

(Sentencia extraída de www.ecoiurislapagina.com)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA (Sección 1ª, Sentencia de 6 de Febrero de 2003)

Ponente: Huarte Lázaro, José Julián.

Nº de sentencia: 17/2003

Nº de recurso: 14/2002

Jurisdicción: PENAL

Texto

En Pamplona/Iruña, a 6 Feb. 2003.

SENTENCIA

Vista en juicio oral y público ante esta Audiencia Provincial, Sección Primera, la presente causa núm. 39/2001 de procedimiento abreviado, procedente del Juzgado de Instrucción núm. dos de Tafalla, rollo núm. 14/2002, por un delito contra el medio ambiente, siendo acusados, D. Raúl, con DNI, con domicilio en C/ (...) de Zizur Mayor, solvente y en libertad provisional por esta causa de la que no ha estado privado, representado por la Procuradora D.ª M.ª Jesús Arricivita Osés, y defendido por el Letrado D. José María Múgica Heras, y D. Marco Antonio, con DNI, con domicilio en (...) de Pamplona, solvente y en libertad provisional por esta causa de la que no ha estado privado, representado por el Procurador D. José Luis Beunza Arboniés y asistido del Letrado D. José María Múgica Heras. Siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal, y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Julián Huarte Lázaro.

I. ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO. Hechos probados: Se declaran expresamente probados: « La empresa Fagor-Luzuriaga, situada en el término municipal de Tafalla, centra su actividad en el sector de la fundición de hierro, fabricando bloques y piezas de motor para automoción, disponiendo desde el año 1977 de licencia de actividad al amparo del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres y Peligrosas, que al amparo de la Disposición Adicional 1.ª de la Ley Foral 16/1989 de 5 Dic., se considerara como licencia de apertura, y derivado de este proceso de producción se generan diversos residuos.

El acusado D. Marco Antonio, mayor de edad y sin antecedentes penales, ejerció desde el año 1995 las funciones de (...) de la indicada empresa, que a partir del año 1997 se constituyó con la denominación de "Victorio Luzuriaga Tafalla, S.A.", continuando aquél en sus funciones de Director. En el año 1997 se incorporó a la indicada empresa el acusado, D. Raúl, mayor de edad y sin antecedentes penales, como (...), encargado de la gestión administrativa de eliminación de residuos y controlando la política medioambiental de la empresa, de la que era conocer el (sic) (...).

En terrenos propiedad de la factoría y anexa a ésta, se ubican diversas zanjas o balsas donde son depositados los residuos semilíquidos derivados del proceso de producción de la empresa, cuyo suelo constituye una llanura aluvial, situada a 200 m del cauce del río Cidacos.

En el año 1993 el laboratorio Interlab, llevó a cabo distintos ensayos de ecotoxicidad de los lodos procedentes de la campa perteneciente a la factoría, habiéndose obtenido valores, que por ser inferiores a 3.000 mg/L, llevaron a considerar los residuos analizados como no peligrosos.

Como consecuencia de un estudio de Inventario sobre Suelos Contaminados, realizado por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio-Ambiente en el año 1995 la empresa Emgrisa llevó a cabo un estudio analítico sobre los residuos producidos por la empresa Fagor Luzuriaga, que reflejó respecto de la contaminación de aguas subterráneas (previo análisis de los pozos P 1, P 2 y P 4), que la contaminación de los mismos no podía considerarse procedente del emplazamiento, respecto de las aguas superficiales, que de los resultados se deduce que prácticamente no existe contaminación procedente del emplazamiento, evaluando los riesgos en el sentido de que para dicho "emplazamiento el nivel de riesgo integral es bajo", no obstante lo cual se recomendó que requería una actuación prioritaria a corto plazo. El Plan Nacional de Recuperación de Suelos Contaminados del año 1995, incluyó definitivamente el suelo perteneciente a Victorio Luzuriaga-Tafalla, S.A., como emplazamiento que requería actuaciones a largo plazo, según el documento de "Caracterización de emplazamientos registrados en el Inventario Nacional de espacios contaminados. marzo 1995", por considerar la concurrencia de un riesgo bajo que no requería de actuaciones inmediatas, sino de un programa de vigilancia y control, si bien para el acceso a los fondos de Cohesión de la Unión Europea, se incluyó el suelo de la factoría como "de actuación prioritaria", a los efectos de financiar la redacción de estudios y proyectos que permitieran detectar un cambio en el nivel de riesgo.

Con motivo de esta actuación, por concurso público se adjudicó a la empresa estatal Emgrisa el estudio denominado Control y Seguimiento de la contaminación de cinco suelos contaminados, entre los que se encontraba el de Victorio Luzuriaga Tafalla, S.A., con un año de duración.

El estudio analítico, realizado por Emgrisa en el período de 1996-1997, se efectuó sobre muestras recogidas en cinco puntos de muestreo, previa colocación de piezómetros para acceder a las aguas subterráneas. Los resultados obtenidos según la legislación española, no superan los límites fijados en la misma, por lo que se concluyó en que no se detectaban afecciones significativas en las aguas subterráneas.

Con posterioridad a aquellas fechas, y para verificar la posible existencia de afecciones al medio ambiente, como consecuencia de las prácticas de vertido de residuos realizadas por la empresa en los terrenos ocupados por la misma, la Dirección General de Medio Ambiente del Gobierno de Navarra viene realizando muestreos periódicos de las aguas subterráneas de la zona y del río Cidacos, aguas debajo de las instalaciones, habiéndose obtenido concentraciones de contaminantes inferiores a los valores establecidos en las normas de calidad de aguas que se utilizan normalmente como referencia, en todos los realizados hasta el mes de octubre de 2002.

En el año 1998, a petición del Ayuntamiento de Tafalla, se realiza por el Laboratorio Interlab un análisis de los lodos desecados en la campa de la factoría, concluyéndose que los residuos estudiados podían considerarse como inertes (no peligrosos).

En fecha 10 Sep. 1999, agentes de la comandancia de la Guardia Civil de Navarra, adscritos al Servicio de Protección de la Naturaleza (Seprona), observaron cómo un camión de la Empresa

Iraola Arteta, S.L., procede en la balsa identificada como núm. 4 ubicada en la campa de la factoría (identificada en las fotografías núms. 2 y 3, folios 211 y 212), un vertido de residuo consistente en una sustancia líquida de color negro, que posteriormente es completado con otros tres vertidos. Después de haberse realizado los dos primeros vertidos, a nivel superficial de la balsa donde caía el vertido (fotografía núm. 3, folio 212), agentes del indicado cuerpo tomaron por triplicado, dentro de un bote, en un solo punto, un contenido del mismo (identificado con la letra A), que remitida para su análisis al I.N. Toxicología, arrojó una presencia de plomo superior al 0,01%, en tanto que en la balsa seca identificada como núm. 3 (fotografía núm. 5, folio 213), y de la denominada balsa de reserva (identificada en la fotografía núm. 8, folio 214), se tomaron por triplicado muestras de sólido identificadas respectivamente como muestras B y C, arrojando la muestra B 3 concentraciones "de níquel de 125 mg/kg. y de plomo en 1,8 g/kg" superiores al 0,01%. Asimismo en los resultados analíticos de las muestras de residuos identificadas como A-3, B-3 y C-3, se apreció la presencia de cinc y de hidrocarburos aromáticos y aromáticos policíclicos, que si bien resultan tóxicos para la biota acuática, en mayor o menor medida a los niveles registrados, no hay ninguna prueba que pueda asegurar que tales compuestos alcancen los citados niveles (valores similares) en las aguas subterráneas, y en último término en el río Cidacos.

En fecha 9 Nov. 2000, se procedió por el Seprona a la toma de muestras de agua, subterráneas y superficiales, en el río Cidacos a su paso por el puente de la Autopista A-15, aguas debajo de la empresa (en el paraje denominado La Nava), en los pozos sitios en los parajes Gerón y La Nava, en la balsa de decantación sita en la empresa y en un canal de riego que circunda la factoría (folios 41 a 42), con el fin de analizar la incidencia en las aguas subterráneas y superficiales, la posible incidencia derivada de la filtración de los mismos, de los residuos arrojados en las balsas. Dichas muestras fueron remitidas al Instituto de Salud Pública, y de acuerdo con los resultados obtenidos, no se aprecian niveles significativos de los distintos metales en ninguna de las muestras analizadas.

En fecha 12 Jun. 2000, y por encargo de la empresa para la que trabajan los acusados, y a indicación de éstos, se solicitó de la Universidad de Cantabria un estudio sobre los residuos generados en el sistema productivo de la empresa Victorio Luzuriaga Tafalla, S.A., para lo que se obtuvieron un total de veinte muestras sólidas/lodos y líquidas, según los criterios de origen, potencial comportamiento de peligrosidad y gestión con fines de vertido, muestras que fueron tomadas, a excepción de tres, por el equipo de investigación del Departamento de Química de la indicada Universidad.

Al presentar las muestras representativas R 12 de la balsa identificada en el informe de dicha Universidad (Anexo núm. 8 de las diligencias previas), como B 3 y en la R 13 de la balsa B 4, un carácter altamente ecotóxico que lleva la indicada Universidad a calificarlos como residuo peligroso, recomendando una correcta gestión de los residuos, como peligrosos, los acusados al comunicarle dichos resultados, acordaron a partir de ese momento que dichos residuos fueran gestionados a través de la empresa Servicios Ecológicos de Navarra, S.L., como residuos peligrosos, teniendo lugar el primer servicio a través de gestor autorizado en fecha 29 Nov. 2000
» .

SEGUNDO. El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de acusación como constitutivos de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente , previsto y penado en los artículos 325 y 326 a) del C. Penal, del que consideraba responsables en concepto de autores a los acusados Marco Antonio y D. Raúl, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pidió se les impusiera a cada uno de

los acusados la pena de cuatro años y medio de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, diecisiete meses de multa a razón de una cuota diaria de diez euros, con arresto subsidiario en caso de impago, inhabilitación especial para trabajar en empresa del sector metalúrgico, durante cuatro años y costas del juicio.

TERCERO. En igual trámite la defensa de ambos acusados, solicitó la libre absolución de los mismos.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO. Dos consideraciones previas debe hacer la Sala, en relación con el material probatorio utilizado.

Una es la relativa a la admisión de la prueba pericial propuesta por el Ministerio Fiscal en el inicio de las sesiones de juicio oral, de los técnicos del Instituto Nacional de Toxicología, en Barcelona, y a la forma en que se practicó la emisión del informe en el acto del juicio oral, a través de un sistema de videoconferencia.

Y otra hace referencia a la idoneidad del informe técnico emitido por dichos peritos, en relación con la obtención de muestras que hizo el Servicio del Seprona.

A. Respecto de la primera de las cuestiones suscitadas, y sobre la que ya se pronunció la Sala, al inicio del acto del juicio oral, admitiendo la práctica de la prueba pericial a emitir por los técnicos del Instituto Nacional de Toxicología, en Barcelona, sobre el informe por ellos evacuado en fecha 12 Jul. 2000, debe decir esta Sala, que al encontrarnos en un juicio oral que se sigue por los trámites del procedimiento abreviado, de conformidad con lo establecido en el art. 793. 2 de la L. E. Criminal, es posible la proposición de nuevas pruebas al inicio de las sesiones del juicio, siempre que se puedan practicar en ese momento. Si ello es así, difícilmente pueda mantenerse que por su admisión se quiebre el principio de defensa para los acusados, como invocó el letrado defensor de éstos, cuando existe una previsión legal de solicitud de nuevas pruebas al inicio de juicio.

Pero es más, menos aún podría considerarse esa situación de indefensión o de desigualdad procesal, en relación con la concreta prueba propuesta. De un lado, porque la prueba propuesta iba dirigida a que los peritos del Instituto Nacional de Toxicología ratificaran el informe emitido por ellos, y que precisamente por sus resultados ha dado lugar al surgimiento de esta causa penal, de cuyo contenido por ende conocían todas las partes; y siendo además dicho informe emitido por un organismo público, como tiene reconocido el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, desde la sentencia de este último de fecha 11 Feb. 1991, núm. 24, no es necesario su ratificación en el juicio para tenerlo por prueba válida, por lo que esa ratificación no da lugar por sí sola a una situación de indefensión o desigualdad. Y de otro, por que en relación con los resultados constatados en esas pruebas por el Instituto Nacional de Toxicología, precisamente se han realizado diversos informes periciales de valoración, tanto por el Juzgado como por la defensa (a instancia de ésta hasta dos, interviniendo en ellas un total de cuatro peritos), que impide considerar que la posición del Ministerio Fiscal supusiese una actuación « sorpresiva », en relación con la introducción de soportes probatorios nuevos de su acusación, que dejasen en inferioridad de condición procesal a la defensa.

Respecto de la forma de práctica de dicha prueba, la Sala considera que al tratarse de una prueba pericial, en la que los peritos del Instituto Nacional de Toxicología van a informar al Tribunal y a las partes sobre el contenido de un informe ya obrante en autos (folios 6 y ss.), y no encontrándose los mismos en la demarcación del Tribunal, en aras de realizar las sesiones del juicio oral en unidad de acto, aceptó que la prueba se practicase a través de videoconferencia, permitiendo que los indicados peritos emitiesen su informe desde la Audiencia de Barcelona, en presencia de Secretario Judicial que dio fe de la identidad de los peritos y del acto de emisión de su informe. Dicho acto de emisión de informe tuvo lugar durante la celebración del propio juicio, y fue apreciado a tiempo real por este Tribunal, acusación, defensas, acusados y público en general, pudiendo tanto la acusación como las defensas, sin merma alguna en los principios de inmediación y contradicción real, interrogar a los peritos. Es por ello que la no presencia física de los mismos en la Sala del Tribunal, ninguna merma generó en la práctica de la misma ni en su apreciación, permitiéndose mantener los principios de una inmediación, si no física, sí real por existir una observación y apreciación directa y con contradicción de la prueba, sin merma por tanto de los principios de inmediación, entendido en su sentido funcional, y de contradicción.

B. En relación con la segunda de las cuestiones avanzadas, relativa a la nulidad de la prueba del Instituto Nacional de Toxicología, por concurrir una nulidad en la toma de muestras que hizo el Seprona, y sobre el que se sustenta aquel informe del Instituto, sin perjuicio de la valoración que sobre el alcance del mismo proceda, no considera esta Sala que daba tenerse por nulo el mismo.

Cierto es que en las diligencias no se encuentra incorporada el acta de toma de muestras de residuos que llevó a cabo el Seprona en fecha 10 Sep. 1999, sobre el que el Instituto Nacional de Toxicología realizó su informe de 12 Jul. 2000, núm. ref. A-3671/99, obrante en los folios 6 y ss. de las diligencias. Ahora bien ello no puede permitir sin más, considerar que la informe pericial sea nulo, pues sin desconocer la importancia de su incorporación, de un lado con la aportación de las fotografías unidas a autos por el Seprona, sobre el lugar y momento de toma de las muestras analizadas por agentes de aquél, en el lugar que se hacía el vertido por un camión cisterna, unido a las manifestaciones del Sargento que dirigió la investigación, sobre la toma de ese vertido « a nivel superficial en la balsa, donde caía el vertido, en un solo punto » , permiten conocer como se tomaron las mismas, permitiéndose en consecuencia la contradicción sobre dicho extremo.

Sí el Instituto Nacional de Toxicología, recepcionó las muestras y las sometió a análisis, sin objeción técnica, que dificultase la misma, habrá de considerarse que desde el punto de vista técnico, al margen del criterio de representatividad de la muestra, en su toma, custodia y remisión, no se incumplieron las especificaciones de la OM 8 Nov. 1996, en cuanto a toma de muestras medioambientales; sin que pueda considerarse que la indicación de las circunstancias del vertido que pudo hacer el Seprona, suponga una « contaminación » para la realización del informe, ya que la propia Orden considera de gran interés a la hora de la emisión del informe, disponer de toda la « información que pueda ser emitida en relación con la actividad industrial o posible foco contaminante, así como los datos relativos al entorno » , por lo que difícilmente puede considerarse que por la transmisión de información por parte del Seprona, se incurriese en un exceso injustificado.

Por último, la utilización para la emisión del informe por el Instituto Nacional de Toxicología, de la segunda muestra que el Seprona se quedó en su poder, ya que la primera remitida a la Mancomunidad, no fue objeto de análisis por esta entidad, no afecta al carácter indubitado de la

misma, pues de tal naturaleza goza tanto la primera muestra, como precisamente, la que queda en poder del Seprona (aparte de la tercera que fue entregada a la empresa), pues precisamente se conservan para poder objeto de contraanálisis, manteniendo su carácter indubitado. Tampoco aprecia la Sala, que la validez de la prueba pericial del Instituto Nacional de Toxicología, quede invalidada porque la remisión de la toma de muestras y la realización del informe por dicho Instituto, sin intervención de la autoridad judicial o de los médicos forenses, ya que no puede olvidarse que la policía tiene por obligación averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio, encontrándose obligados a practicar las diligencias necesarias para comprobarlos, recogiendo todos los efectos del delito, de conformidad con lo establecido en el art. 282 de la LECrim.; y como en el caso de autos la producción de vertidos de sustancias provenientes de un proceso de producción industrial puede ser tanto constitutiva de una infracción administrativa (art. 34 y siguientes de la Ley 10/98), como penal, nada empece que seguida una investigación por la Policía, pueda ésta requerir la colaboración de otras instituciones públicas directamente, sin perjuicio, como aquí ocurrió, de que si con ocasión del resultado de aquella investigación, apareciese la existencia de la presunta comisión de un delito, se dé entonces cuenta a la Autoridad judicial, pero sin que ello conlleve que carezcan hasta ese momento de autoridad la Policía para requerir de aquellas instituciones su colaboración técnica, a las que también puede dirigirse la autoridad judicial (como así se recoge en la STS 23 Nov. 2001).

SEGUNDO. Los hechos declarados probados en la presente resolución no son constitutivos del delito contra el medio ambiente que establece el art. 325 del Código Penal, y ello por los siguientes argumentos, que concretamos separadamente respecto de los dos extremos en que se sustentó la comisión del ilícito penal por el que se formula acusación:

A. Respecto de la presencia de níquel y plomo en los residuos existentes en las balsas, y una vez constatado que el plomo no puede catalogarse como producto tóxico, como así se puso de manifiesto en el acto del juicio, rectificando en este extremo sus informes tanto los técnicos del Instituto Nacional de Toxicología como el perito designado judicialmente, Sr. Daniel, ya que sólo podía calificarse de posiblemente cancerígeno, y por ende en el grupo 2 B de la Lista del IARC, y no tendría encuadre en ninguna de las categorías a que se refiere el Anexo 4 de la Orden de 13 Oct. 1989 (« contener un producto cancerígeno o probablemente cancerígeno »), la cuestión debe quedar circunscrita, respecto de la presencia de metales en las balsas desecación, al níquel detectado en los análisis del Instituto Nacional de Toxicología. En relación con la catalogación o no de dicha sustancia, níquel, como residuo peligroso, y aunque aceptaremos en la tesis más favorable para el Ministerio Fiscal, sustentada en el informe emitido por el Instituto Nacional de Toxicología, de que para determinar si un producto puede catalogarse como residuo peligroso, a tenor del art. 3 c) de la Ley de Residuos 10/98, deba definitivamente acudir a la Orden Ministerial de 13 Oct. 1989 (como así parece también pronunciarse la Universidad de Cantabria en su informe obrante como anexo 8 de las Diligencias, de septiembre de 2000, folio 17, aparte de la vigencia de otras normas) por contener las especificaciones relativas a los límites de concentración o de parámetros que permitan sopesar los peligros para la salud y medio ambiente a que se refiere el art. 5.4 del RD 366/95, en tanto en cuanto en el Anexo VI, Parte II, Capítulo 4.2, en las categorías de sustancias cancerogénicas y 5, sobre efectos en medio ambiente , no se especifican directamente los límites de concentración que sí hace la indicada Orden, que no se deroga por dicho Real Decreto, no puede concluirse que haya quedado acreditada la presencia de residuos peligrosos. Establece la indicada Orden que un residuo identificado por el Código C, quedará también identificado por el código H (entre los que también se incluye como H 14 el de peligro para el medioambiente: residuos que presente riesgos inmediatos o diferidos para el medio ambiente) y tendrá la consideración de tóxico y peligroso si cumple alguna de las siguientes condiciones « ... 4. contener un producto

cancerígeno o probablemente cancerígeno, de acuerdo con la IARC, con una concentración igual o superior al 0,01 por 100 » ..., y en la lista de dicha Institución, en el grupo 1, como producto cancerígeno aparece el compuesto de níquel. Pues bien aunque entendiéramos en la consideración expuesta por los técnicos del I.N. Toxicología, en el acto del juicio de que lo que se detectó en la muestra B-3 es compuesto de níquel y no níquel metálico, aunque en el informe se expresa « níquel » solamente, y por ende encuadrable en el grupo 1, como producto cancerígeno, y con una concentración superior al 0,01%, por haberse detectado en la muestra B 3 125 mg/kg, y ello nos permitiera calificar la presencia de un residuo peligroso en una de las balsas de la empresa, no por ello puede concluirse que se ha cometido el ilícito penal del art. 325 del C. Penal, ya que además del propio vertido es necesario que el vertido pueda « perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o generar un grave perjuicio para la salud de las personas », y es el caso, que no se ha acreditado que se haya podido poner en peligro grave el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Así debe decirse, de un lado, que si bien las muestras obtenidas por el Seprona, pueden constituir un indicio o inicio de la investigación, es necesario además que se constate aparte de la realidad del vertido, la incidencia o afección del suelo, subsuelo o aguas de aquel vertido, pues no nos encontramos en presencia de un vertido directo a un cauce fluvial, tal y como se recoge en la STS 12 Dic. 2000, o la reciente de 25 Oct. 2002, ni se ha imputado en el escrito de acusación que el propio vertido de residuos en zanjas o balsas de desecación sea por sí solo constitutivo de delito directamente. En el caso de autos, no se revela que por sí solo el vertido de residuo que constató el Seprona en fecha 10 Sep. 1999, contravenga por sí solo disposición medio ambiental, sino que la conducta en todo caso se enlaza con la situación o momento posterior, cual es de un lado, evaporada el agua de las balsas donde se producen los vertidos, el sólido remanente sí puede o no catalogarse como residuo peligroso, con las consecuencias derivadas para su tratamiento, y la necesidad en tal caso de gestionarlo como residuo peligroso, y de otro por la filtración que pudiera tener lugar de los metales existentes en los residuos depositados en las balsas, a las aguas subterráneas y superficiales. Pues bien, respecto de la primera de las cuestiones suscitadas, de considerar el residuo sólido que quedaba en las balsas como peligroso, al ser transportado como no peligroso al vertedero Romeral, este transporte infringiría la Ley de Residuos, ha de decirse que si bien en la muestra B-3, se detectó presencia de compuesto de níquel, ha de concluirse que una única toma en la balsa, en modo alguno puede considerarse representativa del conjunto, pues como establece la Orden de 8 Nov. 1996, en la toma de muestras de suelo o residuos sólidos como es el caso de la balsa B-3, se procurará que la muestra sea representativa del conjunto, y es el caso que no aparece acreditado que se tomaran varias muestras en toda la balsa, que nos permita concluir en que su resultado sea representativo de la misma, pues tan sólo nos consta la toma en un único punto de las tres muestras, lo que no puede servir para concluir en la presencia de forma generalizada de compuesto de níquel en la balsa, donde se recogió la muestra B 3. Si ello es así, y no podemos concluir que en esa balsa, en el sólido remanente de la misma después del proceso de desecación de los lodos resultantes del proceso de fundición, haya una presencia de compuesto de níquel en concentraciones superiores al 0,01%, ello nos impide calificar ese residuo como peligroso, y por ende calificar de ilícita, por infractora de la Ley 10/98 de Residuos, el transporte de dicho residuo al vertedero de Romeral, que venía realizando la empresa gestionada por los acusados. Acreditado además, a través de la prueba documental existente en las diligencias, y aportada en el juicio oral de que con ocasión de un informe elaborado por la Universidad de Cantabria, a requerimiento de los propios acusados como encargados de la gestión medioambiental de la empresa, en virtud de los cargos que en la misma desempeñan, que una vez que se detectó en las balsas muestras que tenían un carácter ecotóxico, que permitía clasificar el residuo como peligroso, la empresa acordó que la gestión de esos residuos se realizase por un gestor autorizado, dando cumplimiento a la Ley de Residuos, desde que se tuvo

conocimiento de ello, incluso antes de incoarse las diligencias penales, permite concluir que con anterioridad a estos análisis no hay prueba suficiente de la presencia de residuos peligrosos (por la prueba antes analizada del Seprona), y una vez fueron detectados a instancia de la propia empresa, se han gestionado adecuadamente, entregándolos a un gestor de residuos.

B. La segunda de las cuestiones suscitadas por la acusación sustentadora del ilícito penal es la incidencia relativa al riesgo en los ecosistemas naturales por la presencia en los residuos muestreados en las balsas A-3, B-3, C-3, de cinc e hidrocarburos aromáticos (Xileno y Tolueno) e Hidrocarburos aromáticos policíclicos (Antraceno y Frenantreno), por poderse filtrar a las aguas superficiales y subterráneas próximas al lugar donde se encuentran depositados los residuos. En relación a esta cuestión debe decirse que no puede tenerse por acreditado la existencia de una situación que haya podido generar un peligro grave para el medio ambiente, ya que, de un lado existe el mismo problema de representatividad de las muestras antes analizadas, que restaría valor a los resultados apreciados, en relación con la totalidad del conjunto de las tres balsas, y de otro porque como recogió el Perito designado judicialmente, D. Daniel (folio 397), si bien los « análisis efectuados sobre los lixiviados confirman también la presencia de elevadas concentraciones de Zn e hidrocarburos aromáticos,... y todos estos compuestos resultan tóxicos para la biota acuática, en mayor o menor grado, a los niveles registrados, sin embargo, con los datos disponibles no puede asegurarse con total garantía que tales compuestos alcancen los citados niveles en las aguas subterráneas, y en último término en el río », lo cual impide concluir con la certeza que exige el Derecho penal, que con la conducta enjuiciada haya podido generarse una situación de peligro sobre la biota acuática, máxime cuando de los análisis de las aguas superficiales y subterráneas no se apreciado ningún riesgo ni para los organismos acuáticos ni para la salud de las personas, por encontrarse las aguas analizadas dentro de los límites establecidos por la legislación. En esta situación es imposible concluir que se haya cometido el delito contra el medio ambiente a que se refiere el art. 325 del C. Penal, ya que bien nos situemos en el ámbito de la exigibilidad de peligro concreto a que se refiere la STS 30 Ene. 2002, el « delito contra el medio ambiente que se sanciona en el art. 325 del CP, es un delito de peligro concreto », ya que aunque no sea necesaria la producción de un perjuicio determinado y específico, « sí que es necesario que se produzca la creación del riesgo y que éste constituya un peligro grave » (STS 16 Dic. 1998), o bien en el ámbito del nuevo criterio jurisprudencial que se fija en la reciente sentencia de 25 Oct. 2002 que opta por configurar el delito de medio ambiente como un delito de peligro abstracto, lo que conlleva, que dicho peligro abstracto no puede depender del peligro concreto creado, sino « de la realización de la actividad peligrosa en sí misma », en el caso de autos no hay prueba concluyente que nos permita afirmar que la conducta llevada a cabo por los acusados, como responsables de la actividad de eliminación de los residuos derivados del proceso de producción, puede calificarse de generadora de un peligro grave ni siquiera en su vertiente de peligro abstracto que exigiría el art. 325 del C. Penal, según la reciente sentencia de 25 Oct. 2002. Y ello lo decimos por que aunque en el informe del Instituto Nacional de Toxicología, obrante a los folios 6 a 10 de la causa, en relación con el cinc y los hidrocarburos detectados en las muestras analizadas de las zanjas o balsas, identificadas como A-3, B-3 y C-3, se habla de un potencial tóxico-contaminante, y en el acto del juicio por los peritos de dicho Instituto se refirió en base a aquellos extremos que existía un riesgo grave al ecosistema acuático, ello resulta contradicho por el resto de las pruebas periciales practicas en el juicio oral, tanto a instancia del propio Ministerio Fiscal, como de la defensa. Así el perito designado judicialmente, y que depuso a instancia del Ministerio Fiscal, D. Daniel refirió que « los fenoles no superan los límites de la legislación, que las aguas analizadas por el Instituto de Salud Pública contienen los requisitos para destinarlas a la producción de agua potable, y que no hay ninguna situación de riesgo ». En idéntico sentido los peritos propuestos a instancias de la defensa Los Sres. Pedro Antonio y Casimiro, refieren que « no se ha producido afección a la

salud humana ni al medio ambiente » , y los Sres. Jon y Sergio « que no se han detectado residuos peligrosos, que no está demostrado que el cinc pasase al agua y se generase un riesgo » . Esta contradicción en los informes técnicos, genera a la Sala una duda razonable, que impide tener por acreditado o probado con la certeza que exige el derecho penal, para poder tener por desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia, que con la conducta de vertidos a las zanjas o balsas sita en la factoría se generase una situación de peligro o riesgo grave ni siquiera abstracto, para el medio ambiente , por lo que el pronunciamiento no puede ser otro que el absolutorio. En consecuencia, acreditado que la empresa a la fecha de objeto de los análisis verificados disponía de licencia de apertura, al permitírsele la Disposición Adicional 1.ª de la Ley Foral 16/89 de 5 Dic., por disponer de la autorización de funcionamiento conforme al Reglamento de MNP, no constando que los sólidos existentes en las zanjas o balsas donde se vertían los residuos, cuyas muestras recogió el Seprona, puedan calificarse de peligrosos, y fuera en consecuencia inadecuado su transporte al vertedero de Romerales (folio 666, que se hacía con la correspondiente autorización municipal, habiendo procedido la empresa a entregar los residuos a un Gestor autorizado, cuando a través de informes por ella encargados, en julio del año 2000, se detectó en alguna de las balsas residuo ecotóxico), ni tampoco que se filtrase a los acuíferos, pozos y al río Cidacos sustancias que afectasen el equilibrio ambiental, no destinándose además ni los pozos de la Nava y Gerón para el consumo humano, y no realizándose captaciones directas desde el río Cidacos para dicho fin (folio 660 certificado de la Mancomunidad de Mairaga), el pronunciamiento no puede ser otro que el absolutorio, pues no se pone de manifiesto la existencia de una situación que pudiera haber generado un peligro grave ni para el medio ambiente ni para la salud de las personas, pues como informa el Gobierno de Navarra (folio 663), en el análisis de aguas subterráneas y del río Cidacos, aguas debajo de las instalaciones, se han obtenido concentraciones de contaminantes inferiores a los valores establecidos en las normas de calidad de agua, y no se ha detectado que se haya perjudicado el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.

Por todo lo anteriormente expuesto el pronunciamiento no puede ser otro que el absolutorio.

TERCERO. Se declaran de oficio las costas causadas en este juicio.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

III. FALLO

Debemos absolver y absolvemos del delito contra el medio ambiente de que eran acusados, a D. Raúl y a D. Marco Antonio, con toda clase de pronunciamientos favorables, dejando sin efecto las medidas de orden personal y pecuniarias adoptadas, y declarando de oficio las costas causadas en este juicio.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.

La extiendo yo, el Secretario para hacer constar que en el día de hoy, me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes, unir a los autos certificación literal de la misma y archivar el original. Doy fe en Pamplona a (...)