

S'PRAXI IDE ET PRO

# Revista

Julio 2014

34

Revista Penal

# Penal



Julio 2014



# Revista Penal

Número 34

## Sumario

---

### Doctrina:

- La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿Qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma?, *por Kai Ambos* ..... 5
- El proyecto de reforma del código penal de 2013. Algunas reflexiones político criminales, *por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Ana E. Liberatore S. Bechara* ..... 19
- ¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay *por Pablo Galán Palermo* ..... 34
- Presente y futuro de las insolvencias punibles, *por Alfonso Galán Muñoz* ..... 54
- Las mujeres como víctimas de la denominada “violencia de género” y el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, *por Pastora García Álvarez*..... 83
- La (supuesta) supresión de las faltas en el proyecto de reforma del Código penal de 2013, *por Carmen López Peregrín* ..... 102
- El ocaso de la pena de muerte en la Jurisdicción penal internacional. Un ejemplo para la abolición universal, *por Antonio Muñoz Aunión* ..... 123
- La mujer en el umbral del delito, *por Miguel Ángel Núñez Paz* ..... 131
- Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013, *por M.ª del Valle Sierra López* ..... 149
- Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, *por Javier de Vicente Remesal*..... 170
- El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela, *por Yu Wang* ..... 204
- Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, *por Gerhard Werle y Boris Burghardt*..... 212

### Jurisprudencia:

- La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas), *por Carlos Martínez-Buján Pérez* ..... 224

**Sistemas penales comparados:** Delitos de bagatela (The *de minimis* doctrine in criminal cases) ..... 242

### In Memoriam:

- Winfried Hassemer y la ciencia del Derecho Penal, *por Francisco Muñoz Conde* ..... 293

**Bibliografía,** *por Francisco Muñoz Conde y Manuel Jesús Dolz Lago*..... 299

**Noticias:** Declaración de Göttingen sobre policía e investigación en Brasil ..... 307



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



**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  
jcferrreolive@gmail.com

### **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
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	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
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y 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**

Elisa Hoven (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Marco Aurélio Florêncio Filho (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Francesco Diamanti (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 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](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas)

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

**Revista Penal, n.º 34. - Julio 2014**

### HECHOS PROBADOS REFERIDOS A LA ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS

La primera llamada de socorro se recibió en el Centro Zonal de Coordinación de Salvamento Marítimo y Lucha contra la Contaminación Marina de FINISTERRE (en lo sucesivo CZCS) a las 14,15 horas del día 13/11/02 y poco después a las 14,33 horas desde el *Prestige* se solicitó la evacuación de mandos y tripulación.

La Administración española movilizó entonces helicópteros y remolcadores con la finalidad de auxiliar al buque, realizar la evacuación solicitada y evitar que el barco derivase hacia la costa gallega y encallase/embarcarse en ella.

Asumió la dirección y responsabilidad de esas operaciones quien entonces era Director General de la Marina Mercante Española, **JOSÉ LUIS LÓPEZ SORS GONZÁLEZ**, de 61 años de edad, como nacido el 08/10/1941 y sin antecedentes penales, centralizándose la dirección de estas operaciones en el edificio de la

Delegación del Gobierno en A Coruña, donde el Sr. Delegado del Gobierno, ARSENIO MIGUEL FERNANDEZ DE MESA DÍAZ DEL RÍO desempeñó una tarea de coordinación difusa y confusa, tanto en la constitución de un organismo que rigiese las operaciones como en la facilitación de estructuras burocráticas y de atención a personas que pudieran informar a las autoridades y auxiliar al buque, evitar un vertido de fueloil catastrófico y procurar que se recuperase el barco pese a sus graves averías.

Así, los helicópteros enviados al lugar de autos evacuaron a los 24 marineros del *Prestige* en dos grupos de 7 y 17 hombres respectivamente a las 18,30 horas del mismo día 13/11/2002.

Quedaron en el barco, voluntaria y arriesgadamente, el capitán, el jefe de máquinas y el primer oficial.

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.

Accedieron entonces al barco dos tripulantes del remolcador IBAIZABAL I para colaborar en las tareas de dar remolque.

Según el jefe de operaciones de REMOLCANOSA, Gonzalo Vidal Costa, entre las 17 y las 21,09 horas del día 13/11/2002 Hubo negociaciones respecto a la utilización de los remolcadores firmándose un Lloyds

open form, es decir, **LLOYD'S STANDARD FORM OF SALVAGE AGREEMENT (APPROVED AND PUBLISHED BY THE COUNCIL OF LLOYD'S)**, o lo que es lo mismo **CONTRATO TIPO DE SALVAMENTO (Aprobado y publicado por el Comité del Lloyd's) SI NO SE SALVA, NO SE PAGA** (folios 1368 y ss.).

Pese a constar un fax remitido el mismo día 13/11/2002, agradeciendo la confirmación de un contrato de remolque, en hora no precisada del siguiente día 14/11/2002 se firmó un documento según el cual

"Ante mí, D. Ángel del Real Abella, Capitán Marítimo Coruña, el Capitán WYTSE H. HUISMANS, Capitán de la Marina Me Holandesa, perteneciente a la empresa Smit Salvage y que procede tomar el mando del buque de bandera de Bahamas 'Prestige' por orden de su armador, se compromete:

A no estar nunca a menos de 120 millas náuticas de las (sic) jurisdiccionales españolas o donde España ejerza jurisdicción. E (sic) este trayecto estará escoltado por buques de la Armada Español (sic) impedirán su acceso dentro de las 120 millas antes mencionadas.

Asimismo, contará con el apoyo de un buque de salvamento Sasemar para facilitar la operación de trasvase de la carga y la seguridad del personal embarcado.

Lo que se pone en su conocimiento, ante el representan (sic) la Consignataria española Ceferino Nogueira para dar fe de que el C (sic) antes mencionado comprende en todos sus términos dicho escrito."

A las 10,30 horas del día 14/11/2002 llegó al Prestige un técnico español, Serafín Díaz Regueiro, quien, en un arriesgado descenso desde un helicóptero, accedió al barco y procedió, sobre las 15,30 horas, a poner en marcha la máquina con el concurso de las personas que estaban en el buque, aunque los términos exactos de esa situación son confusos.

A las 14 horas del mismo día llegan a la altura del Prestige cuatro remolcadores y, por fin, el remolcador RIA DE VIGO hizo firme el remolque a las 12,40 horas UTC cuando el buque estaba a 5,3 millas de Muxía y a 4,6 millas del cabo Touriñán, consiguiéndose el remolque al séptimo intento en condiciones terribles, aunque antes (a su cuarto intento) lo consiguió el remolcador Sertosa 32 que no podía con el Prestige y después también consiguieron hacer firme el remolque otros remolcadores, a los que se ordenó que siguiesen un rumbo de 330 grados es decir hacia un temporal del NW que se aproximaba.

Según informe del centro Zonal de Finisterre "hasta las 18:00:44 horas UTC del día Catorce de Noviembre de 2002 el símbolo representado en ellos como buque Prestige (C6MN6) tiene forma rectangular cerrada (eco real) y a partir de esa hora los gráficos presentan

el eco de dicho buque en forma rectangular abierta por las dos caras laterales (eco inercial)".

Del buque se hizo cargo una empresa de rescataores y salvamento, SMIT SALVAGE, que accedió al buque a las 2,50 horas del día 15/11/2002, después de haber firmado en la capitanía marítima el compromiso de alejar el navío a 120 millas de la costa española, en los términos que se dejan reseñados.

Los rescatadores decidieron entonces parar la máquina del Prestige y fijaron un rumbo suroeste de 220 grados, comprobando que la rotura del costado de estribor del Prestige era de unos 35 metros y que estaba por debajo de la línea de flotación por lo que pidieron a las autoridades españolas un puerto de refugio, siendo desatendida esa petición.

A las 14 horas del día 15/11/2002 la capitanía Marítima de A Coruña denuncia ante el Juzgado al capitán del buque por obstrucción y desobediencia, procediéndose a las 14,30 horas del mismo día a evacuar totalmente el Prestige, es decir rescatando a los mandos del buque que no lo habían abandonado hasta ese momento, a cinco tripulantes filipinos que habían regresado al barco para desempeñar tareas de auxilio en las operaciones que se llevaban a cabo y a cinco técnicos holandeses de un equipo especial.

Al llegar el capitán Mangouras al aeropuerto coruñés de Alvedro, a las 18,45 horas del mismo día 15/11/2002 es detenido por la Guardia Civil que lo puso a disposición judicial, decretándose su prisión provisional que padeció hasta el día 06/02/2003 en el que recuperó su libertad previo pago de una fianza de 3.000.000 de euros.

El Prestige continuó su ruta remolcado en dirección sur, con unos daños estructurales que cada vez eran más evidentes y graves. En las últimas horas de la tarde del día 16 de noviembre y en la madrugada del día 17, se apreció que ya no sólo existía un boquete longitudinal, sino también una grieta transversal que hizo moverse al palo central de estribor (punta de carga). También se comprobó que el Prestige seguía vertiendo una cantidad muy importante de fuel.

El mismo día 17 de Noviembre la Guardia Civil intervino en la habitación que ocupaba el tercer oficial del Prestige en el Hotel Avenida de A Coruña, el diario de navegación del buque.

En la mañana del lunes, 18 de noviembre, toma el remolque del Prestige por popa el remolcador chino Deda, que será el que, en lo sucesivo, dirija la ruta del buque, acompañado por el Ría de Vigo y el Charuca Silveira; éste último es posteriormente sustituido por el Alonso de Chaves, de modo que el Sertosa 32 y el Cha-

ruca Silveira regresan a su base, siendo la intención de los responsables del remolcador Deda al parecer llevar al buque hasta Cabo Verde.

El 18 de noviembre, a las 15,20 horas el Helimer Galicia desembarca en el *Prestige* al Capitán Marítimo de A Coruña, Ángel del Real, al Jefe de Seguridad Marítima, Alonso Mencía Álvarez y al Inspector de la Capitanía Marítima Serafín Díaz Regueiro, los cuales habían sido enviados al buque por indicación del Director General de la Marina Mercante, para recuperar la documentación que ni el capitán ni los tripulantes de Smith Salvage entregaron a las autoridades españolas, así como para hacer una inspección y tratar de recoger muestras de la carga. Estos funcionarios y técnicos permanecieron en el *Prestige* hasta las 15,52 horas, en que, una vez cumplido su cometido, son retornados por el Helimer de Galicia a A Coruña, constando al folio 888 la documentación incautada, consistente en diarios, cartas y carpetas de diverso contenido.

En su marcha hacia el sur, el convoy llegó cerca de aguas bajo la jurisdicción de Portugal. A las 23,40 horas del día 18, el Ría de Vigo informó que una fragata portuguesa les había indicado que el remolque no podía entrar en aguas de la zona económica exclusiva de Portugal, información que la propia fragata confirmó a las 00.00 horas. Esto obligó a virar el rumbo del buque hacia el Oeste.

El día 19 de noviembre de 2002 a las 08.00 horas el *Prestige* se partió en dos; a las 11.45 horas la popa del *Prestige* se hundió a una profundidad estimada de 3.500 metros; a las 16,18 horas la proa del buque se hundió en una sonda de 3.800 metros y una distancia a tierra de 138 millas.

Desde que se hizo firme el remolque hasta que el buque se partió pasaron unas 115 horas en las que recibió de 37.600 a 46.000 golpes de mar.

(...)

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 pecios 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 m<sup>2</sup> 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.

3) La costa afectada se extiende principalmente desde la desembocadura del río Miño en Galicia hasta El Canal de la Mancha, siendo la costa gallega la más

afectada, (sobre todo la Costa da Morte, y más concretamente en Islas Sisargas, Muxía, Cabo Touriñán, Carnota, Parque Natural de Corrubedo, Fisterra), seguida del litoral cantábrico español y francés, afectando a 13 departamentos franceses.

(...)

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 ZEPA.

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.

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

## 1. Introducción

Entre las cuestiones jurídicas que suscita la sentencia del caso *Prestige*<sup>1</sup> destaca la absolución del exdirector general de la Marina Mercante (José Luis López-Sors).

A la vista de los numerosos escritos de acusación presentados en el juicio<sup>2</sup>, los posibles delitos aplicables a López-Sors eran tres, en sintonía con la calificación que indiciariamente yo propuse en su día<sup>3</sup>: en primer lugar, el comúnmente llamado “delito ecológico” (o “delito de contaminación”), que se define en el art. 325 del Código penal, y que puede ser cometido por imprudencia grave (art. 331); en segundo lugar, el delito de daños en un espacio natural protegido del art. 330, que admite asimismo la realización imprudente (en relación también con el art. 331); en tercer lugar, el delito de daños patrimoniales, que en su versión imprudente se tipifica en el art. 267, aunque este es un delito perseguible a instancia de parte (previa denuncia de la persona agraviada), por lo que quienes ejercieron la acción popular no pudieron acusar por él.

Conviene aclarar que en algunos escritos de acusación se imputaban estos delitos (o algunos de ellos) a

título de dolo, calificación que también se insinuaba en el auto nº 553 de la Audiencia provincial de A Coruña (sección 1ª), de 5-10-2009, 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 a López-Sors.

Ello no obstante, en el presente comentario voy a prescindir del análisis de la calificación dolosa<sup>4</sup>, porque, a la vista de los hechos probados, en la sentencia se descarta ya *ab initio* la posibilidad de dicha comisión, siendo así que toda la argumentación jurídica va referida a la comisión de hechos imprudentes. Y aquí lo que pretendo, ante todo, es mostrar que el razonamiento utilizado en los fundamentos de derecho de la sentencia para descartar la imprudencia es erróneo y que algunos de los conceptos jurídico-penales básicos empleados son también erróneos.

Así pues, en la sentencia se rechaza la existencia de los tres delitos mencionados, no solo en su versión dolosa, sino también en su versión imprudente. Y no solo eso, sino que se llega además al extremo de afirmar que la actuación de López-Sors “fue enteramente lógica y claramente prudente”<sup>5</sup>.

1 Sentencia de la Audiencia provincial de A Coruña, sección 1ª, de 13-11-2013, procedimiento abreviado 0000038/2011, dictada por los magistrados Juan Luis Pía Iglesias (ponente), Salvador Sanz Crego y María Dolores Fernández Galiño.

También se absuelve al capitán y al jefe de máquinas de los delitos contra el medio ambiente y del delito de daños patrimoniales, porque no se acredita que estos imputados conocieran el estado real del buque en cuanto a los defectos de conservación que causaron su hundimiento y se considera que las maniobras realizadas después del accidente inicial, en especial las empleadas para corregir la escora y adrizar el buque, fueron correctas.

Únicamente se condena al capitán por un delito de desobediencia.

2 Entre dichos escritos de acusación contra López-Sors no figuraba el de la fiscalía, que se limitó a acusar al capitán y al jefe de máquinas del buque. Sobre la posición de la fiscalía en este proceso (a mi juicio, muy criticable por muchos motivos, lo que merecería un extenso capítulo aparte), y sus intervenciones en defensa de López-Sors, vid. mis columnas de prensa publicadas en *El País* (edición de Galicia), en especial las correspondientes a los días 23-4-2007, 17-11-2008, 7-4-2009 y 20-4-2009, relativas a su apoyo al dictamen pericial del ingeniero naval S. Martín Criado, que no solo era un pseudo-perito, sino que además incurría en un caso clarísimo de pérdida de imparcialidad objetiva, como así lo entendió el propio tribunal sentenciador en un auto sobre cuestiones preliminares.

3 Vid. MARTÍNEZ-BUJAN, 2003, pp. 13 ss., 2004, pp. 226 ss. y 2013, pp. 250 ss.

4 Con todo, a la vista de la doctrina de la ignorancia deliberada, asumida por nuestro TS, no era descabellado plantearse este título de imputación (como se hacía en el citado Auto de procesamiento de 5-10-2009) si se interpreta que López-Sors nunca pensó en refugiar el buque y por tal motivo renunció conscientemente a informarse adecuadamente sobre ello y a seguir el protocolo marcado en el Plan nacional de contingencias. Por supuesto, de los hechos probados se deduce que en la conducta de López-Sors había dolo con relación al alejamiento y al hundimiento, y además dolo incluso con relación a la circunstancia de que se podría producir una afectación más extensa (con inclusión de espacios protegidos) que la que tendría lugar con el hundimiento en un lugar de refugio. Por tanto, el único aspecto convertido con relación al dolo se centraría en el dato de que López-Sors consideró que la solución del hundimiento en alta mar constituía un mal menor que el mal que se podría haber ocasionado con el refugio.

5 Con todo, hay que advertir de que esta conclusión contrasta, paradójicamente, con otras afirmaciones contenidas en la propia sentencia absolutoria, como. v. gr., cuando se indica que López-Sors “tomó una decisión discutible” (p. 207).

La referida conclusión contrasta también frontalmente con la obtenida en el citado auto de procesamiento de 5-10-2009, en el que se indicaba, con relación a la conducta de López-Sors, que no se puede “tildar de ‘prudente y razonable’ lo que es un error clamoroso” y se subrayaba “el desacierto en la gestión de la crisis” con la concreta calificación de “peor imposible”, aclarando, a mayores, que “esto no es hipótesis de trabajo, sino decantación de los medios probatorios de la Instrucción”.

Sin embargo, si se leen los fundamentos de derecho<sup>6</sup>, podemos llegar a la conclusión de que la argumentación empleada en la sentencia (por cierto, deslavazada, contradictoria en sus propios términos y reiterativa hasta la saciedad, con muchas afirmaciones irrelevantes e incluso extravagantes para el Derecho penal) es claramente errónea en aspectos fundamentales de la dogmática de los delitos imprudentes. Vayamos por partes.

### 2. Consideraciones preliminares: sobre la naturaleza de la imprudencia en el Derecho penal

Ante todo, hay que partir de una aclaración que es muy elemental en Derecho penal, pero que, a la vista de los fundamentos jurídicos de la sentencia, es necesario efectuar, por muy sorprendente que pueda parecer.

Es cierto que a López-Sors no podría atribuírsele responsabilidad alguna en el origen del accidente —sólo imputable al temporal, a la ausencia de controles internacionales y, en su caso, a las personas vinculadas a la propiedad y a la explotación del buque, así como al capitán—, pero nada se opone a exigirle responsabilidad penal por su intervención en los hechos sucedidos a partir del momento en que asume la misión de controlar la fuente de peligro que procede del accidente inicial. Eso sí, para llegar a esta conclusión hay que demostrar que la medida adoptada por López-Sors (consistente en alejar el buque de la costa con rumbo hundimiento) fue una medida negligente, constitutiva de imprudencia “grave”, que causó algún hecho delictivo definido en el Código penal español.

Este modo de razonar se basa en reglas interpretativas elementales en Derecho penal: el cirujano que interviene a un paciente que ha sido víctima de una agresión responderá por el delito de homicidio imprudente, si se prueba que la muerte puede ser imputada a su falta de diligencia, por más que el médico haya obrado con la intención de curar al paciente y por más que la lesión inicial hubiese sido causada por la agresión de una tercera persona, quien sólo será responsable de dicha lesión inicial. En el caso del *Prestige* cabe decir algo similar: aunque las autoridades españolas que tomaron la decisión de alejar el buque hu-

biesen obrado guiadas por la intención de minimizar los riesgos del vertido, deberán responder penalmente por los resultados producidos a partir de entonces sí, debido a su actuación negligente, se creó un nuevo riesgo jurídico-penal o se incrementó el riesgo inicial originado por el accidente.

De ahí que fácilmente se pueda comprender que constituye un craso error el siguiente (y sorprendente) pasaje de la sentencia contenido en la página 228: “el Derecho penal no disciplina con claridad estas cuestiones de imprudencia que han de resolverse con criterios casi siempre tautológicos, porque la imprudencia no es sino un juicio de valor que no puede vincularse con el resultado de una conducta *sino con sus motivaciones* y la posibilidad de prever adecuadamente las consecuencias de esa conducta, *de modo que si la motivación ha sido evitar una catástrofe y/o paliarla* y lo previsible era que otra decisión produjese consecuencias peores, *no puede atribuirse a ese comportamiento ninguna responsabilidad penal*” (cursiva mía).

Huelga extenderse ante semejante pasaje, porque de él se desprende que la Audiencia mantiene un entendimiento erróneo de lo que es el concepto y la naturaleza de la imprudencia en Derecho penal. Simplemente baste con aclarar que, si fuese correcto lo que dice la sentencia, nadie discutiría la absolución de López-Sors; lo que sucede es que las “motivaciones de la conducta” de alguien en modo alguno pueden ser tenidas en cuenta a la hora de calificar la imprudencia punible. Como es sabido, la imprudencia no es un concepto psicológico sino un concepto *normativo* —porque lo decisivo en ella es el *deber* (y no solo, por cierto, la posibilidad de previsión)— que se estructura en dos partes. De un lado, en su aspecto objetivo, consiste simplemente en la infracción o incumplimiento del deber de cuidado o diligencia, un deber que, a su vez, ofrece dos vertientes: una vertiente interna, que obliga a *advertir* la presencia del peligro en su gravedad aproximada, y otra vertiente externa, que obliga a comportarse conforme a la norma de cuidado previamente advertida. De otro lado, en su aspecto subjetivo, consiste meramente en querer realizar la conducta descuidada (en el presente caso,

6 Aludo solo a los fundamentos de derecho porque en el presente comentario se aceptan los hechos declarados probados. Con todo, no puedo dejar de señalar que los hechos probados son muy escuetos en lo que se refiere a los acontecimientos sucedidos a partir de la intervención de las autoridades españolas y que, a mi juicio, existen omisiones relevantes, cuya mención contribuiría a evidenciar la responsabilidad penal de López-Sors. Ello no obstante, la mayoría de esas omisiones pueden ser subsanadas con las afirmaciones que el propio tribunal efectúa en los fundamentos de derecho. Por otra parte, tampoco quiero dejar de apuntar que en dichos fundamentos se observa un claro sesgo en la valoración de la prueba, en el sentido de acoger las tesis de la abogacía del Estado (pese a ser las tesis de

el alejamiento del buque rumbo hundimiento, hacia al temporal) sin que sea necesario que el autor conociese y quisiese el peligro que dicha conducta entrañaba (el daño a los espacios protegidos y el agravamiento de la contaminación), porque la imprudencia puede ser inconsciente.

Por lo demás, que las aludidas “motivaciones” se tienen en cuenta por la Audiencia para absolver a López-Sors es algo que se deduce con claridad de otros pasajes de la sentencia, como los siguientes, que sirven de punto de partida de su argumentación: “no parece lógico que una decisión tomada para proteger la costa se convirtiese en un remedio mucho peor que el vertido en un punto concentrado” (p. 199); “sorprende además que se inculpe (scil., a López-Sors) a quien en principio no es sino una víctima y afectado por el desastre que trató de solucionar” (p. 207).

Ni que decir tiene que, partiendo de semejante premisa conceptual básica, no se puede articular después una argumentación jurídico-penalmente correcta, porque el planteamiento está ya viciado de raíz. Por consiguiente, en rigor, a la vista de esta errónea comprensión de la imprudencia, la sentencia en comentario debería ya ser casada por infracción de ley sin necesidad de entrar a analizar ulteriores aspectos.

Ello no obstante, merece la pena seguir adelante en el comentario, porque los errores no se reducen solo a la premisa apuntada, sino que se proyectan además sobre los requisitos del delito imprudente y sobre instituciones básicas del Derecho penal.

### 3) Las medidas de preparación e información

Antes de adoptar una decisión que puede resultar peligrosa, el sujeto debe tomar *medidas previas de preparación e información* (medidas cuya necesidad se acrecienta en supuestos de previsión de riesgos catastróficos), lo que en el caso *Prestige* supondría recabar de los expertos en seguridad marítima (incluyendo, en su caso, técnicos “externos”, que en el caso que nos ocupa nunca fueron consultados<sup>7</sup>) todos los informes pertinentes.

En la sentencia no se responde ya a esta primera cuestión capital: por qué López-Sors, antes de adoptar la decisión de alejar el buque con rumbo hundimiento, no tomó las exigibles medidas previas de preparación e información, en especial una verdadera evaluación del estado estructural del buque, de la naturaleza de los daños que sufría el petrolero y un análisis de los riesgos posibles del derrame de la carga para averiguar cuánto tiempo podía aguantar sin hundirse y plantear si era posible un refugio<sup>8</sup>, unas medidas que eran exigibles según las reglas de prudencia derivadas de la común experiencia y según el protocolo marcado en el Plan nacional de contingencias<sup>9</sup> (protocolo de obligada implementación con arreglo al art. 6-1-b del Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos de 1990<sup>10</sup>). En la sentencia se llega a reconocer incluso que “no se constituyó formalmente el comité técnico asesor, lo cual puede

---

una parte del proceso), cuyos informes periciales y testigos presentados se hace prevalecer sobre los de las restantes partes, e incluso sobre el dictamen del único perito judicial independiente.

7 En el Auto de procesamiento la Audiencia de A Coruña, de 5-10-2009, se indicaba que “las explicaciones del entonces Director General en cuanto a asesoría, rumbo, instrucciones de salvamento, estimación de hipótesis, etc., son altamente insatisfactorias. No basta que en el CECOP estuvieran el Delegado del Gobierno, el declarante y otras autoridades, cada uno con sus asesores (...); verdaderos expertos (de la Universidad, la empresa privada, el sector público) era lo requerido por la situación y no subordinados acríticos, salvo que la decisión tomada fuera inamovible y no conviniera un contraste de pareceres documentado”. Por lo demás, en referencia a la conducta de López-Sors, en el auto se decía que traduce “una manera muy *sui generis* de entender en qué consiste el servicio público”.

8 A las 10,30 horas del día 14/11/2002 llegó al *Prestige* el inspector Serafín Díaz, pero solo para poner en marcha la máquina con el concurso de las personas que estaban en el buque.

La evaluación tampoco se hace cuando, el día 15, la empresa rescatadora Smit solicita expresamente que las autoridades de Fomento inspeccionen el buque para comprobar los daños y que accedan a refugiarlo.

En fin, tampoco se efectúa el día 18 cuando acceden al *Prestige* el Capitán Marítimo de A Coruña y otras autoridades para recuperar la documentación que ni el capitán ni los tripulantes de Smit habían entregado a las autoridades españolas.

9 Vid. el *Plan nacional de contingencias por contaminación marina accidental*, aprobado por Orden del Ministerio de Fomento de 23 de febrero de 2001, en el que se describe un minucioso protocolo, que, entre otros extremos, requiere evaluar “los daños sufridos en el buque siniestrado” y “determinar los puntos de la costa que es prioritario proteger”. Vid. especialmente la Sección 3, destinada a los procedimientos operativos generales.

10 Convenio hecho en Londres el 30 de noviembre de 1990 y que fue ratificado por España el 3 de diciembre de 1993, a través del INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN publicado en el BOE nº 133, de 5 de junio de 1995.

criticarse como falta de rigor en la gestión administrativa y formal de la crisis”<sup>11</sup>.

Es más, según se declara probado en la sentencia y consta en las grabaciones, en la tarde del día 13 de noviembre, tan solo unas horas después del envío de la señal de socorro emitida por el petrolero, López-Sors ya había adoptado la decisión de remolcar el buque mar adentro (“la consigna es que lo alejen y que se hunda”)<sup>12</sup>, sin que hubiese existido una evaluación técnica del buque. Esta afirmación (entre otras que constan en la sentencia) evidencia que el rumbo del buque con destino hundimiento estaba ya decidido en ese momento (como se interpretó en el Auto de procesamiento). Ello no obstante, aun admitiendo la observación de la sentencia de que el rumbo hundimiento no estaba todavía realmente fijado en esa primera decisión y que lo que se pretendía simplemente era que el buque no encallase en la costa, es indudable que antes de la decisión adoptada al día siguiente<sup>13</sup>, cuando se logró hacer firme el remolque y López-Sors ordenó alejar el buque rumbo de 330 grados, en dirección hacia el temporal del NW que se aproximaba, tampoco hubo la exigible evaluación técnica del estado del buque y de las posibilidades

de refugio. Y esto aparece respaldado por numerosas opiniones, varios dictámenes periciales de prestigiosos especialistas, y, lo que debería ser decisivo, por el dictamen del único perito judicial independiente, Fernández Hermida, que por ello y por su cualificación, tendría que merecer la máxima consideración<sup>14</sup>. Y así se entendió también, desde luego, en el citado Auto de procesamiento<sup>15</sup>.

Por otra parte, en la sentencia se contienen afirmaciones tales como que López-Sors contaba “con asesoramiento técnico correcto y más que suficiente” o “con el asesoramiento técnico más riguroso y capaz”. Sin embargo, aun aceptando que fuesen ciertas (puesto que no constan las específicas condiciones de ese asesoramiento), tales afirmaciones no sirven para inferir la conclusión que a renglón seguido se obtiene, esto es, que “nada puede reprocharse respecto a desconocimiento o falta de información” (p. 206). Y es que, en efecto, de nuevo hay que insistir en que una cosa es que López-Sors tuviese, teóricamente, a su disposición un completo asesoramiento técnico y otra cosa muy distinta es el uso que se hace de tal asesoramiento, porque la decisión de no haber seguido el protocolo marcado

11 No obstante, sorprendentemente, a renglón seguido se añade la afirmación de que “sin que se haya demostrado que eso tuviese incidencia alguna en el agravamiento de lo sucedido ni en las decisiones tomadas para solucionar la situación de grave riesgo que se produjo” (p. 231). Sin embargo, ante esta afirmación cabe oponer: de un lado, que lo decisivo, a efectos de la infracción del deber de información, es no haber seguido el protocolo marcado para catástrofes de esta índole; de otro lado, que la citada afirmación contiene una petición de principio porque precisamente queda sin explicar qué decisión habría adoptado López-Sors si hubiese constituido el comité técnico y, sobre todo, si hubiese llevado a cabo una evaluación del estado del buque. Precisamente, la prueba evidente de que no se llevó a cabo una evaluación del estado estructural del buque reside en la circunstancia de que nuestras autoridades llegaron a la conclusión de que el hundimiento del barco era inminente (que aguantaría un día a lo sumo), mientras que lo cierto es que todavía aguantó seis días más en alta mar, y en condiciones muy difíciles, antes de hundirse el día 19.

12 Sobre la relevancia penal de estas grabaciones vid. ya MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La relevancia penal de las grabaciones sobre el ‘Prestige’, en El País, 3-1-2006.

Por lo demás, la referida orden dictada por López-Sors es contradictoria con la idea del “asesoramiento técnico eficaz” (a la que aludo a continuación en el texto) invocada por él. Y es que, en efecto, en el contexto de la conversación grabada, el vocablo “consigna” (utilizado en el ámbito de una estructura jerárquica tan férrea como la de un ministerio) parece sugerir que la orden provenía del propio ministro, que es el que poseía la competencia administrativa originaria. Desde luego, en el sumario constan grabaciones —de las que también se hacía eco el auto de procesamiento (p. 14)— que permitan corroborar esta conclusión. Así se infiere del requerimiento desde el Centro Nacional de Coordinación de Salvamento a Finisterre Tráfico, el día 13 (22.23 Z): “Ya nos están diciendo del Ministerio que quieren a primera hora de la mañana un informe de cómo está la cosa. Entonces, para que salga un helicóptero para hacer una observación al amanecer, pero sin que sea muy tarde. El Ministro ... a las ocho de la mañana”; “y que salga pronto ... si no el Ministro se nos cabrea” (fol. 12.604).

13 Lo que se expone en el texto consta claramente en los *fundamentos de derecho* (p. 200): una cosa es la decisión inicial de alejamiento para evitar que el buque encallase en la costa, y otra cosa diferente es la decisión de continuar con el alejamiento rumbo noroeste, hacia el temporal, una vez que se hizo firme el remolque (momento en el que el propio tribunal se pregunta si “lo lógico, lo prudente y lo técnicamente correcto era refugiar el buque en un puerto o ría”). Sin embargo, esto no queda muy claro en los hechos probados, puesto que cuando en ellos se alude al alejamiento (“con un parecer general que nadie ha discutido”) se está refiriendo sólo al alejamiento inicial.

14 Entre las conclusiones de Fernández Hermida, cabe destacar, con relación a este punto, la conclusión nº 8: “la decisión de las Autoridades Marítimas desde el primer momento fue la de alejar el buque de las aguas jurisdiccionales españolas, prohibiéndosele en todo momento arribar a un puerto de refugio”.

15 En este Auto se indicaba: “cuando el derrame de la carga todavía no era tan dramático, había remolque firme y cierta capacidad en la maquinaria, y las condiciones de tiempo y mar eran sensiblemente mejores, cabía y debió haberse explorado, ponderado con seriedad y sosiego, reflexión e independencia técnica cualificada la *alternativa del refugio* (...) para evitar males mayores y abrir la posibilidad del trasvase”.

en el Plan nacional de contingencias para catástrofes de esta índole y no haber llevado a cabo una evaluación del estado estructural del buque es algo que debe ser imputado en todo caso al exdirector general<sup>16</sup>.

Por lo demás, ni que decir tiene que puede ser que tal asesoramiento fuese el más riguroso y capaz en el plano teórico, pero lo cierto es que *ex post* demostró ser completamente erróneo, puesto que —según indiqué— “pronosticaba un inmediato y catastrófico hundimiento cerca de nuestra costas” y “se esperaba que el fuel se congelase en el fondo del mar” (p. 201), siendo así que no sucedió ni una cosa ni la otra<sup>17</sup>. Asimismo, la valía del asesoramiento interno choca frontalmente con el contenido de la única consulta verbal que se hace al asesor externo, Martínez Mayán, acerca de si podía hacerse un trasvase de la carga del buque en alta mar: el hecho de que se llegue a plantear la posibilidad de semejante trasvase —“una locura”, según Mayán (p. 213)— no deja en buen lugar precisamente a los técnicos del Ministerio.

En resumidas cuentas, la cuestión examinada en este epígrafe, relativa a las medidas previas, es básica porque su incumplimiento comporta la infracción del deber de preparación e información, que constituye uno de los presupuestos de la imprudencia punible y que, a la vista de lo que sucedió después, sería ya suficiente para hacer a López-Sors responsable del daño causado. Al no haber dispuesto los medios necesarios para informarse correctamente, llegó, entre otras, a la ya citada errónea conclusión de que el hundimiento del buque era inminente (cuando en realidad aguantó todavía seis días más y en condiciones muy difíciles) y no pudo entonces plantearse adecuadamente la alternativa del refugio en la ensenada de Corcubión, solución que (frente a otros lugares de refugio) fue la respaldada por

la inmensa mayoría de peritos y testigos (incluyendo técnicos del propio Ministerio), que señalaron que, si bien no estaba exenta completamente de riesgos, la maniobra de refugio en la ensenada de Corcubión era posible y el hundimiento evitable<sup>18</sup>.

Es más, en la propia sentencia (pp. 205 s.) se reconoce la viabilidad del refugio en Corcubión, dado que la Audiencia afirma que “la otra alternativa, el seno de Corcubión, es la que ha concitado más adhesiones y votos posibilistas. En efecto, está relativamente cerca del lugar del suceso y su acceso y ámbito de refugio son amplios”, limitándose a añadir que “se ha discutido la eficacia del refugio en ese seno, toda vez que no estaba protegido del viento reinante en los días de autos y las dificultades de la maniobra de acceso eran importantes” y concluyendo que “aun así, se trata de una alternativa aparentemente respetable y eficaz, si no fuese por un gran inconveniente de carácter real y argumental”, inconveniente que, según la sentencia, reside en que “nunca se ha dicho hasta ahora cual sea la decisión correcta a tomar y protocolo a seguir en el supuesto no desdeñable de que se repitiesen hechos similares”.

En suma, de este razonamiento de la sentencia lo que me interesa retener de momento aquí, a los efectos de este apartado, es que, incluso para el propio tribunal sentenciador, la maniobra de refugio en Corcubión era posible. Dejo para más abajo el comentario sobre el sedicente “inconveniente de carácter real y argumental” del refugio.

#### 4) Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas

Una vez que el sujeto posee todos los informes técnicos, tiene que obrar “prudentemente” *conforme a*

16 De hecho en otros pasajes de la sentencia se reconoce que López-Sors operó “con los limitadísimos datos de que disponía en su momento” (p. 208) y que “determinados científicos que ahora abundan en lo craso del error, pero que entonces guardaron en su mayor parte silencio al no haber sido requeridos al efecto” (p. 202).

17 Aquí reside otro importante defecto de la instrucción, puesto que si (como él dice) López-Sors se apoyó en la opinión de unos técnicos del Ministerio para tomar sus decisiones, y tal opinión resultó ser manifiestamente errónea, lo lógico habría sido identificar e imputar a tales técnicos. Y máxime en lo que concierne a la aplicación del delito del art. 325, que contiene un “concepto extensivo de autor”, en virtud del cual podrían ser castigados como *autores* todos aquellos sujetos que hubiesen llevado a cabo conductas que materialmente son constitutivas de simple participación y que, con un “concepto estricto de autor”, permanecerían sin sanción, por tratarse de conductas imprudentes. De este modo, resultarían punibles conductas que influyeron en la solución de alejar el buque, tales como, v. gr., acreditar que el buque se iba a hundir con seguridad de forma inminente, asegurar que el fuel se solidificaría en el fondo del mar, etc. En cambio, deberían quedarían ya desde un principio al margen de toda responsabilidad penal los denominados “empleados subalternos”, que, dependiendo funcionalmente de la Administración cumplieron con sus funciones de un modo “pleno”, “neutral” o “standard”. Vid. más ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, 2003, pp. 22 s., 2004, pp. 256 s., 2013, pp. 261 s., y bibliografía que se cita.

18 Vid. pp. 211 ss. de la sentencia. Entre las conclusiones de Fernández Hermida, el único perito judicial independiente, cabe destacar, con relación a este punto, la conclusión nº 7: “como alternativa a enviar el buque a la mar sólo cabría entrar en un *puerto de refugio*, siendo el más conveniente Corcubión”.

*criterios jurídico-penales*, criterios que se basan en juicios *ex ante* y no *ex post*. La fórmula teórica es la de recurrir a un juicio de “previsibilidad objetiva”, en el que el juez se sitúa en el momento en que López-Sors tuvo que decidir qué hacer con el barco y se pregunta qué habría hecho un director general de la Marina Mercante diligente y cuidadoso con el saber común de la época para ese profesional ideal, colocado en esa misma posición, con los medios y conocimientos que este tenía.

Con relación a las reglas de prudencia concretas que tienen que ser tenidas en cuenta para valorar la infracción del deber de cuidado, conviene recordar que ciertamente tales reglas se hallan contenidas ante todo en las leyes y reglamentos reguladores de las actividades peligrosas (en nuestro caso las referentes a la seguridad y al salvamento marítimos), pero también será necesario recurrir a normas no escritas derivadas de la común experiencia humana o de la práctica científica o técnica, sobre el cuidado, diligencia o prudencia requeridos en una actividad peligrosa. Es más, en ciertas situaciones de emergencia el deber general de cuidado puede exigir contravenir incluso lo formalmente reglamentado (por ejemplo, invadir con un vehículo la izquierda de la calzada para evitar atropellar a un niño que irrumpe súbitamente).

Interesa resaltar esta última cuestión, porque en referencia al caso *Prestige* la sentencia se hace eco del argumento que las autoridades de Fomento esgrimieron en su defensa, a saber: que, a diferencia de lo dispuesto en algunos Ordenamientos jurídicos extranjeros, en España no existe una normativa que obligue a trasladar el buque a un lugar de refugio. Sin embargo, es evidente que la ausencia de reconocimiento expreso de este deber no significa en modo alguno que en el caso concreto no pueda apreciarse una infracción del deber objetivo de cuidado característico de la impru-

dencia. Y es que a las autoridades españolas no se les imputa jurídico-penalmente un delito de denegación de auxilio al buque siniestrado, sino una conducta imprudente con relación a los resultados dañosos posteriormente producidos para bienes jurídicos colectivos e individuales de los ciudadanos españoles, a cuyo efecto hay que recurrir necesariamente a la comparación de males (o de intereses) a la que me refiero a continuación.

En efecto, sentado lo que antecede, la sentencia no puede explicar por qué entonces un alejamiento con hundimiento seguro del buque, que ineluctablemente iba a causar un vertido incontrolado y catastrófico, tendría que ser una solución preferible a la de refugiarlo con la posibilidad de poner fin al vertido, siendo así que es esta una posibilidad que la propia sentencia admite, según indiqué en el epígrafe anterior<sup>19</sup>.

Así, la comparación de males (o de intereses) debería haber terminado ya aquí, con la conclusión de que López-Sors infringió gravemente el deber de cuidado. No obstante, la sentencia da un salto lógico y, valiéndose de un farragoso discurso, se dedica a elucidar sobre cuál sería el mal menor en el caso de que el buque se hundiese en la maniobra de refugio, o sea, aceptando como seguro algo que en el silogismo básico ni siquiera era una hipótesis muy probable, con lo que se incurre en lo que en lógica se conoce como falacia de predicción vaga, porque una de las premisas no está justificada.

Con todo, aun admitiendo esta ulterior comparación de males (sobre la base de un hundimiento seguro en la ensenada de Corcubión) como mera hipótesis de trabajo, el razonamiento utilizado en la sentencia vuelve a ser erróneo (además de contradictorio en sus propios términos) con arreglo a las normas de la común experiencia y a criterios estrictamente jurídico-penales. La Audiencia nos dice que la destrucción de la zona habría

19 Y no solo eso, sino que, a mayores, sorprendentemente, en la propia sentencia se reconoce que “la mayor parte de los pareceres técnicos se orientan a establecer como más adecuada y correcta la solución de dar refugio al *Prestige*” y que “la lógica más elemental coincide también con el criterio técnico mayoritario, porque no puede discutirse que la reducción de los efectos del vertido y la posibilidad de salvamento del buque y de parte de la carga son una alternativa mejor que el dar por perdido el buque y alejarlo de la costa” (p. 219).

Por lo demás, es cierto que en otro pasaje de la sentencia parece aportarse un argumento a favor del alejamiento del buque con el fin de que se hunda en alta mar: “no falta quien afirme que el vertido en contacto con el mar se degrada, se fragmenta y pierde, por así decirlo, capacidad contaminante, lo cual permitía afrontar con más tiempo, medios y eficacia la solución de la llamada marea negra, extremo discutible, pero que, desde la mera lógica, no parece un desatino”. Ante semejante argumento (que, por cierto, solo se apoya en los informes de los biólogos propuestos por el Ministerio de Fomento), hay que oponer que francamente parece un grueso desatino querer provocar una enorme marea negra (marea que, de otro modo, no tendría lugar o solo se produciría en proporciones infinitamente más reducidas) para después poder luchar contra ella, con la “enorme ventaja” de disponer de un día más (no olvidemos que en la sentencia se asume la explicación de López-Sors de que el hundimiento le pareció inminente) para afrontar un vertido que, en lugar de una ría, iba a contaminar todo el litoral atlántico español.

sido tan intensa que el daño ecológico sería de mayor gravedad que una contaminación “extensa pero no muy intensa”. Sin embargo, como la propia Audiencia reconoce (en abierta contradicción con lo previamente afirmado), la de Corcubión es una ría muy degradada, de escaso valor ecológico, pesquero y marisquero y de escasa población: “tanto la riqueza ecológica y la marisquera, piscícola, etc. de la zona así como su población eran escasas y por tanto sacrificables, esto es, se trataría de un mal menor” (p. 205)<sup>20</sup>.

Y a ello habría que añadir que, dada la escasa profundidad de la ensenada de Corcubión, la recuperación del fuel del buque hundido sería mucho más sencilla: habría habido menos roturas de tanques, o ninguna, motivadas por el hundimiento, y el fuel podría ser luego recuperado, como sucedió en el caso del buque *Erika*<sup>21</sup>.

Pero es que además la sentencia desconoce por completo el principal argumento jurídico-penal en esta comparación de males, esto es, que existían dos delitos ecológicos diferentes (por tanto, dos riesgos jurídico-penales diferentes): el delito de contaminación del artículo 325 del Código penal y el delito de daños a espacios protegidos del artículo 330<sup>22</sup>. Pues bien, en la comparación de males lo más relevante era aquí tener en cuenta que con la decisión de alejar el buque rumbo al temporal se estaba creando (o incrementando decisivamente) el riesgo de cometer el delito de daños a los espacios protegidos del art. 330, un delito que además era (en el momento de los hechos) de mayor gravedad<sup>23</sup> que el delito de contaminación del art. 325, con lo cual el mal del alejamiento con rumbo hundimiento en alta mar era muy superior al del refugio, puesto que era previsible que (como efectivamente sucedió después)

20 Si, para la sentencia, el refugio en la ensenada de Corcubión es *prima facie* un mal menor, cabría preguntarse entonces por qué no concluye ya que el buque debió ser refugiado allí. Obviamente, en la sentencia hay una respuesta inmediata para desvirtuar que se tratase de un mal menor, sobre la base de dos razones. La primera es que “las personas directamente concernidas consideran inaceptable esta solución y serían previsibles tensiones que podrían degenerar en disturbios”, lo que sencillamente me deja estupefacto por tratarse de una razón de todo punto extravagante para la ponderación de males en juego. La segunda razón es que “la destrucción de la zona sería tan intensa que a lo peor su recuperación no sería tan fácil, ni completa” (pp. 205 s.); razón que encierra una contradicción evidente con lo previamente afirmado por la sentencia, puesto que, si previamente la sentencia asegura que la riqueza y la población de esa zona eran escasas, ¿cómo se puede entender que, por muy intensa que fuese, la contaminación de una ría vaya a constituir un mal mayor que el hundimiento en alta mar con la ineluctable consecuencia de contaminar toda la costa española desde Galicia hasta el País Vasco, dañar espacios naturales protegidos y perjudicar a muchos miles más de patrimonios individuales?.

Pero la argumentación encadenada, imbuida del síndrome de Penélope, no termina ahí, porque, sorprendentemente, después de tejer y destejer, después de estas idas y vueltas, en la sentencia todavía se acaba por admitir que “aun así, se trata de una alternativa aparentemente respetable y eficaz”, de lo cual cabría deducir que las últimas razones acabadas de citar (“los disturbios de la población” y “la destrucción intensa de la zona”) quedarían definitivamente enervadas. Sin embargo, el referido síndrome se mantiene, habida cuenta de que la conclusión definitiva es que la alternativa del refugio en Corcubión presenta “un gran inconveniente de carácter real y argumental”. ¿Y cuál es ese gran inconveniente para la sentencia? Pues asómbrense: el gran inconveniente es que “nunca se ha dicho hasta ahora cual sea la decisión correcta a tomar y protocolo a seguir en el supuesto no desdeñable de que se repitiesen hechos similares” (p. 206). Frente a ello, huelga decir que el protocolo ya lo conocemos sobradamente por figurar en el Plan nacional de contingencias: llevar a cabo una verdadera evaluación del estado estructural del buque y ponderar riesgos. Y la decisión correcta que hay que tomar también es obvia: la que sea menos mala a la vista de los intereses en juego, con arreglo a criterios jurídico-penales. Así de sencillo.

21 Entre las conclusiones de Fernández Hermida, el único perito judicial independiente, cabe destacar, con relación a este punto, la conclusión nº 13 (“por las características de la carga *cuanto más concentrado estuviera el derrame mayor sería la posibilidad de su recuperación*”) y la nº 14 (“el *trasvase de la carga* desde el buque en cualquier lugar abrigado y en condiciones meteorológicas adecuadas *estimamos que era factible*”).

Por ello resulta verdaderamente sorprendente que en la sentencia se afirme que “el alejamiento trataba de evitar que el vertido afectase masiva y gravemente a nuestras costas y además se esperaba que el hundimiento acabase con el vertido (...) al menos limitando la cantidad e intensidad del vertido y posibilitando la recuperación en el pecio del fuel” (p. 201).

Y es que, a la postre, el buque se hundió a 130 millas de la costa de Finisterre, en el peor sitio posible, esto es en el llamado “banco de Galicia”. Se trataba del peor sitio posible por dos razones: de un lado, porque se amplió el “efecto abanico” de un modo que se produjo una intensa contaminación de todo el litoral gallego con afectación a numerosos espacios protegidos, que se extendió a Asturias, Cantabria, País Vasco y Francia; de otro lado, porque se hundió a 3.800 metros de profundidad, lo que constituía una amenaza permanente hasta que se consiguiese resolver la difícil tarea de extraer el fuel o de sellar el buque, lo cual le costó a España 108 millones de euros, tras crear una tecnología *ad hoc*.

22 En el *Plan nacional de contingencias* el protocolo de actuación exigía evaluar “si existen o no zonas sensibles o recursos importantes amenazados por la contaminación”.

23 Otro grave error de la sentencia es que, cuando reproduce el texto del art. 325 (en la página 195), recoge la redacción vigente en la actualidad, que proviene de la reforma del Código penal efectuada por la LO 5/2010, y, consiguientemente, le asigna una pena de prisión

se iba a producir indefectiblemente una (por lo demás, “intensa”)<sup>24</sup> afectación a numerosos espacios protegidos.

Y a ello hay que agregar que (al afectar extensamente a otras zonas de extraordinaria riqueza ecológica, pesquera o marisquera) los daños causados al patrimonio individual serían infinitamente superiores a los daños ocasionados en la ensenada de Corcubión, en la que — recordémoslo — la riqueza era poca y la población era escasa, según reconoce la propia sentencia: por tanto, en la comparación de males había que tener en cuenta asimismo el delito de daños al patrimonio individual de pescadores y mariscadores del art. 267. Y, desde esta perspectiva, no es lo mismo obviamente causar centenas de daños a patrimonios individuales que causar muchos miles.

Por ello, la solución de refugiar el buque resultaba jurídico-penalmente obligatoria, es decir, era (nada menos) el propio Código penal español la norma legal que imponía el deber de refugiar el buque. Por tanto, si en el marco de esa acción de refugio destinada a salvar el buque (o para evitar un mal mayor) se produjese el hundimiento en la ría de Corcubión, no habría responsabilidad penal alguna, bien porque existiría un “riesgo permitido”, bien porque concurriría la eximente de estado de necesidad (art. 20-5º del Código penal), porque en esta hipótesis la importancia y los beneficios de la conducta peligrosa de intentar el refugio del buque (a saber, la posibilidad de que el hundimiento no se produjese o, cuando menos, la posibilidad de que no hubiese un daño a los espacios protegidos, ni una extensión catastrófica del vertido, ni un daño patrimonial para muchos miles de personas) era muy superior al riesgo de contaminar (por muy intensamente que fuese) la ensenada de Corcubión.

En síntesis, el contenido del deber de cuidado que incumbía a López-Sors tiene su mejor expresión resumida en las palabras del prestigioso especialista en seguridad marítima Martínez Mayán (asesor externo verbal de López-Sors en los primeros días y al que, por cierto, en ningún momento se le preguntó sobre la posibilidad de refugio), palabras que fueron refrendadas en el juicio oral: “no creo que exista un profesional en el planeta que quiera ser medianamente honrado y que aconseje llevar el barco mar adentro”.

Finalmente, conviene salir al paso de otro equívoco contenido en la sentencia. Aunque aceptemos como hipótesis que el alejamiento del buque hubiese sido la decisión del “profesional diligente”, el deber de cuidado se proyectaría asimismo sobre la tarea de vigilar su rumbo en la dirección a priori menos arriesgada.

Sin embargo, según se recoge en los hechos probados, una vez que se consiguió hacer firme el remolque (a las 12,40 horas del día 14), las autoridades españolas ordenaron que el buque siguiese un rumbo de 330 grados, hacia el temporal del NW, un rumbo que solo fue corregido el día 15 cuando la empresa rescatadora SMIT decidió parar la máquina y fijó un rumbo suroeste de 220 grados. Asimismo, consta en los hechos probados que ese mismo día 15 las autoridades españolas denegaron la entrada a un puerto de refugio solicitada por SMIT, tras comprobar la rescatadora que la rotura del costado de estribor era de unos 35 metros y que estaba por debajo de la línea de flotación.

Por lo demás, resulta ciertamente difícil comprender que, si (como han declarado las autoridades de Fomento) lo que se pretendía inicialmente con el alejamiento del buque era trasvasar el fuel en aguas tranquilas, se permitiese el rumbo inicial noroeste, enfrentando un casco gravemente dañado a los temporales<sup>25</sup>.

---

de dos a cinco años. Sin embargo, esta pena no podía ser aplicable a los imputados en el caso *Prestige*, puesto que los hechos sucedieron en el año 2002, y entonces la pena de prisión era una pena más favorable para el reo (de seis meses a cuatro años), una pena que, por lo demás, era inferior a la del art. 330, que fijaba (y sigue fijando en la actualidad) una pena de prisión de uno a cuatro años. Así pues, al incurrir en este inexplicable error, el tribunal sentenciador carecía de los elementos de juicio necesarios para efectuar una adecuada comparación de males, porque, para él, el delito del art. 325 era más grave que el delito del art. 330.

24 En los hechos probados se reconoce que, a la postre, hubo “un prolongado, extenso e intenso vertido de fuel”.

25 Consta en el sumario la opinión de numerosos técnicos que subrayaron que el rumbo 330 grados era el peor rumbo posible si nos atenemos al análisis pormenorizado de la interacción buque-mar.

Asimismo, consta en el sumario que, tras llegar a bordo el equipo de salvamento de la rescatadora holandesa Smit y efectuar una minuciosa inspección, esta decide para el motor principal (que había sido puesto en funcionamiento por el inspector Serafín Díaz el día 14) para no aumentar más los daños producidos por las vibraciones. Manteniendo el rumbo inicial noroeste, Smit solicita a Fomento que visite el buque para que las autoridades españolas comprueben los graves daños estructurales y accedan a remolcar el *Prestige* hasta un lugar de refugio. Sin embargo, Fomento no envía inspectores a bordo y rechaza la petición de Smit, sin que conste razón técnica alguna para la denegación; eso sí, se plantea la posibilidad de conducir el buque al sur de Canarias para trasvasar allí el fuel.

Con posterioridad y ante la negativa de Fomento, Smit ordena al remolcador cambiar el rumbo inicial noroeste por rumbo suroeste (al parecer porque Cabo Verde había aceptado acoger al buque), sin que Fomento se oponga a dicha maniobra (sea por las presiones

Ello significa que también con el barco en alta mar se infringió el deber de cuidado que incumbía a las autoridades españolas, que previamente habían asumido el control del buque y que habían ordenado la acción peligrosa de alejar el buque en dirección noroeste. Y de ahí que resulte chocante que en la sentencia se justifique que las autoridades de Fomento se desentendiesen de la situación una vez que dejaron en manos de la empresa rescatadora Smit la suerte del barco, un barco que iniciaba un viaje que, en realidad, no tenía ningún destino, porque era obvio que Portugal no estaba dispuesto a permitir que un buque que iba vertiendo fuel contaminase todo su litoral<sup>26</sup>.

### 5. Gravedad de la infracción del deber de cuidado

Ciertamente, para que la imprudencia constituya alguno de los delitos imputados, debe merecer el calificativo de “grave”.

Ahora bien, este calificativo nada tiene que ver con la estructura psicológica de la imprudencia (como, sin embargo, se deduce de diversos pasajes de la sentencia), sino que ha de entenderse referido a la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. Ello debe ser valorado también de acuerdo con criterios jurídico-penales, como son las altas posibilidades de que se produzca el daño, la insuficiencia de medidas de control y, especialmente, la índole y entidad del riesgo creado; criterios que la sentencia no utiliza. Las circunstancias concurrentes en el caso del *Prestige* examinadas hasta aquí (en el que ni siquiera existieron auténticas medidas previas de preparación e información, pese a que se trataba de un genuino ejemplo de riesgo catastrófico) no suscitan, en mi opinión, duda alguna sobre la “gravedad” de la imprudencia.

### 6. Realización de la conducta típica a título de autor

Aunque partamos de la base (cuestión que es controvertida en la dogmática penal) de que en los delitos imprudentes solo están prohibidas penalmente las conductas de auténtica autoría y no las formas de participación (inducción y cooperación), no cabe la menor duda de que en el caso *Prestige* López-Sors llevó a cabo un genuino comportamiento de autoría directa e inmediata de los delitos que se le imputaban.

En efecto, la decisión de alejamiento, marcando un rumbo noroeste en dirección al temporal, empeoró exponencialmente las condiciones del buque, debido a los continuos esfuerzos producidos por las olas y a los impactos dinámicos ocasionados por el movimiento de la carga y el lastre. Recuérdese que desde que se hizo firme el remolque hasta que el buque se partió pasaron unas 115 horas en las que recibió de 37.600 a 46.000 golpes de mar.

Ello supuso realizar una acción inequívocamente ejecutiva del delito de contaminación del artículo 325 (que, para López-Sors, se consumaba en ese momento) y de los delitos de daños a los espacios protegidos del art. 330 y de daños patrimoniales del art. 267 (que se consumirían poco tiempo después cuando se produjo el resultado del grave daño a los espacios protegidos y a los patrimonios individuales); una acción suficiente ya para convertir a López-Sors en autor.

Pero es que además, en lo que atañe en particular al delito de contaminación del art. 325, hay que subrayar que concurren dos peculiaridades en su estructura que despejan cualquier duda a la hora de incluir en él los hechos realizados por López-Sors: de un lado, que su consumación no se agota en un instante, sino que se prolonga mientras no cesa la situación de peligro para el equilibrio de los ecosistemas, en

---

de Francia y el Reino Unido, sea por cualquier otra causa, en todo caso irrelevante a efectos de eliminar la responsabilidad penal por imprudencia). Así las cosas, Fomento consintió que el *Prestige* navegase bajo el mando de Smit con rumbo suroeste en paralelo a la costa gallega, y, cuando a la postre intervino, fue únicamente para insistir en la orden de que el petrolero se alejase hasta las 120 millas.

Finalmente, el buque se vio obligado a virar hacia el Oeste ante la prohibición de entrar en aguas de la zona económica exclusiva de Portugal.

A la vista de todo ello, sorprende, de nuevo, que en la sentencia se diga (p. 200) que “las alegaciones de que el *Prestige* tuvo un rumbo errático y que no se sabía exactamente qué hacer con el barco parecen poco fiables”. Frente a semejante afirmación hay que oponer, que, con independencia de quién fuese en cada momento el causante de ello, el “rumbo errático” del buque (en todo caso provocado por el alejamiento) es un dato objetivo que no admite refutación. En lo que tiene razón el tribunal es en que nuestras autoridades sí sabían exactamente qué hacer con el barco: alejarlo más allá de las 120 millas, desentenderse de él y “que se hunda”.

26 Además, el art. 195 de la Convención de la Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS) de 1982, en vigor desde 1994 y ratificada por España en 1997, impone a los Estados el *deber de no transferir daños o peligros ni transformar un tipo de contaminación en otro*: “Al tomar medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, los Estados actuarán de manera que, ni directa ni indirectamente, transfieran daños o peligros de un área a otra o transformen un tipo de contaminación en otro”.

virtud de lo cual es posible una intervención punible en el delito en tanto en cuanto no finalice la situación antijurídica; de otro, que la acción castigada no sólo consiste en “realizar” vertidos, sino además en “provocarlos”, lo cual significa que en este precepto se incorpora un “concepto extensivo de autor”, que amplía extraordinariamente la órbita de aplicación del delito<sup>27</sup>.

Así las cosas, se comprenderá fácilmente que, con relación a la conducta de López Sors, constituye un auténtico disparate la afirmación contenida en la sentencia de que “no hubo dominio del hecho”.

Semejante afirmación supone desconocer cuáles son los criterios de autoría en Derecho penal. Como es sabido, y para empezar, el criterio del dominio del hecho es un criterio (material u ontológico y no formal) muy controvertido porque precisamente (al contrario de lo que se da a entender en la sentencia) comporta una desmesurada extensión del concepto de autor (en pugna con el principio de legalidad) y además es un criterio reservado solo para los delitos dolosos (un doble error por tanto de la sentencia). Ahora bien, al margen de lo anterior, en el caso *Prestige* no hay duda de que López-Sors realizó un genuino acto ejecutivo nuclear del tipo, con arreglo incluso ya al criterio formal más estricto. De ahí que gráficamente cabría afirmar que (pese a que la utilización del término “dominio” es incorrecta en los delitos imprudentes) había muchísimo más que dominio del hecho, puesto que la decisión de alejamiento rumbo al temporal y consiguiente hundimiento “determinó objetiva y positivamente” (según una de las fórmulas más aceptadas para definir la autoría en los delitos imprudentes) los hechos tipificados en los delitos ecológicos de los arts. 325 y 330 y en el delito de daños patrimoniales del art. 267; y, desde luego, también cabe asegurar (según otra conocida fórmula para definir la autoría) que los hechos nocivos para el medio ambiente y para el patrimonio individual “le pertenecían” a López-Sors como verdaderos hechos suyos.

### 7. Realización completa del tipo e imputación objetiva del resultado

De lo ya expuesto anteriormente se deduce claramente que los delitos imputados se realizaron completamente, puesto que se consumaron, si bien es preciso insistir en que los momentos consumativos son diferentes en cada delito.

Así, a diferencia del delito del art. 325, que se consuma en el instante en que tiene lugar el vertido y se constata el mero peligro para el medio ambiente, el delito del art. 330 no se contenta con el simple peligro, sino que requiere que se produzca una efectiva lesión del bien jurídico, configurada como un verdadero *resultado* dañoso para los espacios protegidos, concebido aquí como destrucción de su valor ecológico, y no como valor funcional-patrimonial.

Es incuestionable que este último delito del art. 330 se consumó cuando resultaron gravemente afectados numerosos espacios protegidos y que este resultado dañoso debe ser objetivamente imputado a López-Sors, dado que dicho resultado supuso precisamente la realización o materialización del riesgo inherente a la infracción de la norma de cuidado, o sea, a la conducta peligrosa de alejar el buque rumbo hundimiento hacia el temporal. Es indudable que dicho resultado dañoso (que era fácilmente previsible) fue obra suya, y no del azar o ajena, y que encajaba en el fin de protección o evitación de la norma (de cuidado) infringida<sup>28</sup>.

Por lo demás, con relación a este delito del art. 330, se podría haber planteado aquí una interesante problemática jurídico-penal en el caso de que el capitán Mangouras también hubiese sido considerado culpable del delito de contaminación del art. 325.

En efecto, admitida esta hipótesis de trabajo (que puede convertirse en un problema real si, a la postre, el Tribunal Supremo termina declarando la responsabilidad penal del capitán) cabría plantear la cuestión de si los resultados ulteriormente causados a los espacios protegidos podrían ser objetivamente imputados

27 Téngase en cuenta que el verbo “realizar” alude a la conducta que ejecutan los autores en sentido técnico-dogmático. De ahí que, utilizado como contrapuesto a “realizar”, el verbo “provocar” va referido a una intervención en el hecho distante del momento ejecutivo, producida en la fase preparatoria, o sea, en casos como el que nos ocupa, dar lugar a que se produzca el vertido sin llegar a “realizarlo” efectivamente. De este modo, el legislador eleva a la condición de “autores legales” del art. 325 a quienes dogmática o técnicamente serían solo inductores o cooperadores necesarios. Ello otorga una notable ampliación de la esfera de responsabilidad penal, toda vez que, entre otras repercusiones: 1) se posibilita castigar al cómplice del inductor o del cooperador necesario, sin que sea preciso acreditar que su conducta contribuyó al hecho realizado por el autor en sentido dogmático; 2) se puede castigar la tentativa, mientras que la participación intentada es impune; 3) es factible castigar la cooperación necesaria imprudente, mientras que, al menos para la opinión mayoritaria, ésta es por regla general impune. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2004, p. 229, 2013, p. 252, y bibliografía citada.

28 Obviamente, ninguno de estos conceptos jurídico-penales básicos aparecen mencionados en la sentencia. En cambio, sí aparecen en el Auto de procesamiento de 5-10-2009.

al comportamiento imprudente del capitán como obra suya.

Como ya señalé en otro lugar<sup>29</sup>, y aunque el tema sea complejo y necesitado de un análisis más profundo, la respuesta debería ser, en principio, negativa, puesto que dichos resultados no podrían ser concebidos como “concreción del riesgo creado con el comportamiento”, 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. En concreto, 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 actuación *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 responsabilidad. De este modo, en fin, al producirse el desplazamiento del riesgo originario por el nuevo riesgo, los resultados dañosos posteriores no podrían ser atribuidos al comportamiento del capitán, según el modelo de la imputación objetiva.

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.

Por otra parte, con relación al delito de daños patrimoniales del art. 267 cabe predicar, *mutatis mutandis*, algo similar a lo que se acaba de exponer con respecto al delito del art. 330: habría muchos daños a patrimonios individuales que no serían objetivamente imputables a la conducta del capitán.

## 8. Ulteriores errores de la sentencia

Las consideraciones anteriores deberían ser ya suficientes para llegar a la conclusión de que López-Sors

tendría que haber sido condenado por los citados delitos ecológicos en su forma imprudente, así como por el delito imprudente de daños patrimoniales.

Ello no obstante, y al margen de la incongruencia entre los hechos probados y la conclusión a la que llega la sentencia, interesa resaltar que el tribunal sentenciador incurre (además de en los errores ya descritos) en ulteriores errores sobre conceptos jurídico-penales básicos, errores inducidos por la abogacía del Estado, según se desprende de lo expuesto en la página 231. Ni que decir tiene que tales errores son muy relevantes en la medida en que sirven para fundamentar jurídicamente la absolución de López-Sors. Veamos estos errores.

a) En la página 231 de la sentencia se indica, en referencia a López-Sors, que “no hubo posición de garante”.

Vaya por delante que invocar la posición de garante carece aquí de todo sentido, en la medida en que solo es un requisito de los tipos de omisión impropia o comisión por omisión. Y es que en el presente caso la conducta de López-Sors no fue omisiva, sino activa, pues ordenar alejar el buque de la costa con rumbo hundimiento hacia el temporal (provocando que el buque siguiera vertiendo fuel en cantidad creciente, primero, y que se hundiera, después) es un hacer positivo. Por tanto, es de todo punto irrelevante que el buque quedase en manos de la rescatadora Smit hasta que, unos días después, se produjo el hundimiento, que era ya algo inminente e inevitable. Las acciones ejecutivas que constituían una tentativa (acabada) ya se habían realizado.

Ello no obstante, y con independencia de lo anterior, es evidente que López-Sors se situaba conceptualmente en posición de garantía ante lo que pudiese suceder después, puesto que, además de haber asumido el control de la fuente de peligro, llevó a cabo una acción extraordinariamente peligrosa, que iba a provocar el hundimiento (peligroso actuar precedente o injerencia) y que, por ende, imposibilitaba llegar con éxito a un lugar de refugio, un lugar que solo podía estar en Canadá o en algún otro punto del continente americano<sup>30</sup>.

Pero no es eso todo, el desconocimiento de la sentencia acerca de lo que es realmente una “posición de garante” en Derecho penal se ve ya definitivamente

29 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2003, pp. 27 s., 2004, pp. 266 s., 2013, pp. 267 s. con abundantes referencias doctrinales.

30 En el Auto de procesamiento de 5-10-2009 se afirmaba, en cambio, correctamente: “(...) dimitiendo (scil. López-Sors) de la posición de garante asumida legal y realmente”.

corroborado de forma proverbial merced a la lectura de un increíble pasaje de la sentencia en la página 229: “no se pueden evaluar responsabilidades penales sobre ucronías o sobre teorías muy anticuadas como la llamada posición de garante, que no es sino una construcción jurídica instrumental que sólo en ocasiones permite valorar correctamente la entidad de una responsabilidad, porque la culpa es un criterio de valoración que sólo funciona en lo jurídico con todas sus limitaciones...”.

Creo que sobra cualquier comentario ante semejante pasaje, que evidencia no ya solo una ignorancia acerca de la posición de garante (exigida en el art. 11 del Código penal), sino acerca del propio concepto de lo que es la imprudencia.

Con estos presupuestos conceptuales no puede resultar extraño que la conclusión haya sido la absolución de López-Sors, del mismo modo que podría haberse obtenido cualquier otra conclusión, por muy infundada que nos pudiese parecer.

Por lo demás, la posición de garante (y consecuentemente la estructura de la comisión por omisión) sí resultaría decisiva en el caso de que se hubiese imputado al Ministro de Fomento por su “responsabilidad residual” (residuo de su posición originaria de velar por la fuente de peligro) como delegante, habida cuenta de que entonces podría ser responsable (no por acción) por la omisión de algunos de los especiales deberes de control, derivados directamente de su posición originaria<sup>31</sup>.

**b)** En la página 231 de la sentencia se afirma que “la conducta es atípica al no haber infracción de normas administrativas”.

Es obvio que, aunque el tribunal no lo explique debidamente, se está refiriendo a la denominada “accesoriedad administrativa”, o sea, al requisito de que un delito exija como presupuesto una infracción de normas ad-

ministrativas, como, en efecto, exige el delito del art. 325 (“contravención de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”), que recoge así un sistema de “accesoriedad de norma” (y no un sistema de “accesoriedad de acto”) en las relaciones entre el tipo penal y el sector del ordenamiento administrativo medioambiental.

Aquí la sentencia incurre de nuevo en varios (y graves) errores.

Por un lado, la sentencia desconoce por completo que el delito del art. 330 no exige la accesoriedad administrativa, puesto que para cometer este delito basta simplemente con “dañar gravemente” alguno de los elementos que hayan servido para calificar un espacio natural protegido. Y, por supuesto, tampoco se exige accesoriedad administrativa alguna en el delito de daños patrimoniales del art. 267.

Por otro lado, y con independencia de lo anterior, es evidente que contribuir a provocar el vertido de fuel de un buque está prohibido por las normas administrativas españolas, y que son, obviamente, aplicables a todas las personas, sean autoridades o funcionarios, sean capitanes de buques, sean armadores u operadores. Por tanto, ningún obstáculo hay tampoco para aplicar el delito del art. 325<sup>32</sup>.

Y, si lo que se pretende es aludir a la normativa internacional, lo cierto es que existe una regulación referida a “vertidos” y “descargas” ocasionados desde los buques de navegación marítima: son Convenios o Tratados internacionales ratificados por España y, por tanto, incorporados al Derecho español, de acuerdo con el art. 96 de la Constitución. Y es importante advertir de que dicha normativa internacional no se limita a prohibir genéricamente los vertidos o descargas, sino que detalla las condiciones concretas en que éstos son punibles, de tal modo que entonces tales requisitos complementan o integran el tipo penal<sup>33</sup>.

31 Vid. sobre ello más ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, 2003, pp. 22 ss., 2004, pp. 257 s., 2013, pp. 261 s., y bibliografía citada.

32 En concreto, la *contravención de las normas protectoras del medio ambiente tendría su encaje, ante todo, en la ya citada Orden Ministerial de 23 de febrero de 2001, por la que se aprueba el Plan Nacional de Contingencias por Contaminación Marítima Accidental, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 6.1.b) del Convenio Internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos de 1990, ratificado por España el 3 de diciembre de 1993 (BOE 5 junio 1995).*

33 Vid. referencias en MARTÍNEZ-BUJÁN, 2004, pp. 227 s., n. 3. En concreto, el Convenio al que debe acudirse es el Convenio universalmente conocido como MARPOL (73/78), *Convenio internacional para prevenir la contaminación de los buques* (BOE 17 y 18.10.1984, modificado posteriormente, BOE 27.09.1999). Pues bien, el Anexo 1 del Convenio MARPOL es el que se refiere específicamente a las descargas de hidrocarburos, y en su Regla 9.1<sup>a</sup> establece la prohibición general: “A reserva de lo dispuesto en las Reglas 10 y 11 del presente Anexo estará prohibida toda descarga de hidrocarburos o de mezclas oleosas en el mar desde buques...”. Y aquí nos interesa lo dispuesto en la Regla 11, que contiene unas excepciones a dicha regla general. Una de ellas se aplica a la descarga en el mar de hidrocarburos o de mezclas oleosas *resultante de averías sufridas por un buque* o sus equipos: “siempre que después de producirse la avería o de descubrirse la descarga se hubieran tomado toda suerte de precauciones razonables para atajar o reducir a un mínimo tal descarga” (Regla 11-b)-i).

Por último, y también al margen de todo lo anterior, repárese en que la sentencia incurre en nuevo absurdo desde otra perspectiva, a saber: el revolucionario descubrimiento de la tipicidad como el último de los elementos del delito. En efecto, si se está partiendo de la base de que la conducta de López-Sors es atípica para el Derecho penal, ¿qué sentido tienen todas las elucubraciones acerca de los elementos de los delitos imprudentes y qué sentido tiene celebrar interminables y costosísimas sesiones de juicio oral referidas a dicha conducta? Si no hay un cadáver (porque el sedicente muerto en realidad nunca existió) ¿qué sentido tiene destinar innumerables jornadas de juicio a analizar todos los elementos del delito de homicidio?

### 9. Calificación jurídica de “casación” *ferenda*

Dado que la Audiencia debió haber condenado a López-Sors y que, por ende, debería prosperar entonces el recurso de casación por infracción de ley, examinaré a continuación brevemente la concreta calificación jurídico-penal de los hechos con más detalle, porque se plantean interesantes problemas dogmáticos<sup>34</sup>.

En primer lugar, se habría cometido el llamado “delito de contaminación”, que se define en el art. 325-inciso 1º, y que, en lo que aquí nos afecta, castiga (en el momento de la comisión de los hechos, con las

penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años) al que “contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente provoque o realice directa o indirectamente vertidos (...) en las aguas marítimas (...) de una manera tal que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”<sup>35</sup>. Dado que este delito se habría realizado por imprudencia, habría que aplicar la pena inferior en grado, según señala el art. 331 para el caso de que los hechos hubiesen sido cometidos por imprudencia grave.

En los escritos de calificación de diversas partes (algunas de ellas, como la fiscalía, solo con relación a la conducta del capitán y a la del jefe de máquinas<sup>36</sup>) se agregaba que podría ser aplicable al caso que nos ocupa el tipo cualificado contenido en el apartado e) del art. 326, que comporta imponer la pena superior en grado a la señalada en el artículo anterior, y que surge cuando en la comisión del hecho descrito en el delito del art. 325 “se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico”. Sin embargo, aunque es indudable que en el caso *Prestige* se ocasionó efectivamente no sólo un “riesgo de deterioro catastrófico” sino incluso un verdadero daño de esta índole, el referido tipo cualificado no puede ser apreciado porque las figuras agravadas del art. 326 son exclusivamente dolosas<sup>37</sup>, y

---

Por su parte, en el art. 225 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS), referido al “*Deber de evitar consecuencias adversas en el ejercicio de las facultades de ejecución*”, se establece que “en el ejercicio de las facultades de ejecución contra buques extranjeros previstas en esta Convención, los Estados no pondrán en peligro la seguridad de la navegación ni ocasionarán riesgo alguno a los buques, no los conducirán a un puerto o fondeadero inseguro, ni expondrán el medio marino a un riesgo injustificado”.

34 Vid. la calificación que propuse en su día en MARTÍNEZ-BUJÁN, 2003, pp. 13 ss., 2004, pp. 226 ss., y 2013, pp. 253 s., con referencias doctrinales. Ahora añado algunas precisiones.

35 El dictado que se transcribe en el texto corresponde al tipo básico definido en el inciso 1º del art. 325, que, desde el punto de vista de la relación de la conducta con el bien jurídico protegido, es un delito de *peligro*, y que, según la opinión mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, pertenece a la categoría de los tipos de peligro abstracto de “aptitud” para la producción de un daño o tipos de peligro hipotético.

No sería aplicable aquí la agravación prevista en el inciso 2º de este artículo que señala la imposición de la pena de prisión en su mitad superior en el caso de que “el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas”, que es un tipo derivado cualificado del inciso 1º, según un sector doctrinal mayoritario, o un tipo autónomo, según otro sector, cuya tesis me parece más acertada. En efecto, entiendo que de la conducta del vertido (en sí misma considerada) no se deriva ya directamente un peligro para la salud de las personas, puesto que los posibles efectos perjudiciales (principalmente respiratorios y dermatológicos, y en todo caso sin que puedan merecer el calificativo de “graves”) únicamente se han podido acreditar en el caso de que las personas hayan entrado en contacto directo con el fuel y durante un período de tiempo prolongado.

36 También en la propia sentencia (p. 195), con relación a estos sujetos, se afirma que “los tipos penales imputados *ad hoc* son los descritos en los arts. 325, 326 e), 331 y 338”.

37 A esta conclusión se llega sobre la base de lo dispuesto en dos preceptos del vigente Código penal. Por un lado, la regla prevista en el art. 14-2 para los supuestos de error sobre el tipo, 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 tipos cualificados el error vencible sobre el hecho agravatorio recibe el mismo tratamiento que las hipótesis de error invencible, esto es, no se castiga como imprudencia sino que conduce a la absolución. Por otro lado, 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 de ellas en el momento

no pueden entrar en juego cuando (como sucede en el caso que nos ocupa) únicamente habría concurrido imprudencia sobre el hecho cualificante. Y, por el mismo motivo, tampoco podría ser aplicado al delito imprudente del art. 325, en relación con el art. 331, el tipo “supercualificado” incluido en el art. 338, que permite llegar a imponer “las penas superiores en grado a las respectivamente previstas” cuando las conductas definidas en algún delito del Título XVI “afecten a algún espacio natural protegido”<sup>38</sup>.

En segundo lugar, existiría otro delito contra el medio ambiente, compatible con el anterior, el de daños en un “espacio natural protegido” en su versión imprudente (art. 330 en relación también con el 331). En el art. 330 se castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a “quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo”<sup>39</sup>.

Según acabo de señalar con relación al delito del art. 325, y por la misma razón, es evidente que al delito imprudente de daños en espacios protegidos del art. 330 en relación con el art. 331 tampoco le podría ser aplicado el ya citado tipo supercualificado del art. 338 cuando solo existe imprudencia con respecto a esta agravación, aunque aquí hay que indicar que el principio de inherencia se opondría ya a su entrada en juego.

Por último, una vez que se ha constatado la diversa naturaleza y estructura de los delitos contenidos en los arts. 325 y 330, hay que llegar a la conclusión de que no hay obstáculo para apreciar un concurso de delitos entre ambas figuras delictivas, concurso que habría de ser

calificado de ideal. Las razones que conducen a admitir el concurso de delitos son obvias, dado que, como quiera que nos encontramos ante la concurrencia de un delito de peligro (el del art. 325) y un delito de lesión (el del art. 330), la pena del delito del art. 330 (recuérdese, más grave que la del art. 325 en el momento de los hechos) no abarcaría aquí el desvalor de la conducta peligrosa, que se proyectó sobre objetos diferentes a los que sirven para configurar los espacios naturales protegidos efectivamente dañados.

A su vez, según indiqué más arriba, existiría 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

de realizar la acción. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2003, pp. 14 s., n. 6, 2004, p. 230, n. 7, y 2013, p. 253, n. 51 (compartiendo la opinión de SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia 1999, pp. 123 s.).

38 Con todo, téngase en cuenta que —según se explica a continuación en el texto— el daño ocasionado a los espacios naturales protegidos ya queda castigado a través del delito del art. 330.

39 Sorprende que —según indiqué— tanto la fiscalía como el tribunal sentenciador (en relación a la conducta del capitán y del jefe de máquinas) no mencionen siquiera la posibilidad de aplicar este delito, que (sea cual sea la hipótesis que nos planteemos) resultaba trascendental en el caso *Prestige* para castigar la afectación a los espacios naturales protegidos. Ante todo, porque (según acabo de señalar) la entrada en juego del delito del art. 330 permitiría castigar tal afectación en los casos en que solo mediare imprudencia, algo que no podría hacerse a través de la cualificación del art. 338. Pero incluso en la hipótesis de que se considerase que las conductas fuesen dolosas (como planteaba la fiscalía), el delito del art. 330 siempre sería aplicable aun cuando se aplicase también el art. 325 con la cualificación del art. 338, puesto que el grave daño efectivo a un elemento de un espacio natural protegido es un aspecto no abarcado por la puesta en peligro general de dicho espacio protegido por los medios del art. 325, como sucede en todos los supuestos de relación dogmática entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de lesión: siempre que haya habido algún espacio protegido que, habiendo sido puesto en peligro no ha resultado lesionado (algo que obviamente sucedió en el caso *Prestige*), la pena del delito de lesión del art. 330 no abarca todo el desvalor de la conducta, de tal manera que habría que apreciar un concurso ideal de delitos entre los arts. 325/326/338, por un lado, y el art. 330, por otro (cfr. ya SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 136, subrayando que el art. 330 se aplicaría en solitario únicamente en el caso de que el daño a un elemento de un espacio protegido fuese causado por medios distintos de los definidos en el art. 325). Evidentemente, a tal efecto hay que partir de la base de que, cuando la cualificación del art. 338 va referida al art. 325, la “afectación” al espacio protegido debe ser concebida como un peligro (y no como un daño, y menos aún, como un “grave daño”) para los espacios protegidos.

calificado, asimismo, de ideal, habida cuenta de que se trata de resultados imprudentes.

**Bibliografía del autor sobre el “caso Prestige”**

- **Las posibles responsabilidades penales en el “caso Prestige”**, en *IeZ, Ingurugiroa eta Zuzenbidea - Ambiente y Derecho*, 2003, nº 1, Bilbao, pp. 11/32.
- **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, pp. 219/280.
- **La represión penal de los vertidos marítimos accidentales**, en el libro *Estudios sobre el régimen jurídico de los vertidos de buques en el medio marino*, AAVV (J.L. Meilán, dir.), Ed. Aranzadi, Elcano, 2006.
- **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. Versión inglesa: **Possible criminal liabilities in the Prestige case**, en R. García Mira (ed.) *Readings on the Prestige disaster*. Contributions from the Social Sciences, **Institute for Psychosocial Studies and Research** X.V. Viqueira, A Coruña 2013.

**Columnas de prensa**

- *Crónica penal (Del Prestige y de otros relatos jurídico-penales)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005 (Recoge las columnas publicadas en La Voz de Galicia, entre 18-12-2002 y 15-12-2004).
- El país (edición nacional):  
*La posible responsabilidad penal del Gobierno en el “caso Prestige”*, 1-3-2003.  
*La relevancia penal de las grabaciones sobre el ‘Prestige’*, 3-1-2006.
- *El País (edición de Galicia)*.  
Columnas desde 15-1-2007 hasta 8-9-2012.
- *Faro de Vigo*  
*La sentencia del caso “Prestige”*, 28-11-2013.