

39

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

Enero 2017

39

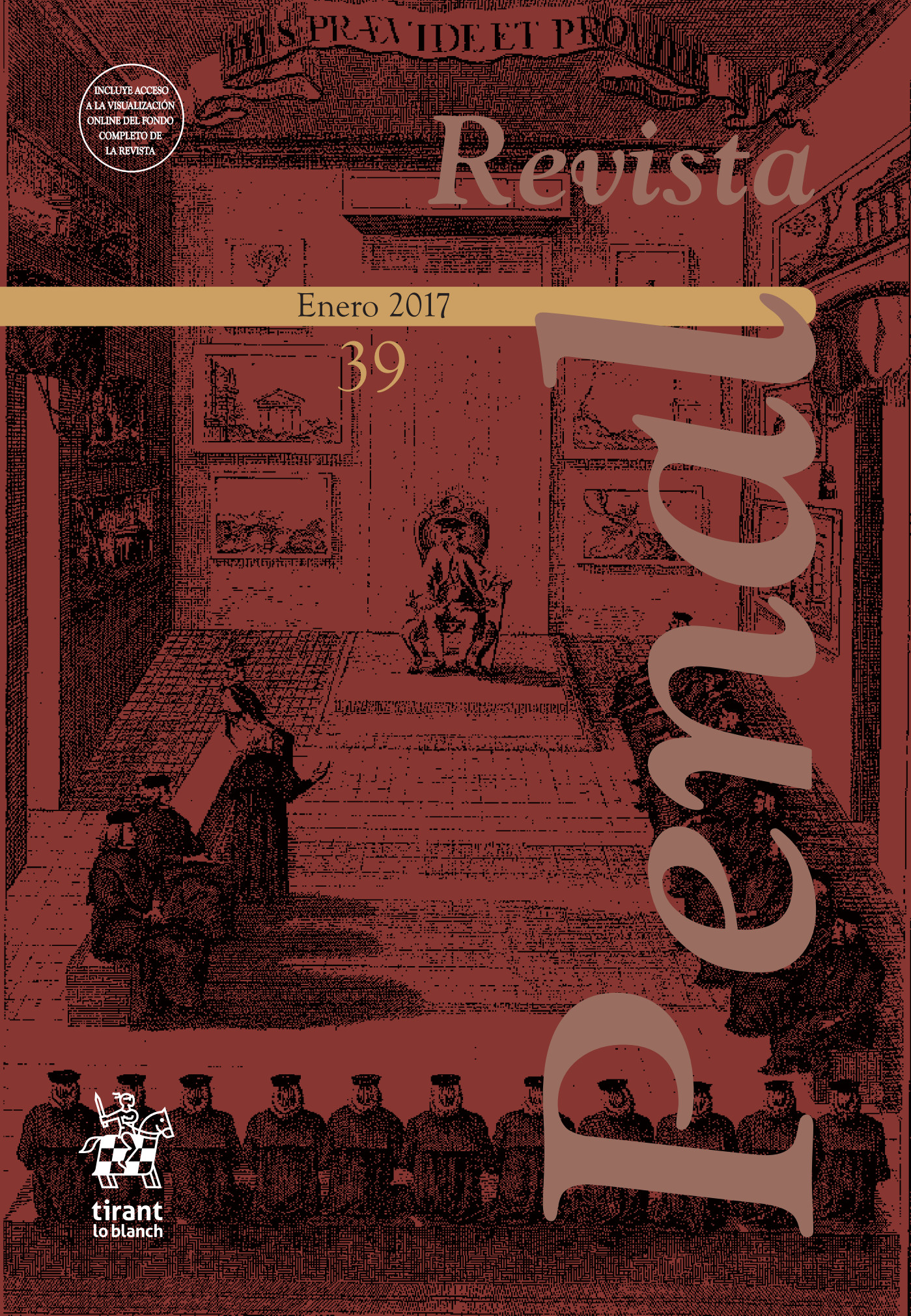
Revista Penal

Enero 2017



Revista

Penal



Revista Penal

Número 39

Sumario

Doctrina:

- Caso *Rwabukombe*: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría y la intención de destruir en el genocidio, por *Kai Ambos* 5
- Política criminal y terrorismo en el Reino de España: ¿tiempos nuevos o *déjà vu*?, por *David Castro Liñares* 16
- Sobre la delimitación entre el delito de blanqueo de capitales del art. 301.1 CP y la participación por título lucrativo del art. 122 CP: una primera aproximación, por *Juana del Carpio Delgado* 31
- Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, por *Javier de Vicente Remesal* 50
- A vueltas con el bien jurídico protegido en el art. 290 CP, por *Paz Francés Lecumberri* 66
- Artículo 76.2 CP: una evolución jurisprudencial aún inacabada, por *Manuel Gallego Díaz* 78
- Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia, por *Mercedes García Arán* 95
- ¿Es posible la comisión imprudente del delito de falsificación de documentos públicos cometido por funcionario? Hacia una clarificación del tipo subjetivo del artículo 250 CP cubano, por *Dayan G. López Rojas* 113
- La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, por *Elena Núñez Castaño* 125
- El derecho de la víctima a ser informada en el sistema penal español, por *Natalia Pérez Rivas* 154
- Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198, por *María del Valle Sierra López* 174
- Los círculos restaurativos como complemento de la justicia, por *Rocío Zafra Espinosa de los Monteros* 200

Sistemas penales comparados: La administración desleal de patrimonio ajeno (Embezzlement) 216

Jurisprudencia: Un nuevo despropósito jurídico en el caso *Prestige*: ahora el Tribunal Supremo (comentario a la STS nº 865/2015, Sala Segunda, de lo penal, de 14 de enero de 2016), por *Carlos Martínez-Buján Pérez* 256

Noticias: VIII Foro Internacional sobre Delincuencia y Derecho Penal en la Era Global (Beijing- octubre 2016), por *Miguel Abel Souto* 284



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jia Jia Yu (China)	Frederico Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Luigi Foffani (Italia)	Pamela Cruz (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Un nuevo despropósito jurídico en el caso *Prestige*: ahora el Tribunal Supremo (Comentario a la STS n° 865/2015, Sala Segunda, de lo penal, de 14 de enero de 2016)*

Carlos Martínez-Buján Pérez
Catedrático de Derecho penal
(Universidad de A Coruña)

Revista Penal, n.º 39 - Enero 2017

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la sentencia dictada por nuestro TS en el caso *Prestige* (STS n° 865/2015, Sala Segunda, de lo penal, de 14 de enero de 2016)², la cual representa un (in-) digno colofón al cúmulo de despropósitos jurídico-penales del ya tristemente célebre caso *Prestige*, unos despropósitos que se iniciaron con una instrucción lamentable, de la mano de una fiscalía que trabajó afanosamente en todo momento como defensora de la actuación de las autoridades españolas del Ministerio de Fomento, y que habían culminado con una disparatada sentencia de la Audiencia de A Coruña³.

La Sentencia del TS que aquí voy a comentar resolvió el recurso de casación 1167/2014, interpuesto por diversas partes personadas en el procedimiento, contra la Sentencia de la Audiencia provincial de A Coruña⁴, en la cual se había absuelto al ex-Director general de la Marina Mercante, José Luis López-Sors, de todos los delitos que se le imputaban. También se había absuelto

al capitán y al jefe de máquinas del buque *Prestige* de los delitos contra el medio ambiente y del delito de daños patrimoniales, porque —en opinión de la Audiencia y resumido ahora del modo más sintético posible— no se acreditó que estos imputados conocieran el estado real del buque en cuanto a los defectos de conservación que causaron su hundimiento y se consideró que las maniobras realizadas después del accidente inicial, en especial las empleadas para corregir la escora y adrizar el buque, fueron correctas. Únicamente se condenó al capitán por un delito de desobediencia, el cual no comportaba la exigencia de responsabilidad civil derivada de delito.

Al resolver el mencionado recurso de casación, el TS corrigió el pronunciamiento de la Audiencia, revocando su fallo, para condenar al capitán del *Prestige* por un delito imprudente contra el medio ambiente (art. 325 CP en relación con el art. 331) en la modalidad agravada de deterioro catastrófico (art. 326-e CP), según la redacción vigente en el momento de realización de los hechos, ya que ninguna de las modificaciones introdu-

* Agradezco a José M^a Ruiz Soroa y a M^a José Rodríguez Docampo, letrados defensores del capitán Mangouras, la disponibilidad que siempre encontré en ellos para enviarme toda la documentación sobre el caso *Prestige* que yo necesitaba para elaborar mis trabajos y columnas periodísticas: en particular, con respecto al presente trabajo, el incidente de nulidad, de 19 de febrero de 2016, presentado ante el TS, y el recurso de amparo, de 20 de mayo de 2016, interpuesto ante el TC.

² La Sala estaba integrada por los magistrados Manuel Marchena Gómez (presidente), Miguel Colmenero Menéndez de Lurca, Francisco Monterde Ferrer, Andrés Palomo Del Arco y Ana María Ferrer García (ponente).

³ Vid. mi comentario a esta sentencia en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas), en *Revista Penal*, n° 34, 2014, pp. 224 ss. (en lo sucesivo se cita por esta publicación), donde pueden hallarse referencias de mis trabajos anteriores y de columnas de prensa sobre las diversas resoluciones judiciales dictadas en el caso *Prestige*, así como sobre las más variopintas vicisitudes habidas durante la fase de instrucción. El trabajo se publicó además en *Revista Foro FICP*, n° 2013-3, pp. 43/75 (<http://www.ficp.es/wp-content/uploads/Foro-FICP-2013-3.pdf>) y en el libro colectivo *Nuevos escenarios de la seguridad marítima en Europa. Reflexiones tras los casos del Erika y el Prestige*, F.J. Sanz Larruga/M. García Pérez (dir.), 2014 pp. 123/166.

⁴ SAP A Coruña, sección 1^a, de 13-11-2013, procedimiento abreviado 0000038/2011, dictada por los magistrados Juan Luis Pía Iglesias (ponente), Salvador Sanz Crego y María Dolores Fernández Galíño.

cidas en los citados preceptos por ulteriores reformas comportaron un marco punitivo que resultase más beneficioso para el acusado. En concreto, se condenó al capitán Mangouras a la pena de dos años de prisión y multa, y se declaró su responsabilidad civil, como responsable directo junto a la aseguradora del barco, así como igualmente la responsabilidad subsidiaria de la propietaria del buque y del FIDAC.

En cambio, el TS absolvió al capitán del delito de desobediencia grave a la autoridad por el que había sido condenado y ratificó su absolución con respecto al delito de daños a espacios naturales protegidos y al delito de daños patrimoniales, de los que también había sido acusado.

Por otra parte, en lo que atañe al ex-Director general de la Marina Mercante, el TS ratificó la absolución de todos los delitos que se le imputaban.

Finalmente, la representación procesal de Mangouras promovió un incidente de nulidad de actuaciones (de acuerdo al art. 241 de la LOPJ) contra la STS 865/2014, de 14 de enero de 2016, un incidente que fue desestimado por el TS en un Auto de 11-4-2016, firmado por los mismos magistrados que componían la Sala en la referida sentencia.

En el momento de redactar estas páginas se halla pendiente de resolución por parte del TC un recurso de amparo interpuesto por la defensa del capitán Mangouras el día 20 de mayo de 2016.

A continuación, en los epígrafes II y III, analizaré la STS de 14 de enero de 2016, examinando por separado las conductas de los sujetos intervinientes en el caso *Prestige*: en primer lugar la condena del capitán Mangouras; en segundo lugar el mantenimiento de la absolución del ex-Director general de la Marina Mercante.

II. LA CONDENA AL CAPITÁN MANGOURAS POR EL DELITO ECOLÓGICO AGRAVADO Y ABSOLUCIÓN POR EL DELITO DE DESOBEDIENCIA

2.1. Hechos probados relativos a la conducta del capitán

En la sentencia de la Audiencia de A Coruña se concluyó que había que absolver al capitán Mangouras del delito de contaminación, sobre la base de una serie de razones que la propia Audiencia condensó en el siguiente pasaje en uno de sus considerandos:

«Si no se ha demostrado que los acusados quisieran hundir el buque, ni que conocieran sus deficiencias estructurales, ni sus causas relacionadas con conservación y/o reparaciones, sino que se limitaron a asumir una navegación arriesgada en términos que no pueden ser tachados de imprudentes, ni desde el punto de vista estrictamente profesional, ni desde el punto de vista de la mera lógica, parece evidente concluir que los tripulantes del Prestige acusados en este juicio deben ser absueltos de este primer delito, porque no actuaron dolosamente y su imprudencia relativa, caso de existir, ni fue eficiente, ni se ha demostrado en muchos aspectos y, sobre todo, en ningún caso fue GRAVE, que es lo que exige el tipo».

Ahora bien, comoquiera que la peculiaridad de la sentencia del TS reside en que esta asume el relato fáctico de la sentencia de instancia en su totalidad, es menester reproducir aquí literalmente todos esos hechos declarados probados por la Audiencia de A Coruña, en lo concerniente a la conducta del capitán Mangouras⁵.

*«Ha sido probado y así se declara que el 13 de Noviembre de 2002 navegaba cerca del cabo Finisterre, por el corredor marítimo denominado Dispositivo de Separación de Tráfico (DST), habilitado en las inmediaciones de la costa de Galicia y bajo jurisdicción española según convenio con la OMI, el buque **PRESTIGE**, propiedad de **LA NAVIERA GRIEGA UNIVERSE MARITIME LTD**, aunque su propietaria, ex datos registrales, fuese la entidad **MARE SHIPPING, INC. LIBERIA**, mientras que figura como armadora del referido buque la ya citada entidad **UNIVERSE MARITIME. ATENAS**, que tenía cierta relación comercial y/o de gestión en España con la entidad Finisterre Agencia marítima S.A., siendo su entidad aseguradora, solo desde el 30/09/2002, **THE LONDON STEAMSHIP OWNERS MUTUAL INSURANCE ASSOCIATION (THE LONDON P&I CLUB)**, representada en España por Pandi Claims Services Spain, desempeñando funciones dudosas en relación con el indicado buque la entidad Crown Resources, probablemente al actuar como intermediaria para comprar las cargas e iniciar su distribución, así como fijar los puertos de destino del buque, constando la existencia de un contrato de gestión de fecha 06/12/2000, entre **MARE SHIPPING INC** y **UNIVERSE MARITIME**, donde se reconoce como fletador a la entidad **CROWN RESOURCES**, que también es fletador según póliza de fletamento formalizada el 24/05/2002.*

Este Buque Prestige era un petrolero que navegaba desde hacía 26 años, tras haber sido construido en Japón, en 1976, en los astilleros «Hitachi Shipbuilding & Engineering Co.», siendo sus características principales: eslora máxima de 243,5 metros, manga 34,4 metros, puntal 18,7

⁵ En el relato fáctico que a continuación recojo en el texto se incluía una serie de notas a pie de página, que aclaraban términos náuticos o los nombres de las entidades que se mencionan con siglas o acrónimos. Aquí prescindiendo de tales notas, puesto que las aclaraciones que se efectúan o bien son bastante obvias o bien pueden encontrarse en un diccionario o bien carecen de relevancia a los efectos del presente comentario jurídico-penal.

metros, calado medio 14,00 metros, peso muerto de diseño 81.589 toneladas métricas y navegaba bajo Bandera de Bahamas, país en el que estaba matriculado con el número de registro 7372141, disponiendo de certificado de la entidad **AMERICAN BOUREAU OF SHIPPING** (en lo sucesivo **ABS**) en el que consta que sus condiciones para navegar eran acordes con las normas exigibles a esta clase de petroleros desde su fecha, bien la de 24/05/2001, que figura inicialmente en el certificado, bien la modificada por la firma de E.L. Beche, Inspector de ABS, que consignó la fecha 16/08/2001, hasta que finalizase la validez de dicho certificado en fecha 31/03/2006, constando además la expedición de un Certificado de gestión de la seguridad en fecha 19 de Julio de 2001 y válido hasta 20/06/2006, según el cual se cumplían los requisitos del Código Internacional de Gestión de la Seguridad Operacional del Buque y la prevención de la Contaminación (en lo sucesivo Código ISM) y constando también que el buque disponía del sistema obligatorio SOLAS de remolque de emergencia a popa, debidamente instalado y aprobado por ABS desde 26/11/1996, y certificado operativo en la última revisión anual del buque de 25/05/2002.

Aun así, **Repsol tenía descalificado al Prestige** desde el año 1997 por tener más de 20 años de antigüedad, defectos documentales en las revisiones y no tener CAP, considerándolo no recomendable para Málaga y Coruña por ser CBT, es decir, de lastre limpio⁸ y **BP tenía descalificado al Prestige** desde el año 2000, dado que fue rechazado por BP SHIPPING Ltd. para el transporte tanto de crudo como de derivados del mismo desde el 4 de abril de 2000 por no cumplir con los estándares de seguridad exigibles por BP.

El referido buque procedía de San Petersburgo de donde partió el 31/10/2002 con un cargamento de fueloil que fue completado en el puerto de Ventspils, en Letonia, último puerto de carga, (a los folios 13617 y ss. consta la adquisición del Fuel del Prestige; al folio 13813 certificado de origen del Fuel del Prestige), siendo su calado de 14,05 metros, es decir, sobrecaló 0,30 metros, lo que significaría llevar unas 2.150 toneladas más de peso, con una carga a bordo de **76.972 toneladas métricas de fueloil pesado** con una Densidad específica (15/15° C) 0'925-0'965, Viscosidad cinemática (cS, 37, 78° C) 49-862 Punto de inflamación más de 90° C. Los tanques destinados a la carga estaban prácticamente llenos salvo el tanque 1 Centro (C) que lo estaba parcialmente. Mantenía los tanques 2 A y 3, Babor y Estribor, tanques de lastre limpios (CBL), vacíos.

El fuel cargado por el Prestige en San Petersburgo era de origen ruso y 21.900 toneladas del mismo fueron vendidas por la empresa Morton Enterprises Limited a Crown Resources AG, procediendo gran parte del Fuel de un llamado programa fluvial en varios envíos entregados en barcazas. El resto fue cargado en Klaipeda por varios proveedores, pero el origen del fuel era también ruso.

El buque había sido dedicado a abastecer de combustible/fueloil a barcos en alta mar o en otros lugares para lo cual los navíos a los que suministraba se abarloban al petrolero.

Su destino inmediato era Gibraltar, donde el capitán debía recibir órdenes e instrucciones mientras que el más probable puerto al que se dirigía era el de Singapur u otro asiático.

Mandaba el Prestige, el **CAPITÁN APÓSTOLOS IOANNIS MANGOURAS**, de 67 años de edad, sometido a medicación por haber sido intervenido de corazón; el Primer oficial era Ireneo Maloto, de 38 años de edad y el Jefe de máquinas era **NIKOLAOS ARGYROPOULOS**, de 63 años de edad. Todos ellos carecían de antecedentes penales. La tripulación estaba compuesta por 24 marineros de nacionalidad filipina en su práctica totalidad jóvenes e inexpertos.

Sobre las 14,10 horas UTC del referido día 13 de Noviembre de 2002 la tripulación del buque oyó un fuerte ruido, parecido a una explosión y seguido de una pronta y pronunciada escora, de 25 a treinta grados a estribor; cuando se hallaba a 27,5 millas al Oeste de Finisterre, dentro del corredor marítimo denominado Dispositivo de Separación de Tráfico (DST), parándose las máquinas de forma automática al quedar parte de ellas sin lubricación, lo que suponía un riesgo de destrucción o avería muy grave.

Esa escora se debió a un fallo estructural en el costado de estribor que produjo una abertura de muy importantes dimensiones en el casco por donde se vertió gran parte de la carga al mar y se desplazó toda ella hacia el referido costado lo que puso el buque en riesgo de volcar. La avería se produjo en una zona crítica, en la cuaderna 71, a unos 14,75 metros a proa de la sección media del buque, entre los tanques de lastre 2 AS y 3 S.

El fallo estructural fue debido a un mantenimiento y conservación deficientes pero inadvertidos por y ocultos para quienes navegaban en el buque, capitaneándolo o desempeñando cualquier otra responsabilidad, deficiencias que contribuyeron a debilitar concretas estructuras del buque, de modo que no resistieron los embates del oleaje y los esfuerzos a que le sometió el alterado mar; porque el día en que se produjo la escora descrita fue de condiciones meteorológicas de las que se denominan adversas, esto es, ese día hubo una depresión centrada en las Islas Británicas, con un centro secundario en las proximidades de Finisterre, que produjo temporal en la zona; las peores condiciones debieron ocurrir entre las 06z y las 12z. y se han descrito como OOOOz: SW - 6, fuerte marejada a mar gruesa. Mar de fondo del NW de 5 m. 0600z: SW - 8 (temporal), mar gruesa. Mar de fondo del NW de 5 m. 1200z: A esta hora había un frente próximo al meridiano 10°W. Al paso del frente el viento debió ser muy fuerte y racheado. Al oeste del meridiano 10°W: NW - 9 a 11 (temporal muy duro). Al este del meridiano 10°W: SW - 8 a 10 (temporal duro). **EN TODA LA ZONA MAR MUY GRUESA A ARBOLADA.** Mar de fondo del W de unos 5 m.

Para corregir la escora y adrizar el buque, decidió el capitán introducir agua del mar; abriendo manualmente las válvulas para que funcionase una bomba que hizo entrar el agua en los tanques de lastre, lo cual se realizó pese a co-

nocer que la fatiga de los materiales sería extraordinaria y cuando aún estaba la tripulación a bordo, consiguiendo que el buque se adrizase en horas, aunque esa operación de corregir la escora empeoró notablemente la situación estructural del buque».

El relato de los restantes hechos probados puede verse en mi trabajo destinado a analizar la sentencia de la audiencia de A Coruña⁶. Estos hechos van referidos principalmente a la conducta de las autoridades españolas del Ministerio de Fomento, si bien hay algún aspecto que afecta también a la conducta del capitán, como fue la actitud de este ante las órdenes dictadas por dichas autoridades.

Por su interés para el presente comentario, reproduzco aquí únicamente el siguiente pasaje:

«La primera y reiterada decisión de las autoridades españolas fue la de alejar el buque averiado de la costa española y a tal efecto se impartieron órdenes de acuerdo con un parecer general que nadie ha discutido.

Ya desde al menos las 17,17 horas del 13/11/2002 en que se transmite al Prestige desde el CZCS la orden de que el buque sea remolcado para alejarlo de la costa se sucedieron las reticencias y la negativa del capitán a dar remolque, excusándose en que necesitaba órdenes del armador para eso, de modo que hasta unas dos horas y media más tarde no se aceptó dar remolque, lo cual fue muy dificultoso porque el remolque de emergencia en popa no pudo utilizarse y a proa, las condiciones alteradas del mar y la dificultad propia de la maniobra hacía que no se lograra el remolque, rompiéndose en los intentos varias estachas y/o cabos de amarre, siguiendo el Prestige a la deriva, de modo que se solicitó que accediesen al buque tripulantes de los remolcadores para auxiliar a las personas que trataban de dar remolque, entre ellos dos personas de edad proveya, el capitán y el jefe de máquinas».

2.2. *La cuestión del cauce casacional elegido por el TS: la errónea aplicación del art. 325-1 en relación con el art. 331, por considerar que la calificación de la conducta como imprudencia grave es una cuestión meramente jurídica*

El TS aborda en los Fundamentos de Derecho (en adelante FD) 1 al 15 la cuestión del estrecho cauce casacional elegido (ex art. 849.1º LECrim), que, ante la imposibilidad de modificar los aspectos fácticos, habilita la revisión de sentencias absolutorias en la instancia con el fin de revocar una absolució n o agravar un pronunciamiento condenatorio.

Aclara el TS que dicha revisión solo cabe cuando se efectúa desde una perspectiva jurídica, en los casos en que no se modifica, por tanto, la valoración de sus presupuestos de hecho, o también en los casos en que la irracionalidad en la valoración adquiera entidad para vulnerar la tutela judicial efectiva de quien reivindica la condena.

Prosigue el TS explicando que en el caso *Prestige* la Audiencia apreció una cierta imprudencia en el comportamiento del acusado, basada solo en algunos de los aspectos ahora tomados en consideración por el TS, y no le reconoció la gravedad que exige el art. 331 CP. Por consiguiente, entiende el TS que fue una valoración jurídica, como tal susceptible de ser revisada en casación, y que lo fue, en concreto, en cuanto a la intensidad de la imprudencia, y en relación a los factores tomados en consideración para conformarla, a partir un escrupuloso respeto a los elementos de hecho.

Sin embargo, frente a lo que expone el TS en su sentencia, entiendo que, tal y como se razonaba extensamente en el incidente de nulidad y en el recurso de amparo, promovidos por la defensa del capitán Mangouras⁷, el TS vulneró el derecho fundamental del art. 24.2º CE a un proceso con todas las garantías, lo que incluye el derecho de defensa (ser oído antes de ser condenado) y el derecho a la contradicción e inmediatez en la valoración de las pruebas, todo ello en relación con el art. 6.1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal como ha sido interpretado y aplicado por reiterada doctrina del TEDH. En efecto, al tratarse de una condena en segunda instancia, en contra de una previa sentencia absolutoria, y al haberse reevaluado en esa condena los hechos componentes del elemento subjetivo del delito, el derecho de defensa del acusado exigía el ser escuchado en audiencia personalmente, algo que no hizo el TS. Y, además, el derecho a la contradicción e inmediatez prohibían al Tribunal que le condenó valorar directamente las pruebas personales y periciales que se habían practicado en otra instancia distinta de la suya.

Veamos, detenidamente, las razones de dicha vulneración del derecho fundamental.

Según indiqué, el TS rechazó en el presente caso todos los recursos que pretendían efectuar una revisión de los hechos por la vía del art. 849-2º LECr (FD 10 a 14), y por tanto mantuvo expresamente inmodificados

6 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, R.P., 2014, cit., pp. 224-226.

7 Lo que se expone a continuación en el presente epígrafe es un resumen del texto contenido en el incidente de nulidad, de 19 de febrero de 2016, y en el recurso de amparo, de 20 de mayo de 2016, firmados por el letrado defensor del capitán Mangouras, José Mª Ruiz Soroa. Ni que decir tiene que comparto plenamente todo cuanto en dichos escritos se contiene.

los hechos probados de la sentencia absolutoria, y se limitó, de acuerdo con el art. 849-1º LECrim, a examinar si había existido alguna infracción o interpretación incorrecta del Derecho aplicado por ella (FD 15 y siguientes).

Ahora bien, a pesar de haberse autolimitado a una revisión ceñida estrictamente al Derecho aplicable, lo cierto es que el TS, a fin de llegar al fallo condenatorio dictado en contra de la previa absolución, revisó, revaluó y volvió a ponderar en el caso concreto analizado elementos subjetivos, es decir, revisó y reevaluó la particular conducta del capitán Mangouras para determinar si, de hecho, fue imprudente y, además, si lo fue de manera grave (FD 26 a 34). En efecto, la discrepancia del TS con el Tribunal de instancia no se refiere a una cuestión de mera interpretación jurídica del texto de la norma penal o de los conceptos jurídicos que esta utiliza (tales como el concepto normativo de «imprudencia» o el concepto legal de «imprudencia grave» exigidos por el tipo del delito del art. 331 CP), sino que se refiere precisamente a la valoración y evaluación de la conducta efectiva y particular del acusado Mangouras en el caso sometido a juicio.

Es más, en su reevaluación y análisis el TS se ocupó también de la relación de causalidad existente entre las alegadas imprudencias cometidas por el acusado y el resultado contaminante que se ocasionó por el vertido del buque, relación causal que la Sentencia de instancia declaró que no existía de hecho, mientras que el TS concluyó que sí existió.

Y, por si lo anterior no bastare, en el marco de esta labor de revaloración y reevaluación de los hechos componentes del elemento subjetivo del delito y las relaciones causales, el TS revisó y modificó las inferencias de hecho a que había llegado el Tribunal de instancia, e incluso añadió nuevos hechos y nuevas inferencias de

hechos que no aparecían en los hechos probados de la Sentencia de instancia, a pesar de que toda la prueba personal y pericial sobre ellos se practicó ante el Tribunal de instancia (y no ante el TS) en una prolongadísima vista en la que comparecieron decenas de testigos y peritos.

Ciertamente, el TS afirma que la revisión y reevaluación que llevó a cabo fue una cuestión puramente jurídica y que por eso le habría estado permitido realizarla sin escuchar al acusado, a pesar de tratarse de un recurso contra una sentencia de instancia de carácter absolutorio. Sin embargo, la constante jurisprudencia del TEDH, dictada en su mayor parte precisamente en contra de España, tiene bien claramente establecido que la revisión y reevaluación de las circunstancias subjetivas de la conducta del acusado (como pueden ser su intención, su conciencia, su conocimiento o su previsión de determinados hechos) no son cuestiones de interpretación jurídica, sino que poseen una naturaleza acusadamente fáctica, por lo que requieren ineludiblemente escuchar la versión del acusado sobre esas circunstancias⁸.

Dicho de forma resumida, de estas resoluciones del TEDH se desprende que, por mucho que formalmente se declare el respeto a los hechos probados de la sentencia de instancia, si el Tribunal de apelación o casación revalora o reinterpreta las pruebas sobre el elemento subjetivo de un delito (a saber, el conocimiento, la conciencia, la intención, la previsión, etc. del acusado)⁹, y si, en virtud de esa reevaluación o reinterpretación, llega a conclusiones o inferencias sobre la culpabilidad del acusado diversas de aquellas que infirió o dedujo el tribunal de instancia para absolverlo, debe necesariamente oír al acusado en el trámite de recurso.

Y no es solo el TEDH, sino que también en España el TC¹⁰ y el propio TS en otras sentencias¹¹ se han

8 Mencionando sólo las dictadas contra España (que, eso sí, son la mayoría) estas Sentencias son: «Bazo González», 16/12/2.008. «Igual Coll», 10/03/2.008. «Marcos Barrios», 21/09/2.010. «García Hernández», 16/11/2010. «Almenara Álvarez», 25.10.2.011. «Lacadena Calero», 22/11/2.011. «Valbuena Redondo», 13/12/2.011. «Vilanova Golterris», 27/11/2.012. «Naranjo Acevedo», 22/10/2.013. «Serrano Contreras», 20/03/2.012. «Nieto Macero», 8/10/2.013. «Román Zurdo», 8/10/2.013. «Sainz Casla», 12/11/2.013.

A estas decisiones «españolas» del TEDH cabe añadir otras como: «Ekbatani c. Suecia (1998)», «Constantinescu c. Rumania (2000)», «Sándor Lajos Kiss c. Hungría (2005)» y «Hanu c. Rumania (2013)».

9 En otras palabras: no se trata de juicios de valor o apreciaciones jurídicas, sino que son «hechos subjetivos», susceptibles del predicado «verdadero» o «falso» y, en todo caso, el tribunal de segunda instancia no puede pronunciarse sobre la existencia de ese elemento subjetivo que el tribunal *a quo* había negado en su existencia o alcance, sin escuchar en el trámite del recurso los argumentos y razones del acusado.

10 Vid. SsTC 126/12 de 18 de Junio y 157/2013 de 23 de Septiembre, de las que se infiere que el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse de este el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo —u otro elemento subjetivo del tipo— no precisará de la garantía de inmediación si

pronunciado en este sentido, siendo particularmente reveladora la reciente STS 731/2015 de 19 de noviembre de 2015, habida cuenta de que en ella se afirma exactamente lo contrario de lo que se sostiene en el caso *Prestige*, en cuanto a la posibilidad de reevaluar la intensidad de la imprudencia en un recurso de casación contra una previa sentencia absolutoria¹².

Llegados a este punto, procede demostrar entonces de qué modo el TS no se limitó a realizar una revisión de algún aspecto puramente jurídico del delito imprudente contra el medio ambiente de los arts. 325 y 331 CP, sino que realizó una patente reevaluación y reinterpretación de las circunstancias fácticas del elemento subjetivo del delito en los FD 28 a 34 de su Sentencia.

Con relación a la *primera vertiente*, es obvio que el TS no llevó a cabo *revisión jurídica* alguna de los elementos del delito de contaminación (arts. 325 y 331 CP), sino que coincidió plenamente con los requisitos exigidos por la sentencia de instancia.

De lo que expuse en páginas anteriores se deduce con claridad que la discrepancia entre la Sentencia del TS y la de la Audiencia consistió únicamente en establecer si la conducta del acusado debía ser calificada, o no, como un caso de «imprudencia grave» y «causante» de un vertido de consecuencias nocivas para el medio ambiente, tal como exigen los arts. 325-1 y 331 CP¹³.

Pues bien, a la vista de lo expuesto cabe preguntarse en fin: ¿estamos aquí ante una discrepancia puramente jurídica sobre el concepto y alcance del término «imprudencia grave» del art. 331 CP?

La respuesta ha de ser forzosamente negativa. La sentencia de instancia y la sentencia del TS utilizan los mismos conceptos jurídicos sobre el delito de contaminación cometido por imprudencia y sobre lo que se entiende por «imprudencia grave» en el delito castigado por el art. 331 en relación con el art. 325 CP¹⁴.

Con relación a la *segunda de las vertientes* más arriba enunciadas, también es obvio que la sentencia del TS *reevaluó y reinterpretó* los aspectos fácticos del elemento subjetivo del delito, de tal manera que allí donde la sentencia de instancia entendió que unos hechos permitían absolver al acusado, el TS entendió que servían para condenarlo. Por tanto, tomando prestado el concepto de «subsunción» utilizado por el TS (concepto que el TEDH nunca ha empleado), habría que concluir que las discrepancias entre las dos sentencias (la de instancia absolutoria y la de casación condenatoria) no están en el juicio jurídico de subsunción (el Derecho aplicado), sino en la determinación de aquellos hechos concretos que sirven para el posterior juicio de subsunción.

tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado.

11 Vid., por todas, la STS 676/2014 de 15/10/2014: «Las intenciones, el conocimiento de una circunstancia o realidad, los elementos internos, las creencias ... son hechos, aunque hayan de fijarse normalmente (salvo confesión) por prueba indiciaria o indirecta. A eso llamamos inferencias: a la deducción de intenciones a través de prueba indirecta o indiciaria. Pertenecen a la *quaestio facti* ... Los elementos internos están dentro de la cuestión fáctica. El Acuerdo de esta Sala de 19/12/2012 es aplicable también a esta materia de la «intencionalidad» o de la convicción o conocimiento equivocado con el que pueda actuar una persona. Esa creencia es en sí un elemento fáctico. Su valoración queda fuera de la capacidad de revisión del Tribunal Superior ... Sólo oyendo directamente al acusado explicar por qué creía eso, y contrastando la prueba testimonial que abona ese alegato, un tribunal está en condiciones según el TEDH de descalificar esas apreciaciones y dictar un pronunciamiento de culpabilidad».

12 En efecto, en un caso en que el acusado había sido absuelto por la Audiencia Provincial del delito de falsedad en documento público cometido por imprudencia grave, dice el Tribunal Supremo 731/2015:

«Cuarto: En el caso actual es claro que nos encontramos ante la necesidad de reevaluar la prueba. En efecto, asiste la razón al Ministerio Público en su afirmación de que el tipo delictivo de la falsedad documental no requiere que se cause un perjuicio efectivo y determinado en el tráfico jurídico, bastando la potencialidad de causarlo, y también en su valoración de que la conducta del Notario acusado al no verificar la concurrencia efectiva del poder fue negligente.

Ahora bien, la solicitud de revisión en casación de la absolución acordada por la Audiencia requiere una valoración que va más allá de la corrección de un mero error de subsunción, ya que exige en primer lugar una reconsideración de los hechos probados para derivar de ellos la calificación de gravedad de la imprudencia exigida por el tipo, para lo cual el relato fáctico no es suficientemente detallado y explícito» (subrayado nuestro).

13 Recuérdese que la Audiencia afirmó que no existió tal imprudencia grave y que por ello el acusado debía ser absuelto del delito: «... deben ser absueltos ... porque no actuaron dolosamente y su imprudencia relativa, caso de existir, ni fue eficiente, ni se ha demostrado en muchos aspectos y, sobre todo, en ningún caso fue GRAVE, que es lo que exige el tipo» (p. 134).

Por el contrario, el TS afirma que sí existió una imprudencia grave en el sentido del art. 331 CP y por ello condena al acusado: «... exige el art. 331 C.P. que la imprudencia sea grave y en este caso lo es ... desde una perspectiva subjetiva en relación a la previsibilidad del riesgo por parte del acusado». (FD 34).

14 Cótéjese al respecto el FD 21 de la Sentencia del TS con lo expuesto en la Sentencia de la Audiencia en la p. 158, nota 50.

Y, por cierto, conviene subrayar que es el propio TS el que, sorprendentemente (y contradictoriamente), lo viene a reconocer así en el FD 27 *in fine*, cuando nos indica que la sentencia de instancia «analiza determinados elementos fácticos que descarta como relevantes o suficientes para atribuir a ninguno de los tripulantes del buque un comportamiento imprudente que fuera penalmente relevante». Por tanto, repárese en que es el propio TS el que los califica como «elementos fácticos», en virtud de lo cual el TS está admitiendo que el cambio de inferencia en torno a la inocencia o culpabilidad del acusado se deriva del análisis de unos elementos fácticos. La sentencia de instancia hizo una valoración de ellos e infirió que los acusados no eran culpables. Los recurrentes defienden la inferencia contraria, y el TS va a darles la razón efectuando para ello un nuevo «análisis de elementos fácticos» en los FD 28 y siguientes.

Así las cosas, veamos a continuación, en particular, cuáles son esos aspectos fácticos reevaluados y reinterpretados por el TS,

A tal efecto hay que recordar, una vez más, que la sentencia de la Audiencia afirmó respecto a tales aspectos fácticos dos cosas distintas, en relación con la posible existencia de un delito de contaminación por imprudencia: por una parte, que las conductas supuestamente incorrectas del acusado que se examinan como elementos fácticos no constituyeron imprudencia, y menos aún una imprudencia grave, en el sentido del art. 331 CP; por otra parte, que no hubo relación de causa a efecto entre esas conductas y el vertido.

En concreto, a lo largo de la argumentación de la sentencia de la Audiencia se concluye lo siguiente: que la circunstancia de que el buque navegara ligeramente sobrecargado (p. 99) «**no se considera concausa eficiente de lo ocurrido**» (p. 130); que la circunstancia de que la máquina navegara sin automático o que los serpentines de calefacción estuvieran parcialmente inoperativos (p. 127) «**no fueron causa eficiente de la avería del buque ni supusieron una agravación de las consecuencias**» (p. 160); que «**lo mismo cabe decir de los sistemas de remolque**, sobre todo porque con independencia de su adecuación la desobediencia acreditada del capitán deja en un segundo plano de importancia esa situación» (p. 160); que el hecho de que la tripulación fuera «joven o inexperta» (p. 100) se valora

como irrelevante al decir que «sin embargo, **ningún comportamiento de esos tripulantes ni del capitán, ni de los oficiales, ha sido denunciado como inepto, perjudicial o simplemente negligente**» (p. 131); que «navegar a velocidad lenta o reducida por el DST **más bien indica prudencia que incuria alguna**» (p. 162); que, en fin, **de la desobediencia del Capitán a la orden de remolque de la Autoridad no se derivan (no se han causado) los daños y perjuicios provocados por el vertido** (p. 174).

Sin embargo, frente a esta argumentación de la sentencia de instancia, el TS lleva a cabo una nueva valoración de los hechos tanto en su vertiente objetiva como subjetiva, que le conduce a rechazar las inferencias de la sentencia de la Audiencia y a sustituirlas por unas nuevas de sentido contrario: por una parte, las conductas del capitán constituyeron una violación clamorosa de normas elementales de cuidado, por lo que constituyen un caso de imprudencia grave; por otra parte, dichas conductas causaron, al menos en parte, el accidente.

Repasemos entonces de forma individualiza cada una de esas conductas que reinterpreta el TS¹⁵.

A. El no funcionamiento del sistema de control a distancia de la máquina desde el puente

En su FD 28 afirma la sentencia del TS que «no funcionaba el piloto automático, por lo que había de navegar utilizando el sistema manual».

Vaya por delante que resulta muy confuso qué quiere decir aquí la Sala, pues del «piloto automático» del buque nadie hizo mención alguna en el juicio, y es la primera vez que se alude a él.

Podría ser que la Sala utilizara este término de «piloto automático» para referirse al sistema de control desde el puente de la máquina propulsora, que es lo que no funcionaba a bordo, y a lo que se refiere la Sentencia de instancia en su p. 127: «... se ha destacado que el *PRESTIGE* era gobernado de modo manual, al no funcionar el sistema automático *ad hoc*, lo que es verdad, pero que no tiene una conexión lógica ni causal con la avería sucedida». Pero si es así, y se trata de una mera confusión de nombre, ¿por qué entonces en el FD 29 se afirma que: «... Ya hemos destacado defectos en su maquinaria, el piloto automático y ...», de manera

15 Insisto en que lo que se expone a continuación en el texto está tomado de forma prácticamente literal de lo que se contiene en el incidente de nulidad, de 19 de febrero de 2016, y en el recurso de amparo, de 20 de mayo de 2016, firmados por el letrado defensor del capitán Mangouras, José M^a Ruiz Soroa.

que el del «piloto» y el de la «maquinaria» parecen ser dos defectos distintos: el «piloto automático» y «los defectos en la maquinaria»? ¿Para dar la impresión de que existían dos defectos donde sólo había uno, incrementando el juicio negativo sobre el estado del buque? Si es así, cabe denunciar que la Sentencia del TS literalmente añadió un hecho nuevo a los probados en la Sentencia de instancia.

Ahora bien, sean uno o dos los automáticos que el TS afirma que estaban inoperativos, lo cierto es que por mucho que se lea su propia Sentencia no se encontrará ninguna explicación de su supuesta importancia en la navegación del buque o en el desarrollo del accidente. El TS los cita como índice de la negligencia supuestamente cometida por el capitán, pero no es capaz de mencionar, o siquiera insinuar, cómo influyeron en el accidente y en la contaminación.

La sentencia de instancia era taxativa: «se ha destacado que el *PRESTIGE* era gobernado de modo manual, al no funcionar el sistema automático *ad hoc*, lo que es verdad, pero que no tiene una conexión lógica ni causal con la avería sucedida».

Si la Sentencia del TS pretende insinuar lo contrario, se está introduciendo en un análisis fáctico de relaciones causales entre hechos, lo que es una cuestión totalmente fáctica, nunca jurídica. Y, por lo demás, ni que decir tiene que sólo el tribunal ante el cual se efectuó de manera inmediata la prueba testifical y pericial está capacitado para apreciar tal cuestión (con arreglo al principio de inmediación).

Y si el TS no está insinuando esta relevancia causal del fallo del sistema de control de la máquina (como resulta de su silencio al respecto) ¿por qué entonces lo menciona? Los defectos de funcionamiento que tuviera el buque, si no tienen conexión ninguna con el riesgo de la avería realmente ocurrida, son penalmente intrascendentes.

B. El sobrecalado inicial del buque

En la Sentencia de la Audiencia se afirmaba que el buque navegaba con un ligero sobrecalado de 0,30

centímetros (p. 99), pero que «este defecto en el calado más conveniente no se ha considerado concausa eficiente de lo ocurrido, así que navegar en un buque aparentemente adecuado en condiciones duras pero aceptables para los navegantes experimentados no parece ninguna clase de imprudencia» (p. 130)¹⁶.

Por su lado, el TS manifiesta literalmente al respecto que «ESTA INFERENCIA NO LA ACEPTAMOS» (FD 29), alegando por su parte que «el exceso de peso que implica el sobrecalado consecuencia de una sobrecarga inevitablemente repercute en la estructura de la nave y su maniobrabilidad».

Pues bien, incurre aquí el TS en varias infracciones de los derechos del acusado.

La primera reside en que el Tribunal de Casación no puede revisar las inferencias que haya establecido el tribunal de instancia acerca de la no culpabilidad, si se trata de inferencia derivadas de los hechos, sin escuchar personalmente su versión. Afirmar que «esta inferencia no la aceptamos» no es admisible y el propio TS lo ha explicado muy bien en diferentes sentencias¹⁷. En efecto, como claramente ha razonado el propio TS, no puede ni debe confundirse la inferencia misma que sustenta el juicio de culpabilidad o inocencia, con el juicio de inferencia, es decir, con el razonamiento a través del cual el tribunal de instancia ha llegado a construir tal inferencia. Este razonamiento podrá ser o no compartido por el tribunal revisor, incluso podrá proponerse por el recurrente o por el tribunal revisor uno alternativo que resulte más lógico o más verosímil. Pero ello no autoriza a revisar y modificar la sentencia de instancia sin oír sobre ello al acusado absuelto, sino sólo a anularla cuando el razonamiento de instancia (el juicio de inferencia) haya llegado al extremo de ser arbitrario, caprichoso o manifiestamente carente de razonabilidad (por la vía del art. 852 LECrim.).

Pues bien, en ningún momento de su extenso análisis de los elementos fácticos que revisa la Sentencia del TS insinúa siquiera que la Audiencia hubiese razonado su Sentencia de manera arbitraria, caprichosa o de

16 Con todo, la Sentencia de la Audiencia Provincial ponía en duda que el sobrecalado del buque existiera en realidad: véase al respecto la página 121 en la que al comentar el Informe pericial de los Sres. Cayuela y Montero que son los que hablaron de sobrecalado, dice: «Sin embargo, al matizar los Informes, destacan (los peritos) que los datos de sobrecalado no tienen respaldo documental y que no les dieron toda la información solicitada y por eso el informe es simplemente teórico ... y terminan exculpando al capitán del buque petrolero que en una situación extrema hizo lo que pudo» (subrayado original)

17 Vid., p. ej., STS 1.021/2013: «Precisamente cuando la sentencia es absolutoria, la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo u otro elemento subjetivo del tipo exige en todo caso la previa audiencia por el órgano revisor del acusado absuelto. Y ello porque esa conclusión no es una cuestión meramente jurídica ... Cabe matizar tan sólo que la acusación puede cuestionar una posible vulneración del derecho a la tutela judicial, si la decisión estuviera huérfana de toda motivación o la expuesta careciera de modo patente de razonabilidad».

forma inequívocamente errónea para cualquier lector; es decir, que no recurre al único cauce por el que podía cuestionar la razonabilidad de los juicios de inferencia de la sentencia de instancia sin violar los derechos del acusado absuelto. Y es que ello le hubiera obligado a declarar la nulidad de la Sentencia y su devolución a la Audiencia para que dictase una nueva.

Por otro lado, el TS «construye» (por así decirlo) por su cuenta un argumento nuevo (que nunca se expuso en el juicio) para contradecir la afirmación de la sentencia de instancia de que el ligero sobrecalado no fue concausa eficiente de lo ocurrido. En efecto, el TS afirma que dicho sobrecalado sí fue concausa eficiente porque *«la sobrecarga inevitablemente repercute en la estructura de la nave y su maniobrabilidad»*. Pero ante semejante inferencia cabe preguntarse: ¿de dónde han salido estas afirmaciones y estos juicios técnicos? Y es que si en la Sentencia de instancia no se encuentran estas consideraciones técnicas, es inevitable concluir que es el propio TS quien las ha añadido por vez primera y con base en su propio criterio, a pesar de que no fue este TS quien presenció y valoró la prueba testifical y pericial.

En suma, el TS violó los hechos probados de instancia mediante el ardid de agregar nuevas consideraciones fácticas (que es una forma de no respetarlos, como el propio TS tiene reiteradamente declarado). Y además vulneró el principio de inmediación de la apreciación de la prueba, que le prohíbe hacer este tipo de consideraciones cuando no es él el tribunal ante el cual se practicó dicha prueba.

C. Los serpentines de calefacción parcialmente inoperativos

Se trata, de nuevo, de un hecho que ciertamente se admitía en su realidad en la Sentencia de instancia, pero con la decisiva particularidad de que en esta se declaraba que «carece de cualquier conexión lógica ni causal con la avería sucedida ... (pues) pudo afectar a alguna posibilidad de salvar el buque pero no a las causas de la avería que se analizan» (p. 127), insistiéndose, en la p. 160, en que: «...las disfunciones en los serpentines de calefacción ... no fueron causa eficiente de la avería del buque ni supusieron una agravación de las consecuencias de lo ocurrido».

Pues bien, en contra de estas afirmaciones puramente fácticas se alza la Sentencia del TS, revisándolas de manera radical para poder llegar a un juicio de culpabilidad del acusado.

La revisión consiste en realizar una alambicada reconstrucción y reevaluación hipotética de los hechos,

en el sentido siguiente: dado el hecho cierto de que la maniobra realizada por el Capitán Mangouras de corregir la escora introduciendo agua de mar (maniobra profesionalmente correcta) en los tanques vacíos empeoró la situación estructural del buque (hecho obvio admitido por todos, empezando por el propio capitán), el TS incluye como un nuevo hecho probado que esta maniobra *«vino determinada o cuando menos condicionada por el estado previo de la nave (pues) la operación de lastrado contaba en teoría con la alternativa de trasvasar la carga interna (y) en este caso no se hizo probablemente porque resultaba cuanto menos más difícil habida cuenta que la avería en los serpentines de la calefacción impedía controlar la temperatura de las calderas y consecuentemente el calentamiento del fueloil hasta que alcanzara los niveles de liquidez que exigía ese trasvase»*.

Uno no puede dejar de asombrarse ante semejante «reconstrucción»: el Tribunal de casación (según él, analizando sólo el Derecho aplicado en la Sentencia de instancia) realiza una revisión de las causas y efectos de un hecho concreto y propone para él una nueva explicación técnica que en modo alguno figuraba en la Sentencia de la Audiencia, ni fue propuesta por ninguno de los testigos o peritos. Y lo de menos es que esa explicación sea inveraz e incorrecta; lo verdaderamente relevante es que es el propio TS el que la «inventa» en trámite de recurso y la introduce como un nuevo hecho relevante, del cual se infiere la culpabilidad del capitán como autor de una conducta gravemente imprudente.

Causa rubor tener que recordarle al TS que el juicio público y las pruebas testificales y periciales no se realizaron ante él, sino ante la Audiencia de A Coruña. Por tanto, hay que preguntarse ¿cómo puede entonces el TS deducir por su propia cuenta determinadas «explicaciones técnicas» o «relaciones causales» que no aparecían en la Sentencia de instancia?

De nuevo, pues, tal forma de proceder viola el principio de respeto a los hechos probados, por un lado, y el principio de inmediación en la apreciación de la prueba, por otro. Y, además, viola el derecho de defensa en cuanto que el TS propone una nueva explicación a la conducta del capitán Mangouras (para hacerle culpable de un delito del que había sido absuelto) sin haberle escuchado sobre ella.

Es obvio que algo tendría que decir el acusado Mangouras sobre esa rocambolesca y nueva idea de que si él decidió lastrar el buque con agua de mar, en lugar de efectuar un trasvase interno de fueloil, fue precisamente porque los serpentines de calefacción de la carga estaban en estado de parcial operatividad.

En efecto, el acusado siempre dijo (y demostró documentalmente) que el fueloil viajaba a la temperatura correcta y con el adecuado grado de liquidez. Dijo y explicó que si optó por lastrar con agua de mar en lugar de trasvasar carga interna fue por varias razones: primero, transvasar carga por gravedad era una operación muy lenta y sólo parcialmente eficaz para corregir la escora; y, sobre todo, para llevarla a cabo era físicamente necesario manejar en cubierta unas válvulas situadas en el costado de estribor que eran inalcanzables para la tripulación salvo que se les exigiera poner en grave riesgo sus vidas. Y la mayoría de los peritos estuvieron de acuerdo con él, tal como consta en la sentencia de instancia, pues alabaron su maniobra: «realizar un trasvase interno o externo del fuel, según los informes oídos, ambas posibilidades eran muy dificultosas y arriesgadas» (p. 160).

A ningún perito, ni siquiera a los que recomendaban como mejor opción el trasvase interno, se le ocurrió la idea de que el trasvase «probablemente resultaba más difícil por la avería de los serpentines». Es una explicación que aparece por vez primera en esta instancia de casación y propuesta por el mismo Tribunal que revisa el caso.

Ahora bien, además de todo lo que se acaba de exponer, hay que subrayar que no finaliza aquí la tarea de revisión que (no lo olvidemos) el TS define como «estrictamente jurídica». En efecto, la alargada sombra de los serpentines llega —según el TS— hasta haber provocado nada menos que la imposibilidad de dar refugio al buque en puerto («su relevancia fue mayor ... porque aumentó el exceso de calado del buque, lo que impidió que se le pudiera dar refugio en puerto» (FD 30 in fine). De esta forma, la cadena causal «reconstruida» por la Sentencia del TS resulta algo así como: «a) serpentines parcialmente inoperativos ... b) lastrado por agua de mar ... c) aumento de calado del buque ... d) imposible refugio por exceso de calado».

Una vez más estamos ante afirmaciones que exceden totalmente de lo que es una revisión estrictamente jurídica del Derecho aplicado por la Sentencia, puesto que inciden plenamente en las cuestiones fácticas y causales, violan el principio de inmediación en la apreciación de la prueba y el de defensa del acusado.

Pero lo peor de todo es que, además, tales afirmaciones son, lisa y llanamente, inveraces, por la sencilla razón de que el lugar o puerto de refugio sugerido por la mayoría de los testigos y peritos era el de la ensenada de Corcubión, y esta no tiene limitación alguna por calado.

D. El remolque de emergencia y la evacuación de la tripulación

La Sentencia del TS reconoce, como lo hizo la de la Audiencia, que no cabe reproche alguno al capitán del buque por el tipo de remolque de emergencia que llevaba su buque (FD 31), puesto que estaba certificado como idóneo por ABS, la sociedad de clasificación del buque.

Sin embargo, el TS introduce en este punto una nueva reconsideración del remolque de emergencia, que no figuraba en la sentencia de la Audiencia y que le permite hacer un nuevo reproche de comportamiento imprudente al acusado, a saber: si el buque portaba un sistema de remolque de emergencia a popa que, para ser operado, precisaba del trabajo de cuatro tripulantes, el capitán Mangouras (conocedor de esta circunstancia) no debió haber evacuado a toda la tripulación cuando surgió el riesgo inminente de que el buque volcase de costado, sino que debió mantener a bordo a tripulantes suficientes.

La Sentencia del TS no lo expresa con esta claridad, pero es la única interpretación posible de la sibilina redacción del último párrafo del FD 31: «Cabe la posibilidad de que la evacuación fuera adecuada con el objetivo de poner a salvo las vidas humanas, pero lo cierto es que fue una de las razones que, una vez el Sr. Mangouras accedió a dejarse remolcar, dificultaron y dilataron en el tiempo el control del barco».

De nuevo sucede aquí lo que se denunciaba y criticaba en las páginas anteriores: se está reevaluando o reconsiderando la conducta del acusado en el momento del accidente; se están proponiendo nuevas hipótesis para el análisis de su comportamiento; se está sugiriendo que se equivocó profesionalmente al evacuar a la tripulación; se insinúa que debería haber mantenido a bordo a parte de los tripulantes y que, por ello, es culpable de una imprudencia grave. Y todo ello se hace cuando el acusado fue expresamente absuelto en la instancia de esa imprudencia grave y sin escuchar en este trámite la versión del acusado sobre esos hechos que, por vez primera, se le reprochan.

Precisamente por ello, la reconsideración o reevaluación que efectúa el TS sobre este punto es contraria al derecho de defensa del acusado según el art. 24 CE y 6.1º CEDH. Puesto que implica una reevaluación de aspectos fácticos de la conducta del acusado.

Por lo demás, y al margen de lo que antecede, merece ser severamente criticado el modo en que el TS plasma su insinuado argumento: y es que, en efecto, si el primer deber de todo capitán es poner a salvo la

vida de su tripulación en una situación de riesgo, no puede reprochársele nada por haberlo hecho; por tanto, si el TS empieza por reconocer que la evacuación era adecuada para salvar las vidas humanas, resulta de todo punto inaceptable (por no emplear aquí otra expresión más gruesa) que insinúe a continuación que dicho salvamento quizás no debiera haberse efectuado¹⁸. Y, en este sentido, la Sentencia de instancia de la Audiencia reconocía que el hecho de que Capitán y dos Oficiales permanecieran voluntariamente a bordo «demuestra un coraje y una entereza fuera de lo común, por permanecer en un barco adrizado con dificultades, en medio de un temporal extremo, anegado por el oleaje y perdiendo fuel» (p. 132).

E. La desobediencia a la orden de tomar remolque

Prima facie el cambio de calificación jurídica que efectúa el TS en el FD 33 con respecto a la desobediencia del capitán a la orden de tomar remolque se presenta en la Sentencia como si fuera sólo un cambio de estricta calificación jurídica, que, consecuentemente, es un cambio que (por mucho que suponga una agravación de la pena, que pasa de 9 meses a 2 años de prisión) un Tribunal de casación podría haber llevado a cabo sin necesidad de oír de nuevo al acusado, según la doctrina del TEDH.

Sin embargo, en la Sentencia del TS que examinamos no se efectúa solamente un cambio de calificación normativa de los hechos, sino que al mismo tiempo se reconsideran estos hechos en un plano puramente fáctico. En concreto, se reevalúan y se reconstruyen las circunstancias fácticas de la desobediencia del capitán para llegar a afirmar que *«los hechos que sustentan esta calificación (de desobediencia) no sólo fueron relevantes en lo que suponen de desprecio al principio de autoridad ... también contribuyeron a incrementar el riesgo de contaminación y en consecuencia de catástrofe ecológica en la medida que demoraron durante unas horas la posibilidad de controlar la embarcación y con ella el vertido incesante»* (FD 32 in fine).

Así las cosas, resulta evidente que esta reconstrucción y reevaluación de las consecuencias fácticas de las escasas tres horas que duró la desobediencia no es una pura cuestión jurídica sino, muy al contrario, una

cuestión plenamente fáctica. En efecto, repárese en que se trata de determinar si la demora del capitán Mangouras en aceptar el remolque tuvo como consecuencia un incremento de la contaminación provocada por el vertido, de manera que pueda imputársele el incremento o agravación del vertido; algo que el capitán negó siempre.

La Sentencia del TS afirma que, efectivamente, la demora provocó ese incremento o agravación del vertido, y que el acusado tenía que haber sido consciente de ello cuando demoró el remolque. En este sentido, dice en el FD 76 que *«este episodio se ha considerado esencial para conformar el comportamiento imprudente por el que va a ser condenado (el acusado)»*.

Sin embargo, es bastante claro que esta es una cuestión fáctica que atañe al elemento subjetivo del delito, a saber, la conciencia del capitán de que, al demorar el remolque, incrementaba el vertido y, por ello, no puede ser decidida sin oír la versión del acusado en el juicio sobre ese concreto extremo del conocimiento o conciencia que debía o no debía tener.

Pero es que hay más: la sentencia de instancia, que condenó al capitán Mangouras por un delito de desobediencia a la pena de 9 meses de prisión, dejó muy claramente establecida una conclusión: *«si sólo se considera acreditado el delito de desobediencia, de este delito no se deriva o con el mismo no se han causado los daños y perjuicios derivados del vertido del PRESTIGE»* (p. 250). Esta es una afirmación de naturaleza fáctica sobre las relaciones de causa a efecto entre dos hechos del mundo exterior: del hecho A no se deriva el B, de uno no se sigue el otro.

Pues bien, la sentencia del TS modifica de raíz esta afirmación fáctica y la substituye por la contraria: del hecho A (la demora en el remolque) se ha seguido por lo menos en parte el hecho B (el incremento o agravación del vertido). Y lo ha hecho a pesar de que no es él el tribunal ante el cual se practicó la prueba testifical y pericial¹⁹, siendo así que este último es el único tribunal que, en virtud del principio de inmediación, puede determinar los hechos y extraer conclusiones de ellos.

A la vista de lo que antecede se comprenderá, en fin, que la sentencia del TS que analizamos violó el derecho a un proceso con todas las garantías del acusado

¹⁸ Es más, la evacuación urgente de la tripulación fue además aprobada por las Autoridades Marítimas, que llegaron a insistir en que fuera total, incluso de los tres hombres que voluntariamente quedaron a bordo.

¹⁹ La prueba testifical y pericial practicada en la vista pública ante la Audiencia de A Coruña (precisamente sobre las fases, tiempos y modos en que se produjo el derrame de fueloil desde el buque) fue amplísima y de alto contenido técnico. Por eso es más sorprendente aún que el Tribunal Supremo que no presenció esa prueba haga afirmaciones fácticas tan terminantes ahora.

en dos de sus facetas: 1) se pronunció sobre cuestiones de hecho atinentes al elemento subjetivo del delito (la conciencia del capitán de que estaba incrementando el vertido de fueloil al demorar el remolque) sin oír al acusado en el trámite; 2) modificó las conclusiones fácticas de la sentencia de instancia sobre relaciones de causa a efecto a pesar de no haber presenciado con inmediación las pruebas practicadas al respecto ni haberse practicado otras nuevas en el recurso.

F. Las conclusiones de la sentencia

En el FD 33 la sentencia del TS hace un resumen de sus anteriores reconsideraciones sobre los defectos existentes en el buque y sobre la conducta del acusado y llega a una conclusión: «... *ese fallo estructural que determinó el colapso de la maquinaria y la fractura del casco ... fuera cual fuera su causa, no se puede considerar improbable sobre todo en un barco de esa antigüedad*».

En otras palabras (y más sencillas, evitando la doble negación de la frase transcrita), lo que viene a afirmar el TS, como conclusión o inferencia de su análisis de los hechos, es que la avería del buque que causó su colapso estructural era probable («no se puede considerar improbable»). Y de esa probabilidad de la avería se deduce la culpabilidad del acusado, puesto que «como capitán del buque estaba obligado a advertir la presencia del peligro grave que asumió».

Pues bien, si ponemos ahora en relación estas dos afirmaciones del FD 33 de la sentencia del TS con lo que esta misma sentencia recoge como conclusión esencial de la sentencia de instancia de la Audiencia (en su FD 27 *in fine*), nos encontraremos con una contradicción insalvable, dado que en este FD 27 se indica: «*Insiste la Sala sentenciadora tras el análisis de la abundante prueba pericial practicada en que el estado aparente del buque no era indicativo de sus deficiencias estructurales. Y en definitiva concluye que la avería que provocó el colapso del barco no era previsible ni pudo ser advertida por el acusado*».

Por consiguiente, de ese cotejo se infiere que donde la sentencia de la Audiencia concluía (según resume con acierto el propio TS) que la avería que provocó el

colapso del buque no era previsible ni pudo ser advertida por el acusado, el TS, en su segunda sentencia, concluye que esa avería era probable y por ello debió ser prevista por el acusado.

Difícilmente cabe efectuar una inversión más absoluta de las conclusiones fácticas que componen el elemento subjetivo del delito imprudente que la que se produce entre ambas sentencias: de tratarse de una avería imprevisible y, por ello, no susceptible de ser advertida en su riesgo por el capitán, se pasa a una avería probable que debió de preverse por éste con una mínima diligencia.

Por ello, causa profundo estupor que el TS afirme que esta inversión de las conclusiones sea el resultado de una revisión puramente jurídica, que no reevalúa ni reinterpreta los hechos mismos.

Como es obvio, semejante afirmación es insostenible. Y es que las afirmaciones de la sentencia de instancia acerca de la inexistencia de imprudencia grave por parte del capitán Mangouras no eran una simple «*valoración jurídica, como tal susceptible de ser revisada en casación*» (FD 34), sino que eran afirmaciones fundadas en un hecho bien concreto, a saber, la imprevisibilidad de la avería para el acusado. Si el TS afirma que la avería no sólo era previsible, sino incluso probable, y que el acusado debió preverla con un mínimo de diligencia, esto no es una revisión de la valoración jurídica sino (ante todo) una revisión de los hechos y de la conducta del acusado; o, mejor dicho, una revisión radical de los hechos, que, de nuevo, se efectuó sin oír al acusado y escuchar su versión sobre ellos.

Es más, en el FD 64 de su Sentencia el TS (para poder condenar al acusado también al resarcimiento de los daños, lo cual es una forma de agravar la condena) llega a definir la conducta del capitán Mangouras en relación con el accidente como una actuación realizada «*con temeridad y a sabiendas de que probablemente se causarían los daños*» (de acuerdo con el art. 5.3 del CLC 92). Se trata, pues, de una nueva apreciación sobre el elemento subjetivo del delito, que excede incluso del concepto de «imprudencia grave» del FD 34, al utilizar una terminología propia del dolo²⁰.

20 En este sentido, merece la pena poner en contraste la conclusión del Tribunal Supremo con el siguiente párrafo de la sentencia de instancia de la Audiencia:

«Reducida así la imputación a que fueron imprudentes por arriesgarse a navegar en un buque inseguro y abocado al hundimiento, parece imposible sostener lógicamente tal imputación porque nadie ha demostrado que conociesen el estado real del buque en cuanto a los defectos de conservación que causaron su hundimiento.

Todos sabían que no era un buque nuevo y que su estado de conservación era el que cabría esperar de un prolongado transcurso del tiempo en una actividad de tanto desgaste como es la navegación de grandes petroleros, pero ni sabían, ni podían saber de la existencia de graves deficiencias que abocasen a un inminente naufragio.

En resumen: donde la sentencia de la Audiencia afirmó como conclusión que el acusado no actuó imprudentemente ni con conciencia de la posibilidad de la avería y de los daños ecológicos, el TS asegura que el acusado actuó con gravísima imprudencia (incluso cabría decir que con dolo) y con conciencia plena de que los daños se iban a producir. Ni que decir tiene, de nuevo, que este cambio de valoración de la conducta del acusado se efectúa con vulneración de los derechos que le amparan de acuerdo con los arts. 24 CE y 6.1º CEDH.

Finalmente, en otro orden de cosas, no se puede pasar por alto el enorme absurdo que encierra el razonamiento del TS desde la lógica de las motivaciones del comportamiento humano. En efecto, es evidente que las conclusiones del TS sobre la conducta del capitán Mangouras contradicen la lógica más elemental, puesto que sería preciso que el acusado fuera un auténtico suicida para emprender una navegación «a sabiendas de que probablemente se iba a producir» el colapso del buque y para quedarse a bordo después voluntariamente con el fin de intentar salvar el buque, cuando los daños se produjeron y la estructura del buque se había colapsado. Resulta obvio para cualquiera que tal comportamiento es incompatible con un conocimiento previo de los defectos del buque, según concluyó, por cierto, la sentencia de la Audiencia.

Por lo demás, tampoco debe pasarse por alto el gran absurdo que, en general, encierran muchos de los razonamientos pseudotécnico-marítimos que efectúa el TS

para asegurar que la conducta del capitán excedió el nivel de riesgo permitido, razonamientos que conducirían a paralizar el tráfico marítimo mundial²¹.

2.3. *El erróneo entendimiento que tiene el TS sobre de la estructura del delito imprudente*

De lo que expuse en el epígrafe anterior interesa detenerse ahora en un aspecto particular, concerniente a la estructura de los delitos imprudentes. Me refiero a la conclusión a la que llega el TS, al calificar la imprudencia del capitán como *grave* (y, por tanto, como jurídico-penalmente relevante), siendo así que esta es una conclusión que presupone ineluctablemente valorar aspectos subjetivos²².

Y conviene detenerse en esta trascendental cuestión, desde el momento en que el TS demuestra no saber en qué consiste la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes. En efecto, la distinción entre un deber subjetivo y un deber objetivo de cuidado no radica (como erróneamente cree el TS) en que el subjetivo sea «un deber de cuidado interno, que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad» y el objetivo «un deber de cuidado externo, que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos».

Es cierto que algunos penalistas aluden a un deber de cuidado interno y a un deber de cuidado externo, pero esta alusión *nada tiene que ver* con la dicotomía deber objetivo/deber subjetivo de cuidado. El TS ignora

El aspecto a simple vista no era alarmante aunque no fuera muy satisfactorio y nadie (...) ha sido capaz de señalar a día de hoy dónde podría haberse advertido sin duda algún defecto que impidiese o desaconsejase la navegación y por eso la decisión de asumir la navegación como una ocupación laboral arriesgada pero controlada y normal no puede imputarse como delito.

De hecho la conducta ulterior del capitán y los oficiales ha sido calificada de correcta, cuando no elogiada, por multitud de técnicos, incluidos los que asumían los intereses españoles como prioritarios, y las decisiones iniciales tras la avería no sólo son aceptables sino que demuestran un coraje y entereza fuera de lo común, porque permanecer en un barco adrizado con dificultades, en medio de un temporal extremo, anegado por el oleaje y perdiendo fuel para tratar de salvar la nave parece poco coherente con la imprudencia de quien arriesga un buque a sabiendas de que son muy altas las posibilidades de que naufrage por defectos de mantenimiento». (p. 132).

21 Vid., en tono muy crítico sobre el razonamiento del TS, las agudas reflexiones del abogado maritimista J.M. GONZÁLEZ PELLICER, Apostolos Mangouras: «el hombre de mimbre», en *Diario La Ley*, nº 8704, de 17-2-2016, especialmente las absurdas conclusiones que, a *sensu contrario*, se derivan de la sentencia del TS para el trabajo de cualquier marino en el futuro.

22 Y este presupuesto es explícitamente reconocido por el propio TS en su sentencia, al admitir la ineludible presencia de un deber subjetivo de cuidado para la existencia de un delito imprudente (vid., por ejemplo, el FD 34 de la sentencia, en el que se indica que la imprudencia grave del art. 331 CP se fundamenta «desde una perspectiva subjetiva en relación con la previsibilidad del riesgo por parte del acusado, en los términos que ya hemos expuesto»), aunque el TS ignore realmente, por cierto, en qué consiste ese deber subjetivo de cuidado. Vid., paradigmáticamente, el FJ nº 26 «En el aspecto subjetivo, ya hemos dicho que el delito imprudente aparece estructuralmente configurado por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado».

Como aclaro a continuación en el texto, el TS no solo ignora en qué consiste la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes, sino también su ubicación en el marco de la teoría jurídica del delito.

que la distinción entre un deber interno y otro externo se incluye *dentro de* la infracción del deber *objetivo* de cuidado (el cual integra, por tanto, la parte objetiva del tipo imprudente, caracterizando su desvalor de acción)²³.

En otras palabras, frente a lo que equivocadamente da a entender el TS, reina completa unanimidad en la doctrina a la hora de entender que el deber *objetivo* de cuidado alude a un deber «*objetivo-general*», que se impone a todos los ciudadanos en la situación en la que se hallaba el autor del hecho, de tal manera que se trata de un deber que sería capaz de cumplir la persona inteligente y cuidadosa (el llamado «hombre medio ideal», que se comporta del modo jurídicamente ideal), lo que presupone una «previsibilidad objetiva». Por el contrario, el deber *subjetivo* de cuidado alude a un deber «*individual*», que depende de las mayores o menores capacidades de un sujeto en concreto y que, por ende, presupone una «previsibilidad subjetiva».

En consonancia con ello, y a la vista de la regulación del vigente CP español, la opinión dominante en la actualidad (y con independencia de la concepción sistemática de la que se parta) entiende que con la infracción del deber objetivo de cuidado existe ya,

ciertamente, una conducta *objetivamente* imprudente, y, por tanto, antijurídica con carácter objetivo-general. Ahora bien, esta conducta antijurídica no será culpable (o, a mi juicio, subjetivamente «ilícita») si el autor no infringe su deber *subjetivo* de cuidado, debido a su incapacidad subjetiva para cumplir con el deber objetivo de cuidado²⁴.

En resumidas cuentas, lo que me interesa subrayar a los efectos del presente comentario es que, para poder afirmar que existe un delito cometido por imprudencia grave, hay que acreditar necesariamente no solo una previsibilidad *objetiva* sino también una previsibilidad *subjetiva*, que atiende a la particular capacidad cognoscitiva del autor, así como a la peculiar situación individual en la que se encuentra²⁵, y que, *naturalmente, esa previsibilidad subjetiva no puede ser revisada en casación* sin oír al acusado y escuchar su versión sobre los hechos.

2.4. La errónea calificación jurídico-penal del TS: apreciación del subtipo agravado del art. 326-e CP, pese a existir solo imprudencia sobre el hecho agravatorio

En los epígrafes anteriores se analizó la cuestión de la (a mi juicio) errónea aplicación del art. 325-1 en rela-

23 Así se expone con claridad (pese a que el TS no haya sido capaz de entenderlo) en MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, 10ª ed., Barcelona 2015, L.11/22 ss., quien recoge esta distinción (que no es usual en España) de la doctrina alemana. Y yo mismo reflejé esa distinción en el seno de la infracción del deber objetivo de cuidado en MARTÍNEZ-BUJÁN, R.P., 2014, cit., p. 228. Es más, al lado de la infracción del deber objetivo de cuidado (que integra la vertiente objetiva del tipo imprudente) todavía habría que diferenciar la *vertiente subjetiva* del tipo imprudente, que requiere, de un lado, el elemento *positivo* de haber querido la conducta descuidada (ya sea con conocimiento del peligro que entraña, en el caso de la imprudencia consciente, o sin ese conocimiento, en el caso de la imprudencia inconsciente), y, de otro lado, el elemento *negativo* de *no haber querido* el autor cometer el hecho resultante (cfr. MIR PUIG, *Ibid.*, NM 24).

Es, pues, en la doctrina alemana donde podría haber encontrado el TS español una más cumplida aclaración al respecto, que tal vez le habría permitido evitar incurrir en un error tan craso. Así, en el Tratado de JESCHECK, al que se remite MIR (y que él mismo tradujo), se explica que, *dentro de la vulneración del deber objetivo de cuidado* (esto es, dentro de «lo injusto de la acción»), «el primer deber que se deduce de la exigencia general de cuidado es el de advertir el peligro para el bien jurídico protegido y valorarlo correctamente», aclarando después JESCHECK en qué consiste, en concreto, este deber de cuidado interno (o «deber de examen previo» como lo denominó BINDING). Por su parte, el deber de cuidado externo es una consecuencia ineluctable del deber interno, puesto que de la posibilidad de advertir el peligro se deriva necesariamente «el deber de realizar un comportamiento externo correcto con objeto de evitar la producción del resultado típico». Vid. JESCHECK, Tratado de Derecho penal. Parte general, vol. II, (trad. de la 3ª ed. alemana de Mir Puig/Muñoz Conde), Barcelona 1981. L.55/I, pp. 797 ss.

24 Vid. por todos LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal. Parte General, 3ª ed., Valencia 2016, pp. 283 s., NM 24-27.

Es más, existe un sector doctrinal minoritario que considera que la infracción del deber subjetivo (individual) de cuidado debe incluirse en el tipo de injusto del delito imprudente. Ello no obstante, esta tesis no resulta correcta, puesto que la antijuridicidad de una conducta se basa en un juicio objetivo-general, mientras que la incapacidad individual de entenderlo o de cumplirlo debe ser dilucidada en una categoría posterior (la de la culpabilidad, según la opinión mayoritaria). Cuestión diferente es que para determinar el deber objetivo de cuidado se añadan los conocimientos que posea el concreto autor de que se trate a los conocimientos del «hombre medio jurídicamente ideal». Vid. por todos LUZÓN PEÑA, P.G., 2016, cit., pp. 284 s., NM 28-29.

Por mi parte, entiendo que, ciertamente, la infracción del deber *subjetivo* de cuidado no se incluye en el tipo de acción (que solo incluye la infracción del deber objetivo de cuidado, medida con el criterio de la predecibilidad general o nivel máximo de previsibilidad), pero con la particularidad de que dicho deber *subjetivo* queda incardinado en la categoría de la ilicitud (segunda categoría del delito): vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la empresa (Parte general), 5ª ed., Valencia 2016, pp. 403 y 414 s.

25 Por ello, reitero que la imposibilidad subjetiva-individual de conocer y comprender los elementos del tipo penal (imprevisibilidad subjetiva del hecho o del resultado) excluye la culpabilidad. Cfr. LUZÓN PEÑA, P.G., 2016, cit., pp. 493 s., NM 50.

ción con el art. 331, por un entendimiento indebido del cauce casacional elegido. Ahora en el presente epígrafe se trata de examinar un ulterior error en el que incurre el TS, aun en el caso de que aceptásemos como hipótesis de trabajo que pudiera ser aplicado aquí el delito de contaminación por imprudencia grave, a saber: la equivocada pretensión de apreciar el tipo agravado del art. 326 e)²⁶ cuando, como sucedía en el presente caso, no concurre dolo con relación al hecho agravatorio, consistente en la producción de un «riesgo de deterioro irreversible o catastrófico», sino que existe solamente imprudencia.

Los FD 16 al 22 de la sentencia del TS se dedican a analizar doctrinalmente el delito de contaminación del art. 325 y sus requisitos de tipicidad básicos (actividades contaminantes, infracción de una norma ambiental de carácter extrapenal y creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido), así como los subtipos agravados del art. 326 b) CP —que exige desobediencia a órdenes expresas de la autoridad administrativa— y del arts. 326 e) —que incorpora como agravación el hecho de que se hubiese producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico—. En particular, en los FD 20 y 22 se analiza el tipo del art. 331 CP referido al denominado tipo subjetivo culposo y sus presupuestos, todo ello con abundante cita jurisprudencial.

Pues bien, tras un análisis de los requisitos de todo delito imprudente, en el FD 35 se concluye lo siguiente:

«Los hechos declarados probados respecto al acusado Sr. Mangouras son constitutivos, según lo expuesto, de un delito imprudente contra el medio ambiente de los artículos 325.1 y 326 e), en relación con el artículo 31. La aplicación de la modalidad agravada expuesta resulta incuestionable, pues se generó un riesgo de contaminación que excedió del meramente grave que exige el tipo básico (...). *Riesgo que era previsible*, en atención a la cantidad de fuel que transportaba, y la intensidad del vertido que manaba por la abertura producida en el casco del buque. Y además objetivamente imputable al acusado, quien por su propia experiencia necesariamente *había de ser conocedor del mismo y hubo de representárselo* y en cuyo ámbito de competencia se encontraba enervarlo en la medida de sus posibilidades (...)» (la cursiva es mía).

El TS incurre así en un muy grave error jurídico-penal, en el cual ya habían incurrido también la Fiscalía gallega y otras partes personadas en el proceso en sus calificaciones jurídicas, según advertí ya en mi comentario a la SAP de A Coruña²⁷.

En efecto, aunque es indudable que en el caso *Prestige* se ocasionó realmente no sólo un «riesgo de deterioro catastrófico» sino incluso un verdadero *daño* de esta índole, el referido tipo cualificado, contenido en el art. 326 e), no puede ser apreciado aquí porque todas las figuras agravadas del art. 326 son exclusivamente dolosas, y, consecuentemente, no pueden entrar en juego cuando (como sucede en el caso que nos ocupa) únicamente se ha declarado probada por el Tribunal la presencia de imprudencia sobre el hecho agravatorio.

Y conviene subrayar que esta afirmación que hago no admite refutación, habida cuenta de que aparece imputada por la vigente regulación del CP español en dos preceptos.

Por un lado, el TS ignora la regla prevista en el art. 14-2 para los supuestos de error sobre el tipo penal, que preceptúa que «el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación», en atención a lo cual es claro que en el caso de los subtipos cualificados el error vencible sobre el hecho agravatorio recibe el mismo tratamiento que las hipótesis de error invencible²⁸, esto es, no se castiga como imprudencia sino que conduce a la absolución por ese hecho cualificante. En otras palabras —y para que el TS lo entienda—, un error sobre un hecho integrante de un subtipo agravado conducirá a aplicar solo el tipo básico; y en el caso *Prestige* sucede que el capitán Mangouras obraba con un error vencible sobre el hecho cualificante del riesgo de deterioro catastrófico, desde el momento en que lo que resultó probado —a juicio del tribunal— es que solo existía imprudencia con respecto a dicho hecho (si hay imprudencia, es que hay error vencible)²⁹.

Y lo imperdonable de la ignorancia del TS es que ya en el año 1999 SILVA SÁNCHEZ se había pronunciado sobre ello en una monografía destinada precisamen-

26 Tras la reforma realizada por la L.O. 15/2015 el contenido del antiguo art. 326 CP (al que se refiere la sentencia) se trasladó al actual art. 327.

27 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, R.P., 2014, cit., pp. 239 s.

28 Cfr. por todos MIR PUIG, P.G., cit., L. 10/122.

29 Ciertamente, la redacción del art. 6 bis a, 1º y 2º del CP anterior podría suscitar alguna duda, aunque, con todo, la opinión, a la sazón, dominante llegaba a la misma conclusión. Sin embargo, la redacción del vigente art. 14-2 es —como escribe LUZÓN PEÑA— «inequívoca en el sentido de que tal error sin distinción, es decir, sea invencible o incluso vencible, excluye la apreciación del subtipo agravado, sin entrar en juego su posible comisión imprudente, respondiendo el sujeto sólo por el tipo básico» (Vid. LUZÓN, P.G., 2016, cit., pp. 255 s., NM 29-31).

te a estudiar los delitos contra el medio ambiente, con una referencia expresa al ámbito de aplicación de los subtipos cualificados del art. 326³⁰, opinión expuesta asimismo por otros penalistas en diferentes trabajos y, en concreto, por mí en trabajos dedicados específicamente al caso *Prestige*³¹.

Por otro lado, el TS también ignora la norma contenida en el art. 65-2 CP, de la cual se desprende que las circunstancias agravantes de naturaleza objetiva (o impersonal) sólo agravarán la responsabilidad de quienes hayan tenido conocimiento (actual) de ellas en el momento de realizar la acción³². Por tanto, y en consonancia con lo que se deduce del comentado art. 14-2, el art. 65-2 (sea porque este precepto se considera ya directamente aplicable a los subtipos agravados de la Parte especial, sea porque a estos les es aplicable una regla similar por analogía) obliga a entender que si el autor no tenía el conocimiento (actual) del hecho agravatorio el subtipo agravado no puede ser aplicado. Y en el caso *Prestige* tal conocimiento actual no existía porque el TS parte de la base de que solo concurría imprudencia (y no dolo) sobre el hecho cualificante del riesgo de deterioro catastrófico.

En conclusión, al apreciar indebidamente la concurrencia del subtipo agravado del art. 326 e) del CP, el TS impuso injustamente al capitán Mangouras una pena superior a la que merecía con arreglo a los preceptos del CP español, lo que obviamente supone una flagrante anticonstitucionalidad de la condena por una crasa vulneración de los principios de legalidad y de culpabilidad.

2.5. El cúmulo de errores del TS sobre la caracterización del subtipo cualificado de la desobediencia del art. 326-b CP

En el FD 36 de la sentencia del TS se indica lo siguiente:

«Existió por parte del capitán Mangouras un comportamiento que, tal y como consideró la Sala sentenciadora, fue idóneo para integrar la base fáctica de un delito de desobediencia, lo que, una vez apreciada la existencia de un delito contra el medio ambiente del artículo 325 CP, nos reconduciría al tipo agravado del artículo 326.b) CP vigente a la fecha de los hechos, prevalente respecto al 556 en atención al principio de especialidad, y a fin de evitar un supuesto de doble sanción (STS 875/2006 de 26 de septiembre). Eso sí, siempre que solventáramos las dudas que la doctrina ha planteado respecto a la posible comisión imprudente de esta modalidad agravada. Cuestión que en este momento no vamos a abordar en cuanto que, tanto optar por el supuesto del artículo 326 b) en modalidad imprudente, como por mantener la condena por el delito de desobediencia del artículo 556 CP, en concurso de delitos con el tipo básico del artículo 325 en su modalidad imprudente, implicaría tomar en consideración unos hechos que se han valorado para conformar una actuación que en su conjunto resultó gravemente imprudente y que contribuyó de esta manera en la producción y mantenimiento de unos vertidos idóneos para generar un peligro catastrófico para el medio ambiente. De ahí que volver a tomar en consideración esa secuencia fáctica para sustentar en ella bien una modalidad agravada o el delito del artículo 556 implicaría un supuesto de doble sanción vulnerador del principio non bis in ídem. Lo que necesariamente obliga a dejar sin efecto la condena que la Sala de instancia realizó por este último delito».

Son varios los errores dogmáticos en los que incurre el TS en este FD 36 con relación a la calificación jurídico-penal de la conducta de desobediencia del capitán.

El primero de ellos reside en que, en sintonía con el error expresado al examinar el subtipo cualificado del art. 326-e), el TS vuelve a apuntar que resultaría conceptualmente posible apreciar el subtipo agravado de la desobediencia del art. 326-b) por imprudencia³³. Por tanto, con respecto a este primer error me remito a lo que expuse *supra* en el epígrafe anterior.

30 Vid. SILVA SÁNCHEZ, Delitos contra el medio ambiente, 1999, pp. 105, 123 s. y 168. Con posterioridad vid. SILVA/MONTANER, Los delitos contra el medio ambiente, Barcelona 2012, pp. 165 s. y pp. 251 s.

31 Vid. ya MARTÍNEZ-BUJÁN, Las posibles responsabilidades penales en el «caso Prestige», en *leZ, Ingurugiroa eta Zuzenbidea - Ambiente y Derecho*, 2003, nº 1, Bilbao, pp. 14 s., n. 6; Os posíbeis delitos ecolóxicos do «caso Prestige», en el libro *A lección do «Prestige»*, (E.J. Torres Feijó, ed.), Candeia Editora, Santiago de Compostela 2004, p. 230, n. 7; Posibles responsabilidades penales en el caso Prestige, en R. García Mira (ed.) *Lecturas sobre el desastre del Prestige. Contribuciones desde las ciencias sociales*, Instituto de Estudios e Investigación psicosocial X.V. Viqueira, A Coruña 2013, p. 253, n. 51. Vid. asimismo el ya citado trabajo publicado en R.P., 2014, pp. 239 s.

32 A ello aludía también SILVA SÁNCHEZ en el trabajo citado, 1999, p. 123; vid. también SILVA/MONTANER, 2012, cit., p. 166.

33 Ciertamente, el TS introduce aquí una matización, al incluir la siguiente frase en el susodicho FD 36: «Eso sí, siempre que solventáramos las dudas que la doctrina ha planteado respecto a la posible comisión imprudente de esta modalidad agravada».

Conviene aclarar al respecto que, obviamente, el TS no se está refiriendo aquí a las dudas que suscitaría la apreciación de la comisión por imprudencia de todo subtipo cualificado, sino que alude a las dudas que a él le plantea apreciar la imprudencia en este concreto subtipo de la desobediencia, sobre la base de entender que la conducta de desobediencia sería *per se* incompatible con la imprudencia, mencionando al respecto a un sector doctrinal (que el TS no especifica).

El segundo error dogmático es ignorar que, en cambio, y frente a lo que equivocadamente da a entender el TS, lo que sí resultaría perfectamente posible es apreciar el subtipo cualificado doloso de la desobediencia del art. 326-b) con relación a un delito base de contaminación realizado por imprudencia (art. 325 en relación con el art. 331). En tal caso habría que aplicar, pues, la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico imprudente³⁴.

Por consiguiente, si el TS considera que existió imprudencia con respecto al hecho base de la conducta contaminante realizada por el capitán Mangouras, lo correcto dogmáticamente habría sido apreciar el subtipo cualificado de la desobediencia definido en el art. 326-b), puesto que del relato fáctico declarado probado en la sentencia de la Audiencia de A Coruña (asumido por el TS) se infiere con claridad que la desobediencia fue dolosa³⁵.

El tercer error dogmático en el que incurre el TS es triba en el modo de plantear y resolver las relaciones concursales entre el referido subtipo cualificado del art. 326-b) y el delito autónomo de desobediencia grave del art. 556.

Dicho de forma resumida, recordemos que el TS en el citado FD 36 nos viene a indicar que el delito de desobediencia del art. 556 (que es el que aplicó la Audiencia) quedaría consumido en el delito de contaminación imprudente del art. 325 en la medida en que la acción de la desobediencia contribuyó a conformar la grave imprudencia del capitán con respecto al hecho base de la contaminación.

Sin embargo, ante esta apreciación del TS cabe oponer que no se alcanza a comprender cómo (si respetamos las reglas de interpretación de las normas penales) se puede justificar que una conducta de desobediencia

Y, por cierto, convendría que el TS especificase cuál es la doctrina que expresa sus dudas, porque plantear tales dudas acerca de si cabe una desobediencia por imprudencia (a los efectos del art. 326) carece de todo sentido, como ya sabemos, desde el momento en que ningún subtipo cualificado puede ser aplicado si media imprudencia. De nuevo hay que insistir en que la cita de la «doctrina» carece aquí también de todo sentido, puesto que se trata de una cuestión zanjada por el CP español, que no deja margen alguno para la especulación doctrinal.

34 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa* (Parte especial), 5ª edición, Valencia 2015, p. 954 y bibliografía citada. Vid. más ampliamente LADRÓN PIJUAN, La posibilidad de comisión por imprudencia del art. 326 CP, en RCP, 1998, pp. 345 ss. y 352 ss.; SILVA SÁNCHEZ 1999, cit., pp. 105 y 123, quien, a título de ejemplo, menciona expresamente el subtipo doloso de la desobediencia (así como el de la clandestinidad e incluso el riesgo de deterioro irreversible) con respecto a una conducta base de contaminación imprudente.

35 De hecho, recuérdese que en la sentencia de la Audiencia se aplicó el delito (doloso) de desobediencia del art. 556 CP para castigar la conducta del capitán Mangouras.

Cuestión diferente es saber si en la conducta del capitán podría haber concurrido alguna causa de justificación (completa o incompleta) o un error de prohibición (cuando menos vencible), algo que podría tener base, a la vista de los hechos realmente sucedidos, pero que ni la Audiencia ni el TS se plantearon.

Y otra cuestión, también diferente, es que el TS no justifica debidamente la entrada en juego del subtipo cualificado de la desobediencia del art. 326-b).

En efecto, el TS argumenta que, comoquiera que la sentencia de la audiencia consideró que el comportamiento del capitán «fue idóneo para integrar la base fáctica de un delito de desobediencia», automáticamente surge el subtipo cualificado del art. 326 b), desde el momento en que se admita —como hace el TS— que existe un delito de contaminación del art. 325.

Sin embargo, lo que sucede es que el automatismo que insinúa el TS no es correcto, puesto que en el art. 326 b) no se alude a una desobediencia a la autoridad sin más, sino que se trata de una desobediencia específica, que exige unos requisitos ulteriores, a saber: ha de tratarse de una desobediencia a «órdenes expresas» dictadas con el fin de que el destinatario «corrija o suspenda las actividades tipificadas en el artículo anterior».

Pues bien, sería muy discutible aceptar entonces la argumentación del TS, consistente en entender que «la base fáctica» que la sentencia de la Audiencia consideró probada para admitir un delito de desobediencia pudiese servir ya, sin más, para permitir aplicar el subtipo cualificado del art. 326 b). Y es que, para que ello fuese factible, habría que acreditar que el capitán era plenamente conocedor de que la orden dictada por la autoridad administrativa española iba dirigida a corregir o suspender una actividad contaminante y que, pese a ello, dolosamente quiso desobedecer dicha orden.

Pero sucede que si la conducta consistente en realizar una actividad contaminante por parte del capitán fue solo imprudente (como el propio TS reconoce), no sería posible apreciar entonces dolo en un subtipo agravado, porque si el capitán no sabía (con el conocimiento actual propio del dolo) que estaba realizando los elementos de un delito del art. 325, tampoco estaba en condiciones de conocer (con el conocimiento actual propio del dolo) que la orden que recibía consistía en «una corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior», ni por supuesto, tampoco estaba en condiciones de querer (elemento volitivo del dolo) hacerlo.

Más bien parece que, situados en tal hipótesis, concurriría también aquí un error vencible sobre el hecho cualificante («orden dirigida a corregir o suspender las actividades tipificadas en el artículo anterior»), por lo que se trataría de la realización imprudente de un subtipo agravado, que no resulta punible en el CP español a la vista de lo dispuesto en los arts. 14-2 y 65-2, según indiqué más arriba.

grave (dolosa) susceptible de ser subsumida en el art. 556 CP pueda quedar absorbida por el tipo básico del delito de contaminación imprudente del art. 325 en relación con el art. 331, por el mero hecho de que la aludida desobediencia fuese una de las (muchas) acciones que contribuyeron, en su conjunto, a conformar la producción y mantenimiento de unos vertidos idóneos para generar un peligro catastrófico para el medio ambiente³⁶.

Por otra parte, sorprende también que el TS recurra a idéntico razonamiento (invocando la vulneración del principio *ne bis in idem*) para descartar asimismo la aplicación del subtipo cualificado del art. 326-b). Y sorprende porque (según acabo de señalar en nota a pie de página) este subtipo no describe una desobediencia sin más, sino precisamente una desobediencia a una orden expresa de la autoridad administrativa que consiste en «corregir o suspender las actividades (scil., contaminantes) tipificadas en el artículo anterior». Por tanto, si acogiésemos la lógica argumentativa del TS, este subtipo cualificado no se aplicaría nunca, puesto que la desobediencia que describe en el art. 326-b) siempre tiene que incidir en una previa actividad contaminante.

Pero dejemos a un lado tales elucubraciones y regresemos a la realidad de lo que define nuestro Código penal, puesto que las circunstancias fácticas declaradas por el TS como probadas plantean un interesante caso práctico que el TS no ha querido (o no ha sabido) resolver y que importa clarificar aquí.

En efecto, aceptemos por un momento (a los solos efectos didácticos) los hechos que el TS considera probados y su encaje típico, a saber, y en esencia: que existió una grave imprudencia en lo referente a la actividad de la contaminación y que concurrió una desobediencia (dolosa) que encaja en el art. 326-b. Si ello fuese así, es obvio que la calificación correcta habría sido (según indiqué más arriba) la de aplicar el delito de contaminación por imprudencia (art. 325 en relación con el art. 331), a lo que habría que añadir el subtipo cualificado del art. 326-b, habida cuenta de la presencia de una des-

obediencia dolosa a una orden que perseguía poner fin a la actividad contaminante.

Así las cosas, cabría preguntarse entonces: ¿cuál sería la relación concursal con el delito del art. 556?

Ya sabemos que, para el TS, el subtipo agravado del artículo 326-b) sería «prevalente respecto al 556 en atención al principio de especialidad»; pero recuérdese que el TS parte de una premisa errónea (como es la de entender que el referido subtipo agravado puede realizarse por imprudencia), con lo que la tesis de la relación de especialidad sería de todo punto insostenible a partir de tal premisa, porque un subtipo cualificado imprudente no puede ser nunca ley especial con respecto a un delito autónomo doloso.

Ahora bien, si partimos de la premisa que considero correcta (el subtipo cualificado del art. 326-b ha de ser siempre doloso), sí tendría sentido plantearse la posibilidad de que concurra la aludida relación de especialidad que apunta el TS (o la de consunción que también se ha apuntado en la doctrina) de este subtipo con relación al delito del art. 556³⁷.

Ello no obstante, comparto la tesis de que esta conclusión dista mucho de estar clara por dos razones: de un lado, porque el art. 326 (también su sucesor el art. 327) incluye en su inciso inicial la cláusula «sin perjuicio de las (scil., las penas) que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código», cláusula que obviamente viene a salvar expresamente la posibilidad de castigar la conducta mediante otros preceptos del Código diferentes del delito de contaminación agravado; de otro lado, porque una desobediencia puramente formal (que supone la aplicación del art. 556) no integra el subtipo cualificado del art. 326, dado que la apreciación de este subtipo debe vincularse a la concurrencia de un mayor peligro para el medio ambiente, en la medida en que la desobediencia comporta la interrupción de un curso salvador de la Administración, encaminado a la tutela de dicho bien jurídico. En consecuencia, a la vista de ambas razones parece que la solución más adecuada al problema

36 Recuérdese además que, según el propio TS, entre los múltiples factores que contribuyeron a conformar la «grave imprudencia del capitán» (vid. supra epígrafe II.2.2., donde recojo hasta seis factores diferentes), la desobediencia aparece como uno más, reconociéndose, desde luego, que no fue la causante del vertido sino que simplemente contribuyó a «incrementar el riesgo de contaminación y en consecuencia de catástrofe ecológica en la medida que demoró durante unas horas la posibilidad de controlar la embarcación y con ella el vertido incesante».

Y, por supuesto, todo ello con la decisiva salvedad de que en los hechos declarados probados por la Audiencia (hechos que, insisto, el TS proclama respetar) constaba todo lo contrario: «*si sólo se considera acreditado el delito de desobediencia, de este delito no se deriva con el mismo no se han causado los daños y perjuicios derivados del vertido del PRESTIGE*»).

37 Vid. indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN, DPE, P.E., 2015, cit., p. 954.

concurral planteado sería la de apreciar un concurso ideal de delitos³⁸.

2.6. *La errónea argumentación del TS sobre la inaplicación del delito de daños a un espacio natural protegido del art. 330 CP o, en su caso, la errónea inaplicación de la agravación del art. 338 CP*

El TS se plantea en su sentencia la posibilidad de que en el caso que comentamos pudiese ser aplicado el delito del art. 330 CP o, en su caso, la hiper-agravación contenida en el art. 338 CP. Ello no obstante, el TS descarta su aplicación, apelando a su «constreñimiento a los hechos probados».

En concreto, en el FD 39 literalmente se indica:

«Más allá de cualquier análisis respecto a posibles relaciones concursales del citado artículo 330 CP, el rechazo a su aplicación viene justificado porque del relato de hechos de la resolución impugnada que, como ya hemos señalado con anterioridad, nos constriñe, no se deducen los presupuestos que determinarían su aplicación. Ni en relación a la identificación del espacio protegido afectado, ni al daño grave en algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo como tal.

El relato de hechos de la sentencia impugnada habla de la afectación de “espacios naturales”, sin especificar mínimamente en que consistió ésta, o si entre ellos se incluyen alguno o algunos de especial protección. Solo singulariza en la identificación, que no en el alcance de la afectación, del “Parque Nacional Marítimo Terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia”, lo que no resulta bastante para entender afectados algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo, cuya descripción habrá de buscarse en el instrumento normativo que declare el espacio en cuestión (en este sentido se pronunció la STS 876/2006 de 6 de noviembre).

Por las mismas razones hemos de rechazar la aplicación del artículo 338 CP incluido entre las disposiciones comunes no sólo a los delitos contra el medio ambiente, sino a todos los previstos en el Título XVI del Libro II del CP que reivindicaron los recursos del Fiscal, del Estado Francés, del Consejo de la Bretaña, de Aurelio Paulino y otros, de Amegrove y de Arco Iris.

Este precepto tiene ámbito de aplicación más amplio, en cuanto que afecta todo el Título XVI, y exige menores precisiones que el artículo 330 CP. El artículo 338 CP prevé la imposición de la pena superior en grado a las respectivamente previstas, cuando las conductas definidas en el citado Título “afecten a un espacio natural protegido”. Así que, aunque pudiéramos entender que la alusión en el relato de

hechos al Parque Nacional Marítimo Terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia es suficiente para entender que se trata de un espacio protegido, lo que no resulta bastante a los fines de sustentar esta agravación es la falta de una mínima especificación respecto al grado e intensidad de la afectación. En este sentido, de conformidad con el criterio fijado en la STS 1664/2002 de 28 de marzo de 2003, la agravación contenida en el artículo 338 CP exige determinar qué concreto espacio natural ha sido afectado y de qué manera».

A la vista del contenido del FD 39 que se acaba de reproducir, hay que comenzar reconociendo que, ciertamente, en los hechos declarados probados en la sentencia de la SAP de A Coruña no hay una referencia completa y exhaustiva a la intensidad de la afectación a los espacios naturales protegidos (otra de las múltiples deficiencias de esta sentencia), debido a que los magistrados coruñeses nunca se plantearon ya siquiera la posibilidad de apreciar delito ecológico alguno para cualquiera de los imputados.

Ahora bien, pese a dicho reconocimiento, cabe efectuar diversas precisiones.

La primera de ellas es que, si se lleva a cabo una lectura completa de la sentencia de la Audiencia (y se realiza un pequeño esfuerzo para la plena comprensión de sus términos), se puede llegar a la conclusión de que, en contra de lo que rotundamente sostiene el TS, de los hechos probados se deducen datos suficientes para integrar el elemento típico del «grave daño a un espacio natural protegido» (art. 330) o, al menos, el elemento de la «afectación a un espacio natural protegido» (art. 338).

En efecto, en el relato de hechos probados contenido en la sentencia de la Audiencia de A Coruña se indicaba:

«Como consecuencia del prolongado, extenso e intenso vertido de fuel, resultó contaminada una extensa zona de la costa norte y noroeste españolas (...).

Las cuantías exactas de esas indemnizaciones habrán de fijarse de acuerdo con los criterios que se dirán, pero constan al menos determinados datos concretos, cuales son:

1) (...)

8) En Galicia, además, resultaron afectadas algunas lagunas y multitud de espacios naturales, singularmente el Parque Nacional marítimo terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia.

9) En Cantabria resultaron afectados también playas y espacios naturales, así como en Asturias y en el País Vasco».

38 Vid. en este sentido ya LADRÓN PIJUAN 1998, cit., pp. 356 ss.; SILVA SÁNCHEZ 1999, cit., pp. 118 s.; SILVA/MONTANER, 2012, cit., p. 159. Vid. además MARTÍNEZ-BUJÁN, DPE, P.E., 2015, cit., p. 954, donde cito a otros penalistas que, como MUÑOZ CONDE, GÓMEZ RIVERO o PUENTE, se inclinan también por esta solución.

Y tales hechos deben ponerse en relación con lo que previamente se decía en el referido relato fáctico:

«2) Según un estudio realizado por investigadores de la USC, resultaron afectados por la llegada de vertidos del *Prestige* 2.980 km. del litoral costero, 1.137 playas contaminadas, 450.000 m² de superficie rocosa impregnada de chapapote, 526,3 toneladas de fuel en los fondos de la plataforma continental, una mortalidad estimada de 115.000 a 230.000 aves marinas, todos los ecosistemas marinos afectados, y altos contenidos de HAPs en la biota y sedimentos».

7) Hasta el día 16/01/2003, se atendieron en los centros de rescate más de 2.170 aves y además fueron soltadas 176 aves en Portugal y 25 aves en algunos puntos de Galicia lo que supone un total de 201 aves, si bien los perjuicios sobre aves y fauna en general han sido extensos y persistentes, siendo de especial relevancia en las ZEPA³⁹» (el subrayado es mío).

Por consiguiente, del relato fáctico se deduce con claridad que el vertido proveniente del *Prestige* afectó muy gravemente (extensa e intensamente) a multitud de espacios naturales protegidos, proyectándose sobre «todos los ecosistemas marinos» y causando «perjuicios extensos y persistentes» sobre las aves y la fauna de las ZEPA.

A la vista de ello, ¿cómo es posible que el TS llegue a afirmar que el relato de los hechos probados de la sentencia de la Audiencia «no especifica mínimamente en qué consistió la afectación a los espacios naturales protegidos», ni alude al «daño grave en algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo como tal»?

Por lo demás, conviene subrayar que dogmáticamente no habría habido obstáculo alguno para aplicar el delito del art. 330 en relación con el art. 331, desde el momento en que el delito de daños en un espacio natural protegido es un delito autónomo que admite la versión imprudente: el daño al espacio protegido es un elemento constitutivo de un tipo independiente y no entra en juego el art. 14-2 en materia de error.

Por otra parte, aun admitiendo como hipótesis de trabajo que no pudiese ser aplicado el delito del art. 330, el TS tendría que haber aplicado la hiper-agravación incluida en el art. 338, puesto que este precepto no contiene ya la expresión «algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo», y solo alude a la «afectación a algún espacio natural protegido» (sin especificar siquiera que esta tenga que ser «grave»), con lo que el cumplimiento de este presupuesto típico no plantearía problema alguno, a tenor de los hechos declarados probados por la Audiencia.

Por tanto, de acuerdo con los hechos probados y de acuerdo con su (errónea) premisa de poder aplicar los subtipos agravados aunque medie solo imprudencia (como hizo con el art. 326-e), el TS debería haber aplicado (si hubiese sido coherente) además el art. 338. Eso sí, a pesar de esta incoherencia en su argumentación, el TS acertó en cuanto a la conclusión de no aplicar el art. 338, habida cuenta de que esta agravación no podría haber sido aplicada aquí por las mismas razones por las que no podría haberlo sido el subtipo agravado del art. 326 e), según expliqué más arriba.

Finalmente, con relación a la no aplicación del delito del art. 330 (o, en su caso, la hiper-agravación del art. 338) resulta sumamente interesante efectuar un par de reflexiones de índole político-criminal.

La primera es que la entrada en juego de dicho delito (o de la hiper-agravación) comportaría la elevación de la pena de prisión con la que se castigaría al capitán Mangouras de una manera tal que superaría con creces los dos años de privación de libertad. Y probablemente hasta al propio TS le habría parecido una pena desproporcionada a la vista del comportamiento del capitán. Ante la imposibilidad de castigar a las personas físicas del entorno del armador y asegurada la atribución de la responsabilidad civil derivada de delito por el mero hecho de condenar al capitán (no nos engañemos, el fin primordial del juicio en el caso *Prestige*), no había necesidad preventiva alguna

39 Sin duda, el TS demuestra no saber qué es lo que se esconde bajo el acrónimo ZEPA, pese a que ya en los propios hechos probados de la sentencia de instancia se aclaraba brevemente su significado en la nota 28: «Zona de especial protección para las aves, que es una categoría de área protegida catalogada por los estados miembros de la Unión Europea como zonas naturales de singular relevancia para la conservación de la avifauna amenazada de extinción».

Si hubiese tenido un mínimo de interés en profundizar en el concepto de la ZEPA, el TS se habría percatado de que, más precisamente, se trata de una categoría catalogada por la UE de acuerdo con lo establecido en la directiva comunitaria 79/409/CEE y modificaciones subsiguientes («Directiva sobre la Conservación de Aves Silvestres» de la UE). La Directiva parte del reconocimiento de que las aves del territorio europeo son patrimonio común y han de ser protegidas a través de una gestión homogénea que conserve sus hábitats. Los estados miembros de la UE asumen la obligación de salvaguardar los hábitats de aves migratorias y ciertas aves particularmente amenazadas. Junto con las Zonas Especiales de Conservación (ZEC), las ZEPA forman una red de lugares protegidos por toda la Unión Europea, llamada Natura 2000.

(ni general, ni especial) de castigar con dureza al cabeza de turco por un comportamiento que ni él ni los expertos en navegación marítima ni la mayoría de la sociedad en general consideraron jurídico-penalmente reproable.

La segunda reflexión político-criminal que procede efectuar reside en el hecho de que si el TS hubiese aplicado el delito del art. 330 (o la hiper-agravación del art. 338) se habría visto obligado a plantearse la interesante cuestión de la imputación objetiva de estos «segundos daños» (los referentes a los espacios protegidos) a la conducta inicial del capitán o a la *intervención posterior* de las autoridades de Fomento. Y si, ante este planteamiento, hubiese leído mi comentario a la sentencia de la Audiencia de A Coruña (o cualquier buen Manual de Derecho penal)⁴⁰ habría tenido que llegar a la conclusión de que tal imputación objetiva debería ser descartada, puesto que dichos «segundos daños» no podrían ser concebidos como «concreción del riesgo creado con el comportamiento» del capitán Mangouras, o sea, no serían consecuencia directa de la infracción del cuidado exigible, en el sentido de que no encajan en el «fin de protección de la norma». Faltaría la necesaria «relación de riesgo» (o «nexo de antijuridicidad») entre el resultado dañoso definido en el art. 330 y la conducta del capitán. Ahora bien, la razón de ello estriba en que tales resultados serían atribuibles a una «esfera de responsabilidad ajena», a saber la de las autoridades de Fomento, cuya *intervención posterior* sustituyó o desplazó el riesgo originario (el creado por el accidente inicial o, en su caso, por la conducta del capitán) por un nuevo riesgo (la decisión de alejar el buque de la costa rumbo hundimiento y hacia el temporal) que entra privativamente en su esfera de responsabilidad⁴¹.

En fin, repárese en que, al eludir la aplicación del delito del art. 330 (o, en su caso, la de la agravación del art. 338), el TS evitó pronunciarse sobre lo que ineluctablemente tendría que haberse pronunciado: la exclusiva (o, cuando menos, preponderante) responsabilidad penal de las autoridades de Fomento por los daños a los espacios naturales protegidos.

2.7. La errónea argumentación sobre la inaplicación del delito de daños patrimoniales del art. 267 CP

El TS se plantea también en su sentencia la posibilidad de que en el caso que comentamos pudiese ser aplicado el delito de daños patrimoniales del art. 267 CP. Ello no obstante, descarta su aplicación merced a una argumentación que es, de nuevo, errónea.

En concreto, en el FD 37 literalmente se indica:

«El peligro descrito se materializó en la catástrofe ecológica producida, lo que nos reconduce a posibles relaciones concursales entre el delito apreciado y el de daños imprudentes.

En el ámbito del derecho medioambiental se plantean, como en otros delitos de peligro, especiales problemas concursales cuando el peligro creado se concreta además en resultados materiales. Así en este caso, el vertido idóneo para crear el riesgo que sanciona el artículo 325, se concretó en los resultados que ya se han especificado, lo que obliga a determinar la relación entre el delito de peligro y el de lesión, si de concurso de leyes o de delitos, análisis que no puede orillar la dimensión colectiva de aquel delito que protege intereses supraindividuales que suman las posibles individualidades materiales. En todo caso la regla fundamental es evitar el bis in ídem.

Existe una consolidada doctrina de esta Sala a tenor de la cual, en casos en que el peligro típico se concreta en lesiones o muerte de alguna persona, se aprecia un concurso entre el delito de peligro y el de lesión (entre otras 463/2013 de 16 de mayo y la 244/2015 de 22 de abril).

Cuando de bienes materiales se trata, la STS 1828/2002 de 25 de julio admitió la relación de concurso entre un delito contra el medio ambiente y otro de daños imprudentes, pero en ese caso tales daños estaban perfectamente identificados sobre unos bienes de titularidad individual, que no colmaban todos los que podían provocarse a consecuencia del peligro generado.

En el presente caso el relato de hechos probados describe con carácter general los efectos producidos por el fuel procedente del *Prestige*, entre los que no se concretan bienes jurídicos personales, solo materiales. Se describen las consecuencias del vertido provocado con cierta generalidad, lo que dificulta no solo individualizar los distintos titulares afectados, sino también el alcance mismo del deterioro producido, y con ello, delimitar algunos conceptos con relevancia típica. Es decir, lo que integra daño en sentido

40 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, R.P., 2014, cit., pp. 236 s. En general, sobre estos de «resultados imputables a la esfera de responsabilidad ajena» en el seno de la interpretación del fin de protección de la norma vid. por todos LUZÓN PEÑA, P.G., 2016, cit., L. 15/74 ss., pp. 210 s.

41 En efecto, cuando se produjo el vertido inicial, no se había producido el daño a los espacios naturales protegidos (en Galicia, señaladamente el Parque Nacional de las Islas Atlánticas, además de otros espacios de especial interés ecológico como el Parque Natural de Corrubedo o las Lagunas de Baldaio y Valdoviño). Por tanto, cabría sostener que, en términos jurídico-penales, fue precisamente la decisión de alejar el buque de la costa rumbo hundimiento y hacia el temporal la que creó el riesgo (o, cuando menos, la que lo incrementó decisivamente) de que se produjese este nuevo delito.

jurídico penal y como tal presupuesto objetivo del delito que obtiene de él nombre. El daño entendido como destrucción de la cosa (equivalente a la pérdida total de su valor), inutilización (desaparición de sus utilidades y cualidades) o menoscabo del objeto mismo que consiste en su destrucción parcial, un cercenamiento a su integridad o su valor. Concepto distinto de otros efectos que son un perjuicio derivado del riesgo creado, pero no suponen daño en sentido estricto, tales como los gastos realizados para limpiar las costas u otros.

De esta manera las pretensiones del Fiscal y de Proinsa y el Consejo Regional de Breaña que solicitaron la apreciación de un delito de daños en concurso con aquél no pueden prosperar. No pueden considerarse rechazadas, sin embargo, las del Abogado del Estado y el de la Xunta de Galicia porque, si bien ambos plantearon la calificación de daños imprudentes, lo hicieron como subsidiaria a la de delito medioambiental».

En lo que atañe al contenido de este FD 37, procede efectuar diversas matizaciones.

La primera es la que suscita la errónea caracterización del bien jurídico del delito ecológico de contaminación del art. 325 como un bien de «dimensión colectiva (...) que protege intereses supraindividuales que suman las posibles individualidades materiales».

Ante semejante caracterización hay que oponer que, ciertamente, este delito tutela un bien jurídico de dimensión colectiva y supraindividual, pero se trata de un bien jurídico que en modo alguno puede identificarse con la «suma de las posibles individualidades materiales».

El bien jurídico del tipo básico del delito de contaminación de los apartados 1 y 2-pfo. 1º del vigente art. 325 (el denominado medio ambiente ecocéntrico) no equivale a la suma de las posibles individualidades, porque se trata de un bien jurídico colectivo inmaterial no reconducible a bienes jurídicos individuales. Por tanto, pertenece al grupo de los delitos orientados a la tutela de bienes supraindividuales de carácter social general sin referente individual, porque no exige necesariamente un peligro para bienes individuales, a diferencia de lo que sucede con el medio ambiente antropocéntrico (art. 325-2, párrafo 2º), que requiere un riesgo para «la salud de las personas»⁴².

Ello significa que las relaciones entre dicho delito de contaminación y el de daños patrimoniales será siempre, sin duda, las propias de un concurso de delitos⁴³.

En efecto, y centrándonos en el caso *Prestige*, existiría siempre un delito imprudente de daños (art. 267), en la medida en que la marea negra no sólo afectó al valor ecológico (interés jurídico de toda la comunidad) sino al patrimonio individual de las personas, al poseer una dimensión puramente patrimonial individual y aparecer concretado en el detrimento que experimenta la propiedad ajena (piénsese en los daños causados a bateas, depuradoras, piscifactorías, útiles de pesca, etc.,).

Esta conducta se castigaba como delito en el momento de los hechos con la pena de multa de tres a nueve meses, siempre que los daños fuesen «causados por imprudencia grave y en cuantía superior a 60.101,21 euros {en la actualidad 80.000 euros}» (art. 267, párrafo 1º). Este delito entraría en concurso de delitos con las citadas figuras delictivas contra el medio ambiente, en atención a la distinta naturaleza del bien jurídico protegido, representado en el art. 267 por el detrimento que experimenta la propiedad ajena (dimensión puramente patrimonial individual), y que se diferencia del bien jurídico que se pretende tutelar a través de los delitos contra el medio ambiente. El concurso habría de ser calificado, asimismo, de ideal, habida cuenta de que se trata de resultados imprudentes.

Aclaradas estas cuestiones de dogmática jurídico-penal, hay que efectuar una segunda matización con relación a lo expuesto en el citado FD 37 de la sentencia del TS sobre la individualización de los daños patrimoniales.

Citando su propia jurisprudencia, el TS reconoce la relación concursal que puede llegar a existir entre un delito contra el medio ambiente y otro de daños imprudentes, pero aclarando que tal cosa es posible solo cuando (como sucedió en la STS 1828/2002 de 25 de julio) «tales daños estaban perfectamente identificados sobre unos bienes de titularidad individual, que no colmaban todos los que podían provocarse a consecuencia del peligro generado». Y esta circunstancia no concurría, en cambio, a su juicio, en el caso *Prestige*, dado que en este «se describen las consecuencias del vertido provocado con cierta generalidad, lo que dificulta no solo individualizar los distintos titulares afectados, sino también el alcance mismo del deterioro producido, y con ello, delimitar algunos conceptos con relevancia típica».

42 Sobre el bien jurídico en el delito de contaminación, vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., 2016, cit., pp. 184 ss. y 205 s.

43 Vid. por todos ya SILVA SÁNCHEZ, 1999, cit., pp. 140 s.; SILVA/MONTANER, 2012, cit., p. 220. En referencia al caso *Prestige*, vid. mi comentario a la sentencia de la Audiencia de A Coruña en MARTÍNEZ-BUJÁN, R.P., 2014, cit., p. 240, en atención a las razones que expongo a continuación en el texto.

En resumidas cuentas, el TS nos viene a decir que del relato de hechos probados de la sentencia de la Audiencia no se puede desprender la existencia de unos daños patrimoniales sobre bienes de titularidad individual, suficientemente determinados (en cuanto al alcance del deterioro y a los distintos titulares afectados) para integrar el resultado típico del art. 267.

Ahora bien, frente a lo sostenido por el TS, cabe oponer que, aunque la sentencia de la Audiencia fue también deficiente en este punto, porque los magistrados nunca se plantearon la posibilidad de que hubiese habido imprudencia alguna (ni por parte del capitán ni por parte de las autoridades españolas), lo cierto es que la existencia de daños patrimoniales fue evidente y además de gran cuantía, según se refleja expresamente en relato fáctico:

«Como consecuencia del prolongado, extenso e intenso vertido de fuel, resultó contaminada una extensa zona de la costa norte y noroeste españolas y de la costa oeste francesa y además se produjeron daños en instalaciones particulares y públicas, así como perjuicios consistentes en el cierre o reducción de negocios directa o indirectamente relacionados con actividades pesqueras y marisqueras, además de influir en una utilización muy reducida de espacios naturales abiertos al disfrute general y con obvias implicaciones en el negocio turístico.

Las cuantías exactas de esas indemnizaciones habrán de fijarse de acuerdo con los criterios que se dirán, pero constan al menos determinados datos concretos, cuales son:

1) En concreto, según fuentes oficiales, se estima que fueron 63.000 toneladas de fuel las derramadas por el Prestige, generando 170.700 toneladas de residuos, y unas 14.950 toneladas de fuel en los dos precios del barco (14.250 en proa y 700 en popa).

2) Según un estudio realizado por investigadores de la USC, resultaron afectados por la llegada de vertidos del Prestige 2.980 km. del litoral costero, 1.137 playas contaminadas, 450.000 m² de superficie rocosa impregnada de chapapote, 526,3 toneladas de fuel en los fondos de la plataforma continental, una mortalidad estimada de 115.000 a 230.000 aves marinas, todos los ecosistemas marinos afectados, y altos contenidos de HAPs en la biota y sedimentos.
(...)

10) Oficialmente se suspendió forzosamente en Galicia la actividad pesquera y marisquera hasta el 17/05/2003.

11) Los intereses privados y peculiares de las partes personadas en el procedimiento han sido cuantificados en los términos reseñados en los antecedentes de hecho de esta resolución»⁴⁴.

A la vista de lo que se acaba de transcribir, ¿cómo es posible que el TS pueda llegar a afirmar que no está suficientemente caracterizado e individualizado el daño patrimonial causado por el *Prestige* en la cuantía requerida por el art. 267?

Finalmente, procede añadir que, *mutatis mutandis*, sería trasladable aquí, en relación con el delito del art. 267, la segunda reflexión político-criminal realizada en el epígrafe anterior (con respecto al delito del art. 330), en el sentido de que si el TS hubiese optado por aplicar el delito del art. 267 se habría visto obligado a plantearse la cuestión de si todos los daños patrimoniales podrían ser objetivamente imputados a la conducta inicial del capitán o si, más bien, la mayoría de ellos tendrían que haber sido imputados a la maniobra de alejamiento del buque ordenada por el ex-director general de la Marina Mercante y a la consecuente extensión de la marea negra.

III. EL ERRÓNEO MANTENIMIENTO DE LA ABSOLUCIÓN DEL EX-DIRECTOR GENERAL DE LA MARINA MERCANTE

3.1. La desigualdad de trato dispensada por el TS al ex-director general en comparación con el capitán Mangouras, en cuanto a la doctrina sobre los límites a la facultad de revisión de sentencias absolutorias en la instancia

Según indiqué supra en el epígrafe I, el TS ratificó en su sentencia la absolución del ex-director general de la Marina Mercante, José Luis López-Sors, que había sido decretada por la Audiencia de A Coruña.

Dicha absolución de la Audiencia había sido recurrida en casación por diversas partes acusadoras, que habían solicitado la condena del ex-director general.

Pues bien, esta negativa del TS a revisar la absolución del ex-director general nos interesa aquí desde un doble punto de vista: por un lado, desde la perspectiva de su motivación formal; por otro lado, desde una perspectiva material, en lo que atañe a la indebida inaplicación de los delitos contra el medio ambiente y del delito de daños patrimoniales.

Vayamos por partes, analizando en este epígrafe la primera de tales perspectivas.

En lo que concierne a ella, el interés de la sentencia del TS en este punto reside en la desigualdad de trato

44 Vid. la Sentencia de la Audiencia de A Coruña (pp. 161 ss.). Los intereses privados a los que alude la sentencia en el referido apartado 11, se describen, efectivamente, en los antecedentes de hecho, donde se señalan multitud de cofradías y de empresarios que se detallan en los números 14 a 42 de dichos antecedentes, reseñando perjuicios que, desde luego, sumaban bastantes millones de euros.

Por lo demás, repárese en que obviamente se cumplía la condición de perseguibilidad, exigida en el párrafo segundo del art. 267.

que el TS dispensa al ex-director general en comparación con el que otorga al capitán Mangouras a la hora de establecer los límites a la facultad de revisión por parte del Tribunal de casación.

En efecto, según se razonaba acertadamente en el recurso de nulidad y en el recurso de amparo presentados por el letrado defensor del capitán Mangouras, el TS evidenciaría en su sentencia, al examinar la conducta del ex-director general, que el Tribunal conoce y aplica los límites constitucionales a la revisión de sentencias de instancia absolutorias, a diferencia de lo que sucede en el caso del capitán Mangouras.

Así, cuando el TS se plantea si el ex-director general podría haber sido responsable de los delitos que se le imputaban por diversas partes acusadoras, al negarse a refugiar el buque y ordenar su alejamiento, argumenta lo siguiente en el FD 53:

«El alcance de la revisión que nos corresponde efectuar se encuentra encorsetado a consecuencia del carácter absoluto del fallo impugnado, lo que veta en este momento una revaloración de la prueba que no hemos presenciado y que no es posible sin audiencia del acusado. Audiencia que, según consolidada doctrina de Sala, no tiene cabida en el recurso de casación. Sólo es posible la revisión de la inferencia jurídica que realizó el Tribunal de instancia a partir del relato de hechos probados de la sentencia recurrida y el de la racionalidad de la valoración desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes (...).

Ahora bien, también hemos dicho que la supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas... Sólo en los casos excepcionales en que la interpretación de la prueba haya sido absolutamente arbitraria, es decir, irracional o absurda (...) cabe revocar por este motivo una sentencia absolutoria. Y aun en tales casos este Tribunal de casación no puede substituir al de instancia en la valoración de una prueba que no ha presenciado, por lo que la consecuencia de la mencionada vulneración no puede ser otra que la nulidad de las actuaciones y devolución a la instancia para nuevo examen».

Pues bien, a la vista de lo expuesto en este FD 53 de la sentencia del TS, hay que compartir lo que se arguye en los aludidos escritos presentados por la defensa del capitán Mangouras, en el sentido de que resulta verdaderamente sorprendente que, cuando se refiere al ex-director general, el TS asegure con tanta rotundidad que, incluso no compartiendo la racionalidad del Tribunal *a quo* en la interpretación de las pruebas, nunca podría revisar esa interpretación, sino sólo anularla en

los casos extremos de que fuera irracional o absurda, mientras que, por el contrario, en el caso del capitán Mangouras haya entrado como elefante en una cacharrería (la expresión es mía) en la revisión de los hechos y de las inferencias que de ellos obtuvo el Tribunal de instancia, simplemente porque en su particular criterio no eran las correctas o más adecuadas.

En efecto, recuérdese que en los FD 25 a 33 (comentados detenidamente *supra* en el epígrafe II.2.2.) el TS reevalúa determinados hechos e infiere de ellos unas conclusiones distintas a las obtenidas por la Audiencia, con lo cual sustituye los razonamientos del tribunal de instancia por otros que al TS le parecen más correctos, modificando los juicios lógicos de inferencia.

Así las cosas, y en síntesis, repárese en que lo que fue posible en el caso del capitán Mangouras, se reveló imposible en el caso del ex-director general, con respecto al cual el TS afirma con rotundidad que tales reevaluaciones y modificaciones no podían ser llevadas a cabo, con la excepción del caso límite de que los juicios del tribunal de instancia fuesen absurdos o arbitrarios e, incluso en ese excepcional supuesto, con la consecuencia inevitable de la nulidad de la Sentencia y la devolución de la causa al Tribunal de instancia.

3.2. La indebida inaplicación de los delitos contra el medio ambiente y del delito de daños patrimoniales, en lo referente a la conducta del ex-director general

En cuanto a la segunda de las perspectivas anteriormente apuntadas, cabe asegurar que lo verdaderamente grave de la sentencia del TS fue mantener la absolución del ex-director general, cuando lo cierto es que existían sobradas razones para revisar la sentencia de instancia, sin alterar los hechos probados, a la vista de los numerosos y crasos errores jurídico-penales en los que incurrió la sentencia de la Audiencia de A Coruña, según expuse en mi comentario a esta última resolución⁴⁵.

En concreto, y expresado del modo más sintético posible, cabe recordar aquí que la absolución del ex-director general se basó, ante todo, en un erróneo entendimiento de la naturaleza jurídica de la imprudencia en Derecho penal así como de los requisitos del delito imprudente (en particular, errónea comprensión del papel que desempeñan las medidas previas de preparación e información, errónea valoración de la comparación de males, errónea caracterización de la autoría en los delitos imprudentes y, en fin, erróneo entendimiento de la imputación objetiva en los casos de «segundos daños»

45 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, R.P., 2014, cit., pp. 228 ss.

causados por una intervención posterior a la lesión inicial en los delitos de los arts. 325 y 330, en relación con el art. 331, y en el delito del art. 267). A mayor abundamiento, hay que recordar que en la sentencia de la Audiencia se desconocía en qué consiste la posición de garante y, consecuentemente, cómo hay que caracterizar la institución de la comisión por omisión en Derecho penal; asimismo, se interpretaba erróneamente el requisito de la accesoriadad administrativa, tanto en relación con el delito del art. 330 (que no la exige) como en relación con el delito del art. 325.

Tales errores eran de tanta trascendencia que la presencia de uno solo de ellos debería haber servido ya, a mi juicio, para casar la sentencia de la Audiencia. Y dejo a la imaginación del lector las medidas que el TS tendría que haber tomado, a la vista de la concurrencia de todos los errores mencionados.

Por lo demás, al no enmendar ninguno de dichos errores, hay que entender que el TS los asume en su totalidad, con lo que estos errores tienen que ser imputados también al alto Tribunal, puesto que los magistrados del TS que firmaron la sentencia se hallaban en posición de garante con respecto a la sentencia de la Audiencia sometida a su consideración (su omisión equivale a causar dichos errores por acción) y, por tanto, son responsables de todos los aludidos errores a título de comisión por omisión.

De este modo, en suma, a los errores cometidos por el TS por acción en su sentencia, que sirvieron para fundamentar la responsabilidad jurídico-penal del capitán Mangouras, hay que añadirles (por omisión) todos los errores incluidos en la sentencia de la Audiencia de A Coruña, que sirvieron para exonerar de responsabilidad criminal al ex-director general, López-Sors.

En fin, también desde esta segunda perspectiva, que he denominado *material*, baste con indicar que causa verdadero estupor que el TS haya revisado la sentencia de la Audiencia por infracción de ley en el caso de la conducta del capitán Mangouras y que no la haya revisado en el caso de la conducta de López-Sors, cuando la absolución de este se basó en un cúmulo de errores jurídico-penales tan evidente para cualquiera.

IV. CONSIDERACIONES SOCIOLÓGICO-JUDICIALES: UN PANORAMA DESOLADOR

La experiencia adquirida como comentarista jurídico en el caso *Prestige*, desde que empecé como columnista de prensa allá por diciembre de 2002 hasta el presente comentario, me ha servido para obtener unas certezas que siempre había barruntado pero que, sinceramente, me resistía a considerar como verdades apodícticas, unas certezas que ensombrecen hasta tal punto el panorama judicial (y fiscal) español que me llevan a calificarlo de desolador.

No es este el lugar apropiado para explayarse en el relato de otro panorama diferente (al margen del judicial), que, desde luego, merecería ser expuesto con detenimiento, y que debería ser calificado no ya de desolador sino de aterrador. Me refiero a toda esa amplia gama de medidas de presión, desde las muy groseras hasta las más sutiles, que hemos sufrido aquellos que, desde nuestra completa independencia⁴⁶, intentamos que aflorase a la opinión pública la verdad científica, jurídica y política en el caso *Prestige*. Unas presiones que, evidentemente, provenían ante todo de quienes gobernaban políticamente en España y en la Xunta de Galicia, pero que también procedían de un amplio espectro de poderes fácticos (medios de comunicación incluidos) que por diferentes razones (algunas a buen seguro inconfesables) se alinearon con las tesis gubernamentales.

Centrémonos, pues, en el aludido panorama judicial que nos ofrece el caso *Prestige* y que nos proporciona una auténtica lección jurídica distópica.

Un largo y negro primer capítulo fue escrito ya por el fiscal encargado del caso, quien condujo su participación en la instrucción de una manera tal que se acabó convirtiendo en el mejor y más eficaz baluarte en la defensa de las autoridades del Ministerio de Fomento. De semejante actuación me ocupé con detenimiento en diversas columnas de prensa, a las que me remito⁴⁷, bastando con que destaque aquí en particular, de forma resumida, que tal actuación tuvo una intervención determinante en la instrucción, señaladamente en la selec-

46 Constituye un verdadero sarcasmo que, en cambio, se les llenase la boca con la palabra *independencia* a ciertos medios de comunicación, defensoras (de forma abierta en unos casos, taimada en otros) de la actuación de las autoridades españolas, que recibían cuantiosas subvenciones de los gobiernos de turno, imprescindibles para su subsistencia.

47 Vid., principalmente, las siguientes columnas de prensa que publiqué en el diario *El País* (edición de Galicia): La prueba pericial del Prestige del 23-4-2007, Los peritajes del «Prestige» del 17-11-2008, Pseudoperito y parcial del 7-4-2009, El fiscal y el «Prestige» del 20-4-2009, relativas, fundamentalmente, al apoyo prestado por el fiscal, Álvaro García Ortiz, al dictamen pericial del ingeniero naval Santiago Martín Criado, que no solo era un pseudoperito, sino que además incurría en un caso clarísimo de pérdida de imparcialidad objetiva, como lo entendió el propio tribunal sentenciador en un auto sobre cuestiones preliminares.

ción de los peritos judiciales, decisiva luego para conseguir la absolución del exdirector general de la Marina Mercante. A mayores, las calificaciones jurídicas de la fiscalía comportaron diversos errores jurídico-penales, que acabaron por contagiar a todas las sentencias dictadas por los órganos judiciales encargados del caso, incluido el propio Tribunal Supremo.

El segundo capítulo de la negra historia del caso *Prestige* fue redactado por los diversos jueces que sucesivamente fueron ocupándose de la instrucción en el juzgado de Corcubión.

Si existe un caso paradigmático que, por diversas (y extraordinarias) razones, debería haber sido instruido por un juez especial, este era el caso *Prestige*. Sin embargo, la instrucción quedó encomendada a un juzgado con escasísimos medios materiales y a cargo de jueces con poca experiencia (incluyendo aun una jueza sustituta), desembocando en el tan criticable como revelador auto de 18-3-2009 que ponía fin a la instrucción, dictado por la, a la sazón, titular del Juzgado nº 1 de Corcubión⁴⁸.

El tercer capítulo de la negra historia fue obra de los magistrados de la sección 1ª de la Audiencia provincial de A Coruña que integraron la sala encargada de dictar sentencia.

Aquí los errores son ya mucho más imperdonables, puesto que se presume que en una Audiencia provincial española tales errores sobre conceptos muy básicos del Derecho penal no deberían existir. Sin embargo, como puse de relieve en mi comentario a esta sentencia, la cadena de disparates jurídico-penales es verdaderamente llamativa desde la perspectiva del estado actual de la doctrina jurídico-penal que estamos acostumbrados a leer en España y en los restantes países europeos de nuestro entorno.

Los poderes públicos (señaladamente el CGPJ) deberían indagar cuáles son las razones que permitan explicar cómo es posible que en la actualidad pueda dictarse en España una sentencia tan deplorable desde el punto de vista técnico en una Audiencia Provincial, algo que, por lo demás, no es un hecho aislado en las sentencias dictadas en el seno de otras Audiencias españolas.

Me limito a aventurar algunas de dichas razones, cuyas fuentes provienen tanto de mi experiencia profesional como de mis vivencias.

Desde hace ya bastantes años los alumnos se han venido licenciando o graduando en Derecho con unos muy deficientes conocimientos de Derecho penal (y no hablemos de lo que nos espera tras los últimos planes de estudios, con Bolonia como estandarte). Posteriormente, esos muy deficientes conocimientos no se van a ver mejorados con el actual sistema de concurso-oposición a las carreras judicial y fiscal. El lamentable sistema de oposición del turno ordinario no permite acreditar la posesión de verdaderos conocimientos de Derecho penal, puesto que el opositor se limita a recitar, como un papagayo, un contenido acrítico de preceptos del Código penal y a exponer una mínima y trasnochada doctrina jurídica, con lo que lo único que nos demuestra tal sistema, en el mejor de los casos, es que el opositor posee memoria y capacidad para aguantar física y mentalmente unos cuantos años de estudio en duras condiciones⁴⁹. Por su parte, cabría pensar entonces, *prima facie*, que el sistema del denominado tercer y cuarto turnos podría servir precisamente para captar a profesionales que se han caracterizado por una acreditada trayectoria jurídica previa y, consecuentemente, por demostrar no solo conocimientos jurídicos sino también inteligencia y capacidad de razonamiento; no obstante, desgraciadamente esta vía tiene que estar condenada al fracaso en un país como España, puesto que la experiencia nos demuestra que en no pocos casos ha sido utilizada para incorporar a la carrera judicial a personas que casualmente resultaban ser familiares o allegados de influyentes altos cargos de los gobiernos de turno o de destacados miembros de las carreras judicial y fiscal.

Así las cosas, podría pensarse todavía que el paso por la Escuela Judicial y el posterior trabajo ya como profesional de carrera va a proporcionar al juez (o fiscal) español los conocimientos de Derecho penal que hasta entonces no había podido adquirir, así como la necesaria capacidad crítica para saber interpretar una norma y aplicarla al caso concreto. Nada más lejos de la

Por lo demás, no puedo dejar de mencionar que mantuve una conversación (breve, pero muy ilustrativa para mí) con dicho fiscal a petición suya y en presencia de un periodista del diario *El País* (José Precado).

48 La inconcebible valoración de las pruebas, la enorme cantidad de errores jurídicos contenidos en dicho auto y la propia ininteligibilidad lingüística del texto redactado por la jueza Carmen Veiras Suárez fueron también comentadas por mí en una columna de prensa, titulada El auto sobre el «Prestige», publicada en *El País (edición de Galicia)* el 26-3-2009.

49 Ahora bien, esa capacidad de resistencia, puesta a prueba durante esos años, conlleva el indeseable efecto secundario de que, como contrapartida, la capacidad de raciocinio y de *sindéresis* puede quedar seriamente deteriorada tras desplegar un esfuerzo tan absurdo y baldío.

realidad. Al comenzar su vida profesional, nuestro juez entra en una infernal y esterilizante espiral de trabajo que le incapacita para adquirir tales conocimientos y le obnubila la capacidad de raciocinio. Y a ello hay que añadir esa peculiaridad hispánica, consistente en que un juez dedicado durante muchos años a una determinada especialidad jurídica pueda transmutarse de pronto en juez de otra especialidad diferente: nunca pude entender, por ejemplo, cómo un juez dedicado durante muchos años al Derecho laboral pueda convertirse por arte de magia en un magistrado especialista en Derecho penal en una Audiencia o en un Tribunal Superior (caso real), cuando estudió la asignatura de Derecho penal bajo la vigencia del Código penal anterior. Y máxime cuando uno se encuentra con magistrados que alardean públicamente de no haber leído libro alguno de Derecho penal desde sus estudios de licenciatura (caso también real).

En fin, el cuarto capítulo de la negra historia del caso *Prestige* viene integrado por la actuación del propio Tribunal Supremo. Y aquí la cosa se vuelve ya intolerable, porque estamos hablando de magistrados de dilatada trayectoria jurídica⁵⁰ que, por el cargo que ocupan y la función casacional que desempeñan, deberían poseer muy sólidos conocimientos de Derecho penal. Pues bien, la enseñanza que nos proporciona el caso *Prestige* nos deja una postrera y triste lección jurídica también en este ámbito, tal y como he intentado demostrar en el presente trabajo.

El hecho de que cinco magistrados del TS, con el correspondiente apoyo del cuerpo de letrados con que cuenta el alto tribunal, hayan incurrido en errores jurídico-penales tan relevantes, incluyendo un entendimiento erróneo de preceptos básicos del Código penal español, debería hacernos reflexionar a todos. Y sobre todo cuando se trata de errores que podrían haberse evitado con la simple lectura de un buen Manual de Derecho penal o de aquellos trabajos específicamente destinados a analizar las resoluciones judiciales previamente dictadas en el caso *Prestige*.

Sabido es el secular divorcio existente en España entre la jurisprudencia y la doctrina, de tal manera que, salvo honrosas excepciones, las sentencias dictadas en

materia penal han venido basándose en argumentos (algunas veces pintorescos, por decirlo de modo un tanto eufemístico) que discurren de espaldas a las contribuciones doctrinales (en ocasiones de espaldas incluso al propio Código penal) y que acaban por conformar un *corpus* jurídico autorreferencial, que, como tal, es perfectamente moldeable.

No desconozco que el nivel jurídico de las sentencias dictadas en nuestro país ha crecido (¡solo faltaría!) desde los lejanos años en que yo comenzaba mi carrera como profesor universitario, en los cuales aconsejaba *urbi et orbi*, a alumnos y estudiosos del Derecho penal, no leer jurisprudencia, aunque fuese nada más que para evitar el contagio de la deficiente ortografía y de la delirante sintaxis empleada en las sentencias, las cuales comportaban un alto riesgo de avillanar nuestro lenguaje.

Ello, no obstante, dicho nivel sigue siendo todavía deficiente, y máxime si se compara con el rigor jurídico alcanzado en muchos (no en todos, por supuesto) de los trabajos elaborados en la moderna doctrina española. De hecho, cabe asegurar que en la actualidad existe una brecha insondable entre jurisprudencia y doctrina que debería conducirnos a una nueva reflexión conjunta.

Por un lado, nos encontramos con una doctrina jurídico-penal que ha situado la investigación en cotas difícilmente imaginables hace algunos decenios, al nivel de la investigación realizada en los más destacados países de nuestro entorno. Sin embargo, esa labor investigadora tiene, por otro lado, un muy escaso eco en la jurisprudencia.

En este sentido, resulta verdaderamente llamativo comparar algunos voluminosos estudios doctrinales sobre instituciones penales o sobre figuras delictivas con los considerandos que después reflejan los jueces en sus sentencias. Ante semejante perspectiva cabe preguntarse a quiénes van dirigidos esos voluminosos estudios que tanto esfuerzo han requerido de sus autores y tanto dinero de recursos públicos han consumido. A jueces y a fiscales no, desde luego; pero a los alumnos, tampoco, puesto que, como indicaba más arriba, el nivel exigido en nuestras universidades es cada año inferior, como se refleja en el contenido de los Manua-

⁵⁰ Con todo, con ser cierta la dilatada trayectoria jurídica de dichos magistrados, tampoco puede asegurarse que en la Sala Segunda del TS se hallen necesariamente los mejores especialistas en Derecho penal, si se atiende al criterio de selección de sus integrantes. En efecto, si tenemos en cuenta que tales magistrados son elegidos por el CGPJ, y que los miembros de este órgano son, a su vez, elegidos por los partidos políticos a través del Parlamento, se comprenderá la influencia que la política posee en el nombramiento de dichos magistrados. Ello conduce a que en no pocos casos los elegidos para el alto tribunal sean destacados miembros de las (politizadas) asociaciones judiciales a la sazón dominantes o magistrados que los partidos políticos consideren afines a sus posiciones ideológicas. Obviamente, ni que decir tiene que estas condiciones personales no aportan *per se* relevantes conocimientos jurídico-penales.

les de Derecho penal, cada vez más esquemático y rudimentario.

Así las cosas, ya va siendo hora de que la sensatez se imponga y de que la aludida brecha se suture, proporcionándose los medios necesarios para que los jueces y fiscales sean verdaderos destinatarios de los estudios doctrinales. Claro que aquí la doctrina debería también reorientar sus trabajos, en el sentido de que estos puedan llegar a ser fácilmente comprensibles por los órganos encargados de administrar justicia. Resulta verdaderamente llamativo comprobar cómo en la doctrina proliferan investigaciones complejas y profundas, que se hallan muy alejadas del nivel medio que podemos encontrar en los considerandos jurisprudenciales, mientras que en estos se yerra ya en la comprensión de cuestiones básicas sobre la interpretación de preceptos fundamentales del Código penal, con lo que el respeto al principio de legalidad deviene ilusorio.

En suma, los esfuerzos doctrinales deberían ir encaminados primordialmente a contribuir a lograr algo tan elemental, pero tan valioso, como es la consecución de rigor, claridad y seguridad jurídicas en las resoluciones jurisprudenciales. Obviamente, ello no supone que la doctrina deba renunciar a elaborar propuestas político-criminales⁵¹, pero siendo consciente de que la trascendencia de tales propuestas es limitada: ¿qué

trascendencia puede tener la reforma de los preceptos penales si después, en muchos casos, los tribunales van a seguir operando de la misma manera en que lo han venido haciendo hasta la fecha, a saber, haciendo caso omiso del contenido de los preceptos del Código penal y construyendo una superestructura normativa que no solo es *praeter legem* sino incluso *contra legem*?

En fin, el negro episodio judicial del caso *Prestige* es un elocuente ejemplo de todo lo hasta aquí expuesto. Y de muchas cosas más (claro es) en las que no puedo ni quiero entrar aquí. Nunca olvidaré la frase pronunciada por el (tan prestigioso como nada sospechoso de parcialidad) especialista en seguridad marítima Martínez Mayán (asesor verbal del exdirector general de la Marina Mercante en los primeros días de la catástrofe marítima y al que, por cierto, en ningún momento se le preguntó sobre la posibilidad de refugio del buque): «no creo que exista un profesional en el planeta que quiera ser medianamente honrado y que aconseje llevar el barco mar adentro».

Pues bien, la decisión de llevar el barco mar adentro, con «rumbo hundimiento», fue la tesis defendida (e incluso elogiada) por el fiscal, la jueza instructora, tres magistrados de la Audiencia de A Coruña y cinco del Tribunal Supremo⁵².

51 Eso sí, siempre que se trate de propuestas político-criminales en sentido estricto, encaminadas a la mejora de la legislación vigente desde una perspectiva técnico-jurídica. Las propuestas puramente ideológicas (en las que los penalistas tenemos la misma autoridad que cualquier otro ciudadano) corresponden al Parlamento.

52 Sería injusto desconocer, empero, la brillante defensa de la tesis contraria, sostenida en el auto nº 553 de la Audiencia provincial de A Coruña, sección 1ª, de 5-10-2009 (firmado por los magistrados Ángel Mª Judel Prieto, ponente, José Mª Sánchez Jiménez e Ignacio Picatoste Sueiras), en el que se transformaba la causa al trámite de procedimiento abreviado y se revocaba el sobreseimiento provisional decretado por el juzgado de Corcubión con relación al exdirector general de la Marina Mercante. Sobre este auto vid. mi columna de prensa titulada Aún hay jueces en la Audiencia, publicada en *El País (edición de Galicia)*, el 12-10-2009, así como las referencias contenidas en el comentario que se incluye en mi trabajo publicado en *Revista Penal*, 2014, cit., pp. 224 ss. y en *Revista Foro FICP*, nº 2013-3, cit., pp. 43 ss.