

# CONCLUSIONES

CARLOS GRANADOS PÉREZ

## CONCLUSIONES DE TODAS LAS PONENCIAS

**Ponencia: Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los delitos contra el medio ambiente. Ponente D. Carlos Granados Pérez: Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo**

### Conclusiones:

1ª. En el tipo subjetivo: El dolo está presente cuando el acusado tiene conocimiento que con su conducta, además de contravenir las leyes u otras disposiciones de carácter general, crea una situación de grave peligro para los recursos naturales y el medio ambiente (STS 1577/2003, de 24 de noviembre).

2ª. Criterio para diferenciar el ilícito administrativo y el ilícito penal: El artículo 325 CP revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal. (STS 152/2012, de 2 de marzo).

3ª. Se considera que el que el riesgo es grave cuando concurre alguna de las siguientes notas:

- La intensidad del acto contaminante
- La probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo.
- La prolongación y reiteración de la conducta.
- La dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas (STS 916/2008, de 30 de diciembre).

4ª. Delito de peligro hipotético o potencial

Cuando la conducta desarrollada ha resultado adecuada e idónea para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales. (STS 152/2012, de 2 de marzo).

5ª. No es un delito de propia mano

El autor puede valerse de otros existiendo la autoría mediata (STS 327/2007, de 27 de abril).

6ª. Agravante de clandestinidad

Por clandestino habrá que entender no ya el funcionamiento oculto para la administración sino el funcionamiento sin la autorización o aprobación administrativa de las instalaciones de la industria o actividad (STS 916/2008, de 30 de diciembre).

7ª. Generalmente no existirá continuidad delictiva

Resulta patente que un único vertido puede dar lugar al delito ecológico, pero lo normal es que sea una pluralidad de vertidos lo que determina la subsunción, pluralidad que se agrupa en un único delito (STS 1252/2004, de 2 de noviembre).

### 8ª. La toma de muestras y el principio de contradicción

El principio de contradicción se hace patente, no tanto en el momento de la recogida de muestras sino en la elaboración del informe y, por supuesto, en el acto del juicio oral (STS 486/2007, de 30 de mayo)

**Ponencia: La posición de la Administración en relación al medio ambiente. La prevaricación administrativa. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta, Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo.**

#### **Conclusiones:**

1ª.- La normativización del medio ambiente coloca a la administración y a los funcionarios competentes en la materia en una situación de especial importancia y protagonismo como órganos de protección del medio ambiente. La administración actúa, regula e inspecciona gran parte de las actividades potencialmente agresoras al medio ambiente.

Este complejo normativo, mediante autorizaciones y controles que emanan de las distintas administraciones, estatal, autonómica y local, coloca a los funcionarios competentes en una posición de garante del medio ambiente frente a acciones potencialmente agresoras.

2ª. El delito contra el medio ambiente presenta una estructura compleja. Es un delito de peligro que requiere: a) una conducta transgresora de disposiciones generales sobre protección del medio ambiente; b) que realice o provoque un vertido, radiación... contaminante; y c) que cause potencialmente un peligro grave al equilibrio de sistemas naturales.

Aun siendo un delito de peligro, que no requiere la producción de un resultado, debe producirse entre a) y b) una relación causal, que será examinada a través de la imputación objetiva; y entre b) y c) ha de realizarse una valoración normativa, exigiendo la comprobación de un vertido, que sea causal a la trasgresión de la norma prohibitiva, y una valoración de ese vertido como perjudicial al equilibrio medioambiental

3ª.- La locución "provocar" del artículo 325 del código penal, debe ser interpretada en su acepción de generar, causar o producir, que puede ser integrada desde un comportamiento activo y desde un comportamiento omisivo, por comisión por omisión.

4ª.- Desde lo anteriormente expuesto, el artículo 329 del Código penal, la prevaricación del funcionario en materia medioambiental, se comete cuando el funcionario dicta una resolución injusta sobre un asunto administrativo medioambiental. No requiere la causación de un vertido, radiación etc., que es lo típico del artículo 325 del código penal.

Supone un adelantamiento de la barrera de protección del medio ambiente que trata de reprimir conductas prevaricadoras que ponen en peligro el equilibrio de los sistemas naturales, pero no requiere la efectiva producción de un vertido contaminante

5ª.- En el caso de que el vertido contaminante se produjera y éste tuviera por causa, única o concurrente, la conducta del funcionario, y supuesta la concurrencia de las exigencias de autoría y de la comisión por omisión, en su caso, el funcionario respondería, además, por el 325 del Código penal, como autor o, en su caso, como partícipe.

6ª.- La concurrencia de delitos que se produciría en este caso se rige por las normas del concurso ideal que se forma por el delito del artículo 325 y el del artículo 404 ambos del Código penal. No se entiende procedente el concurso del art. 325 con el art. 329, ambos del Código penal, toda vez que se valoraría dos veces en peligro al medio ambiente.

7ª.- Es necesario, desde la instrucción de las causas penales por delitos ecológicos, indagar las responsabilidades concurrentes, pues en este tipo de delitos es habitual que junto a la conducta de un agente productor del vertido contaminante, concurra una acción o una omisión de un funcionario que no ha actuado o controlado la observancia de la normativa medioambiental.

En el mismo sentido, se insta a una mayor intervención del Ministerio Fiscal para depurar este tipo de conductas cuando el sujeto sea funcionario público que haya incumplido su posición de garante.

**Ponencia: Las consecuencias de los delitos contra el medio ambiente. La realidad alterada. Problemas de ejecución. Ponente Dª. Yolanda Ortiz Mallol, Fiscal Adscrita a la Sección de Medioambiente en Sevilla.**

#### **Conclusiones:**

1ª- La reposición de la realidad física alterada a su estado original -contemplada en los arts 319.3 y 339 Cp- se constituye como una medida de naturaleza civil, integrada en el ámbito del art 110 Cp, a través de la que se pretende lograr la restitución íntegra del bien jurídico dañado. Contempla la misma tanto el daño patrimonial como el daño ecológico puro.

2ª- Se configura en términos de obligación, pudiendo jueces y tribunales ejercer su potestad facultativa, en el entorno del art 319.3 Cp, tan sólo en supuestos excepcionales de modificación efectiva de los instrumentos de planeamiento o de mínimas extralimitaciones respecto de la autorización administrativa.

3ª- En los supuestos de daños irreversibles o parcialmente reversibles, en que no sea posible la restitución plena del entorno dañado, oportuno será la adopción de medidas de reparación complementaria y de compensación, tal como se contemplan en la Ley de Responsabilidad Ambiental. La restitución de la legalidad en el seno del procedimiento penal no debe ser de menor entidad que en la esfera contencioso-administrativa.

4ª- No son principios susceptibles de invocación para eludir la reposición de la legalidad:

- principio de intervención mínima del Derecho Penal: el hecho de que un paraje se encuentre en gran medida consolidado no es razón para eludir la restauración de la legalidad por el juez penal; máxime tratándose de zonas en las que la inactividad

administrativa ha permitido tal desarrollo. Devolver la competencia al órgano administrativo constituiría una auténtica dejación de funciones.

- principio non bis in ídem: careciendo de naturaleza penal es compatible la reposición de la legalidad acordada en la instancia administrativa con el desarrollo del procedimiento penal. El órgano administrativo no debe paralizar su ejecución.

- principio de proporcionalidad: siendo la única vía para garantizar la reversión del bien jurídico a su estado anterior, será siempre proporcionada.

En los delitos contra la ordenación del territorio el principio de menor demolición no será susceptible de invocación en el caso de construcciones ajenas al uso del suelo.

El comiso previsto en el art 319.3 Cp no debe ser configurado como una medida subsidiaria a la demolición. Será de aplicación en todo caso, por lo que no procederá dar cabida al principio de proporcionalidad, para evitar la demolición, bajo la falsa apariencia de varias opciones que gozan de naturaleza muy distinta entre sí.

- principio de igualdad: no existe el derecho de igualdad en la ilegalidad.

- ius variandi de la norma administrativa: únicamente en supuestos de cambio efectivo o inminente del planeamiento podrá eludirse la demolición. Las futuras e inciertas modificaciones -estudios tan iniciales como avances y aprobaciones iniciales de planes de ordenación- carecen de entidad para evitar la demolición. En Andalucía, el Decreto 2/2012 no ha supuesto, en el campo del derecho penal, alteración de esta situación por cuanto las facultades de recalificación no dependerán en exclusiva de las autoridades municipales.

6- El aplazamiento de la ejecución de la restauración en espera de futuras modificaciones del planeamiento supone una revisión tácita de la condena y una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales.

7- La reducción de la pena con motivo de la reparación del daño prevista en el art 340 Cp permite, dada su condición de atenuante especial y conforme al ex art 66Cp, su aplicación con carácter cualificado. En el caso de los daños total o parcialmente irreversibles, la adopción de medidas complementarias y de compensación en la restauración del bien jurídico harán factible en mayor medida la cualificación de la rebaja.

8- la configuración de la restauración de la legalidad como medida civil impide la concesión de beneficios penales en tanto no se haga efectiva.

En el caso del beneficio de suspensión de la pena, el art 81 Cp impide la concesión del mismo a menos que se declare la insolvencia. Procederá, en todo caso, el embargo del terreno sobre el que descansa la construcción ilegal previamente a la declaración de insolvencia.

En cuanto a la sustitución de la pena, la ausencia de esfuerzo alguno por reparar el daño causado -materializada esta ausencia en la no restitución- debiera impedir la concesión del beneficio del art 88 Cp.

9- No procederá en ningún caso la suspensión de la restitución de la legalidad en espera de la resolución del indulto, ya que no constituye una pena. Ello de conformidad con los art 4.4Cp y el art 6 de la Ley de 18 de junio 1870.

10- Deberán adoptarse en la medida de lo posible todas aquellas medidas cautelares que impidan que se siga deteriorando el bien jurídico.

En el caso de los delitos contra la ordenación del territorio, procederá, no sólo la paralización de la actividad constructiva, sino el precinto de la edificación y el cese de los suministros a fin de evitar la consolidación de un uso ajeno al tipo de suelo.

La constitución de fianza se hace necesaria para garantizar en la fase de ejecución la efectiva demolición.

11- la existencia de terceros no impide que se lleve a cabo la restauración de la legalidad, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan y sin perjuicio de que deban ser llamados al proceso, ya lo sean en calidad de responsables civiles, ya en calidad de perjudicados.

12- En los delitos de prevaricación urbanística por la concesión de licencia contraria a la ordenación urbanística, la sentencia penal declarará la nulidad de la licencia. Igualmente, oportuno será sopesar la posibilidad de que -respetando plazos- se acuerde en la propia sentencia la demolición de lo construido siempre y cuando hayan sido traídos al proceso los terceros afectados y sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan proceder -casos en que el procedimiento no se dirija asimismo contra el particular.

12- El comiso previsto en el art 319.3 Cp no debe ser configurado como una medida subsidiaria a la demolición. Será de aplicación en todo caso, por lo que no procederá dar cabida al principio de proporcionalidad, para evitar la demolición, bajo la falsa apariencia de varias opciones que gozan de naturaleza muy distinta entre sí.