

Reflexiones sobre las emisiones y vertidos en los delitos contra el medio ambiente y algunos aspectos determinantes en los mismos

Antonio Vercher Noguera

Fiscal del Tribunal Supremo

I. Introducción

A principios de la década de los noventa la Fiscalía General del Estado empezó a tratar en sus Memorias anuales diferentes temas y supuestos relacionados con los delitos contra el medio ambiente. Se trataba de una iniciativa de especial significación porque, a través de la misma, se equiparaban los delitos contra el medio ambiente a los supuestos delictivos más relevantes del sistema penal español y que venían siendo reflejados también anualmente en las citadas Memorias. Ello supuso, además, la aportación de valiosas perspectivas prácticas a una figura penal cuyo tratamiento jurídico se encontraba por aquel entonces, y a pesar de notables aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, prácticamente en mantillas.

Es importante subrayar que las Memorias de la Fiscalía General del Estado, además de tratar temas de política criminal, han venido incorporando una selección de los aspectos delictivos más problemáticos y emblemáticos, previamente refle-

jados, a su vez, en sus Memorias por los Fiscales Jefes de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales.¹ Pues bien, muchos de los temas medioambientales tratados en las Memorias anuales de la Fiscalía General procedían, y proceden actualmente, de las aportaciones de los citados Fiscales Jefes.²

Este proceso ha permitido la incorporación de algunos aspectos de notable trascendencia en el contexto ambiental penal.³ Así, por ejemplo, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995 recoge una llamativa referencia procedente de la Memoria de la Fiscalía de Cádiz. El Fiscal de Cádiz, según la Memoria, "alude tácitamente a ciertos factores coyunturales, como la climatología, que suponen un inevitable aumento de la incidencia delictiva en esta materia. Así, al referirse al norte de la provincia, menciona la existencia de numerosas pequeñas industrias ganaderas que han originado focos de contaminación en ríos y arroyos de la zona, debido a la ausencia de presupuesto necesario en estas industrias para la depuración

1. Quizás convenga hacer una pequeña referencia, previamente, al objeto y finalidad de las Memorias de la Fiscalía General del Estado. Según el artículo 9.1º del Estatuto del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal): "El Fiscal General del Estado elevará al Gobierno una Memoria anual sobre su actividad, la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas convenientes para la mayor eficacia de la justicia. En ella recogerá las observaciones de las Memorias que, a su vez, habrán de elevarle los Fiscales de los distintos órganos, en la forma y tiempo que reglamentariamente se establezca. De esta Memoria se remitirá copia a las Cortes Generales y al Consejo General del Poder Judicial". A su vez, el artículo 181.3º de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio del Poder Judicial establece que: "El Fiscal General del Estado leerá también en este acto (apertura del año judicial) la Memoria anual sobre su actividad, la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas convenientes para una mayor eficacia de la justicia".

2. Precisamente para que no hubiera ningún atisbo de duda sobre el interés por parte de la Fiscalía General del Estado en relación con los temas relativos a la protección penal del medio ambiente, el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Carlos Granados, remitió una comunicación con fecha de 3 de enero de 1996 a todas las Fiscalías del país solicitando a los Fiscales Jefes que incluyeran en sus Memorias los aspectos más relevantes en materia de medio ambiente acontecidos en sus circunscripciones territoriales.

3. Así, la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 1996 viene a señalar, al referirse al por entonces recientemente promulgado Código Penal de 1995, lo siguiente: "Las consideraciones que sobre este tema (nuevo Código Penal) realizan los diferentes Fiscales Jefes son, sin lugar a dudas, de una especial trascendencia por cuanto que van a ser las Fiscalías las que asuman la más directa labor de aplicación de la nueva normativa penal protectora del medio ambiente. El conjunto de Fiscalías afrontará también una parte, sin duda sustancial, de la total actividad de investigación y aportación de pruebas en la materia". Vide: *Memoria de la Fiscalía General del Estado*. 1996. Pág. 504.

de aguas residuales. Esos problemas, asevera el Fiscal, se han acentuado en años como el 93 y 94 de una fuerte sequía que impide la capacidad de autodepuración de los ríos y arroyos debido al poco volumen de agua que llevan".⁴ Según se desprende de lo dicho, algunos factores, como la lluvia y el incremento o disminución del caudal de los ríos a consecuencia de la misma o de su ausencia, pueden acabar incidiendo en la determinación de la responsabilidad penal en medio ambiente. Se trata quizás de una apreciación chocante, pero sin lugar a dudas interesantísima.⁵

Una vez formulada la referencia de la Fiscalía de Cádiz acabada de exponer, la cuestión que inmediatamente surge, a raíz de la misma, podría ser expresada en los siguientes términos: ¿hasta qué punto puede hacerse depender esa específica figura penal que es el delito contra el medio ambiente de aspectos o factores más o menos aleatorios como los mencionados?

Esta cuestión será, pues, el eje sobre el que girarán las diferentes consideraciones que se van a realizar en las presentes páginas. Se trata, no obstante, debo admitirlo, de reflexiones simplemente especulativas y, por ende, abiertas a discusión y debate.

II. La incidencia de factores determinantes de responsabilidad penal en los vertidos y emisiones: planteamiento del problema.

Para mejor desbrozar el tema, quizás convenga

efectuar algunas reflexiones en relación con la cita de la Fiscalía de Cádiz. Realmente lo que la citada Fiscalía venía a plantear, lógicamente con una perspectiva más empírica que el planteamiento genérico efectuado en el párrafo anterior, era lo siguiente: ¿qué se puede hacer en el caso de un vertido concreto, cuando, por ejemplo, ese vertido desemboca en un cauce cuyo caudal varía según las condiciones meteorológicas del momento? De hecho, el tema se suscitó porque la incidencia de los vertidos de esas pequeñas industrias ganaderas en los cauces aumentaba en años de sequía, como los años 1992 y 1993, al ser menor su dilución frente a años lluviosos en los que el caudal del agua en los cauces era superior y, en consecuencia, la dilución del vertido mayor.

Antes de seguir, sin embargo, es necesario efectuar una precisión al respecto. Es evidente que cuando la Memoria se está refiriendo a la "climatología", lo que verdaderamente quiere decir es "meteorología", puesto que en modo alguno son la misma cosa. Por una parte la climatología se refiere al "conjunto de las condiciones propias de un determinado clima",⁶ mientras que la meteorología trata de la "atmósfera y los meteoros".⁷ Es decir, la climatología implica un clima, al que va aparejado intrínsecamente estabilidad,⁸ mientras que la meteorología, sin embargo, se refiere a la atmósfera y la atmósfera supone cambios constantes y variaciones muchas veces imprevisibles, incluso para los expertos.⁹

Volviendo de nuevo al tema inicial, a poco que uno se detenga en el análisis del mismo notará como se produce, de manera casi invariable, una ex-

4. Vide: *Memoria de la Fiscalía General del Estado*. 1995. Pág. 676.

5. Igual que esta apreciación a la que acabamos de referirnos, las últimas Memorias han venido sacando a la luz interesantes aspectos, muchos de ellos cruciales, como el expuesto, y otros, justo es admitirlo, no tan cruciales. De hecho, en algunos casos, las Memorias se refieren a temas ambientales más bien propios de la España de pandereta y dulzaina, que de la España del avance científico y del progreso. Así, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995 se refiere a una aparentemente arraigada creencia popular en relación con las avionetas destruye-nubes: "Como señala el Fiscal de Almería, se siguieron en esa Fiscalía diligencias del artículo 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal en virtud de un escrito de UAGA (Unión Almeriense de Agricultores y Ganaderos) de la zona norte de la provincia, en el que se denunciaba la actividad de supuestas avionetas destruye-nubes, por así llamarlas, que, al parecer, contratadas por industriales del mármol -a quienes no interesan las lluvias-, bombardean las nubes en formación con determinados productos que terminan por destruirlas. Tras numerosas actuaciones administrativas e informes técnicos, se ha dictado, en fecha reciente, decreto de archivo, pero es lo cierto que los agricultores afectados siguen realizando manifestaciones de protesta convencidos de la realidad de estas imputaciones que, según dictámenes de expertos científicos carecen de toda base". Vide: *Memoria de la Fiscalía General del Estado*. 1995. Págs. 676-677.

6. Vide: *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Vigésima primera edición. 1992. Pág. 346

7. Vide: *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española Vigésima primera edición. 1992. Pág. 966.

8. Según el *Diccionario Collins*, se entiende por clima "las condiciones atmosféricas prevalentes a largo plazo en un área determinada en base a la latitud, posición relativa de océanos o continentes, altitud, etcétera". *Collins English Dictionary*. Glasgow: Harper Collins Publishers. 1998. Pág. 302.

9. Es interesante la denuncia que hace LÁZARO CARRETER, al denunciar el mal uso que con frecuencia se hace de nuestra lengua. Así, "...en efecto, los media sustituyen sistemáticamente clima, voz simple y natural, por la alongada climatología. No es aquél el responsable de tifonías y sofocos, de catástrofes y ruinas...". Vide: LÁZARO CARRETER, F.: *El Dardo de la Palabra*. Barcelona: Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores. 1997. Pág. 364.

plicable sensación de rechazo frente a la tesis en él implícita. Ello es perfectamente lógico. Admitir la posibilidad debatida sería como convertir a la meteorología, o si se quiere el índice de pluviosidad, en una condición determinante de la eficaz aplicación de los delitos contra el medio ambiente, de manera que la ausencia de lluvia podría justificar la apreciación, por ejemplo, de una causa de exculpación en el sentido propuesto por la doctrina alemana.¹⁰

Es evidente que no se puede hacer depender la aplicación de una norma penal del hecho de si llueve o deja de llover, ni de otros factores similares. Se me antoja que aceptar esa posibilidad, trasladando el problema a otro campo para proporcionar un ejemplo más ilustrativo, sería como hacer depender, por ejemplo, la aplicación de las normas reguladoras de los delitos contra las personas del mayor o menor grado de histeria colectiva que pudiera afectar a la sociedad en un momento determinado. Es decir, sería algo así como permitir que a mayor nivel de histeria, estrés o agresividad social se aplicara una menor represión penal, ya que no tendría mucho sentido reprimir actos violentos en una sociedad violenta de por sí y en la que la agresividad fuera la tónica general. En este caso convertiríamos igualmente a un elemento extraño, como es por ejemplo la agresividad social, en una causa de exculpación. No sé si se trata de un ejemplo afortunado o no, pero por lo menos no tengo la menor duda de que es ilustrativo. De todas formas, lo que pretendo expresar con el mismo es la inse-

guridad que se introduce al hacer depender la aplicación de una norma penal, cualquiera que sea la misma, de factores más o menos azarosos, inciertos o coyunturales.

Lógicamente, cuando en esta exposición me refiero a factores aleatorios no estoy aludiendo exclusivamente a la meteorología. Podrían considerarse también como tales factores aleatorios la variabilidad en la composición del agua o el grado de enturbiamiento de la misma en un determinado cauce y en un momento preciso, o incluso el nivel de contaminación que pudieran llevar las aguas en cuestión, también en un instante determinado, siempre y cuando esa contaminación no se debiera al foco emisor que estuviera siendo investigado. En relación con ese último punto hay que señalar que es perfectamente posible que al margen de la persona o entidad cuya contaminación esté siendo analizada, el medio acuático al que se efectúe el vertido o la zona atmosférica en la que se realice la emisión investigados posean ya un determinado índice de contaminación.¹¹ Se trata, por supuesto, de una contaminación previa que puede dar lugar, igualmente, a una responsabilidad penal. Pero, en todo caso, esa contaminación está ahí, es ajena al foco emisor investigado y constituye un aspecto aleatorio a tomar en consideración, de manera que su existencia no debe ni determinar ni eximir de responsabilidad penal a nadie, salvo a su autor. Se trataría, evidentemente, de un posible tema penal a tratar aparte.¹²

10. Existen hechos que, pese a ser típicamente antijurídicos y haber sido cometidos por un autor capaz de culpabilidad y dotado de conciencia de lo injusto, quedan libres de pena porque en determinadas circunstancias el ordenamiento jurídico no formula el reproche alguno de culpabilidad. Las circunstancias que hacen desaparecer el reproche de culpabilidad se denominan causas de exculpación. Vide: JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Bosch Casa Editorial. 1981. Volumen I. Págs. 653-654.

11. Es importante poner de relieve, según se ha señalado, que "El desarrollo industrial que ha tenido lugar en los últimos años, basado en procesos productivos cada vez más complejos que requieren un mayor consumo de materias primas, siendo estas cada vez más variadas, ha traído consigo un peligroso cambio cualitativo en la composición y características de los residuos que se generan. En definitiva, la generación de residuos ha experimentado un cambio cualitativo y cuantitativo muy significativo. No sólo el volumen de generación de residuos ha aumentado espectacularmente, sino que éstos entrañan, cada vez más, riesgos mayores para la salud humana y el medio ambiente". Vide: CUBEL SÁNCHEZ, P.: *La Caracterización de los Residuos Tóxicos y Peligrosos en el Ordenamiento Jurídico Español*. En: *Actualidad Administrativa*. Nº 26. 29 de junio al 5 de julio de 1998. Pará. 564.

12. Hay que admitir, sin embargo, que no siempre se produce ese específico supuesto ni se plantea esa misma situación. Por ejemplo, DE LA CUESTA AGUADO, citando a WINKEMANN, suscita la posibilidad de que al vertido de una dosis inocua de una sustancia se acumulen otras dosis aportadas por otros sujetos sin conexión alguna con el primero y que la mezcla, en conjunto, pueda resultar peligrosa. Así, por ejemplo, <E1> realiza una emisión de 1 gramo de la sustancia <X>; <E2> emite de la misma sustancia <X> 2 gramos; y <E3>, en el mismo período de tiempo que los anteriores, emite también un gramo de <X>. Se conoce, además, que la inhalación de más de 3,5 gramos en el aire de la sustancia <X> es nociva para la salud y produce la enfermedad <K> o la muerte. Según la autora citada, "... la determinación de la ley de cobertura no es la cuestión problemática, sino la atribución del res a la acción de un determinado autor. Son los denominados supuestos de causalidad acumulada o cumulativa, que en los últimos años sirven de piedra de toque para verificar la bondad de las distintas teorías sobre la causalidad. En este caso, existe un resultado unitario que es consecuencia de varios resultados individuales. Distinto de este concepto de efecto sumatorio es el de efecto sinérgico, que se produce cuando de la combinación de distintas sustancias surge un efecto nuevo. El efecto sinérgico es un único acontecimiento mientras que el efecto sumatorio resume conceptualmente un número determinado de acontecimientos individuales". Pues bien, en relación con este tipo de supuestos, y otros que cita la autora referida, "Se trata de conductas, por lo

Pues bien, si en el caso de los delitos contra las personas el rechazo al ejemplo antes expuesto sería inmediato, hasta el punto de que no efectuar tal rechazo podría ser síntoma incluso de cretinismo profundo e irreversible, cuando se trata del ejemplo medioambiental las opiniones en favor de tal rechazo no serían posiblemente tan unánimes. De hecho, existen datos que así lo adveran, según se verá en breve.

Todo lo dicho es indicativo de que, en materia de protección del medio ambiente, queda todavía mucho camino por recorrer y, lógicamente, ese camino no está exclusivamente circunscrito al Derecho penal. De hecho, esta problemática ha salido a colación de igual manera en otras áreas del Derecho en las que tiene incidencia el medio ambiente, como es el caso del Derecho comunitario. Así, la referencia a factores aleatorios o imprevisibles, como la sequía, para justificar el incumplimiento de normativa comunitaria ambiental, ha sido ya examinado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

De hecho, en el asunto *Comisión contra el Reino de España*, relativo al incumplimiento por nuestro país de la Directiva 76/160 sobre aguas de baño,¹³ una de las tres alegaciones formuladas por España para justificar la infracción de la citada Directiva era la existencia de unas circunstancias sobre las que no tenían ninguna influencia o control las autoridades: la excepcional sequía que se estaba viviendo en el país. Ante esta argumentación, la Comisión, si bien puso de relieve que no desconocía las consecuencias generales que la sequía supuso para la calidad del agua, vino a

manifestar, no obstante, que la sequía no está incluida entre "las condiciones meteorológicas excepcionales", a que se refiere al apartado 2 del artículo 5 de la Directiva.¹⁴ El Abogado General, Sr. Lenz, vino a manifestar igualmente en sus conclusiones que "esa disposición debe interpretarse restrictivamente. Contiene disposiciones específicas para supuestos de fuerza mayor".¹⁵ Complementando lo dicho, el Abogado General, citando la jurisprudencia comunitaria,¹⁶ vino a señalar que únicamente cabe hablar de fuerza mayor cuando existe una causa exterior que tenga "consecuencias irresistibles e inevitables hasta el punto de hacer objetivamente imposible para las personas afectadas el respeto de las obligaciones".¹⁷ Siguiendo ese mismo planteamiento, el TJCE vino a manifestar que "la condición meteorológica invocada debe revestir un carácter excepcional y la superación de los valores (de la Directiva) debe ser consecuencia de una condición de tal naturaleza".¹⁸

Es decir, en modo alguno los aspectos ajenos, más o menos aleatorios, pueden ser determinantes de la aplicación o inaplicación de una disposición legal. En todo caso, para que sean determinantes deberán de estar justificados como verdaderos supuestos de fuerza mayor.

III. Algunas recientes aportaciones de la jurisprudencia nacional al respecto.

Uno de los ejemplos más ilustrativos a la hora de analizar la dependencia de responsabilidad penal ambiental de factores ajenos podría ser,

general imprudentes (artículo 331 del Código Penal) o realizadas con dolo eventual, de incumplimiento grave de las funciones de inspección y, como consecuencia, del deber de garante de los bienes jurídicos protegidos, del funcionario (o autoridad administrativa) encargado del control de la actividad que, fuera de los casos previstos en el artículo 329, autoriza el funcionamiento, por ejemplo, de industrias -autorización que es legal aisladamente considerada- pero sin advertir que las dosis de sustancias emitidas, sumadas a las emisiones preexistentes superará los límites permitidos". Vide: DE LA CUESTA AGUADO, P.: *Causalidad de los Delitos contra el Medio Ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2ª edición. 1999. Págs. 102 et seq.

13. Directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño.

14. Según el apartado 2 del artículo 5 de la Directiva:

"2. La superación de los valores previstos en el apartado 3 no se tendrá en cuenta en el cálculo de los porcentajes previstos en el párrafo 1 cuando sea consecuencia de inundaciones, catástrofes naturales o condiciones meteorológicas excepcionales".

15. Conclusiones del Abogado General Sr. Carl Otto Lenz, presentadas el 2 de octubre de 1997. Sentencia de 12 de febrero de 1998, asunto *Comisión contra España* (C-92/96. Rec. p. I-507), apartado 23.

16. Sentencia de 18 de marzo de 1980, *Valsabbia/Comisión* (asuntos acumulados 154/78, 205/78, 206/78, 226/78, 227/78, 228/78, 263/78, 264/78, 39/79, 31/79, 83/79 y 85/79, Rec. p. 907), apartado 140.

17. Conclusiones del Abogado General Sr. Carl Otto Lenz, presentadas el 2 de octubre de 1997. Sentencia de 12 de febrero de 1998, asunto *Comisión contra España* (C-92/96. Rec. p. I-507), apartado 23.

18. Añade el TJCE que, en el presente asunto, "el Gobierno español no ha proporcionado ninguna indicación precisa que pruebe, en cada una de las regiones afectadas, por una parte, el carácter excepcional de la sequía alegada y, por otra parte, la imposibilidad que de ella hubiere resultado para a las autoridades de alcanzar la calidad mínima de las aguas de baño impuestas por la Directiva, a pesar de realizar esfuerzos adicionales". Sentencia de 12 de febrero de 1998, asunto *Comisión contra España* (C-92/96. Rec. p. I-507), apartados 31 y 32.

quizás, la sentencia de 21 de julio de 1995 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Sabadell. En esta sentencia se vino a absolver al acusado ante la no concurrencia de uno de los elementos básicos del anterior delito contra el medio ambiente (artículo 347 bis del Código Penal de 1973),¹⁹ es decir ante la inexistencia de un peligro "concreto".

Según los hechos probados, la empresa responsable venía efectuando sus vertidos de aguas residuales en la Riera de San Cugat, a 50 m. de la desembocadura de ésta en el río Besós. Los análisis efectuados a los vertidos evidenciaron la existencia de metales -especialmente cromo, mercurio y zinc-, así como una alta demanda química de oxígeno en cantidades netamente superiores a las autorizadas como máximas en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico.²⁰ A su vez, la sentencia dejaba perfectamente claro que "dichas concentraciones son absolutamente incompatibles con la vida macroscópica propia de los ríos de la zona".

Sin embargo, y a pesar de todo ello, la sentencia absolvió al acusado A.E.R. dado que, según la misma, tanto la Riera de San Cugat, como el río Besós eran "ríos muertos", desde aguas arriba, carentes de toda flora y fauna, a excepción de ciertas bacterias que se desarrollan precisamente donde no cabe vida macroscópica. En consecuencia, siendo así que las aguas vertidas por la empresa de A.E.R. "no constituían una grave dificultad añadida a la regeneración del río Besós ni de la Riera de San Cugat", según el juzgador, es por lo que no existía delito alguno. Esa era la conclusión a la que llegaba el juzgador al faltar el elemento típico consistente en un resultado de peligro concreto y grave para la salud de las personas, las condiciones de vida animal, espacios naturales o plantaciones útiles.²¹

Pues bien, permítaseme, llegados a este punto, introducir una reflexión sobre lo que se acaba de exponer. Cabría decir, de entrada, que ese concep-

to de "río muerto" que introduce la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Sabadell es, en sí mismo, un concepto excesivamente aventurado, por calificarlo de alguna forma. Y ello es así, porque la pureza de las aguas del citado río dependerá, tal como ya hemos adelantado, de factores, a su vez, tan aleatorios como el caudal que lleve su cauce en un momento determinado, o de la mayor o menor dilución de productos contaminantes procedentes de vertidos anteriores o, incluso, de la situación económica de la región en un momento también determinado. Este último punto es perfectamente comprensible dado que ante una mejor situación económica, existirán mayores niveles de producción por parte de las empresas y, consecuentemente, más contaminación. Pero no terminan aquí estos aspectos aleatorios. Imaginemos, por ejemplo, una empresa contaminante situada en un polígono industrial. En el caso de que la empresa investigada se halle en una posición económica aceptable en un momento de crisis general, con la consiguiente reducción de actividades productivas que toda crisis normalmente conlleva para el resto de empresas en situación no tan óptima, de mantener la empresa controvertida su producción, es bastante probable que acabe respondiendo penalmente. Ello es lógico, dado que las aguas a las que la empresa vierte discurren más puras a consecuencia de la crisis económica. Así pues, puesto que en tales condiciones muchas empresas habrán dejado de producir, la incidencia de su vertido será superior que en el caso de que todas las empresas del mismo polígono industrial estuvieran vertiendo en condiciones normales.

Evidentemente, lo dicho respecto a un caudal de agua podría ser igualmente aplicable a la atmósfera, ya que puede tratarse de una zona en la que estén instaladas varias empresas y por lo tanto con cierto nivel de contaminación, o una zona

19. Según el artículo 347 bis del Código Penal de 1973:

"Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas el que, contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

Se impondrá la pena superior en grado si la industria funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o se hubieren desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo irreversible o catastrófico.

En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores".

20. Real Decreto de 11 de abril de 1986, número 849/86 de Dominio Público Hidráulico, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla los títulos Preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/85, de 2 de agosto de 1985, de Aguas.

21. Fundamento Jurídico tercero de la sentencia.

junto al mar y, por ende, más aireada, o una zona de difícil ventilación al estar situada en un valle o en un ámbito con condiciones orográficas similares que dificulten la circulación del aire, tal como ha venido ocurriendo tradicionalmente en Santiago de Chile o Los Angeles, por ejemplo.

Es decir, según esta sentencia, lo que importa no es el vertido o la emisión propiamente dichos, sino su dilución en el medio acuático o en el aire. Si el medio acuático o aéreo están muertos, el vertido o la emisión no representarán peligro alguno. Pues bien, si trasladamos esa nueva elaboración conceptual teórica creada por el Juzgado de lo Penal de Sabadell, y que el mismo denomina con la expresión "río muerto" (valdría igualmente en base a lo dicho la expresión "zona atmosférica muerta"), al contexto delictivo ordinario, el resultado podría ser sorprendente. Es evidente que la misma podría convertirse en una nueva causa de exculpación. Imaginemos de nuevo, volviendo al ejemplo de transposición a un supuesto de Derecho penal ordinario expuesto en el apartado anterior, que un Juez en una zona social y económica degradada decide que, como el ambiente social en la misma constituye caldo de cultivo para la delincuencia, y como se trata de una "sociedad muerta", siguiendo la nueva expresión al uso, no merece la pena aplicar el Código Penal a la totalidad o parte de las conductas consideradas como delitos en el mismo. De hecho, esa podría ser la traslación lógica de la construcción doctrinal elaborada para temas de medio ambiente en la sentencia controvertida, a un supuesto de Derecho penal de lo más ordinario y corriente.

Lo cierto es que la susodicha sentencia de 21 de junio del Juzgado de lo Penal nº 2 de Sabadell fue objeto de los correspondientes recursos de apelación y de amparo ante la Audiencia Provincial y el Tribunal Constitucional respectivamente. Estos recursos comportaron, lógicamente, diferentes comentarios por parte de ambos órganos judiciales competentes para conocer de los mismos.

Llegados a este punto, quizás sea conveniente efectuar alguna consideración sobre el análisis que al respecto realiza el Tribunal Constitucional en la sentencia 42/1999, de 22 de marzo, resolviendo en amparo el tema objeto de debate.

Hay que admitir, de entrada, que el Tribunal Constitucional efectuó muy interesantes reflexio-

nes sobre la sentencia recurrida. Una de ellas, además, es de especial interés para la problemática expuesta en el presente supuesto. Cuando el Tribunal Constitucional pasa a analizar el uso de la expresión "río muerto", expresa lo siguiente: "... como dice el Ministerio Fiscal, se trata de una expresión más retórica que técnica que, como se deduce de las declaraciones de los Peritos efectuadas en el juicio oral, no excluye que un río calificable en un determinado momento como "muerto" no pueda calificarse en ese mismo momento de regenerable, es decir, como capaz de devenir un río con vida animal o vegetal en el futuro y, en consecuencia, un río en el que los vertidos de ciertas sustancias puedan perjudicar gravemente el desarrollo de las condiciones de vida animal".

Al margen de que la sentencia del Tribunal Constitucional no fue posiblemente interpretada de manera correcta por algún sector -que a mi parecer le dio quizás un toque excesivamente alarmista,²² lo cierto es, sin embargo, que el Tribunal Constitucional se quedó en los prolegómenos de lo que podía haber sido una magnífica aportación clarificadora en la materia. Tal como se desprende de la lectura de la frase entrecomillada anterior, el alto Tribunal viene a poner de relieve, en primer lugar, que un río no es algo inmutable. En consecuencia, dice el interprete constitucional, si el río está contaminado en un momento dado, nada impide que el río en cuestión no pueda ser capaz de "... devenir un río con vida animal o vegetal en el futuro". El Tribunal añade, acto seguido, que, tan pronto se produzca esa circunstancia, es decir tan pronto se trate de un río con vida animal o vegetal, habrá un momento en el que "... los vertidos de ciertas sustancias puedan perjudicar gravemente el desarrollo de las condiciones de vida animal".

Las aseveraciones del Tribunal son absolutamente ciertas, de hecho son tan ciertas que rayan casi en lo tautológico. Veamos, sin embargo, cómo ha sido la evolución del tema debatido: si un río lleva cierto nivel de contaminación y ese nivel de contaminación va creciendo sin medida ni medida, es lógico que llegará un momento en que el río acabe convirtiéndose en algo así como un cloaca a cielo abierto. Es evidente que, en tales circunstancias, cualquier vertido posterior tendrá poca incidencia en el río. Esa es la razón por la

22. El periódico *Expansión* expresaba, con grandes titulares, que "El Constitucional amplía los supuestos de delito ecológico en el ámbito empresarial". Acto seguido se añadía, en el comentario a la sentencia controvertida, que los empresarios que realicen vertidos de residuos tóxicos deberán extremar las precauciones si no quieren verse sorprendidos con la imputación de un delito contra el medio ambiente. Ello era debido, según la sentencia, a que el Tribunal ha endurecido los criterios para determinar este tipo de delitos al considerar que el vertido en un "río muerto" es causa suficiente para incurrir en responsabilidad penal. Vide: *Expansión*. Sábado 19 de junio de 1999. Pág. 36.

que el Tribunal de lo Penal de Sabadell nº 2 vino a señalar que se trataba de un "río muerto". El Tribunal Constitucional enmendó la plana, muy certeramente sin duda, al Juzgador "a quo", indicando que un río puede estar muerto en un preciso instante, pero puede dejar de estarlo poco después. El Tribunal Constitucional, sin embargo, no pasó a examinar cuál es el papel que juegan otros contaminadores previos, o la contaminación del agua por causas naturales, en este caso como un simple factor aleatorio, ya que no se dirigió la acción penal contra ningún otro contaminador, o la exigencia o no de que se produzca una dilución del vertido para apreciar la existencia del delito. En el presente supuesto, de nuevo un Tribunal hace depender la peligrosidad de la dilución del vertido.

En consecuencia la problemática está en vigor y la prueba de que la misma, como acabo de anunciar, sigue vigente, es la sentencia de la sección décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de marzo de 1999. Esta sentencia fue dictada paradójicamente apenas un día después de la sentencia del Tribunal Constitucional analizada, tal como se puede observar del simple cotejo de las fechas. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona absuelve a los tres acusados que desempeñaban su actividad profesional, como gerente uno de ellos y como representantes los otros dos, en una empresa dedicada a tintes y acabado de textiles, por un delito continuado contra el medio ambiente por vertidos en un determinado cauce público.

La sentencia en cuestión señala en su segundo párrafo del Fundamento de Derecho Cuarto, y ese es posiblemente su aspecto de mayor interés considerando el objeto de nuestro debate, lo siguiente: "Antes de entrar en el concreto análisis del carácter contaminante y gravedad de los vertidos de la empresa X, debe recordarse que la potencial peligrosidad del vertido de determinados residuos depende de su dilución, para lo cual es necesario

atender tanto al caudal del vertido como al caudal del cauce que recibe el vertido contaminante". Volvemos de nuevo, por lo tanto, al problema inicial. Es evidente, en relación con este específico punto, que desde el momento en que el Tribunal hace depender el peligro en abstracto del hecho concreto de la "dilución", está claro que el peligro pasa a un segundo plano, centrándose la tipicidad en la dilución propiamente dicha. Según esa interpretación del Tribunal, será necesario, por lo tanto, un resultado inicial de una concreta dilución y que después de la dilución exista un peligro como consecuencia, precisamente, de la misma. Evidentemente, y aunque no lo diga el juzgador en la sentencia controvertida, de tratarse de un "río muerto", al hacerse depender la peligrosidad de la dilución del vertido y no del vertido en sí, nunca podrá producirse un delito.

Con esa interpretación se corre el riesgo de caer, de nuevo, en el error antes expuesto. A tenor de la redacción del antiguo 347 bis y del nuevo 325,²³ el vertido en sí mismo considerado debe de suponer un peligro para que pueda hablarse de delito, y no puede hacerse depender el peligro, objetivamente hablando, de la dilución de ese vertido en un cauce que podrá ser mayor o menor y que podrá venir más o menos contaminado. Existen todavía más argumentos en favor de la tesis acabada de exponer, dado que cuando se trate de vertidos efectuados directamente al mar²⁴ el número de factores aleatorios aumentará ya que, con frecuencia, las corrientes marinas están sujetas a cambios. Hay que admitir, no obstante, que, hasta el presente momento, el Tribunal Supremo no ha tenido oportunidad de examinar supuestos relacionados con vertidos directos al mar.²⁵

IV. Epílogo

Quizás el problema se deba, de nuevo, a que, tal como se ha adelantado, quedan muchos puntos

23. Véase nota 27.

24. Bien entendido que deberá tratarse de vertidos realizados dentro de los límites de las aguas territoriales españolas o de la plataforma continental, ya que el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no incluye en su lista de delitos extraterritoriales los delitos contra el medio ambiente. Resulta sorprendente observar cómo los barcos del Servicio de Vigilancia Aduanera (SAV) del Ministerio de Hacienda pueden desplazarse a cualquier punto del Océano Atlántico para interceptar un buque conteniendo estupefacientes, sin que puedan hacer nada cuando otro buque petrolero vacía impunemente sus depósitos en medio del mar.

25. Existe una sentencia reciente, de 13 de marzo de 2000, en la que se impone una condena por un vertido en la ría de Pontevedra de 8.000 litros de "una sustancia de aspecto pastoso y color marrón verdoso con ácidos grasos de aceite de origen animal, posiblemente de pollo o sebo de cerdo, en un colector sito a 40 mts. de la autovía de Pontevedra-Marín, que desagüa en la ría de Pontevedra, llegando tales residuos al bando de marisqueo de Placeres-Lourizan-Pontevedra con gran carga de nocividad para la fauna marina al incrementarse la carga orgánica que provoca una disminución del oxígeno disuelto y por tanto mortandad por anoxia". Sin embargo, tal como se puede observar, no es un vertido directo al mar en la costa propiamente dicha o a través de un emisario submarino.

todavía por resolver en relación con los múltiples aspectos técnicos y procesales que se suscitan día a día en el amplio contexto de la temática ambiental. No hace mucho traté de reflexionar, en las páginas de esta misma revista, sobre la compleja problemática que ha venido perfilándose en relación con las tomas de muestras en medio ambiente y su repercusión en el proceso penal.²⁶ Lo hasta ahora expuesto en el presente escrito es indicativo de que los problemas y las dudas siguen suscitándose a medida que la protección penal del medio ambiente avanza, abandonando aquel angosto pasadizo en el que parecía haber quedado relegado desde la aparición del antiguo artículo 347 bis. La materia se ha vuelto más compleja con la nueva regulación del Código Penal de 1995,²⁷ y los problemas que la misma suscita son, lógicamente también, más complejos que los suscitados por la legislación anterior.

Es evidente, según el parecer de este comentarista, que el tema debiera ser centrado en otros aspectos que podrían sintetizarse en los siguientes puntos: ¿por qué la determinación de la peligrosidad del delito contra el medio ambiente debe centrarse, especialmente si se trata de un vertido en un cauce, en la incidencia del mismo en el citado cauce?; ¿por qué no tomar en consideración ex-

clusivamente el vertido en sí mismo, y al margen del cauce al que éste se efectúe?

Pues bien, estos puntos que resultan de una simplicidad casi paladina, no lo son tanto aparentemente. Si así fuera, podrían dejarse de lado, posiblemente, muchos de los aspectos azarosos o aleatorios que tienen incidencia en el vertido en cuestión. Puede ocurrir, por ejemplo, que no haya técnicamente forma posible de tomar muestras directas de un vertido, por efectuarse el mismo a través de una tubería subterránea, o supuestos similares. En tal caso, no habría más alternativa que analizar la incidencia del vertido al cauce principal tomando muestras del cauce antes y después de donde se estima pueda estar localizada la tubería del vertido. De hecho así se hace con frecuencia, pero aun así creo que desde el momento en que se intenta evaluar la peligrosidad del vertido una vez diluido, interfieren una serie de factores ajenos al vertido propiamente dicho que podrían bien enmascarar o bien acentuar esa peligrosidad.²⁸ Ante supuestos como los descritos, las fuerzas del orden especialistas en medio ambiente deberían solicitar al presunto contaminador el acceso directo al vertido mediante el establecimiento de arquetas o procedimientos similares y con garantías de que no se pueda cometer, a través de los

26. Vide: VERCHER NOGUERA, A.: Aspectos Procesales de la Protección Penal del Medio Ambiente: Las Tomas de Muestras. En: *Revista Penal*. Nº 4. Julio 1999. Pág. 84 et seq.

27. El artículo 347 bis anteriormente expuesto ha sido reemplazado en el Código Penal de 1995 por los artículos 325, 326 y 327, respectivamente.

Según el artículo 325:

"Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años el que, contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas, subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuera para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior."

El artículo 326 establece que:

"Se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.
- b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.
- c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.
- d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.
- e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.
- f) Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones."

Según el artículo 327:

"En todos los casos previstos en los dos artículos anteriores, el Juez o Tribunal podrá acordar alguna de las medidas previstas en las letras a) o e) del artículo 129 de este Código."

28. Piénsese, por ejemplo, en el efecto sinérgico producido por los distintos componentes de un vertido al relacionarse los mismos con otros productos ya existentes en el cauce al que se vierte.

mismos, ningún tipo de fraude por parte de la empresa o entidad que realice el vertido.²⁹ Todo lo dicho vale lógicamente también para los supuestos de contaminación del aire.³⁰

Se me ocurre que podría existir un supuesto en el que no sería necesario proceder al control directo de la emisión o vertido para determinar la contaminación. Sería el caso, por ejemplo, de la aplicación del sistema "burbuja", diseñado para limitar la contaminación en áreas determinadas mediante la compraventa de derechos de emisión. Se trata éste de un nuevo concepto medioambiental aparecido en 1979 en los Estados Unidos.³¹ La idea básica del sistema burbuja es relativamente simple. En primer lugar, sería necesario que las autoridades determinaran científicamente un determinado nivel de contaminación que una concreta área (contenida, por ejemplo, en una burbuja imaginaria) pudiera soportar sin que ello afectara a la salud o bienestar de los habitantes de la misma. Además, en base a esa cantidad de contaminación permitida, las empresas del área en cuestión estarían autorizadas -permítaseme la expresión- a producir una determinada cantidad de contaminación y esa cantidad constituiría un derecho reconocido a la misma. Lógicamente, entre todas las empresas no se podría superar el límite o nivel prefijado para la burbuja en su totalidad. Pues bien, desde el momento en que una empresa estuviera en condiciones de contaminar menos de lo que tuviera autorizado, estaría a su vez en condiciones de vender su derecho a contaminar a otras empresas que lo necesitaran o bien podría

servir para rebajar el nivel total de contaminación aceptado oficialmente. Es interesante subrayar que este sistema está siendo utilizado en diferentes áreas y para diferentes formas de contaminación en los Estados Unidos.³² Además, desde una perspectiva global este tipo de planteamientos han dejado de ser algo completamente utópico en la actualidad.³³

Es evidente que con un sistema similar se podría evitar, por ejemplo, que la disminución del caudal de un río pudiera aumentar los riesgos de incidencia delictiva en tema de medio ambiente. Si hubiera un determinado límite de contaminación para las empresas que vierten a un río con un caudal específico, de reducirse ese caudal por razones meteorológicas el derecho a contaminar de las empresas en cuestión disminuiría proporcionalmente. No tendrían porqué plantearse, tampoco, problemas de contaminación acumulativa o supuestos de sinergia de productos contaminantes, como los examinados en estas mismas páginas. Además, las propias empresas tendrían interés en denunciar los excesos de las empresas infractoras y la posibilidad de negociación podría hacer incluso evitable la propia norma penal, que posiblemente quedaría reservado para supuestos de tal naturaleza que exigieran esa "ultima ratio" que es lo que verdaderamente debe de ser el Derecho penal.

Para concluir, es interesante destacar el cambio que puede representar en esta materia la transposición de la Directiva IPPC.³⁴ La Directiva pretende, a través de un permiso único, coor-

29. Quizás la estrategia de actuación en el momento de investigar un vertido o emisión, podría ser la siguiente: procedería examinar, en primer lugar, el vertido directo. Si se tratase de productos altamente tóxicos (metales pesados, compuestos organohalogenados, etcétera), la propia naturaleza del producto podría determinar la existencia de un delito de peligro abstracto. Es decir, sería suficiente verificar tal vertido y comprobar el contenido de esos productos en el mismo para aseverar la existencia de un peligro abstracto. Por ende, no sería necesario comprobar judicialmente la existencia de tal peligro alguno. De tratarse de otro tipo de productos, y por lo tanto en el caso de un supuesto de peligro concreto, sería necesaria la comprobación judicial del peligro en cuestión.

30. En el caso de contaminación del aire, siempre será más fácil la medición directa de la emisión, por la lógica posibilidad de efectuarla en la misma boca de la chimenea o del instrumento emisor del que la misma proceda.

31. Vide: SANDBERG, H.: Trading Emissions in "Bubbles". En: *Enviro*. Nº 12. Noviembre 1991.

32. Por ejemplo, existen tres áreas o burbujas para las emisiones de azufre en los Estados Unidos con el objetivo de reducir la acidificación y que son el área situada al Este de las Montañas Rocosas, California y la zona entre ambas.

33. Precisamente la existencia de negociaciones en el seno de Naciones Unidas con el objeto de alcanzar en el año 2000 un Tratado Global que permita reducir o eliminar 12 "Contaminantes Orgánicos Persistentes", entre los que se encuentra el DDT y el hexaclorobenceno, es indicativo de que no es tan largo camino a recorrer al respecto. Vide: DURKEE, L.C.: Persistent Organic Pollutants Pose Serious Challenges to Urban Areas. En: IETC's Insight Newsletter. Mayo de 1999. Págs. 4 y 5. A mayor abundamiento, el comercio de emisiones es una de las fórmulas que se pretende introducir para reducir un 5,2% de las emisiones de gases de efecto invernadero en el mundo, después del Protocolo de Kioto.

34. La Directiva 96/61/CEE del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y control integrados de la contaminación, también conocida como la Directiva IPPC (denominación que tiene su origen en el acrónimo de la expresión inglesa "Integrated Pollution Prevention and Control"), plantea una visión integral de la protección del medio ambiente (contaminación atmosférica, de las aguas, suelos, etc.) y su objetivo es conseguir unos niveles óptimos de calidad ambiental para determinadas instalaciones industriales.

dinar o integrar los permisos para que el procedimiento administrativo sea más rápido y efectivo.³⁵ Respecto al contenido del citado permiso único, la Directiva incluye algunas condiciones que deben figurar en todos los supuestos. Entre esas condiciones cabría destacar, los valores límites de emisión para las sustancias contaminantes que puedan ser emitidas en cantidad significativa por la instalación de que se trate, medidas de gestión y control de los residuos generados por la instalación, disposiciones relati-

vas a la minimización de la contaminación, etc. Ello supondrá, previsiblemente, que se proceda al estudio de la situación ambiental de conjunto de manera que la contaminación producida no supere los límites esenciales que permitan garantizar unas condiciones de vida adecuadas.³⁶ Quizás ello permita evitar, además, situaciones como las descritas a lo largo de la presente exposición. Será necesario, pues, esperar para ver cuál es la evolución de los acontecimientos en el futuro. ●

35. Tal como pone de relieve DELGADO PIQUERAS, "...su principal pretensión es dar sistematicidad a la gestión administrativa de las normas vigentes o futuras, obligando a los Estados a crear canales de coordinación que reconduzcan a la unidad la relación entre la industria controlada y las Administraciones controladoras. Su aspiración última sería reunir en una sola todas las autorizaciones de naturaleza ambiental, lo que sin duda supondría un giro de 180 grados sobre el planteamiento original". DELGADO PIQUERAS, F.: La Directiva 96/61/CEE, de Prevención y Control Integrado de la Contaminación. En: *Justicia Administrativa*. Nº 7. Abril 2000. Pág. 16.

36. Previsiblemente, sin embargo, este proceso puede llevar todavía algún tiempo. Por una parte, las obligaciones impuestas por la Directiva son directamente exigibles a las nuevas industrias, sin embargo para las existentes se prevé un período transitorio de 8 años, es decir, hasta el 31 de octubre de 2007. Pero, además, la Directiva no ha sido todavía transpuesta en normativa nacional, a pesar de que la fecha límite para la transposición, según la propia Directiva, era el 31 de octubre de 1999. No obstante la misma si ha sido transpuesta por las Autoridades autonómicas catalanas (Ley 3/1998, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental), que se han adelantado, en esa labor, a las Autoridades nacionales.