

SENTENCIA Núm. 195/2002
(FERTIBERIA)

En La Ciudad de Huelva, a 10 de Julio de 2002

Se Ha visto juicio Oral y público por Doña María Auxiliadora Salvago Sanz, Magistrado Juez del juzgado de lo Penal nº3 de Huelva, diligencias de Procedimiento Abreviado nº 395/99, Registro General nº 395/99 procedentes de Diligencias previas nº 1060/98, incoadas en el Juzgado de Instrucción nº Cinco de Huelva por **DELITO CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE** contra FRANCISCO CUADRA Jiménez, con D.N.I. nº 26.731.703, natural de La Carolina (Jaén), nacido el 4 de Octubre de 1947, hijo de Manuel y maría, sin antecedentes penales, representado por el Procurador Sr. Padilla de la Corte y defendido por el letrado Sr. Rodríguez Mourullo, contra PEDRO FELIPE VILLAR MONTERO, con DNI nº 16.448.401, natural de Logroño, nacido el 8 de Junio de 1943, hijo de Ruano y de Juana, sin antecedentes penales, representado por el Procurador Sr. Padilla de la Corte y defendido por el Letrado Sr. Alonso Gallo, contra JOSE LUIS LÓPEZ NIÑO HERNANSAENZ, con DNI nº 32.357.860, natural de Santiago de Compostela, nacido el 14 de Agosto de 1946, hijo de Antonio y Elisa, sin antecedentes penales, representado por el procurador Sr. Padilla de la Corte y defendido por el Letrado Sr. Gómez García, y contra ANDRÉS MARIN RITE, con DNI nº 29.699.842, natural de Valverde del Camino (Huelva), nacido el 4 de Diciembre de 1949, hijo de Diego y Marcela, sin antecedentes penales, representado por el Procurador Sr. Padilla de la Corte y defendido por el Letrado Sr. Vázquez Segovia, siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Registrada que fue la presente causa y tras la admisión de las pruebas propuestas por las partes que se consideraron pertinentes, se señaló día para la celebración de la vista oral que tuvo lugar en la Sala de Audiencias de este Juzgado los días 13,16 y 17 de Mayo de 2002.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, previsto y penado en art. 325 en relación con el artículo 339 del Código Penal y solicitó la condena de los acusados Francisco Cuadra Jiménez y Pedro Felipe Villar Montero, en concepto de autores del mismo , a la pena , cada uno de ellos , de un año y seis meses de prisión, accesoria de suspensión de empleo o cargo público, multa de doce meses , con cuota diaria de 1000 pesetas , y seis meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión durante un año y seis meses así como a que adopten las medidas adecuadas para evitar en lo sucesivo la dispersión aérea de partículas , los vertidos a la ría, así como las necesarias para garantizar el control de los lixiviados de los depósitos de

cenizas y costas. El Ministerio Público, al evacuar sus conclusiones definitivas, retiró la acusación inicialmente formulada contra José Luis López Niño Hernansaenz y contra Pedro Felipe Villar Montero interesando abandonasen en ese momento el banquillo de los acusados.

TERCERO.- Las defensas de los acusados Francisco Cuadra Jiménez y Pedro Felipe Villar Montero interesaron la libre absolución de sus patrocinados.

CUARTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales, excepto la relativa al plazo para dictar sentencia, debido al volumen de asuntos que recae sobre este Juzgado.

HECHOS PROBADOS

La entidad **Fertiberia S.A.** procede de la progresiva unión de fábricas pertenecientes a diversas compañías, con diferentes fechas de inicio de actividad de sus plantas, siendo la más antigua la correspondiente a la planta denominada Huelva Química 1, construida por la Compañía Española de Minas de Río Tinto, que empezó a funcionar en el año 1965. En su actividad de producción de ácido sulfúrico, dicha entidad genera una ingente cantidad de cenizas de pirita, procedentes de la tostación de este mineral, residuo tóxico y peligroso en cuya composición destaca la presencia de metales pesados como arsénico, plomo, hierro, cinc y cadmio, y cuyo destino final y principal no es otro que el abandono, que se realiza tanto en los cinco parques de ceniza (hq-1, AS-1, AS-2, AS-3 y AS-4) existentes en las instalaciones de la Fábrica sitas en la Avenida Francisco Montenegro en el polígono industrial de la Punta del Sebo, en Huelva, ocupando una superficie aproximada de unos 135.000 metros cuadrados, como en los depósitos que las compañías Nueva Tharsis S.A.L. y Minas de Almagrera S.A. tienen en sus concesiones mineras, siendo estas compañías, a su vez, las que suministran el mineral de pirita a Fertiberia S. A. Al primero de estos últimos depósitos se trasladan en la primera mitad del año 1998 una media diaria de 1206TM, de las 1320 producidas por la fábrica.

La inadecuada gestión del citado residuo por parte de Fertiberia, en depósitos con ingentes cantidades de ceniza de pirita almacenados al aire libre y en condiciones de humedad inadecuadas, genera una situación de grave peligro tanto para la salud de las personas como para el equilibrio de los sistemas naturales, que pudieron constatar agentes del SEPRONA en diversas ocasiones a lo largo del año 1998:

- Así, los días 3 y 4 de febrero de 1998, a través del colector o efluente de refrigeración AS-4, se vertió a la Ría del Odiel agua mezclada con cenizas de pirita, cenizas que pasaban a la Ría y que se hallan, de hecho, sedimentadas en el fondo de la misma, a la salida del colector AS-4.

- A lo largo de dicho año se constató así mismo por los agentes del SEPRONA que se producía dispersión (por los vientos existentes en la zona) de partículas de ceniza de pirita en los alrededores de la Fábrica y a menos de tres kilómetros de la ciudad de Huelva, concretamente en la Avenida Francisco Montenegro, en la carretera N-442 (en calzada, farolas, carteles, señales de tráfico, quitamiedos, y valla del

puente), en la vía de ferrocarril y en parte del Paraje Natural conocido como Marismas del Pinar, donde, a unos 200 metros de la fábrica, los troncos y hojas de algunos eucaliptos y adelfas estaban teñidos de rojo.

- Igualmente, el transporte de cenizas desde Fertiberia hasta Tharsis se realizaba en camiones no herméticos / unos sesenta diarios con 25.000 Kg. cada uno, atravesando parte de los núcleos de población de Huelva y San Bartolomé de la Torre, por las carreteras N435 N-431 y A-495, lo que provocaba dispersión de partículas a lo largo de todo el trayecto. Los días 13 y 14 de Mayo de 1998, en el cruce de las carreteras N-431 y A-495 se interceptaron por agentes del SEPRONA cinco camiones procedentes de Fertiberia, cargados cada uno con 25.000 Kg. de cenizas de pirita, tapados con una simple lona y carentes de documento de control y seguimiento de RTF. En fecha 2 de Julio de 1998 a la altura del punto kilométrico 80 de la autovía A-49 , sentido Sevilla, se detectó por miembros del SEPRONA una mancha de ceniza de pirita esparcida por toda la calzada del cambio de sentido situado en dicho punto kilométrico. El 2 de Julio de 1998 se pudo observar por dichos agentes la pigmentación rojiza típica de la ceniza de pirita en los quitamiedos existentes entre los Km. 30 y 21 de la A-495 y en los existentes entre los Km. 2 y 3 de la N-441 y en el Km. 93 de la N-431. Finalmente, el día 10 de Febrero de 1999, parte de la carga de cenizas transportada por un camión procedente de Fertiberia se desprendió a la altura del cruce de la Avda. de Portugal con la Avda. de Andalucía, en la localidad de San Bartolomé de a Torre, hechos que fueron denunciados por su Alcalde. En el trayecto hacia dicha localidad, los agentes del SEPRONA observaron ese día pigmentación rojiza en los quitamiedos de las carreteras N-431 y A-495.

- Finalmente, por los miembros la Guardia Civil se contactó el aporte aporte al arroyo Prado Vicioso de lixiviados procedentes de los depósitos de ceniza situados en el área de la explotación minera de Tharsis (ubicada a unos dos o tres kilómetros de la población del mismo nombre), al desbordarse, como consecuencia de las lluvias caídas en los meses de Enero y Febrero de 1998 las balsas de recogida de dichos lixiviados , los cuales llegaban al arroyo a través de los aliviadero de las citadas balsas y de las y de las filtraciones existentes en los muros de contención de las mismas. El depósito de Tharsis, que contaba con autorización provisional de vertido de fecha 27 de Noviembre de 1989, fue sometido a Declaración de Impacto Ambiental (BOE de 11 de Enero de 1991) en cuyo condicionado se establecía que “deberá asegurarse en todo momento la protección de las aguas, tanto superficiales como subterráneas no debiendo los lixiviados suponer vertidos adicionales a la cuenca del Río Odiel. Para ello, las balsas de recogida de lixiviados / las balsas de seguridad, las bombas de recirculación de aguas, el dique de seguridad y en general todo el dispositivo de acondicionamiento del lugar elegido para depósito en cuanto a drenaje de las aguas de escorrentía y recogida de las aguas de lixiviación, deberá mantenerse en perfecto estado de funcionamiento”. En las instalaciones de Tharsis , en los meses de Enero y Febrero de 1998 , existía un depósito activo , de extensión aproximada de doce hectáreas, con tres balsas para recogida de aguas procedentes de las Escorrentías, cada una de las cuáles poseía un aliviadero que desembocaba en el arroyo Prado Vicioso. Y un segundo depósito / inactivo desde 1994 (en que empezó a funcionar el primero), en cuya base se encontraba una balsa con el muro de contención roto, por la que salían los lixiviados hacia el arroyo “La Tiesa” En el lado opuesto a

dicha balsa Existía una charca con lixiviados de la que partía un aliviadero que los enviaba al arroyo Prado Vicioso En dicha fecha no existían bombas de recirculación de aguas ni los depósitos estaban alquitranados en su parte superior para evitar la dispersión de cenizas, presentando las instalaciones un aspecto general de abandono.

Los acusados Francisco Cuadra Jiménez y Pedro Felipe Villar Montero, director, el primero, de la factoría de Fertiberia y responsable de transporte y almacenamiento ; el segundo (ambos mayores de edad y sin antecedentes penales) no adoptaron, pudiendo hacerlo, las medidas necesarias para evitar los vertidos a la ría, la dispersión aérea de partículas de ceniza de pirita, o el aporte de lixiviados procedentes de las mismas desde los depósitos de Tharsis al arroyo Prado Vicioso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cuanto a las cuestiones previas planteadas por las defensas de los acusados (cosa juzgada, incompetencia territorial del Juzgado de Instrucción nº 5 de Huelva para conocer del asunto de Tharsis, y consiguiente vulneración del derecho al juez predeterminado por la Ley, causación de indefensión a los dos por haberse introducido en el escrito de acusación hechos que no habían sido objeto de la instrucción, ni se habían fijado en el Auto de Abreviado, como los relativos a Tharsis y a un supuesto vertido a la Ría del Odiel producido, el día 10 de Mayo de 1999, e inconcreción del escrito de la acusación determinante de indefensión respecto de los acusados José Luis López Niño Hernansaenz y Andrés Marín Rite), todas ellas fueron resueltas en el acto y en el sentido que se estimó procedente o dispuesto en el artículo 793.20 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Por lo que se refiere a la última planteada , si bien se desestimó como tal cuestión previa, por las razones que se consignaron en el acta de juicio ello se hizo sin perjuicio de lo que pudiera resolverse en sentencia sobre el fondo del asunto, esto es, sobre la culpabilidad o inocencia de ambos acusados, en función del resultado de la prueba que se practicase en el plenario. Huelga decir que la retirada de la acusación respecto de los mismos por parte del Ministerio Fiscal, al evacuar sus conclusiones definitivas, veta ahora cualquier pronunciamiento sobre dicho extremo.

SEGUNDO.- Conciliar desarrollo y medio ambiente es tarea de nuestro tiempo en la que el hombre ha de emplear todos los medios de que dispone, y para ello el Derecho constituye un instrumento destacado al permitir que se establezcan los mecanismos de delimitación de los intereses en conflicto y de protección del interés que deba predominar en cada caso. La protección jurídica del medio ambiente es hoy una necesidad universalmente reconocida, que ya, en cierta medida, recogía nuestro Código Civil en su artículo 1908, apartados primero y cuarto. En nuestro país adquiere rango constitucional pues, de forma coherente con la voluntad proclamada en el preámbulo de “promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”, el artículo 45 de la Constitución Española de 1978 señala como uno de los principios rectores de la política social y económica, la defensa y restauración del medio ambiente, estableciendo expresamente el mandato de utilización de medidas penales para garantizar la protección ambiental. En este sentido,

el Tribunal Constitucional (sentencia 199/1996 de 3 de Diciembre) ha señalado que, sin perjuicio del importante papel que en este orden de cosas desempeña el Derecho administrativo sancionador, “el llamado Derecho penal del medio ambiente constituye la respuesta primaria o básica del ordenamiento jurídico a las más graves vulneraciones del equilibrio de la naturaleza”. El artículo 45 de la Constitución prevé sanciones penales, o en su caso administrativas, para la protección del medio ambiente. En realidad ambos tipos de sanciones coexisten sobre la misma materia y conforman una protección global, complementándose y reforzándose mutuamente:

La norma administrativa regula y limita las actividades potencialmente dañosas para el medio ambiente, sancionando, como regla general, las actuaciones que violen la normativa reguladora. La norma penal se reserva, como lógica consecuencia del principio de intervención mínima de la actuación punitiva del Estado, para aquellas conductas más graves, cumpliendo una función también preventiva por mayor eficacia derivada del más acentuado temor del presunto infractor a la sanción penal que a la administrativa.

TERCERO.-Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente previsto y penado en los artículos 325, en relación con el artículo 389 del Código Penal. El primero de los citados preceptos dispone: “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 por tiempo, de uno a tres años el que, contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque 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 o 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 fuese para la salud de las personas a la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

Hay que resaltar que el núcleo del injusto lo constituye un comportamiento de contaminación o polución, integrado por la conducta típica y el resultado, constituyendo la infracción administrativa un elemento normativo, que actúa como requisito adicional imitador de los supuestos típicos pues un vertido realizado voluntariamente y con plena conciencia de que puede poner en grave peligro el medio ambiente, aún cuando sea merecedor de reproche social, sólo será delictivo, si además, vulnera alguna norma protectora del medio ambiente, pero no lo será si la norma administrativa que rige la materia es poco rigurosa y el agente actúa dentro de los límites reglamentariamente tolerados.

La expresión provocar ha de entenderse como sinónimo de originar, facilitar o promover, y no en el sentido normativo de la provocación de delito. Aún cuando algún sector doctrinal aprecia cierta confusión en esta alternativa entre provocar o realizar, el significado gramatical de las expresiones es suficientemente claro y no debe generar problemas interpretativos; como señala MUÑOZ CONDE, aunque de la redacción legal parece desprenderse la necesidad de una forma activa de comportamiento, también está incluida en el tipo la comisión por omisión, es decir, el dejar que se produzca la

emisión o vertido y no evitarla o no poner los medios para impedirlo.

La normativa administrativa puede servir, en ocasiones, para concretar los conceptos de emisiones o vertidos, que tienen también su propio sentido gramatical. Así por ejemplo la Orden Ministerial de 18 de octubre de 1976 dictada en desarrollo de la Ley 38/1972, de Protección del Medio Ambiente Atmosférico, considera que "emisión" significa "lanzamiento de materiales al aire, ya sea por un foco localizado (emisión primaria) o como resultado de reacciones fotoquímicas o cadena de reacciones iniciadas por un proceso fotoquímico (emisión secundaria)".

Los lugares donde se han de producir las emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos son la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas con incidencia incluso, en los espacios transfronterizos, novedad introducida, por el Código de 1995, con el fin de incluir aquellos supuestos en que el resultado de peligro para el medio ambiente se produce fuera de nuestras fronteras, como se contempla, por ejemplo, en el Convenio sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a gran distancia (B.O.E de 10 de marzo de 1983).

En el caso del delito ecológico nos encontramos ante un tipo que cumple los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para admitir la constitucionalidad de las leyes penales en blanco, pues la norma penal contiene el núcleo esencial de la prohibición (poner en grave peligro la salud de las personas o las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles provocando o realizando emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas), siendo el reenvío expreso y justificado por el carácter preventivo de las normas administrativas que delimitan en este ámbito el marco de lo permitido, teniendo la conducta descrita la suficiente precisión con el complemento de la norma administrativa siempre que se entienda -como antes se ha indicado- que el contenido esencial del tipo, el núcleo del injusto que podría constituir un tipo delictivo en sí mismo, está constituido por la puesta en grave peligro del medio ambiente por emisiones o vertidos, mientras que el requisito de infracción administrativa constituye un 'plus' imitador, como garantía de que en ningún caso se considerará delictiva una conducta administrativamente lícita.

La exigencia de infracción legal o reglamentaria como elemento del tipo habrá de interpretarse teleológicamente, de forma que no basta la coincidencia de una acción contaminante que ocasione un grave peligro ambiental y cualquier infracción legal o reglamentaria sino que es exigible además que la conducta consista precisamente en el incumplimiento de la norma protectora impuesta legal o reglamentariamente y que este incumplimiento sea causal para el resultado (puesta en peligro grave). Asimismo habrá de tenerse en cuenta, conforme a los principios de la imputación objetiva, que el resultado causado debe ser de aquellos que precisamente se pretenden evitar con la conducta impuesta o la prohibición contenida en la norma protectora infringida. Con ello se garantiza el suficiente grado de certeza que cumple la exigencia del Tribunal Constitucional para la constitucionalidad de los tipos penales parcialmente en blanco.

El bien jurídico protegido por esta figura típica ha sido objeto de enconadas discusiones doctrinales y jurisprudenciales, resultando adecuada la que

identifica el medio ambiente como “el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora, y las condiciones medioambientales de desarrollo de las especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales”. En cualquier caso, el artículo 325 de nuestro Texto Punitivo, que da respuesta penal a la previsión contenida en el artículo 45.3º de la CE, opta por un concepto de medio ambiente “moderadamente antropocéntrico” en cuanto que primariamente se adecua al desarrollo de la persona y se relaciona con la calidad de vida a través de la utilización racional de todos los recursos naturales, agua, aire y suelo, y no aisladamente considerados, sino en su conjunto, formando así la protección del ecosistema.

En definitiva, para que pueda condenarse por el delito imputado es necesario demostrar que concurren todos y cada uno de los elementos definidores de esa infracción penal. El primero de ellos es un **elemento normativo**, que exige la contravención de leyes o reglamentos protectores del Medio Ambiente, incorporando así ya a nuestro anterior Texto Punitivo una norma penal en blanco que se mantiene en el Código Penal vigente mediante remisión expresa a la reglamentación administrativa que resulta inevitable, dada la complejidad de la materia, y a la par decisiva para la delimitación del supuesto típico, hasta el punto de que si esa conducta no está prohibida por las disposiciones administrativas, o se produce dentro de los límites autorizados de la misma, no tendrá aplicación el precepto penal invocado.

El segundo elemento, de carácter objetivo, viene referido a la **acción**, exigiendo la realización de forma directa o indirecta de emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, como única forma de perpetrarse el hecho típico, una enumeración de medios de comisión que se ha ampliado sustancialmente en el artículo 325 del vigente Código Penal de 1995, evidenciando así la voluntad correctora del Legislador por suplir las lagunas de tipicidad que el anterior Texto Penal presentaba, y que habían sido denunciadas de forma reiterada tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

Resta, por último, **el elemento de resultado** inherente a esta, infracción penal, identificado con la exigencia de que las emisiones o vertidos realizados 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. Este elemento sirve para determinar la naturaleza del tipo penal imputado, generalmente definida, como un delito de “riesgo hipotético”, es decir, a medio camino entre el de riesgo concreto y el abstracto que, si bien no exige la demostración de una situación de peligrosidad concreta, sí al menos que la acción imputada presente una aptitud lesiva que, la califique frente a simples infracciones administrativas. El riesgo, además, ha de ser **grave**, lo que introduce un elemento valorativo a determinar por el Juez o Tribunal de enjuiciamiento, habiendo señalado la jurisprudencia que lo grave es lo equidistante entre lo catastrófico o irreversible y la mera agresión al medio ambiente incardinable en la esfera administrativa.

Todos y cada uno de los elementos que integran la anterior figura delictiva concurren en el supuesto enjuiciado, toda vez que / como más adelante se razonará, como consecuencia de la deficiente gestión por parte de Fertiberia de los depósitos de ceniza de pirita que dicha entidad tiene en las instalaciones de su fábrica en Huelva y en los terrenos de Tharsis, se produjeron situaciones de dispersión aérea

de partículas de dicha sustancia, **vertidos de la misma a la ría** del Odiel y vertido de sus lixiviados al arroyo Prado Vicioso, así como dispersión de cenizas en todo el trayecto de algunas de las carreteras que discurren entre Fertiberia y Tharsis, debida esta última a las inadecuadas condiciones en que se realizaba el transporte de las mismas, lo que generó, por la composición y cantidad de la referida sustancia, una situación de grave puesta en peligro tanto de la salud de las personas, como de las condiciones de vida de las aguas superficiales y subterráneas habiéndose infringido las siguientes normas de carácter extrapenal artículos 3 HI y L, 12, 22 y 23 de la Ley 10/98 de 21 de Abril, de Residuos, artículos 15.1º y 3º, 23.1º y 35 del RD 833/98, artículos 85, 89 y 92 de la Ley de Aguas de 2 de Agosto de 1985, artículo 245 y concordantes del RD 849/86, de 11 de Abril, en artículo por el que se aprobó el reglamento del Dominio Público Hidráulico, que la desarrolló, así como el RD 14/96, de 16 de Enero de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, por el que se aprobó el Reglamento de calidad de las Aguas litorales.

CUARTO.-En el supuesto enjuiciado, la cuestión esencial a dilucidar radica en determinar si las cenizas de tostación de pirita constituyen un residuo tóxico y peligroso, como sostiene el Ministerio Fiscal, o si, por el contrario, y como pretende la defensa, son un mero subproducto susceptible de ser reutilizado.

Siguiendo a Martínez Nieto hemos de distinguir una concepción amplia de “residuo”, como todo desperdicio contaminante que se introduce en el ambiente, cualquiera que sea el estado de agregación en que se presente su materia (sólido, líquido o gas), y una acepción estricta, que refiere el concepto sólo al desecho “sólido”, en tanto que los gaseosos y líquidos se denominarían “emisiones” y “vertidos”, respectivamente. Por otro lado, debe distinguirse entre residuos urbanos e industriales. Los primeros -la basura propiamente dicha-, se caracterizan por no contener ordinariamente componentes peligrosos, y por constituir los sistemas de recogida, tratamiento y eliminación, un servicio público municipal (Ley 42/1975, de 19 de noviembre, de Residuos Sólidos Urbanos). Los residuos industriales sí que vendrían caracterizados por su peligrosidad y su gestión viene sin embargo considerada como una actividad empresarial abandonada a la iniciativa privada (a excepción de los residuos nucleares cuya gestión es controlada por el Consejo de Seguridad Nuclear y por ENRESA, conforme al RD 1.522/1984, de 22 de julio). En sentido amplio, la gestión de residuos constituye un proceso que integra todas las operaciones encaminadas a dar al residuo industrial el destino final más adecuado a sus características (artículo 20, Ley 12/1986), e incluye: recogida, transporte, acondicionamiento y eliminación; no obstante, en sentido estricto, se considera “gestor de residuos” sólo a la empresa que los elimina a través de los tres sistemas habituales: incineración, tratamiento físico-químico-biológico y depósitos de seguridad.

A diferencia de otros ordenamientos como el británico, el belga o el americano, que definen los residuos peligrosos, en términos generales, la legislación española emplea un sistema de lista cerrada para caracterizarlos. Conforme al artículo 2 de la Ley 20/1986 de 14 de Mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos se entendía por tales “los materiales sólidos, pastosos, líquidos, así los gaseosos contenidos en recipientes que, siendo el resultado de un proceso de producción, transformación, utilización o consumo su producto destine al abandono y contengan en

su composición alguna de las sustancias y materias que figuran en el anexo de la presente ley en cantidades o concentraciones tales que representen un riesgo para la salud humana, recursos naturales y medio ambiente". El Real Decreto 833/1988, de desarrollo de la Ley 20/86, incluye en su Tabla Segunda, entre las operaciones que no conducen a una posible recuperación, regeneración, reutilización, reciclado o cualquier otra utilización de los residuos, "el depósito sobre el suelo o en el suelo, especialmente acondicionados o depósitos o balsas de seguridad". Finalmente, la Ley 10/98, de 21 de Abril, de Residuos, que deroga la ley 20/86, define estos últimos, en su artículo 3.A/, como " cualquier sustancia u objeto perteneciente a alguna de las categorías que figuran en el anejo a la Ley, del cual su poseedor se desprenda o tenga la intención u obligación de desprenderse. En todo caso, tendrán esta consideración los que figuren en el catálogo Europeo de Residuos, aprobado por las Instituciones Comunitarias".

En el supuesto enjuiciado, de la prueba practicada en el plenario se colige que las cenizas procedentes de la tostación de pirita por parte de Fertiberia SA., tanto las que se hallan depositadas en las instalaciones de la fábrica en la Avenida Francisco Montenegro, como las que a diario se transportan a Tharsis, deben ser calificadas como residuos. Y ello porque, sin perjuicio de la susceptibilidad o no de reutilización de las mismas, el destino efectivo y real que se les da por parte de la entidad productora de las mismas no es otro que el abandono. Según información suministrada por la propia entidad Fertiberia al Juzgado Instructor (folio 177 de las actuaciones) la producción diaria media de ceniza entre los meses de Enero y Julio de 1998 (1320 Tm.) se envía en su totalidad a los depósitos de minas sitios en Tharsis (1206 Tm) y en Almagrera (434 Tm). En un informe dirigido por Fertiberia a la Agencia de Medio Ambiente con fecha 21 de Enero de 1988 (folio 501 de las actuaciones) la entidad generadora de las cenizas detalla el destino de las mismas en los siguientes términos las cenizas almacenadas en la fábrica datan de hace 20 años fluctuando su cantidad en función de las ventas, decidiéndose su envío a las minas al desaparecer estas, utilizando el retorno de los vehículos de transporte. De esta forma, en los dos últimos años, toda la ceniza producida es enviada a las minas, no sufriendo, por consiguiente alteración, la cantidad almacenada. En la actualidad se está realizando la cubrición de estas montañas con tierra y posterior plantación de vegetación, eliminando así la posibilidad de venteo y lixiviación, mejorando por otra parte, la apariencia del entorno". Dichas afirmaciones resultan corroboradas por las del propio acusado Sr. Cuadra Jiménez, en su declaración sumarial obrante al folio 290 de las actuaciones, al reconocer que depósito de Tharsis se está revegetando, y por las del Guardia Civil nº 25.703.052, miembro del SEPRONA, quien depuso en el plenario con absoluto respeto a los principios de inmediatez y contradicción procesal, manifestando que el depósito de Tharsis se está, efectivamente, revegetando y que en ningún momento ha visto camiones llevándose ceniza de la zona. Todos estos datos se compadecen mal con la tesis sostenida por la defensa en el sentido de que el almacén de cenizas obedece al fin de depositarlas temporalmente en tanto sea posible su venta. En apoyo de dicha tesis, al margen de las declaraciones autoexculpatorias de los acusados y de la testifical de Don Manuel Robles Salguero (que merece ser valorada al menos con reservas, por tratarse del jefe de fábrica de la entidad generadora de las cenizas), únicamente se aportan por la defensa unas documentales consistentes en un prontuario sobre el cemento y un informe relativo a la utilización de las cenizas de pirita

por parte de una entidad denominada Lafarge Lasland, supuestamente suscrito por el director de dicha entidad y, en ningún caso, ratificado en el plenario, con lo que poco o nada prueba acerca de las pretendidas ventas y sobre todo, el volumen de las mismas, cuando además, la defensa pudo y debió haber aportado al plenario la documentación justificativa de las supuestas operaciones. Si a todo lo anterior unimos que a partir de 1990 hubo de procederse a la revegetación del paraje conocido como Marismas del Pinar, donde se acumulaban toneladas de cenizas de pirita sin otro posible destino que el abandono, así como lo antieconómico o, al menos, poco lucrativo que resulta la venta de unas cenizas cuyo precio fijó el Sr. Cuadra en mil pesetas por tonelada métrica, del que habría que descontar el coste del transporte hasta y desde las minas de Tharsis, no cabe sino colegir de acuerdo además con el principio de búsqueda de la verdad material, inspirador de nuestro derecho penal, que el destino final de las cenizas de tostación de pirita generadas en Fertiberia no es otro que el abandono de las mismas, lo que las hace catalogables como residuos, de conformidad con el artículo 3.A/ de la Ley 10/98, antes citada.

Sentado el carácter de residuos de las cenizas procedentes de la tostación de pirita, ha de entrarse en el estudio de si las mismas merecen, además, el calificativo de tóxicos y peligrosos. La Ley 10/98, obedeciendo al intento de adecuar nuestro derecho a la moderna concepción europea en materia de política de residuos tras la Directiva comunitaria 91/156/CEE, del Consejo, de 18 de Marzo de 1991, define en su artículo 3.C/ los residuos peligrosos como “ aquéllos que figuren en la lista de residuos peligrosos aprobada en el Real Decreto 952/97, así como los recipientes y envases que los hayan contenido. Los que hayan sido calificados como peligrosos por la normativa comunitaria y los que pueda aprobar el Gobierno, de conformidad con lo establecido en la normativa europea o en convenios internacionales de los que España sea parte”. En el Anejo de dicha Ley, y bajo el epígrafe “ Categorías de residuos “ se recogen expresamente, en el apartado Q8 los residuos de procesos industriales por ejemplo, escorias...). Por su parte, el Real Decreto 833/88, de 20 de Julio (cuyas disposiciones a excepción de los artículos 50, 51 y 56, mantuvo en vigor la Disposición Derogatoria única de la Ley 10/98), contiene, en su Tabla 3, Parte B, una lista de categorías o tipos genéricos de residuos / a los que se atribuye la condición de tóxicos y peligrosos, siempre y cuando contengan cualquiera de los componentes de la Tabla 4, presenten cualquiera de las características de la Tabla 5, y estén formados por:

22.- Escorias y/o cenizas

40.- Cualquier otro residuo que contenga uno cualesquiera de los constituyentes enumerados en la Tabla 4 y presente cualesquiera de las características que se enuncian en [a Tabla 5.

En la tabla 4 se relacionan los constituyentes que permiten calificar a un residuo como tóxico y peligroso, entre los que destacan:

C1: Berilio, compuestos de Berilio ; C3: Compuestos de cromo hexavalente ;C6: Compuestos de cobre ;C7: Compuestos de zinc; C8 Arsénico, compuestos de arsénico ;C11 : cadmio, compuestos de cadmio ; C16 Mercurio, compuestos de mercurio; C18: Plomo, compuestos de plomo.

En la Tabla 5 se enuncian una serie de características, cualquiera de las cuales permite calificar de tóxico y peligroso a un residuo de los contenidos en la Tabla

3 Parte B, siempre que, como antes se dijo, contenga, además, alguno de los constituyentes de la Tabla 4. Entre dichas características merecen especial mención las siguientes : H5.-“Nocivo”: se aplica a sustancias y preparados que por inhalación, ingestión o penetración cutánea puedan entrañar riesgos de gravedad limitada para la salud; H6.-‘Tóxico’: se aplica a sustancias y preparados (incluidos los preparados y sustancias muy tóxicos) que por inhalación, ingestión o penetración cutánea puedan entrañar riesgos graves, agudos o crónicos e incluso la muerte; H7.-” Carcinógeno”: se aplica a sustancias o preparados que por inhalación, ingestión o penetración cutánea puedan producir cáncer o aumentar su frecuencia; H14.-” Peligroso para el medio ambiente “se aplica a sustancias y preparados, que presenten o puedan presentar riesgos inmediatos o diferidos para el medio ambiente.

Por su parte, la Orden del Ministerio de Obras Públicas y urbanismo de 13 de Octubre de 1989 (BOE de 10 de Noviembre de 1989), sobre métodos de caracterización de residuos tóxicos y peligrosos, que no fue derogada por la Ley 10/1998, establece en su Anexo que un residuo tendrá tal consideración si cumple alguna de las siguientes condiciones:

4.-Contener un producto cancerígeno o probablemente cancerígeno, de acuerdo con la International Agency for Reseach on Cancer (IARC), con una concentración igual o superior a 0,01%. Dicha agencia clasifica los metales en cuatro grupos : Grupo 1.-Sustancias con suficiente evidencia de ser carcinógenos para el hombre (arsénico, cromo, níquel). Grupo 2 Sustancias para las que la evidencia es limitada : 2A.- Probables cancerígenos (cadmio) y 2B Posibles cancerígenos (plomo, cobalto) .Grupo 3 .-Sustancias posiblemente no cancerígenas (hierro, selenio , zinc). Grupo 4.- Sustancias probablemente no carcinógenas

6.-Presentar para rata una toxicidad DL50 para dosis oral igual o inferior a 200 mg/kg.

7.-Que los lixiviados obtenidos según alguno de los métodos de lixiviación descritos en el apéndice III de este Anexo presentan una CL50 a concentración inferior o igual de 750 mg/l, o inferior o igual a 3000 mg/l, según los bioensayos homologados descritos en el apéndice IV de este Anexo.

Finalmente, el RD 952/1997 / en su Disposición Adicional Primera, apartado segundo, establece que, en todo caso, tendrán la consideración de residuos tóxicos y peligrosos, los que figuren en la lista de residuos peligrosos aprobada por las instituciones comunitarias, que figura en el Anejo Segundo de este Real Decreto, de entre la que destacan: residuos de procesos químicos inorgánicos (06), residuos que contienen arsénico(060403), residuos que contienen mercurio (060404), residuos que contienen metales pesados (060405).

En el supuesto enjuiciado, las muestras de ceniza tomadas por, los miembros del SEPRONA / tanto en las instalaciones de Fertiberia en Huelva como en el asentamiento de Tharsis fueron analizadas tanto desde el punto de vista químico como ecotoxicológico por el Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla, reflejándose el resultado de dichos análisis en los informes nº 52.522 (folios 241 a 255) y 53.857(folios 533 a 544), ambos debidamente ratificados en el plenario por los funcionarios que los suscribieron. En el primero de los citados informes, se analizan once muestras tomadas por miembros del SEPRONA el día 9, de Junio de 1998 , una sólida (nº 1)

tomada en la Ría de Huelva, frente a los efluentes de sulfúrico de las instalaciones de Fertiberia SA. en la Avenida Francisco Montenegro; dos líquidas (nº 2 y 3), tomadas de los efluentes AS-3 y AS-4; seis sólidas, tomadas de los parques de ceniza HQ-I / AS-1, AS-2, lodos AS-1 y A-2, parques de ceniza AS-3 y AS-4 (nº 4,5,6,7,8 y 9); y otras dos (nº 10 y 11) conteniendo, respectivamente, hojas de eucalipto y de adelfa, que fueron tomadas a unos 200 metros de la fábrica, en la zona conocida como "Marismas del Pinar". Como conclusiones de dicho informe se sientan las siguientes:

1º Superación del límite del 0,01% para el cadmio (probable carcinógeno, según la clasificación de la IARC) en las muestras nº 1,5,6,8 y 9, para el plomo (posible carcinógeno) y para el hierro y el zinc (sustancias posiblemente no carcinógenas) en todas las muestras sólidas.

2º En cuanto al límite impuesto para la toxicidad como Dosis Letal 50, aún cuando no puede establecerse una comparación científicamente válida al referirse los resultados de los análisis a la concentración de los metales como tales, en tanto que los datos bibliográficos se refieren a los distintos tipos de sales o compuestos químicos de esos metales, se destaca la presencia en todas las muestras sólidas de compuestos de cromo, arsénico y níquel, de los que algunas especies químicas tienen una DL-50 igual o inferior al límite (200 mg/kg) establecido en la O.M. de 13 de octubre de 1989.

3º En cuanto a la demanda química de oxígeno (DOO) pese a no existir límite legal, los valores encontrados en lixiviados de la muestra nº 4 y en la muestra líquida nº 2 son elevados pudiendo entrañar graves riesgos para el medio ambiente. 4º En cuanto a la valoración ecotoxicológica, las muestras 4, 6 y 7 superan los límites de toxicidad establecidos, y se consideran residuos tóxicos y peligrosos. Las muestras 5 y 8, si bien no superan dichos límites contienen valores elevados, indicativos de que las mismas pueden entrañar graves riesgos para el medio ambiente.

En el informe nº 53.857 se analizan siete muestras tomadas por el SEPRONA en el almacenamiento de Tharsis el día 21 de Enero de 1998, dos de ellas sólidas, tomadas en los depósitos A y B, y las restantes líquidas, tomadas unas en la balsa y en la charca del depósito B, y las demás en las tres balsas del depósito A. En la valoración ecotoxicológica, se atribuye la condición de tóxica a la muestra sólida tomada en el depósito A, así como a las muestras líquidas tomadas en la charca del depósito B y en la balsa nº 3 del depósito A por presentar una concentración eficaz 50 inferior a 50 equitox, que es el límite de toxicidad para vertido fijado por el Decreto 14/96 de 16 de Enero, de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, debiendo destacarse que la muestra nº 6, tomada en la balsa nº 2 del depósito A, si bien no rebasa el límite legal, sí roza el mismo, presentando una CE50 de 52 equitos.

Finalmente, debe aludirse también al informe emitido por el Instituto Nacional de Toxicología nº 55.859, relativo a una muestra sólida de ceniza de piritita tomada por el Seprona el día 30 de Junio de 1998 en el kilómetro 80 de la carretera A-49, en el que se establece que, si bien dicha muestra no vulnera los límites de ecotoxicidad establecidos en la legislación vigente, sí que, de acuerdo con la clasificación de la IARC, supera el límite del 0,01 % para el arsénico, el plomo, el hierro y el zinc. Ciertamente, el citado informe no ha sido ratificado en el plenario, si bien sus resultados no pueden dejar de tomarse en consideración, sobre todo si los ponemos en relación con los otros dos anteriores.

Poniendo el resultado de tales informes en relación con la normativa

arriba citada, tanto interna como comunitaria, no cabe sino colegir que las cenizas procedentes de la tostación de piritas generadas por Fertiberia y depositadas tanto en Tharsis como en las instalaciones de la fábrica en el polígono industrial de Huelva, constituyen, por su composición y características, independientemente de la calificación que les atribuya la Administración pública, un auténtico residuo tóxico y peligroso, entre cuyos constituyentes abundan metales pesados como hierro, arsénico, plomo, cinc, y cadmio, entre otros.

Por las defensas de los acusados se pretende atacar desde distintos frentes el resultado de los informes arriba citados:

- Se nos dice en primer lugar que el informe nº 53.857 fue el primero que, sobre esta materia, elaboraron los miembros del Instituto Nacional de Toxicología en Sevilla. Siendo ello cierto, como expresamente reconocieron estos últimos en el plenario en modo alguno dicha circunstancia compromete los resultados analíticos de dicho informe ni priva de idoneidad subjetiva a los funcionarios que los suscribieron, cuya cualificación profesional - al margen ya de imparcialidad y objetividad que siempre ha de reconocerse a funcionarios de Centros Oficiales, como el Instituto Nacional de Toxicología -quedó patente al tiempo de su ratificación en el plenario cuando ya aquellos habían elaborado numerosos informes medioambientales (entre ellos, los del caso Aznalcóllar).

- Se nos habla, en segundo lugar, del excesivo tiempo transcurrido entre la toma de muestras en Tharsis (21 de Enero de 1998), envío de las mismas por el Juzgado Instructor al Instituto Nacional de Toxicología (22 de Enero de 1998), y remisión al Juzgado, por parte de este último organismo, del informe nº 53.857. Las razones de tal dilación, que obedeció a la necesidad de realizar numerosísimos análisis del mismo tipo tras el desastre de Aznalcóllar, fueron suficientemente explicadas en el plenario por el Sr. Menéndez, quien precisó que la tardanza afectó tan solo a la elaboración y remisión del informe, no así a la realización de los análisis, que se practicaron, inmediatamente de recibidas las muestras, con lo que no pudieron, producirse alteraciones en las mismas por tal motivo.

- En tercer lugar, y en cuanto a la metodología utilizada, se pretende por el perito de la defensa, Sr. Muñoz Blanco, que existen biomarcadores más indicativos que los utilizados por los funcionarios del Instituto Nacional de Toxicología, olvidando que los métodos empleados por estos últimos, tal y como se refleja en los propios informes, no han sido sino los legales recogidos, en la Orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 13 de Octubre de 1989, incluido el procedimiento de obtención de lixiviados, descrito en el Apéndice Tercero del Anexo de dicha Orden, que lo que trata es de emular lo que ocurre en la naturaleza con el paso del tiempo, habiéndose además utilizado los procedimientos normalizados de trabajo de dicho Instituto que, como tales, ninguna objeción merecen tampoco. Por otro lado, la afirmación de aquél perito, en el sentido de que en los informes no se refleja media estadística alguna, apuntando hacia una posible inexactitud en los resultados, fue debidamente contestada por el Sr. Menéndez, quien afirmó con rotundidad que los análisis se repitieron varias veces, si bien es práctica habitual no incluir esa estadística en los informes forenses. Finalmente, la existencia de ciertas diferencias en los resultados de los análisis se explica por el Sr. Menéndez por el hecho de que se trata

de muestras distintas, con composiciones también diferentes, ratificando este último, en cualquier caso, el resultado de los análisis.

- En cuarto lugar, por el perito de la defensa, Sr. Macías Vázquez se pone en entredicho, no la analítica realizada por el Instituto Nacional de Toxicología (respecto de la que manifiesta le merece confianza), sino la toma de muestras llevada a cabo por el equipo del SEPRONA, tanto en Fertiberia como en Tharsis, alegando que las mismas no son representativas, al no haber sido debidamente homogeneizadas, y que pueden haber sufrido alteraciones, al no haber sido conservadas con las debidas garantías, por cuanto ni se congelaron ni se introdujeron en recipientes de vidrio, sino de plástico. Frente a ello SEPRONA que tomaron las muestras y depusieron absoluto respeto a los principios de inmediación y de contradicción procesal, manifestaron que hicieron varias catas a medio metro aproximadamente en diversos puntos en los parques de ceniza de Fertiberia, y que llevaron las muestras a Toxicología en nevera frigorífica y a unos 4° C. el mismo día en que fueron tomadas, salvo el caso de Tharsis, en que fueron llevadas al día siguiente. Dichas afirmaciones resultan corroboradas por las de los miembros del Instituto Nacional de Toxicología Sres. Rodríguez y Menéndez quienes, si bien no pudieron lógicamente hacerse responsables de la toma en si de las muestras (para lo que se hallan suficientemente capacitados los agentes del Seprona), si que certificaron que las mismas fueron analizadas en todos los casos en el plazo de un día o día y medio después de su toma, y que les llegaron en perfecto estado de conservación, y sin haber sufrido alteraciones. Aclara además, el Sr. Menéndez que la legislación española no exige que las muestras se congelen (lo que además no es posible tratándose de muestras sólidas y puede incluso resultar contraproducente), bastando la conservación a 4°C, que se produjo en el supuesto enjuiciado, añadiendo la Sra. Rodríguez que las muestras, inmediatamente después de recibidas, se trasladaron a vidrio, sin que ninguna de ellas presentara señales de haber sufrido alteraciones, resultando irrelevante, dado el escaso tiempo transcurrido desde la toma hasta la recepción por los mismos de las muestras, el que aquellas se guardasen en recipientes de plástico, cuando además estaban cerradas al vacío Resultando contundente el Sr. Menéndez cuando, al apuntar el Sr. Macías Vázquez que las muestras pudieran estar contaminadas por sulfuros del medio natural, responde que ello es imposible, por cuanto al abrirlas ninguna desprendió el característico olor a huevos podridos resultando, además, irrelevante la falta de filtración "in situ" de las muestras líquidas, de las que tan sólo una presentaba sólidos en el fondo que se habrían eliminado por decantación. Por otro lado, la afirmación relativa a la *falta* de representatividad de las muestras por no haberse seguido un procedimiento tan riguroso de homogeneización de mismas, como el llevado a cabo por los peritos de INERCO (descrito a los folios 1167 a 1208 de las actuaciones, Tomo VIII), fue también rotunda y debidamente contestada por el perito Sr. Menéndez, quien sostuvo que las muestras así tomadas por el SEPRONA son aún más representativas de lo que verdaderamente sucede en la naturaleza.

-Finalmente el Sr. Macías Vázquez, pese a manifestar su confianza en los análisis del Instituto Nacional de Toxicología, muestra ¡ sus reservas respecto de los datos relativos al cadmio con argumentos, que si bien no pueden tacharse de irrazonables, no son, por si mismos, suficientes para desvirtuar el resultado de los análisis, expresamente, ratificado en el plenario, también en cuanto al dato relativo al

cadmio, por el Sr. Menéndez.

El inobjetable resultado de los análisis toxicológicos no puede verse tampoco enturbiado por la calificación que la Delegación Provincial de Medio Ambiente de Huelva hace de las cenizas de pirita como subproductos o materias primas secundarias por ser utilizadas en las industrias cementeras (informes obrantes a los folios 332, Tomo IV y 1289, Tomo IX), lo que se compadece mal, además con la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto de depósito de cenizas de pirita procedentes de Fertiberia en terrenos de la compañía española de Minas de Tharsis, en la provincia de Huelva (B.O.E. de 11 de Enero de 1991, folio 81, Tomo 1 de lo actuado), en cuyo apartado cuarto emplea expresamente el término residuos, añadiendo en el ordinal quinto que: “Se cumplirá lo establecido en la Ley 20/86 de Residuos Tóxicos y Peligrosos y Reglamento que la desarrolla”. Sin que resulten convincentes las manifestaciones del Delegado Provincial de Medio Ambiente de Huelva, contenidas en el punto siete del informe elaborado a petición de Fertiberia (folio 1290, tomo IX) en el sentido de que dicha referencia a RTP se hace a título general, cuando la Declaración de Impacto Ambiental se refiere expresamente a depósito de **cenizas de pirita**, y no a otros residuos.

Por lo que se refiere al informe elaborado por EMGRISA, a requerimiento de la empresa Subproductos y Minerales SA, (folios 200 y siguientes, Tomo III), sus conclusiones no pueden no pueden tampoco desvirtuar las contenidas en los informes toxicológicos, toda vez que es ahora cuando la obtención de muestras que no ofrece fiabilidad alguna, por cuanto se ignora el procedimiento de obtención y origen de la misma consignándose expresamente en el folio 201 de lo actuado, y primero del citado informe, que La muestra es aceptada para el análisis en el entendimiento de que EMGRISA no se responsabiliza de la toma, manipulación y transporte de la muestra, a menos que la misma haya sido completamente tomada y supervisada por personal técnico de EMGRISA. Curiosamente, tanto en la introducción como en la identificación de muestras (folios 201 y 202), se califica la misma como residuo.

En cuanto al informe elaborado por la Escuela de Ingenieros Industriales de Sevilla, en Diciembre de 1991, que también habla de residuos y no de materias primas secundarias , sus conclusiones no pueden tomarse sino con las debidas reservas, toda vez que el mismo no ha sido debidamente ratificado en autos. En cualquier caso, los análisis reflejan que las proporciones de arsénico, cadmio, cromo y plomo superan en casi todos los supuestos los límites fijados por la IARC.

Por lo que se refiere a los informes de la defensa, elaborados por los Sres. Macías Vázquez y Muñoz Blanco, tampoco desvirtúan los resultados ni la interpretación de los funcionarios del Instituto Nacional de Toxicología, quienes mantuvieron en el plenario sus conclusiones con contundencia, desmontando todos y cada uno de los argumentos de los peritos de la defensa en términos de seriedad, coherencia, objetividad e imparcialidad tales que llevaron a esta Juzgadora al convencimiento de la veracidad de sus manifestaciones. Resaltando las afirmaciones de Sr. Menéndez en el sentido de que las muestras tomadas por el SEPRONA son incluso más representativas de lo que realmente ocurre en la naturaleza que las tomadas por los peritos de INERCO, que sirven de base al informe del Sr. Macias, y que, además fueron tomadas en fecha posterior a los hechos origen del presente procedimiento.

QUINTO . - Del mencionado delito son responsables, en concepto de autores, los acusados Francisco Cuadro Jiménez y Pedro Felipe Villar Montero, por su participación material, consciente y voluntaria en el mismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del Código Penal, quedando desvirtuada su presunción de inocencia a través de la abundante prueba practicada en el plenario, con absoluto respeto a los principios de igualdad de armas y contradicción procesal, y en condiciones de intermediación difícilmente superables.

Por lo que respecta al vertido a la Ría del Odiel de agua salada conteniendo ceniza de pirita los días 3 y 4 de Febrero de 1998 a través del efluente de refrigeración AS-4, los guardias civiles del SEPRONA con números de identificación 25.703.052, 29.715.093, y 29.735.357 ratificaron en el plenario en su integridad los atestados número 7/98 y 25/98. Los acusados explican este hecho aduciendo que a raíz de las lluvias caídas en la zona en esas fechas (si bien, como señalan los agentes del SEPRONA al folio segundo del atestado 7/98, y 40 de lo actuado / en la madrugada y mañana del día 4 de febrero de 1998 no se produjeron tales precipitaciones), existían charcos en el suelo, y al paso de los camiones, el agua de tales charcos, mezclada con ceniza de pirita se introducía en un orificio existente en una de las arquetas de registro del canal de refrigeración, coloreando el agua que salía a la ría, dado el elevado poder de tinción de las cenizas de pirita. Aún admitiendo que las cenizas de pirita tienen un elevado poder de tinción, difícilmente, como bien explicaron en el plenario los agentes del SEPRONA, un tránsito de camiones que se producía con una intermitencia de entre 20 y 25 minutos podría explicar unos vertidos de carácter continuado que tan solo cesaban cuando se pasaba aviso a la fábrica, como resulta de la comparación entre las fotografías 7 y 8 (folio 50, Tomo 1) de un lado, y las 10 y 11 (folio 52), de otro. Debiendo además, destacarse que no se trata de un hecho aislado, por cuanto consta en las actuaciones (folio 164 y siguientes, Tomo II) un informe-denuncia del SEPRONA por hechos similares acaecidos en Noviembre de 1993, en el que, curiosamente, por los responsables de la fábrica se ofreció una explicación también relacionada con la existencia de lluvias en la zona. Analizadas por la Empresa de Gestión Medioambiental (EGMASA) las muestras tomadas por los agentes del SEPRONA los días 3 y 4 de Febrero de 1998, se concluye por dicha entidad que, si bien no se superan los límites establecidos en la autorización de vertido (folios 57 a 61 de las actuaciones, Tomo I) sí que son anormalmente altos los sólidos en suspensión para un vertido de refrigeración. Tomadas de nuevo muestras por agentes del SEPRONA en los efluentes AS-3 y A- 4 el día 9 de Junio de 1998, la demanda química de oxígeno de la primera (DQO) resulto enormemente elevada (folio 253, Tomo III) lo que, como explicó el Sr. Menéndez en el plenario, puede entrañar riesgos para el medio ambiente por cuanto “al ser el oxígeno fundamental para la vida, muere esta a todos los niveles”, presentando además ambas muestras un elevado contenido en otros metales pesados que no figuran en la autorización de vertido, como níquel, cadmio o mercurio, entre otros, que en modo alguno deben existir en el agua que sale de un supuesto circuito de refrigeración, y que entrañan también riesgos medioambientales. Tomada así mismo por agentes del SEPRONA el día 9 de Junio una muestra de sedimentos de la propia ría justo enfrente del efluente AS-4, y analizada por el Instituto Nacional de Toxicología, superó los límites legales de toxicidad (informe nº 52.522), por mas que la defensa, con el

respaldo de un informe elaborado por la Delegación Provincial de Medio Ambiente (folio 1289 apartados segundo y tercero), pretenda que esas cenizas de pirita existentes en la ría pudieran ser de fecha muy anterior, concretamente aquéllas que no fue posible retirar tras el proceso de limpieza llevado a cabo en la ría en 1989. En cualquier caso, en el citado informe no se concreta en qué zonas quedaron dichas cenizas, y si las mismas coinciden o no con la salida del efluente AS-4 / donde se tomó la muestra de sedimentos, amén de que el contenido en metales pesados y la DQO del agua que salía por los efluentes entrañaría ya, de por sí riesgos medioambientales.

Respecto de la dispersión de tal residuo en los alrededores de la fábrica, a menos de tres kilómetros de la ciudad de Huelva, llegando incluso a la vegetación de la zona conocida como Marismas del Pinar, los agentes del SEPRONA instructores de las diligencias / ratificaron en el plenario el atestado nº 25 /98 (folios 106 a 152 de lo actuado, Tomo II. Dicha dispersión aérea, tan enérgicamente negada por la defensa, resulta de la simple contemplación de las fotografías 9 a 18 (folios 124 y ss), siendo evidente que se levantan nubes de polvo tanto al paso de los camiones por las proximidades de los montones de ceniza (fotografías 27 y 28), como durante las operaciones de limpieza de la cinta transportadora de las mismas (fotografía nº 42). Frente a ello, poca relevancia puede concederse a la testifical practicada a instancias de la defensa de Don José María Romero Gómez, quien trabajó como conservador de las Marismas del Rincón entre los años 1993 y 1997. Lo primero que debe destacarse es que dicho testigo no puede certificar lo que sucedía en el año 1998, toda vez que dejó de trabajar en la zona el año anterior, por otro lado, por más que mantiene no haber visto nunca nubes de polvo rojo, sí reconoce que algunos troncos y hojas de plantas (aunque insiste en que eran muy pocos, en proporción a la extensión total del Paraje) presentaban una coloración rojiza. Que esta capa de polvo en las hojas de las plantas puede impedir que la luz solar llegue a las mismas afectando a su función clorofílica es algo evidente que además, se encargó de explicar en el plenario el perito Sr. Menéndez Finalmente, los agentes del SEPRONA ratificaron en el juicio que los depósitos de ceniza de los parques de Fertiberia no estaban debidamente humedecidos ni tampoco alquitranados en su parte superior en el año 1998, lo que además resulta corroborado por las fotografías contenidas en las diligencias 25/98 a que más arriba se hizo referencia, sin perjuicio de que pudieran estarlo cuando acudieron a tomar peritos de INERCO en Diciembre de 2000.

Los agentes del SEPRONA ratificaron así mismo las diligencias nº21/99, 25/98 y 19/98, en las que se consignaba que el transporte de cenizas de Fertiberia a Tharsis se realizaba en camiones no herméticos, cubiertos en ocasiones con una simple lona (o incluso sin ella, folio 1325, del acta del juicio), lo que no impedía la dispersión de partículas a lo largo de todo el trayecto, siendo ello constatado en diversas ocasiones, que se consignan en el relato de hechos probados, y pudiendo apreciarse dichas zonas rojizas aún al día de la fecha del presente juicio (folio 1324 del acta de juicio). El transporte de las cenizas en dichas condiciones supone además una vulneración de lo establecido en las “Medidas correctoras del proyecto de Depósito de cenizas de Tharsis” (folios 74 a 80, Tomo 1) en las que se dispone que “El transporte se hará con el grado de humedad adecuado 4 a 6%, para evitar el escape de polvo de ceniza y, en cualquier caso la caja del camión habrá de estar dotada de cierre hermético.

Finalmente, los agentes del SEPRONA que depusieron como testigos en el plenario ratificaron también las diligencias n^o 1/98, relativas al almacenamiento de Tharsis, en las que se describe el estado actual de semiabandono de las instalaciones, con incumplimiento de las condiciones de mantenimiento fijadas en la Declaración de Impacto Ambiental, y vertido de lixiviados al arroyo Prado Vicioso. Por su parte los funcionarios del Instituto Nacional de Toxicología pusieron de relieve los graves riesgos de deterioro medioambiental que entrañaban las muestras analizadas, a los que deben añadirse los derivados de la posible dispersión de partículas de ceniza por no hallarse los depósitos asfaltados en su parte superior. En relación a estos hechos no puede prosperar ninguno de los argumentos exculpatorios esgrimidos por la defensa de los acusados. De un lado, por los mismos se niega la existencia de perjuicio medioambiental, sobre la base de que las aguas del río Odiel tienen unos índices de acidez y de contenido metálico muy elevados, al estar afectadas desde tiempo inmemorial por los constituyentes de la denominada “franja pirítica de Huelva” (azufre, hierro, cinc, cadmio, arsénico, plomo, cobre), añadiéndose que, en el supuesto enjuiciado, de conformidad con la medición de PH realizada in situ por los agentes del SEPRONA con fecha 16 de Enero de 1998, (folio 445 / Tomo y) el arroyo Prado Vicioso, aguas arriba de las pilas de ceniza, donde sólo están afectadas sus aguas por los lixiviados procedentes de las cortas y escombreras de pirita, tiene una acidez superior a la que presenta aguas debajo de dichas pilas, después de haberse las citadas aguas visto influenciadas además, por los lixiviados procedentes de las mismas. Siendo ello cierto en parte (el Sr. Menéndez advirtió en el plenario que las diferencias de acidez tenían realmente poca significación), no quiere decir que no se esté ejerciendo una actividad contaminante y no puede, sin embargo erigirse ello en razón justificativa de la inobservancia de las prevenciones legales, lo que vetaría cualquier posibilidad de regeneración de los espacios naturales. De otro lado, tanto las características del terreno como la composición de las aguas fueron tenidas en cuenta en la Declaración de Impacto Ambiental del depósito de Tharsis cuando establecía que los lixiviados no podrán suponer adicionales a la cuenca del río Odiel. Por último, la defensa pretende que la gestión del depósito y almacenamiento de Tharsis corresponde a la entidad Minas de Tharsis S.A.L., y que ninguna responsabilidad ostenta sobre el mismo Fertiberia. No pueden compartirse tales afirmaciones, toda vez que el hecho de que las cenizas generadas por Fertiberia se depositen para su abandono en terrenos de la compañía que le suministra el mineral de pirita no convierte a esta última en gestora y responsable de dicho depósito. Antes al contrario, es la entidad que obtiene ingentes beneficios de la tostación del mineral, la que debe velar porque los desechos que a través de dicha actividad genera no pongan en peligro la salud de las personas ni perjudiquen al medio ambiente. Máxime cuando, como sucede en el supuesto enjuiciado, es la propia entidad generadora del residuo la que lo gestiona, realizando su recogida y su transporte hasta Tharsis desde el año 1989 abandonando allí enormes cantidades de ceniza (sirva de ejemplo ilustrativo las 308.617 toneladas que se llevaron en el año 1.997, folio 479 de las actuaciones), para desentenderse después de los posibles riesgos medioambientales. Las responsabilidades derivadas de tan graves hechos no pueden pretender eludirse trasladándolas a la entidad Nueva Tharsis S.A.L. cuando la propia Compañía Española de Minas de Tharsis S. A. (actualmente en quiebra, hallándose pendiente la primera de

que por el liquidador se le cedan todos los bienes muebles e inmuebles necesarios para el ejercicio de la actividad minera, folio 481), en escrito de 25 de Mayo de 1992 dirigido a la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, manifiesta que “el operador del depósito es FESA, que tiene contratado con una tercera empresa el transporte de cenizas en condiciones adecuadas de humedad, así como el riego de las cenizas y del vertedero” . Finalmente, en escrito de la misma fecha dirigido por aquella entidad a Fertiberia se le comunican las Disposiciones Internas de Seguridad del depósito, haciéndose hincapié en que es el operador quien debe cumplir ciertos deberes relativos al programa de vigilancia ambiental.

Por lo que se refiere a la auditoria de los hechos por parte de los hoy acusados, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 9 de Noviembre de 1999, citando las del Tribunal Supremo de fechas 21 de Noviembre de 1991 y 17 de Febrero de 1992 establece que la responsabilidad personal del directivo ejecutivo es plena siempre que por razón de su cargo esté obligado a velar por que se cumpla la norma, dado que detrás de cada decisión social hay una o varias personas físicas responsables, que son las que en nombre de la sociedad toman y cumplen los acuerdos. No quiere decir solo el artículo 31 del Código penal salir al paso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino de una responsabilidad propia, por el acto propio, aunque sea decisión del ente colectivo. Y ello es tan es así, que la STS de 27 de Enero de 1999 llega a afirmar que la autoría del ejecutivo director tanto puede afirmarse por comisión, cuanto por omisión, por no impedir lo que deciden y hacen, pudiendo impedirlo. En el supuesto enjuiciado, ninguna duda cabe que los acusados Francisco Cuadra y Pedro Felipe Villar, como director de la factoría el primero y como responsable de almacenamiento y transporte de materias primas, productos y subproductos, el segundo, tenían facultades plenas tanto para dirigir y gestionar los depósitos de cenizas sitios en Fertiberia y Tharsis como para exigir que dichos depósitos, así como el transporte de las cenizas generadas se adecuasen a la legalidad vigente, siendo ambos además ingenieros industriales y conocedores de la composición de las citadas cenizas.

Ambos acusados tenían pues el deber de control de las fuentes del riesgo, que estaban bajo su responsabilidad y dominio directo, y debieron adoptar las medidas para que el peligro no hubiera llegado a producirse teniendo en cuenta que el delito contra los recursos naturales y el medio ambiente es una infracción de mera actividad, que mediante las conductas que se describen ha de poner en peligro grave la salud de las personas o el mundo animal o natural. La consumación del delito se produce, como se dijo en el Fundamento Jurídico Tercero, por la creación del riesgo, y requiere que contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, se produzca un peligro grave. La Jurisprudencia al respecto tiene establecido que lo grave es lo equidistante entre lo catastrófico o irreversible y la mera agresión al medio ambiente incardinable en la esfera administrativa. La sentencia del Tribunal Constitucional 127/90 establece claramente que, tratándose de un delito de peligro, este se consuma cuando quede acreditado pericialmente que los vertidos ocasionan un peligro grave para las condiciones de la vida animal, con independencia de los animales o plantas concretas que hubieran padecido por un determinado vertido. En el supuesto enjuiciado, que la dispersión de cenizas de pirita comporta un riesgo tanto para la salud de las personas como para el medio ambiente, quedó acreditado, como

ya se razonó en el Fundamento Jurídico Cuarto a través de los informes emitidos por el Instituto Nacional de Toxicología, y de las manifestaciones de los funcionarios de dicho Instituto que intervinieron en el plenario como peritos. En cuanto a la gravedad de dicho peligro, la misma viene determinada por la ingente cantidad de cenizas almacenadas tanto en Fertiberia como en Tharsis como por la composición de dicho residuo, cuyos constituyentes permiten calificarlo, como se indicó en el mencionado Fundamento Jurídico Cuarto, de Residuos Tóxicos y Peligrosos. En definitiva, y por todo lo anterior, se impone el dictado de una sentencia condenatoria respecto de los acusados Francisco Cuadra Jiménez y Pedro Felipe Villar Montero. Respecto de los otros dos acusados, la retirada por parte del Ministerio Público de la acusación inicialmente dirigida contra los mismos determina el dictado de un pronunciamiento absolutorio (STC de 18 de abril y 4 de Octubre de 1985).

SEXTO.-No concurren en los acusados circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 325 y 66 del Código Penal, atendidas la gravedad de los hechos, así como del peligro derivado de los mismos, y teniendo en cuenta por parte de ambos acusados, de antecedentes penales, se estima adecuado imponer a cada uno de ellos la pena interesada por el Ministerio Público de un año y seis meses de prisión, con accesoria de suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena y multa de 12 meses, con cuota diaria de seis euros, con 6 meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. Se estima adecuada la cuota diaria interesada por el Ministerio Público, atendida (como exige el artículo 50.5º del Código Penal) la situación económica de los acusados, deducida de su condición de directivos a la fecha de los hechos de la entidad Fertiberia. Se impone también a ambos acusados la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión durante el tiempo de un año y seis meses.

OCTAVO.- En cuanto a la responsabilidad civil, el artículo 339 del Código Penal establece que “ los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título”. Por su parte, el artículo 109 de nuestro Texto unitivo preceptúa que “ la ejecución de un hecho descrito en la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados”, añadiendo el artículo 112 que “la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o si pueden ser ejecutadas a su costa “ Teniendo en cuenta los anteriores parámetros, la importancia que la idea de reparación viene cobrando en el nuevo derecho ambiental sancionador, plasmada en el artículo 339 del CP, y lo solicitado por el Ministerio Público, los acusados adoptarán las medidas adecuadas para evitar en lo sucesivo la dispersión aérea de partículas, los vertidos a la Ría de Huelva, así como las necesarias para garantizar el control de los lixiviados de los depósitos de cenizas.

NOVENO.- Las costas procesales, deberán imponerse a los acusados que hayan sido condenados, según lo previsto en el artículo 123 y 124 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En virtud de lo expuesto, y vistos, además de los citados, los preceptos legales de general aplicación.

FALLO

Que debo **condenar y condeno a FRANCISCO CUADRA JIMÉNEZ y a PEDRO FELIPE VILLAR MONTERO como responsables de un delito CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE**, precedentemente definido, a la pena, cada uno de ellos, de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de 1a condena; DOCE MESES DE MULTA, con cuota diaria de 6 EUROS, y 6 meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago; UN AÑO Y SEIS MESES de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión; así como al pago de las dos cuartas partes de las costas causadas en la presente instancia. Debiendo, además, ambos acusados, adoptar las medidas adecuadas para evitar en lo sucesivo la dispersión aérea de partículas, los vertidos a la Ría de Huelva, así como las necesarias para garantizar el control de los lixiviados de los depósitos de cenizas.

Y que debo absolver y absuelvo libremente de los hechos enjuiciados a JOSÉ LUIS LÓPEZ NIÑO HERNANSAENZ y a ANDRÉS MARÍN RITE , con declaración de oficio de las dos cuartas partes de las costas procesales.

Contra la presente sentencia podrá interponerse ante este propio Juzgado recurso de apelación dentro de diez días siguientes a su notificación, que será resuelto por la Audiencia Provincial.

Llévese certificación de la presente a los autos principales y notifíquese al Ministerio Fiscal y a las partes.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez que la dictó, estando constituida en audiencia pública, el día de su fecha, de lo que doy fé.