



Aspectos procesales de la protección penal del medio ambiente: las tomas de muestras

Antonio Vercher Noguera

Fiscal del Tribunal Supremo

I. Introducción

El relativamente largo período de tiempo transcurrido desde el año 1983, cuando con la reforma de 25 de junio apareció la primera figura penal dedicada a la protección del medio ambiente¹, hasta nuestros días ha servido, sobre todo, para consolidar el incipiente sistema de protección ambiental español. Pocos dudan en la actualidad de esa consolidación², por más que subsistan todavía algunas voces contrarias al uso del Derecho penal para la protección del medio ambiente; aspecto este que, dadas las lógicas limitaciones del presente escrito, no resulta posible tratar. No obstante, y eso es lo que verdaderamente importa, esa consolidación se ha producido.

La problemática inicial que tanto la doctrina como la jurisprudencia plantearon en 1983 y en los años posteriores, venía referida a supuestos que hoy parecen rodeados de simplicidad. Tal era el caso, por ejemplo, de la admisibilidad, desde el punto de vista técnico-jurídico, del delito contra el medio ambiente como delito de peligro, o su carácter como norma penal en blanco. Se trata de aspectos que, vistos en la actualidad, tal como se acaba de indicar, aparecen como temas superados y pertenecientes prácticamente al pasado.

Debemos reconocer que han sido esa misma doctrina y jurisprudencia las que han ido resolviendo poco a poco la mayoría de los problemas

que se han ido suscitando. Gracias a ese proceso evolutivo, la protección penal del medio ambiente ha ido adquiriendo consistencia y, como adelantábamos, ha quedado perfectamente consolidada entre las nuevas formas de protección penal. Es más, esta nueva regulación penal ha acabado desarrollando incluso una especial forma de identidad en el contexto general del nuevo Código Penal, que incorpora todo un título (Título XVI) dedicado a la protección penal del medio ambiente³.

Es lógico, sin embargo, que una vez resueltos tan esenciales temas, la práctica forense haya continuado suscitando otras novedosas cuestiones, quizá no tan básicas o elementales como las acabadas de referir, pero no por ello menos importantes para una adecuada y correcta aplicación de la normativa penal ambiental. Es evidente que tratándose de una materia de nueva planta, iban a continuar suscitándose nuevos problemas y dudas. Si figuras delictivas prácticamente ancestrales —si se permite la expresión—, como son el homicidio o los delitos contra la propiedad, siguen planteando numerosos problemas en el momento presente desde el punto de vista técnico-jurídico, ¿cómo no los iban a continuar suscitando otros delitos como el que ahora es objeto de análisis y que apenas tienen algo más de una década?

Pues bien, entre los nuevos supuestos que han venido apareciendo como consecuencia del proce-

1. Se trataba del antiguo artículo 347 bis, regulador de las emisiones y vertidos, realizados con infracción de las normas administrativas medioambientales, cuando los mismos implicaran un peligro para la salud de las personas o pudieran perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

2. Tal como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en la sentencia 199/1996, de 3 de diciembre, el Derecho Penal del medio ambiente constituye la respuesta primaria o básica del ordenamiento jurídico a las más graves vulneraciones del equilibrio de la naturaleza, sin perjuicio del importante papel que en este orden de cosas desempeña el Derecho administrativo sancionador.

3. Los cinco capítulos que integran el Título XVI van referidos a la ordenación del territorio, patrimonio histórico, medio ambiente, flora y fauna, y disposiciones comunes.

so acabado de describir, se perfilan con frecuencia temas de naturaleza procesal⁴. Quizá cabría destacar entre ellos, por su especial trascendencia práctica, la toma de muestras y la profusa problemática que la misma lleva aparejada en el contexto ambiental penal. Hay que reconocer que son pocos los estudios de Derecho procesal dedicados a la protección penal del medio ambiente, incluso desde una perspectiva muy general⁵. Si ello es así en lo que concierne a esa visión general, cuando se trata de temas concretos y puntuales, como son las tomas de muestras, resulta verdaderamente difícil encontrar aportación doctrinal alguna. La práctica forense demuestra que existe cierto grado de confusión en todo lo relativo a las tomas de muestras en contexto ambiental penal.

En consecuencia, y partiendo de esa base, el presente trabajo no es más que un compendio de consideraciones y reflexiones personales sobre la materia, sin otra aspiración que el introducir, en lo posible, nuevos elementos de debate. Precisamente por ello mucho de lo que aquí se diga o exprese es perfectamente discutible. En todo caso, y si finalmente esa discusión se suscita, se habrá cumplido el objetivo principal del presente trabajo.

II. Las tomas de muestras. Aspectos técnicos y problemática de los mismos

Hay que comenzar señalando que cuando hablamos de tomas de muestras de manera genérica estamos refiriéndonos no solamente al acto

material de tomar la muestra, sino también a todo el proceso en el que la misma tiene lugar. Dentro de ese amplio proceso cabe considerar incluso aspectos tan poco rituarios, por su naturaleza técnica, como el tipo de envases a utilizar, su composición y forma, las personas que intervienen, la temperatura de conservación de las muestras o su posterior análisis en el laboratorio con el fin de determinar la composición y contenido de las mismas. Es algo patente, pues, que las tomas de muestras, habida cuenta su amplitud conceptual y de contenido, no constituyen una temática pacífica ni simple. Más bien todo lo contrario.

A mayor abundamiento, los aspectos técnicos referidos a esta materia pueden constituir un entramado extraordinariamente complejo⁶. Esa complejidad se incrementa cuando se trata de analizar sustancias poco conocidas, en pequeñas concentraciones y de establecer el origen de las mismas y evaluando sus posibles consecuencias.

Pero además de esa complejidad técnica intrínseca a las tomas de muestras, hay que añadir que, con frecuencia, las mismas se efectúan en campos y disciplinas que pueden tener diferentes objetivos entre sí⁷, lo cual introduce un factor de complejidad adicional.

Ahora bien, es evidente que, tomando en consideración el ámbito en el que se desarrolla el presente trabajo, no nos interesa cualquier tipo de proceso o actividad —productiva, de transformación, etc.—, en el que esté previsto, directa o indirectamente, una posible toma de muestras. Solamente nos interesan aquellos procesos o actividades que

4. A título de ejemplo, uno de los últimos aspectos recientemente planteados desde el punto de vista procesal se refiere a la necesidad de resolver sobre si procede una o varias muestras de un solo vertido contaminante o si, por el contrario, es necesaria una muestra compuesta o integrada. La sección décima de la Audiencia Provincial de Barcelona señala, en sentencia de 23 de marzo de 1999, lo siguiente: "Aduce la defensa que los análisis de las muestras tomadas los días 23 y 25 de mayo de 1995 no son representativos de los vertidos de la empresa (...), pues para ello hubiera debido de practicarse una muestra compuesta o integrada. Ese argumento no vale porque, a los efectos penales, para integrar la prueba de cargo basta con alcanzar la plena prueba de un solo vertido contaminante, cumplidos los requisitos de validez arriba indicados, mientras que las muestras compuestas o integradas sirven para determinar el vertido medio, valor que sólo interesa a los efectos de fijar el canon de saneamiento."

5. Vide, a título referencial, GIMENO SENDRA, V. y GARBERI LLOBREGAR, J.: La Protección Procesal del Medio Ambiente. En: I Congreso Nacional de Derecho Ambiental en Sevilla. Ponencias. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado. 1995. pp. 185 y ss. También DE LA CUESTA AGUADO, P. M.: *La Prueba en el Delito Ecológico*, Madrid, Editorial Tecnos, 1995.

6. Según Díaz-Guerra: "En nuestros días se encuentran presentes en la biosfera del orden de un millón de compuestos químicos diferentes, de origen antropogénico, y cada año se incorporan varios miles de nuevas sustancias contaminantes. Por lo tanto, la necesidad de desarrollar metodología adecuada para la detección de esas sustancias es universalmente admitida. En la última década se han editado más de 25 libros y alrededor de 35.000 artículos sobre técnicas analíticas, métodos de concentración de micro-impurezas tóxicas para su ulterior análisis, identificación de contaminantes y métodos bastante exactos para su determinación cuantitativa." Vide DÍAZ-GUERRA, J.P.: «Problemas Técnicos de las Pruebas». Curso sobre el Sistema Jurídico ante el Delito Ecológico, Madrid, CIEMAT, 1995, p. 17.

7. Es evidente que cuando se trata de tomar muestras y efectuar análisis de laboratorio en el contexto del Real Decreto 1749/1988, de 31 de julio, por el que se establecen las medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productos, según viene regulado en el artículo 13 del Real Decreto, se tienen en cuenta unos objetivos distintos a las tomas de muestras que vienen previstas en el artículo 6 de la Directiva del Consejo 76/160/C.E.E., de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño.

puedan tener connotaciones medioambientales y que, además, puedan verse envueltos en alguna forma de patología jurídica que pueda dar lugar a la apertura de un procedimiento penal. Lamentablemente, tal como se ha puesto de relieve, muchas de las operaciones básicas industriales producen liberaciones de efluentes, vertidos y residuos cuya retención o eliminación debería tener un fundamento medioambiental que no siempre se conoce o aplica⁸. Además, la posibilidad de que se pueda incurrir en una responsabilidad penal en el contexto objeto de análisis no es en modo alguno inviable. Ello se explica al tener en cuenta la amplia gama de conductas penales que vienen previstas en el Código Penal de 1995 en temas de medio ambiente.

III. Las tomas de muestras en el ámbito procesal penal

Debemos significar, en primer lugar, que la actividad de investigación penal o instructora en la que cabría incorporar las posibles tomas de muestras en el ámbito procesal penal está prevista en los Capítulos I y II del Título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativo al Sumario⁹. El problema estriba, sin embargo, en que, salvo ocasionalmente¹⁰, está ausente de esa regulación procesal la toma de muestras cuando la misma tiene por objeto la realización de un análisis para determinar la posible incidencia perjudicial de la materia objeto de toma de muestras en el medio ambiente.

8. DÍAZ-GUERRA, J.P.: «Problemas Técnicos de las Pruebas». Curso sobre el Sistema Jurídico ante el Delito Ecológico. Madrid, CIEMAT, 1995, p. 8.

9. El Capítulo I se refiere a la "Inspección Ocular" y el Capítulo II al "Cuerpo del Delito".

10. Si existen algunas disposiciones de contenido limitado, tales como la Orden de 8 de noviembre de 1996, número 308, del Ministerio de Justicia, referida al Instituto Nacional de Toxicología y por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis. En ese sentido, el anexo de la Orden, en la parte relativa a muestras medioambientales, establece lo siguiente:

3. Muestras medioambientales

Muestras de aguas:

Agua de mar.

Aguas continentales.

Aguas superficiales: ríos, lagos y embalses, canalizaciones.

Aguas subterráneas.

Muestras de suelos.

Muestras de residuos.

Toma de muestras: Cuando se trate de determinar el potencial tóxico de un determinado vertido sobre alguno de los medios receptores anteriormente expuestos, se tomarán muestras de agua arriba del vertido, en el punto del vertido y aguas abajo del mismo, donde la muestra sea homogénea.

La toma de muestras en ríos debe efectuarse cerca de la corriente principal y a una profundidad media, evitando la proximidad de la orilla.

En lagos y embalses se deben evitar áreas de turbulencia por la posible pérdida de los componentes volátiles. En general se muestreará desde la superficie, descendiendo progresivamente en profundidad. Para evitar la mezcla de las capas de agua se tendrá la precaución de no remover el fondo, a fin de no recoger las partículas sedimentadas.

Remisión de muestras: Para un muestreo convencional se utilizarán envases de plástico (polietileno o politetra fluoretileno) de boca ancha y con tapón de rosca de fácil cierre y apertura. Será suficiente un volumen de dos litros en un único envase. Los envases se deben llenar en su totalidad, evitando cámaras de aire. Enjuagar dos o tres veces el envase con el agua que se va a recoger.

En el caso de muestras de suelo o de residuos sólidos, será suficiente recoger 1.000 gramos de cada una de ellas. Se procurará que la muestra sea representativa del conjunto.

Si se quiere un estudio microbiológico los envases deben ser estériles, tipo "Anaclin", de venta en farmacias. Es aconsejable remitir las muestras lo antes posible, refrigeradas y al abrigo de la luz. Todos los envases deben llegar precintados y etiquetados. En la etiqueta se harán constar al menos los siguientes datos:

Identificación de la muestra.

Localización del sitio del muestreo.

Detalles del punto de muestreo.

Fecha de la toma.

Hora de la toma.

Nombre de quien recoge la muestra.

Condiciones atmosféricas.

Naturaleza del pretratamiento.

Si se ha añadido algún estabilizador o conservante.

Datos recogidos en el lugar de la toma: análisis realizados "in situ" (temperatura, pH, conductividad, sólidos en suspensión...).

Se considera de gran interés toda información que pueda ser remitida en relación a la actividad industrial o posible foco contaminante, así como datos relativos al entorno (población, acuífero, cultivos, fauna, reservas naturales...).

Esa ausencia ha venido supliéndose, sin embargo, de la forma que acto seguido expondremos. Como es sabido, y a ello nos hemos referido ya en la presente exposición, uno de los aspectos más destacados de las disposiciones referidas a la protección penal del medio ambiente, tanto en el Código de 1995 como en el Código anterior, es su carácter de normas penales en blanco¹¹. Las leyes penales en blanco constituyen una técnica sobre la que ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las sentencias 127/1990, de 5 de julio¹² y 62/1994, de 28 de febrero, y en las que el citado Tribunal ha venido a admitir su constitucionalidad. Más recientemente el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de abril de 1999, se ha referido a esa técnica aplicada a la protección penal del medio ambiente de manera igualmente positiva.

Pues bien, habida cuenta el carácter de normas en blanco de muchas disposiciones ambientales penales y teniendo en cuenta también que muchas de las disposiciones administrativas llamadas a completar tales normas en blanco incorporan técnicas, formas y sistemas de tomas de muestras, estas últimas deben ser tomadas en consideración desde el punto de vista procesal penal. Es decir, el Juez penal deberá tener en cuenta, como mínimo, los aspectos técnicos de las tomas de muestras, porque tales aspectos son elementos consustanciales a las mismas y aseguran además su validez. Bien entendido, por supuesto, que ello no suponga una merma o alteración de las características esenciales de las normas penales en blanco.

Lo dicho hasta aquí es perfectamente lógico y, cabría añadir incluso, hasta inevitable, dado que las normas penales en blanco tienen, tal como venimos repitiendo, una fuerte implantación en el sistema de protección penal del medio ambiente en nuestro país.

Pero ocurre que, en ocasiones, ante la novedad y escasa experiencia que se posee en la materia, se han venido tomando también en consideración otros aspectos procesales administrativos cuya sistemática resulta un tanto desconcertante, habida cuenta los principios tradicionales del sistema

procesal penal español. Nos estamos refiriendo a las tomas de muestras por triplicado y a la entrega de una de ellas al presunto responsable para análisis y posterior uso del mismo como contra-prueba.

Quizá sea conveniente, previamente al examen del supuesto que acabamos de exponer y de la problemática de las tomas de muestras en el ámbito procesal penal, efectuar algunas consideraciones en relación a las mismas en el ámbito administrativo.

a) La importancia de las tomas de muestras en el ámbito administrativo en general

La aportación y contenido de las pruebas en el contexto del Derecho administrativo no difieren, en principio, de la aportación y contenido de las pruebas en otros ámbitos del Derecho. Así, el artículo 60.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que: «Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho». A su vez, el párrafo 3 de la citada disposición señala que: «El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.»

Es importante señalar que en los supuestos ambientales administrativos las tomas de muestras suelen ser esenciales para determinar las infracciones cometidas. Es decir, en este tipo de supuestos las mismas vienen a ser una de las formas probatorias más importantes para la determinación de la infracción cometida.

Llegados a este punto quizá proceda hacer algunas referencias a la práctica de toma de muestras, así como a otros aspectos probatorios en el ámbito administrativo. Los principios que rigen la actividad encaminada a su práctica en el ámbito administrativo no dejan de ser interesantes. El artículo 39.1 de la citada Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, regula-

11. Como es sabido, el Derecho Penal utiliza con relativa frecuencia conceptos jurídicos pertenecientes a otras ramas del Derecho para poder orientar su función protectora de acuerdo con sus datos. A veces, la referencia a una norma legal ajena es más amplia, tratándose en tal caso de normas penales en blanco. La norma penal en blanco es, pues, aquella norma en la que el legislador penal no describe íntegramente la conducta típica, sino que es necesario completarla con otras normas extrapenales. En otras ocasiones, sin embargo, la referencia es más limitada, al tratarse de completar simples conceptos jurídicos sin más complicaciones. En ese segundo supuesto estamos ante simples conceptos jurídicos indeterminados.

12. El Tribunal Constitucional ha aceptado la constitucionalidad de la técnica de las leyes penales en blanco en la sentencia 127/1990, de 5 de julio. Los requisitos que establece el Tribunal Constitucional para que sea válida la ley penal en blanco son, en primer lugar, que exista un reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal. En segundo lugar, que la ley, además de señalar la pena, comprenda el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la exigencia de certeza, debiéndose dar la suficiente concreción para que la conducta delictiva quede adecuadamente precisada.

dor de la colaboración de los ciudadanos, establece que: «Los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos por la ley». Ello implica que el ciudadano, cuando así venga previsto por la ley, deberá permitir el acceso de los representantes de la Administración a sus locales y dependencias con el fin de que se puedan verificar las infracciones y localizar posibles pruebas. El ciudadano debe igualmente permitir a las Autoridades administrativas el acceso a la documentación, así como proporcionarles la información necesaria, con las comprensibles limitaciones en aquellos supuestos que afecten a la inviolabilidad de la correspondencia del artículo 18.3 de la Constitución Española y otros aspectos similares.

Pero, además, el ciudadano debe permitir la práctica de las tomas de muestras¹³. Pues bien, su importancia en el contexto administrativo ambiental radica en diferentes puntos. En primer lugar, si se trata de un proceso productivo o de transformación que produzca residuos, lo cual es lo más frecuente en el supuesto de contaminación ambiental, la toma de muestras resulta poco menos que indispensable. Solamente cuando se plantean, por ejemplo, temas de contaminación acústica, en los que no se producen residuos físicamente perceptibles, será necesario utilizar otros métodos, tales como mediciones acústicas.

En segundo lugar, la toma de muestras posee como ventaja, frente a otro tipo de pruebas, de que, al menos en teoría, para evitar que la misma se lleve a cabo, es necesario paralizar la actividad productiva para que los residuos dejen de emitirse, lo cual siempre podrá resultar más complicado frente al acceso a la documentación y otras formas recabatorias de pruebas, que pueden verse frustradas simplemente con el hecho de hacer desaparecer documentos, omitir información, etcétera.

b) La importancia de las tomas de muestras en el ámbito procesal penal

En el ámbito penal, sin embargo, resulta difícil asegurar que las tomas de muestras disfruten de idéntica posición de preeminencia de la que gozan en el ámbito administrativo ambiental. La práctica forense parece demostrar que esta práctica probatoria, sin que ello implique dejar de reconocer su interés, no deja de ser sino un tipo de prueba

más que, dependiendo de las circunstancias, podrá o no ser determinante de la responsabilidad penal.

Así parece avalarlo también la jurisprudencia. De hecho existen algunos supuestos recientes que son claramente indicativos de lo acabado de exponer. Por ejemplo, la sentencia de 12 de enero de 1999 de la Audiencia Provincial de León desestima un recurso de apelación previamente interpuesto en base a diferentes argumentos. En uno de esos argumentos se da respuesta a la alegación de ausencia de pruebas incriminatorias esgrimida por los acusados, debido a la ausencia de análisis de agua potable a la causa. La Sala entiende que existe carga probatoria suficiente con las testificales referentes al estado del río a partir del lugar donde se encuentra la compuerta por la que se efectuaron los vertidos, así como la realidad de los peces, que en número superior a trescientos fueron hallados muertos.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional en sentencia 42/1999, de 22 de marzo, resolviendo un recurso de amparo contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, resta importancia a la parafernalia técnica que rodea a la toma de muestras y al carácter de la misma como prueba no preconstituida, al poder ser suplidas o completadas con otro tipo de pruebas. Así, dice el Tribunal, «...las declaraciones realizadas en el juicio oral por los agentes de la Policía Judicial que tomaron las muestras sobre el lugar que se produjeron... así como las declaraciones de los acusados que admitieron haber realizado los vertidos en el lugar donde se tomaron las muestras, han de ser consideradas desde la perspectiva constitucional pruebas de cargo suficientes para acreditar de forma razonable el vertido de las aguas residuales».

c) El problema de la toma de muestras por triplicado y la entrega de un ejemplar al presunto responsable penal

Ya hemos adelantado que en la mayoría de disposiciones legales no penales que incorporan técnicas de tomas de muestras, tales técnicas suelen constituir elementos esenciales a la hora de determinar la efectividad de las mismas. Así, por ejemplo, el artículo 13.1 del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio¹⁴, referido al «Procedimiento de toma de muestras y análisis de laboratorios», establece que «las tomas de muestras oficiales se efectuarán según la estrategia, niveles y frecuen-

13. En relación con estas facultades de la Administración *vide* al respecto, por ejemplo, REDONDO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M.: *Manual de la Inspección de Consumo*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional de Consumo, 1998.

14. Real Decreto por el que se establecen las medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productos.

cia contemplados en los anexos III y IV del presente Real Decreto a fin de ser examinados en los laboratorios autorizados». Igualmente, el artículo 6 de la Directiva de Aguas de Baño establece una serie de requisitos que deben de cumplirse, so pena de que las muestras tomadas no posean ningún valor¹⁵. Por otra parte, los requisitos y exigencias técnicas aplicables a los procedimientos para la toma de muestras de matrices propias del ámbito de las aguas continentales superficiales no solamente son esenciales, sino que además están revestidos de una enorme complejidad y varían dependiendo del tipo de muestras de que se trate¹⁶.

Es evidente que esos aspectos técnicos, que en modo alguno son exhaustivos por haber sido citados a título meramente indicativo, deberán ser respetados por el Juez penal. Decíamos anteriormente, al iniciar el apartado III, que los aspectos técnicos de las tomas de muestras deberán ser respetados porque los mismos son elementos constitucionales a la misma y aseguran además su validez, siempre y cuando ello no suponga una merma o alteración de las características esenciales de las normas penales en blanco. Así pues, no constituye una forma de servidumbre de las normas penales en blanco en relación a las normas administrativas que las completan. Podrían considerarse más bien como formas de garantía que permiten asegurar la validez de las muestras que se toman

y que, aunque sólo fuera por ello, habría necesariamente que respetar.

Ocurre, sin embargo, que, en ocasiones, las normas administrativas reguladoras de tomas de muestras introducen otro tipo de requisitos, ya no estrictamente técnicos, y cuya aplicación práctica resulta un tanto problemática. Quizá el supuesto más representativo es la exigencia de que la toma de muestras se realice mediante acta formalizada por triplicado con entrega de una muestra al presunto responsable o a su representante legal.

Este requisito no deja de incorporar un planteamiento un tanto desconcertante en el contexto del Derecho procesal penal, por las razones que veremos. Tal como se ha adelantado, este tipo de sistemas ha sido introducido ante la novedad y ausencia de experiencia de la temática ambiental. Curiosamente, el origen de tal sistema no es estrictamente ambiental, sino que procede de normativa administrativa en temas de consumo¹⁷ y ante la, en su momento, ausencia de regulación en medio ambiente. La normativa ambiental, sin embargo, ha acabado haciéndose eco del sistema controvertido¹⁸.

Pues bien, es indicativo de lo acabado de señalar el párrafo 2 del artículo 13.1 del reciente Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, por el que se establecen las medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productos. La norma referida señala que:

15. Según el artículo 6 de la Directiva del Consejo 76/160/C.E.E., de 8 de diciembre de 1975 relativa a la calidad de aguas de baño: "1. Las autoridades competentes de los Estados miembros efectuarán los muestreos cuya frecuencia mínima se fija en el Anexo.

2. Las muestras se tomarán en los lugares en los que la densidad media diaria de bañistas sea más elevada. Las muestras se tomarán preferentemente a 30 centímetros por debajo de la superficie del agua, con excepción de las muestras de aceites minerales, que se tomarán en la superficie.

3. El examen local de las condiciones existentes aguas arriba en el caso de aguas continentales corrientes y de las condiciones ambientales en el caso de aguas continentales estancadas y del agua de mar deberá efectuarse minuciosamente y repetirse periódicamente a fin de determinar los datos geográficos y topográficos, el volumen y el carácter de todos los vertidos contaminantes y potencialmente contaminantes, así como sus efectos en función de la distancia con respecto a la zona de baño.

4. Cuando la inspección efectuada por una autoridad competente o la recogida y el análisis revelan la existencia o la probabilidad de que existan vertidos de sustancias que puedan disminuir la calidad del agua de baño, será conveniente efectuar recogidas de muestras suplementarias. Asimismo deberán efectuarse recogidas suplementarias cuando exista cualquier otro motivo para sospechar una disminución de la calidad del agua.

5. Los métodos de análisis de referencia para los parámetros considerados se indican en el Anexo. Los laboratorios que utilicen otros métodos deberán garantizar que los resultados obtenidos son equivalentes o comparables a los indicados en el Anexo."

16. Es decir, el procedimiento para la toma de muestras de agua, sedimentos y/o ejemplares piscícolas en el contexto de inspecciones o trabajos afines, el procedimiento para la toma de muestras puntuales, de forma manual, en aguas continentales superficiales, etc. Documentación del Ministerio de Medio Ambiente. Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas.

17. Vide, en ese sentido, el Real Decreto 1945/83 por el que se regulan las infracciones sanitarias en materia de defensa del consumidor y de la producción agro-alimentaria.

18. En ese sentido, el artículo 15.3 del proyecto de Decreto sobre autorizaciones, actuación inspectora y procedimiento sancionador en materia de aguas residuales de la Generalitat de Catalunya (25.7.97), establece que:

"Las muestras así obtenidas se precintarán e identificarán convenientemente referenciadas, quedando dos en poder del inspector (una para efectuar las determinaciones analíticas y la otra para la práctica de un eventual análisis dirimente), y la tercera en poder del titular del vertido, para que éste pueda proceder, si lo considera conveniente, a la práctica de un análisis contradictorio..."

«La toma de muestras se realizará mediante acta formalizada, al menos por triplicado, ante el ganadero o propietario de las reses o ante su representante legal o ante el representante legal del matadero o cualquier otro establecimiento de primera transformación de productos primarios de origen animal u otras empresas relacionadas con el sector o persona responsable, ya sea de la de la explotación ganadera o del establecimiento en cuestión, y en ausencia de los mismos o cuando las personas anteriormente citadas se negasen a intervenir en el acta, ante cualquier testigo, sin perjuicio de poder exigir las responsabilidades contraídas por tal negativa. En el caso de que incluso ningún testigo quiera intervenir en el acto, ésta será igualmente válida si en la misma interviene más de un representante de la Administración.»

A su vez, según el artículo 13.1, párrafo 4 del Real Decreto citado:

«Cada muestra constará de tres ejemplares homogéneos que serán acondicionados y precintados de manera que, con estas formalidades, se garantice la identidad y seguridad de las muestras con su contenido, durante el tiempo de conservación de la misma.»

Pero, además, la muestra que recibe la persona investigada debe ser conservada en perfectas condiciones. Según el párrafo 5 del artículo 13.1 del Real Decreto 1749/98, esta persona tiene «la obligación de conservarla en perfecto estado para su posterior utilización en la prueba contradictoria si fuere necesario. La desaparición, destrucción o deterioro de dicho ejemplar de la muestra se presumirá maliciosa, salvo prueba en contrario. Los otros dos ejemplares de la muestra se quedarán en poder de la inspección, remitiéndose una al laboratorio que haya de realizar el análisis inicial».

A su vez, la importancia de ese análisis es tal que será el determinante de la apertura del procedimiento administrativo sancionador que corresponda. Así, según el artículo 13.4 del Real Decreto 1749/98:

«Cuando del resultado del análisis aparezcan resultados positivos de los que se deduzcan infracciones, se incoará el correspondiente procedimiento sancionador sin perjuicio de que el expedientado no acepte dichos resultados y proceda a solicitar el análisis contradictorio, al objeto de presentar al instructor de procedimiento cuantas alegaciones crea conveniente, dentro de los plazos previstos en la normativa correspondiente.»

Este sistema ha acabado teniendo cierto predicamento en el Derecho penal ambiental, como lo demuestra el hecho de que los operadores jurídicos, y con frecuencia hasta las fuerzas del orden, vienen tomando las muestras por triplicado en su investigación y entregando una de ellas al presunto responsable en base a lo establecido en la normativa administrativa. Prueba de ello es que en cursos de formación para agentes del orden como futuros especialistas en la materia¹⁹, se viene indicando a los agentes, lógicamente con la mejor intención, la necesidad de poner a disposición del interesado una muestra gemela del líquido o producto contaminante o contaminado, a fin de poder practicar un análisis contradictorio.

En semejante tesitura se ha encontrado también el propio juzgador. Así, la sección décima de la Audiencia Provincial de Barcelona señala, en la sentencia de 23 de marzo de 1999, que ha de exigirse «de un lado, que la toma de muestras se efectúe conforme a lo establecido reglamentariamente (es decir, por triplicado, entregando una de ellas al presunto responsable), que tenga intervención el interesado y que se levante la correspondiente acta y, de otro lado, que el imputado tenga la oportunidad de impugnar tal prueba y someterla a contradicción en el acto del juicio oral». Igualmente, la sección sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 10 de enero de 1998, objeta que la parte interesada (en este caso, los acusados) «...no puede contradecirla (la prueba) de ningún modo al haber sido agotado el residuo objeto de análisis con el informe emitido por los laboratorios de la Sociedad General de Aguas de Barcelona»²⁰. Es necesario indicar en relación con esta sentencia que la Sociedad General de Aguas es el organismo que ha venido practicando los análisis de las muestras tomadas en Barcelona a petición del Ministerio Fiscal. De hecho, se reclama con frecuencia por las defensas, y como motivo de impugnación en el recurso, la ausencia de toma de muestras por triplicado o el que no se haya entregado una de las muestras al representante legal de la empresa o entidad que está siendo investigada.

A nuestro modesto parecer, esa forma de actuar resulta procesalmente discutible en base a las consideraciones que se exponen: en primer lugar, la normativa citada, y otras similares con igual perspectiva, son Decretos y es dudoso que una norma de tal rango pueda introducir requisitos procesales de semejante cariz. En segundo lugar, la norma

19. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil.

20. Esta sentencia ha sido posteriormente revocada en casación por sentencia de 21 de diciembre de 1998 de la Sala II del Tribunal Supremo.

examinada demuestra que esas tomas de muestras no son más que un método de investigación preliminar antes de abrir el correspondiente procedimiento sancionador²¹. En tercer lugar, con esa nueva sistemática se introduce un elemento de confusión dado que no hay ninguna garantía de lo que puede hacer el receptor de la muestra, por mucho que la misma vaya lacrada. Surgen además cuestiones inevitables, tales como ¿quién será en el ámbito procesal penal la persona u organismo encargado de lacrar la muestra en cuestión? ¿lo será la policía, el Juez o la Administración? En caso de manipulación de la muestra recibida por el imputado (obsérvese que se trata de una muestra que ha sido tomada coetáneamente con las otras dos muestras y que, por ende, será fácilmente detectable la manipulación), ¿se exigirá, en tal caso, responsabilidad penal por la misma, deduciéndose testimonio al respecto?

Otro sector, sin embargo, de la jurisprudencia española ha empezado a poner las cosas en su sitio. Así, la sentencia de 20 de enero de 1998, dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona²² señala que: «...el hecho de que una parte o medida de las concretas muestras sobre las que se practicó el análisis no fuera entregada al Sr. (inculpado), no impide reconocer que el procedimiento seguido, estructuralmente, respetó el principio de Contradicción, pues al inculpado en ningún momento se le limitó o mermó la aportación de fuentes y medios de prueba ni la contradicción de los propios datos que arrojaban los análisis (vid. S.S.T.C. 227/91, 90/94, 80/96, 32/97); actividad procesal de contradicción que sin embargo no fue promovida por la defensa». Es decir, lo que se propugna es la práctica de un solo análisis, con su correspondiente informe oficial, cuyos resultados podrán ser contradichos en el acto del juicio oral por las partes.

Como es sabido, el principio de contradicción se

concreta respecto al imputado y su defensa como el derecho a preguntar y repreguntar a testigos, peritos y otros procesados, así como a valerse, respecto de otras pruebas diversas de la testifical, de los medios pertinentes para demostrar su eficacia. Como es sabido también, el proceso penal sólo se concibe como una oposición entre pretensiones que un órgano imparcial resuelve, y las partes han de tener igualdad de armas con posibilidades homogéneas de alegar y probar cada una de ellas lo que sea pertinente al objeto discutido²³. El principio de contradicción es esencial para que el juicio oral se realice con todas las garantías, tal como ordena el artículo 24 de la Constitución Española. Basta, por lo tanto, con que la prueba se haya obtenido sin vulneración de derechos fundamentales, directa o indirectamente, conforme al artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que la misma se practique de manera adecuada en el juicio oral, según se ha señalado. Es más lógico que la contradicción se desarrolle como se desprende de lo dicho en sentencia de la Audiencia de Tarragona, que a través de tomas de muestras por triplicado, tal como se ha expuesto a lo largo de este trabajo. En esa línea, por ejemplo, no se actúa de tal forma cuando se incauta una partida de estupefacientes, sin perjuicio de que se aparte una cantidad determinada del alijo para análisis contradictorio, si procediera. Tampoco se actúa procesalmente de la manera descrita cuando se investiga una violación. Ahora bien, como especular suele ser positivo uno se pregunta, finalmente, si en el futuro, y de aplicarse y extenderse el controvertido sistema de toma de muestras por triplicado, cada vez que se cometa, por ejemplo, un delito de violación, la defensa del presunto violador procederá a pedir una parte de la muestra del semen para llevársela consigo y efectuar un análisis, cuyos resultados aportará posteriormente al juicio oral en base a esa interpretación que se ha venido a describir. ●

21. Así, según el artículo 13.4 del Real Decreto 1749/98:

"Cuando del resultado del análisis aparezcan resultados positivos de los que se deduzcan infracciones, se incoará el correspondiente procedimiento sancionador sin perjuicio de que el expedientado no acepte dichos resultados y proceda a solicitar el análisis contradictorio, al objeto de presentar al instructor de procedimiento cuantas alegaciones crea conveniente, dentro de los plazos previstos en la normativa correspondiente."

22. Esta sentencia ha sido ratificada por la Sala II del Tribunal Supremo en sentencia de 5 de mayo de 1999, después de haber sido recurrida en casación.

23. Vide sentencias 4/1982, de 8 de febrero del Tribunal Constitucional y de 29 de diciembre de 1994 y 28 de febrero de 1995 de la Sala II del Tribunal Supremo.