de la acción, que queda acotada, en la calificación provisional por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen, pero no que se califiquen adecuadamente esos hechos al evacuarse el trámite de conclusiones definitivas autorizado por el art. 732 LECrim. para el procedimiento ordinario y por el art. 788.4 para el abreviado, en el que, manteniéndose la identidad esencial del hecho objeto de la acusación se puede variar, sin infringir la Ley, las modalidades del suceso, sus circunstancias, la participación de los encartados, tipo de **delito** cometido y grados de ejecución, pero ningún sentido tendría el trámite de modificación de conclusiones si fuesen las provisionales las que acotasen los términos del debate (SSTS. 1436/98 de 18.11, 7.6.85).

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo -sentencia, entre otras, 609/2007 de 10.7- que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, y por ello ha dicho reiteradamente que toda sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes y no sobre las provisionales. La pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificaciones provisionales privaría, por un lado, de sentido a los artículos 732 y 793.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (ahora art. 788.4) y, por otro lado, haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (SSTC. 19.2.87, 16.5.89, 284/2001 de 28.2). Ni el procesamiento ni la calificación provisional vinculan de manera absoluta al Tribunal sentenciador. El verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas y a él debe ser referida la relación a juicio de congruencia del fallo (SSTS. 7.9.89, 30.6.92, 14.2.94, 1/98 de 12.1 y STC. 13.2.2003).

En esta dirección la STC. 228/2002 de 9.12, precisa que si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que impongan una calificación más grave no lesiona el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación.

Ahora bien -como dice la STS. 1185/2004 de 22.10- tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas



si el acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. En este contexto, es preciso recordar que la LECrim., en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues esto puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada (art. 732 LECrim.). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas puede someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicasen que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (art. 733 LECrim.).

Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte "cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones substanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria (art 746.6 en relación con el art. 747 LECrim.

Con mayor precisión la LECrim. prevé para el procedimiento abreviado, art. 793.7 (actual 788.4), que "cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecia un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes". Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas.

En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de **delito** o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa sí, utilizando las vías habilitadas al efecto por la LECrim. se permite su ejercicio respecto a esos nuevos hechos y su calificación jurídica. Por ello una modificación esencial de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas puede lesionar el derecho de defensa cuando el acusado haya ejercido las facultades en orden a la suspensión de la vista y proponiendo nuevas pruebas y le haya sido denegada, por cuanto la aplicación de la doctrina general sobre la necesidad de que la práctica de prueba inadmitida fuese relevante para la modificación del fallo, no es aplicable en los casos de inadmisión o falta de práctica de toda prueba de descargo propuesta imputable al órgano judicial (STC. 13.2.2003).

Por tanto, desde la perspectiva del derecho a ser informado de la acusación, como instrumento del derecho de defensa, es decir desde la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento de los hechos para poder defenderse adecuadamente, el contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no momentos previos como el de las conclusiones provisionales (SSTC. 141/86 de 12.11, 11/92 de 27.1, 278/2000 de 27.11). Igualmente, dada la instrumentalidad de este derecho con el derecho de defensa es a la parte a quien corresponde, en primer lugar, dar la oportunidad al órgano judicial de reparar tal indefensión (SSTC. 20/87 de 19.2, 17/88 de 16.2).

Si el defensor del acusado estimaba que la calificación del Ministerio Fiscal era sorpresiva al introducir hechos nuevos y por ello no le era posible defenderse adecuadamente de ellos, debió conforme al art. 793.7 (art. 788.4), solicitar la suspensión del juicio para poder articular debidamente la defensa, lo que no hizo.

En esta dirección la STS. 295/2012 de 25.3, recuerda que el Tribunal Constitucional (STC 33/2003, de 13 de febrero), ha señalado que las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que supongan una calificación distinta o más grave no lesionan el derecho a no ser condenado sin acusación (principio acusatorio), pues si el órgano judicial se ciñe a la acusación formulada en la calificación definitiva, se ha respetado tal principio.

En cualquier caso, está prevista la suspensión del juicio oral a instancia de parte. En efecto, el art. 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que "cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas". Y el propio fundamento a la agravación, es la constatación de una tesis alternativa por las acusaciones.

En efecto la STS. 1185/2004 de 22.10, perfila con carácter general las relaciones entre el derecho de defensa y el principio acusatorio en relación con el trámite procesal de la modificación de conclusiones, delimitando los recursos de la defensa ante una posible modificación de conclusiones: suspensión del juicio oral por la vía del art. 733 ó 746. Y en la STS. 5.12.2005 puede leerse: "... carece de todo fundamento legal y doctrinal la alegación



de que la modificación de las conclusiones acusatorias efectuadas en el acto del Juicio Oral, signifique una reducción de los derechos de defensa del acusado. Dicho trámite, como es notorio, está previsto tanto en el art. 732 como en el 793.6 L.E.Crim. -actual 788.4-, y, en términos generales, su inexistencia convertiría poco menos que en inútil toda la actividad procesal que se desarrolla en el acto trascendental del Juicio Oral y que constituye la fase esencial de todo el proceso (véanse, por ejemplo, SS.T.S. de 28 de octubre de 1.997, 12 de enero, 20 de julio, 7 de octubre y 18 de noviembre de 1.998 y, 28 de febrero de 2.001). De ahí que en dichas resoluciones se haya mantenido que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, por lo que la sentencia debe resolver sobre ellas y no sobre las provisionales. El derecho a ser informado de la acusación, junto con la interdicción de la indefensión suponen, de un lado, que el acusado ha de tener pleno conocimiento de la acusación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico, debiendo tener la oportunidad y los medios para defenderse contra ella, y de otro, que el pronunciamiento del Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa. El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso. La posibilidad de que en las conclusiones definitivas de la acusación se operen cambios, incluso relevantes, se deduce con toda claridad del art. 788.4 L.E.Crim., "cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos... el Juez o Tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones, y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes...".

a) Por tanto en cuanto a los elementos jurídicos de la calificación cabe cualquier tipo de alteración, que en principio, no supone mutaciones del objeto del proceso pues éste no viene constituido por un **delito** concreto y determinado, ni por una calificación jurídica, sino por un suceso o acontecimiento. Se trataría de puras modificaciones jurídicas que arrancan del mismo relato fáctico contenido en la calificación provisional, con la excepción de aquellas modificaciones que pretendan introducir un tipo penal que haya sido rechazado previamente por una resolución judicial firme -por ejemplo auto apertura juicio oral (STS. 860/2008 de 17.12).

b) En cuanto a la variación de los elementos fácticos, como primer criterio de carácter general y pacífico, puede afirmarse que no es posible la alteración subjetiva, entendida como la introducción de nuevos responsables penales o civiles.

En el otro extremo las simples variaciones que no comportan una modificación sustancial del hecho son admisibles sin límites, así como las que no conlleven una nueva calificación jurídica. El supuesto que se presta a mayor controversia es el de la introducción de nuevos hechos en las conclusiones con la correlativa introducción de nuevas tipologías penales, dado que el art. 788.4 solo contempla variaciones jurídicas de la calificación provisional pero no alteraciones de los hechos. Algún autor ha querido encontrar ahí un argumento legal para negar la posibilidad de introducir hechos nuevos, pero aunque el precepto no se refiere explícitamente a la modificación de los hechos, resulta evidente que las alteraciones expresamente previstas vendrán acompañadas normalmente, de un previo cambio en los hechos, mutación, que por tanto, implícitamente está contemplada en la norma.

Si se trata de hechos que hasta ese momento no habían sido en modo alguno objeto de investigación, sin que hubiera la más mínima referencia a ellos en el proceso, en principio, la respuesta a la cuestión de si se pueden introducir esos nuevos hechos -y correlativos nuevos **delitos**- en el trámite de calificación definitiva, habría de ser negativa, pues admitir esa posible modificación supondría una alteración sustancial del objeto del proceso. Esa entrada en el proceso en sus últimos estadios de hechos nuevos en su integridad, comportaría privar a la defensa de la fase de investigación y con ella, de todas las posibilidades defensivas que se establecen también en esta fase.

3.5.- Situación que no sería la presente, el Ministerio Fiscal, como consecuencia de las pruebas practicadas -en particular el informe del perito Sr. Juan Carlos sobre el riesgo generado para la salud por la acumulación de neumáticos y la posibilidad de un incendio-, antes del inicio del juicio oral, en el trámite de las cuestiones previas, introdujo en la conclusión primera de su escrito de acusación provisional, los hechos que tuvieron de base, tras la práctica de la prueba en el juicio oral, para en conclusiones definitivas, modificar la conclusión segunda introduciendo el subtipo agravado del art. 325.2.

Siendo así, no puede hablarse de actuación sorpresiva, y la defensa en todo caso, con apoyo en el art. 788.4 LECrim, pudo pedir la suspensión del juicio y solicitar la práctica de nuevas pruebas, posibilidad que no ejerció y que impide hablar de indefensión material.



3.6.- En este sentido, como hemos señalado en SSTs 461/2020, de 9-9; y 655/2020, de 3-12, es constante la doctrina que fija que la indefensión constitucionalmente prohibida es aquella que supone una privación real, efectiva y actual, no potencial, abstracta o hipotética de los medios de alegación y prueba, pues, como reiteradamente ha afirmado el TC (por todas, STC 133/2003, de 30 de junio): "el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa (STC núm. 25/1991, de 11 de febrero; también SSTC 1/1996, de 15 de enero; 219/1998, de 16 de noviembre)". Decía el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/1998 de 17 marzo, que "Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, siendo necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STC 149/1998, FJ 3.º), con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses afectados (SSTC 155/1988, FJ 4.º; 112/1989, FJ 2.º)".

En los mismos términos se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala (vid. STS 253/2017, de 6 de abril) indicando que para apreciar la existencia de una indefensión, con transcendencia de lesión de un derecho fundamental, debe advertirse una efectiva y real privación del derecho de defensa. Es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia, sino que debe constatar un impedimento a la facultad de alegar y demostrar en el proceso los derechos propios para pretender su reconocimiento, o de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, o 15/95).

Como sintetizábamos en nuestra sentencia 734/2010, de 23 de julio, la garantía constitucional de proscripción de indefensión puede resumirse en las exigencias de: a) Que sea real y efectiva, lo que no ocurre ante cualquier infracción procesal; b) que impida al titular el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; c) que sea ocasionada por el comportamiento del órgano jurisdiccional; d) que no quepa atribuir indolencia al propio titular del derecho; e) que se origine la imposibilidad de rectificación de procedimientos irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección; y f) que es carga de quien la alega su acreditación.

3.7.- En cuanto a los errores en la subsunción en el tipo penal del art. 326.1 y 325.2 CP, debemos recordar en lo que respecta a la **estructura** típica del art. 325.1 al que se remite el art. 326, tiene establecido esta Sala -STS 481/2020, de 29-9- que se trata de lo que la doctrina considera como un **delito** de peligro hipotético, también denominado de peligro abstracto-concreto, de peligro potencial o **delito** de aptitud. De modo que no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro. La categoría de los denominados **delitos** de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro como proximidad de amenaza inmediata para un bien determinado. Basta la producción de una situación de riesgo apreciada desde la perspectiva meramente ex ante (SSTs 141/2008, de 8-4; 838/2012, de 23-10; 840/2013, de 11-11; y 713/2014, de 22-10, entre otras).

En efecto, en los casos de peligro hipotético, también denominado peligro abstracto-concreto, de peligro potencial o **delito** 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 los **delitos** de peligro hipotético es necesario, aunque también suficiente, la ejecución de una acción peligrosa idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido. Lo característico de este sector delictivo es que implica la posibilidad, no la realidad, del peligro concreto para el bien jurídico protegido. Los **delitos** de peligro hipotético son, pues, **delitos** de peligro posible. Se sitúan en el nivel de creación del riesgo, pero vinculándolo a la peligrosidad real de la acción y no precisamente a un daño efectivo para el bien jurídico, de modo que en esos casos si bien el **delito** requiere una acción que por sus propiedades naturales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico, como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Ha de plantear pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso en el caso concreto. Si bien cuando este contacto llegue a darse estaremos ya ante un **delito** de peligro concreto.

Según recuerda la doctrina en los **delitos** de peligro hipotético y en los **delitos** de aptitud es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor real de la acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor potencial del resultado) como exigencias del tipo. En ellos basta la creación del riesgo sin necesidad de que este se materialice en un resultado de peligro concreto; el desvalor potencial del resultado es en realidad desvalor de la



acción entendido objetivamente. El tipo penal quedará, pues, descartado y se considerará atípica la conducta cuando la posibilidad de afectación concreta del bien jurídico (desvalor potencial del resultado) quede excluida de antemano al no ser factible desde una perspectiva ex ante, que se acaben poniendo en peligro los bienes jurídicos tutelados por la norma penal.

En cuanto a la gravedad del perjuicio que se requiere para que opere el tipo penal subraya la STS 152/2012, de 2 de marzo, que 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 (STS 105/1999, 27 de enero). Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 del CP habrá que acudir, como dijo la citada sentencia 105/1999, 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.

Remarca la referida sentencia 152/2012 que tanto el Tribunal de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se han venido reseñando ponen de manifiesto las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral y su conducta social, y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos de ruido. Se refiere, pues, a duración e intensidad del ruido.

Y en la sentencia 916/2008, de 30 de diciembre, se establece que art. 325 exige como elemento de tipicidad, la gravedad del peligro a que se somete al equilibrio de los sistemas naturales, o en su caso, a la salud de las personas. De no alcanzar este nivel, el comportamiento sólo podrá dar lugar, en su caso, a reacciones sancionadoras administrativas. Para encontrar el tipo medio de la gravedad a que se refiere el art. 325 del Código penal habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir la salud de las personas, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro. Se trata de un elemento constitutivo del tipo penal cuya concurrencia debe determinarse, en concreto, mediante la prueba.

Y añade la referida sentencia que parece seguro referir 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, y a la proximidad de las personas o de elementos de consumo.

Y en lo que respecta al elemento subjetivo del tipo penal, tiene dicho esta Sala que el tipo subjetivo se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por la conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro (SSTS 52/2003, de 24 de febrero; 152/2012, de 2-3; y 463/2013, de 16-5). También se ha dicho que obra con dolo el que conociendo el peligro generado con su acción no adopta ninguna medida para evitar la realización del tipo (STS 327/2007, de 27-4; y 713/2014, de 22-10).

3.8.- En el caso presente, la subsunción en el tipo penal del art. 326.1 -que en la nueva redacción LO 1/2015 incorpora la conducta que se castigaba en el art. 328, es decir, los depósitos y vertederos de desechos o residuos sólidos o peligrosos, para evitar la doble regulación de los vertidos antes contenida en los arts. 325 y 328- en relación con el 325.2 in fine CP, debe ser mantenida, tal como razona la sentencia recurrida, haciendo suyas las inferencias de la sentencia de instancia al respecto, del hecho de "ser evidente que ha habido una infracción grave y flagrante de las normas administrativas reguladoras de dicha actividad y en concreto la Ley 22/11 de 28 de Julio, sobre residuos y suelos contaminados y el Real Decreto 1619/2005, de 30 de diciembre, que regula la gestión de los neumáticos fuera de uso las condiciones de almacenamiento, las normas preventivas anti incendios y el resto de las cuestiones que atañen a dicho almacenamiento y que fueron abiertamente incumplidas por el acusado, hasta el punto de haber sido sancionado en dos ocasiones por ello por la autoridad administrativa, en el año 2008 y en el año 2015. Sin perjuicio de constar en la causa dichos expedientes sancionadores administrativos, el acusado ha reconocido la existencia de los mismos, las sanciones fueron firmes y no se abonaron las multas e incluían requerimientos para la eliminación del depósito, que tampoco fueron cumplidos por el acusado.



La consecuencia de la actividad ilegal, ilícita y contraria a las normas administrativas reguladoras ha podido ocasionar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas o ha podido afectar gravemente a la salud de las personas.

Obsérvese, que el legislador no exige, evidentemente, la existencia de un daño sustancial en la calidad del aire, sino la posibilidad de que cause tal daño, es decir se configura como un **delito** de riesgo. No se exige, cumulativamente, riesgo para la calidad del aire, para la calidad de las aguas o del suelo o para animales o plantas o para las personas, sino que -y por ello emplea el legislador la conjunción "o"-, basta la mera constatación del riesgo sustancial, en este caso concreto, en la calidad del aire o de uno de los elementos citados."

3.9.- Y respecto a la aplicación del subtipo agravado del art. 325.2 CP, la misma sentencia destaca la existencia de riesgo potencial para la calidad sustancial del aire, de la tierra, animales o plantas o incluso de las personas, tal como quedó acreditado por la prueba pericial del Sr. Juan Carlos que señaló:

"que el depósito de neumáticos en sí no produce un riesgo significativo, pues se trata de un residuo no peligroso, pues tratándose de un residuo estable, si no se descompone, no genera emisiones a la atmósfera, al suelo, no se puede filtrar a las aguas. El problema de dicho residuo y así lo explicó el perito, es que si se incendian es muy difícil controlar o apagar el incendio, tienen un gran poder calorífico y se descomponen a continuación sus muchos componentes químicos, hasta 63, algunos de ellos incluso cancerígenos, como es el caso del benzopireno y que pueden afectar a las personas, obligando a la población cercana a no salir de sus casas, cerrar las ventanas, etc.... Las emisiones a la atmósfera pueden generar un daño gravísimo y no sólo por el humo negro que desprenderían 8.000 neumáticos (pensemos en el humo que sale simplemente de la quema de un neumático), sino porque la combustión es lenta, incompleta y supone la emisión a la atmósfera de elementos contaminantes y recientemente hemos tenido ejemplos de situaciones similares.

También habría impacto, en caso de incendio, sobre la fauna y flora cercana y la descomposición química de los neumáticos, tras su incendio, podría producir filtraciones de productos químicos, como aceites pirolíticos, en el terreno, pudiendo llegar incluso a contaminar aguas subterráneas (existe una enorme masa de aguas subterráneas en Madrid, de las que se capta agua para consumo humano justo debajo del lugar y que tiene una extensión de casi 900 km. cuadrados). También las cenizas resultantes producirían un fuerte impacto ambiental.

Es igualmente significativo y así lo hizo ver el perito, que dicho riesgo de incendio, evidente en cualquier depósito de este tipo, viene directamente acrecentado por la actitud del acusado, pues dicho depósito no sólo no cumple normas elementales de prevención de incendios contempladas en la legislación vigente, tales como previsión de agua cercana, colocación en compartimentos aislados, existencia de viales o calles de separación para permitir acceso a servicios anti incendios, sino que el acopio es desordenado, caótico, y entremezclado con la maleza de la zona, compuesta de zarzas, pequeños arbustos, pastos, algunos árboles de mayor tamaño, lo que en una zona de altas temperaturas en verano próximas a los cuarenta grados en muchas ocasiones, incrementa dicho riesgo de incendio. En suma es más fácil que se produzca un incendio, precisamente por las condiciones del depósito, no sólo por el depósito en sí mismo y de dichas condiciones es directamente responsable y consciente el acusado y no sólo porque objetivamente es así, sino porque fue requerido, al menos, en dos ocasiones, por la autoridad administrativa para que eliminara el depósito e hizo caso omiso, obligando a la administración a la limpieza del lugar por sus propios medios.

Tal conducta objetiva, clara, reiterada y contumaz merece reproche penal, a juicio de este Tribunal, al haberse generado un riesgo potencial para las personas, para la calidad del aire, para la fauna, para la flora, con notable desprecio por la salud y preservación del medio ambiente."

3.10.- Ello implica que la petición del recurrente -no articulada en la instancia ni en la apelación, lo que sería suficiente para su rechazo, vid. reciente STS 73/2022, de 27-1, sobre planteamiento de cuestiones nuevas en casación, tras la reforma Ley 41/2015- de aplicación del tipo imprudente del art. 331 CP, cuestionando su actuación dolosa.

Esta Sala ha rechazado la calificación imprudente cuando se está en presencia de una persona concedora de los residuos almacenados -en este caso neumáticos- de la necesidad de autorización administrativa, y de la gran cantidad acumulada. En estas situaciones, si bien no es deducible una intencionalidad de perjudicar el medio ambiente, o de crear un riesgo para la salud, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el acusado era consciente de esas eventualidades y pese a ello continuó con su actividad conociendo el peligro generado por su acción, pese a los reiterados requerimientos por parte de la Consejería de Medio Ambiente, advirtiéndole, precisamente, del peligro que estaba generando.



3.11.- Y en lo que respecta al art. 327 b) CP, dicho precepto no fue aplicado en la sentencia de instancia, siendo desestimado el recurso del Ministerio Fiscal solicitando su aplicación en la sentencia de apelación que ahora se recurre por el acusado. Consecuentemente carece de contenido la referencia a dicho precepto en casación por el recurrente.

No obstante, a la vista de los argumentos aducidos en la instancia y en la apelación para la no aplicación de referido precepto, esta Sala, cumpliendo su función nomofiláctica, en reciente STS 320/2022, de 30-3, en la que se discutía la misma cuestión, se pronunció a favor de la tesis del Ministerio Fiscal, razonando que:

"5. El segundo motivo introduce una cuestión particularmente compleja que gira sobre los límites interpretativos a los que debe someterse un tribunal a la hora de aplicar una norma penal. La siempre delicada línea que separa la interpretación normativa de la integración extensiva o analógica. Y, con ella, los presupuestos de la potestad de castigar. Para el recurrente, el tipo del artículo 327 CP precisa con detalle que los hechos a los que cabe aplicar las agravaciones "son los descritos en el artículo anterior", esto es el artículo 326 bis CP, por lo que no cabe su transferencia a los supuestos del artículo 325 CP. Al hacerlo, se afirma, se compromete el principio de legalidad penal fundado en la estricta taxatividad.

6. No cabe la menor duda que la cláusula de agravación del artículo 327 CP contiene una fórmula de remisión con elementos de incongruencia. La misma arranca precisando su ámbito de aplicación con relación "a los hechos a los que se refieren los tres artículos anteriores" - artículos 325, 326 y 326 bis, todos ellos, CP- para, casi, sin solución de continuidad, indicar en el siguiente inciso que se restringe "a los hechos descritos en el artículo anterior" - artículo 326 bis CP.

La evidente incongruencia se explica porque se superpuso la nueva regulación extensiva, consecuente también a la reordenación de numerales en el capítulo y al fraccionamiento en distintos tipos de las distintas acciones típicas contenidas en el artículo 325 CP, a la redacción originaria del artículo 326 CP, actual artículo 327 CP, manteniendo la fórmula "artículo anterior".

7. La cuestión que suscita el motivo cabe formularla en los siguientes términos: ¿Puede un tribunal corregir mediante fórmulas de interpretación óbices literales que dificultan la aplicación de una norma penal en el caso sin incurrir en extensión indebida, infringiendo el mandato de taxatividad del artículo 4 CP?

La respuesta de forma necesaria nos obliga a identificar, con carácter previo, el sentido y alcance de la interpretación judicial de la norma penal en los términos precisados tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por el Tribunal Constitucional.

El primero nos recuerda "que el artículo 7 del Convenio consagra de forma general el principio de legalidad de los **delitos** y de las penas -nullum crimen, nulla poena sine lege- prohibiendo, en particular, la aplicación extensiva de la ley penal en detrimento del acusado mediante la analogía. De lo que se desprende que la ley debe definir claramente las infracciones y las sanciones correspondientes. Condición que se cumple si la persona interesada puede determinar, a partir del texto de la disposición pertinente y, en caso necesario, mediante la interpretación de los tribunales, qué actos y omisiones dan lugar a responsabilidad penal". No obstante, el TEDH reconoce "que, dado el carácter general de las leyes, el texto de las mismas no puede presentar una precisión absoluta. Numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica. Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva. El derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación. De ahí que la función decisional confiada a los órganos jurisdiccionales sirva precisamente para disipar las dudas que podrían subsistir en cuanto a la interpretación de las normas (ibid.). Es más, está firmemente establecido en la tradición jurídica de los Estados parte del Convenio que la jurisprudencia, como fuente de derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal. El artículo 7 no podría interpretarse como una prohibición de la aclaración gradual de las normas de la responsabilidad penal por la interpretación judicial de un caso a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del **delito** y razonablemente previsible" -vid. SSTEDH, caso Achour c. Francia, de 29 de marzo de 2006 (nº demanda 67.335/01) y Del Río c. España, de 21 de octubre de 2013 (nº de demanda 42.750/09)-.

Por su parte, el Tribunal Constitucional destaca que los límites a la interpretación judicial de la norma penal que se decantan del artículo 25 CE, imponen "que no sea ajena al significado posible de la norma aplicada, ni se haga con una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante o se efectúe con una base valorativa que conduzca a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma" -vid. SSTC 57/2010, 120/2005, 258/2007, 91/2009-. Asimismo, nos advierte "que el derecho a la legalidad penal supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan **delito** o falta según la legislación vigente



en el momento de la comisión del hecho, quebrándose este derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado" -vid. SSTC 137/1997, 129/2008-.

Para evaluar la razonabilidad de la subsunción, el Tribunal utiliza como primer y principal ítem "el del respeto al tenor literal de la norma y la consiguiente prohibición de la analogía in malam partem". Que debe complementarse con el recurso "a un doble parámetro: metodológico, de una parte, enjuiciando si la exégesis de la norma y subsunción en ella de las conductas contempladas no incurre en quiebras lógicas y resultan acordes con modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica; y axiológico, de otra, verificando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional" -vid. SSTC 59/2010, 129/2008-.

Los condicionantes sustanciales y metodológicos de la interpretación judicial de la norma penal, de conformidad tanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal Constitucional, exigen, a modo de rápido resumen: primero, la evitación de toda analogía creadora de la norma; segundo, la coherencia del resultado interpretativo con el núcleo de la prohibición; tercero, su razonable previsibilidad; cuarto, el respeto a pautas valorativas conformes con los principios constitucionales; quinto, la utilización de un modelo de argumentación compartido, no extravagante.

8. Pues bien, partiendo de lo anterior, consideramos que es posible, mediante un método interpretativo respetuoso con el principio de taxatividad, superar el componente incongruente de la norma que fija el ámbito objetivo de la agravación contenida en el artículo 327 CP.

En efecto, no parece dudoso que la vinculación entre las conductas del artículo 325 CP y las cláusulas de mayor merecimiento de pena previstas en el artículo 327 CP es producto de una expresa decisión político-criminal no solo del legislador histórico sino del legislador actual pues el precepto arranca precisando su ámbito aplicativo "a los hechos a los que se refieren los tres artículos anteriores", sin que dispongamos de ningún dato que nos permita dudar de la vigencia de esa fuerte conexión.

El mantenimiento, a modo de inciso, de la fórmula originaria "hechos descritos en el artículo anterior", en clara contradicción literal con el propio tenor de la norma reformada en 2015, no permite identificar una ruptura consciente del sentido final y contextual de la propia regulación. Presumir que el legislador ha querido regular una cosa y la contraria convertiría a la norma en absolutamente inaplicable por irracional. Lo que colisionaría con un principio general de la interpretación normativa que obliga a los jueces a no presumir la irracionalidad del legislador democrático, como garantía del mandato de sumisión. Lo que permite, precisamente, la corrección interpretativa del simple, manifiesto e irreductible error si ello no implica atribuir a la ley un sentido diferente al que el legislador quiso darle.

9. Por tanto, mantener la conexión aplicativa entre los artículos 327 y 325, ambos, CP, no supone extender el ámbito de aplicación del segundo más allá de lo que el legislador racional dispuso y debe presumirse, en base a buenas razones, que sigue disponiendo. No se extiende, por tanto, el efecto agravatorio a un supuesto no previsto. No se crea otro espacio de prohibición praeter legem. Romper la conexión solo sería posible si el propio legislador hubiera adoptado una nueva decisión valorativa lo que parece evidente que no ha hecho.

La voluntad no modificada del legislador debe seguir ocupando, por tanto, un papel decisivo en la interpretación lógica y teleológica de la norma penal pues ello coadyuva también a preservar los valores constitucionales de la seguridad y de la previsibilidad social de los espacios de prohibición y, con ellos, a garantizar el derecho a la libertad de los ciudadanos.

10. Mantener la conexión entre las conductas del artículo 325 CP y las circunstancias de agravación del artículo 327 CP respeta, además, el núcleo y el sentido de la prohibición. Y no parece que pueda ser calificada de consecuencia imprevisible atendidas, precisamente, las intervenciones sucesivas del legislador.

Por tanto, si no hay riesgo de analogía creadora in malam parte, la cuestión se traslada al ámbito de la interpretación correcta de la norma. Que será siempre compatible con fórmulas que amplíen o restrinjan el sentido literal inmediato de la norma cuando se busque, precisamente, su sentido razonable.

Lo que en el caso se traduce en interpretar que el inciso "hechos descritos en el artículo anterior", por responder a un simple error de composición, no afecta al ámbito aplicativo de la nueva norma que se precisa en el arranque del tipo y que se refiere a los "a los tres artículos anteriores".

11. El "efecto alusión" derivado del tenor literal de la norma contenida en el artículo 327 CP, tomando en cuenta los fines de protección y el contexto de la sucesión normativa, permite, insistimos, preservar la conexión valorativa y aplicativa entre los artículos 327 y 325, ambos, CP sin infringir el principio de taxatividad."

CUARTO.- Desestimándose el recurso, procede condenar en costas al recurrente (art. 901 LECrim).



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Hipolito** , contra la sentencia nº 296/2020, de fecha 21 de octubre de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Rollo de Apelación nº 279/2020.

2º) Imponer las costas al recurrente.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde Susana Polo García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ