

LEXAMBIENTE

RIVISTA TRIMESTRALE
DI DIRITTO PENALE DELL'AMBIENTE
ISSN 2612-2103



NUMERO 1\2020

- Il reato di deposito incontrollato di rifiuti e l'individuazione del suo momento consumativo di V. PAONE
- Il sindacato di legalità del giudice penale nel sistema urbanistico: stagionalità, disapplicazione e canoni dell'esegesi penale di G. STEA
- La tutela penale dell'ambiente ed il delitto di inquinamento ambientale nella Repubblica di Serbia di M. BRANKOVIĆ
- La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi in materia di associazione per delinquere finalizzata al traffico transfrontaliero abusivo di rifiuti di A. FRANCO
- La respuesta del derecho penal a la contaminación acústica en España: cuestiones teóricas y problemas prácticos di E. FRIGOLS I BRINES
- Il traffico illecito di rifiuti oltre frontiera: analisi economica di un reato ambientale transnazionale di C. BIGNOTTI



**La respuesta del derecho penal a la contaminación acústica en España:
cuestiones teóricas y problemas prácticos**

**The Criminal Law Response to Noise Pollution in Spain: Theoretical and
Practical Issues**

di Eliseu FRÌGOLS I BRINES

Abstract. El problema de la contaminación acústica en España, de carácter inicialmente administrativo, se ha convertido en un problema penal como consecuencia del fracaso del control administrativo. Sin embargo, la regulación del delito medioambiental por contaminación acústica presenta dificultades desde múltiples puntos de vista, que se tratan en el artículo con apoyo en la jurisprudencia en la materia.

Abstract. Noise pollution in Spain is a problem that belongs originally to administrative law, but it has become a problem of criminal law due to the failure of administrative control mechanisms. Nonetheless the legal provisions governing the environmental crime committed by noise pollution face multiple challenges that are directly addressed in this paper with the assistance of the relevant case law.

Parole chiave: contaminación acústica, España, delito medioambiental

Key words: noise pollution, Spain, environmental crime



SOMMARIO: 1 Introducción. El fracaso del control administrativo como fundamento de los delitos contra el medio ambiente y la vulneración del principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal: el caso de la contaminación acústica.– 2. La contaminación acústica como delito contra el medio ambiente en España – 3. La respuesta del derecho penal a la inacción de la administración en materia de contaminación acústica: el delito de prevaricación medioambiental. En especial, en especial, la prevaricación omisiva – 4. A modo de conclusión.

1. Introducción. El fracaso del control administrativo como fundamento de los delitos contra el medio ambiente y la vulneración del principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal: el caso de la contaminación acústica.

Uno de los principios básicos del Derecho penal es el principio de intervención mínima. Al menos eso es lo que se estudia y se enseña en la Universidad, y lo que repetimos en los escritos del foro los abogados cuando, como resulta cada vez más habitual, se trata de realizar interpretaciones extensivas de los tipos penales, como la que recientemente se ha pretendido realizar en España respecto del concepto de violencia¹.

Sin embargo, en el nuevo Derecho penal simbólico en el que nos hallamos inmersos hoy en día, que suma el populismo punitivo al hecho de que las modificaciones en materia de delitos y penas no exigen un incremento del gasto², el fundamento de punición es la prevención general positiva, en la que el principio de intervención mínima ya no es un principio de aplicación prioritaria.

El principio de intervención mínima, como su propio nombre indica, es un principio y no una regla, de forma que su aplicación es completamente contingente. La exigencia de taxatividad y la

1 Véase, en relación con el delito de rebelión, J. BOIX REIG Y J. MIRA BENAVENT, “*Reflexión sobre el concepto de violencia en derecho penal*”, *RJC* 1 (2019): 1-16; y en relación a la conocida como sentencia del “procés”, J. MIRA BENAVENT Y J. BOIX REIG, “A propósito de la STS 459/2019, de 14 de octubre”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 82-83 (2019), p. 128 *passim*, en cuanto a la violencia respecto del delito de sedición.

2 *Vid.* en este sentido, la redacción actual del artículo 135 de la Constitución Española, el artículo 111 del Reglamento del Congreso de los Diputados y la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en su redacción vigente a día de hoy.

Así, en el actual contexto de contención del gasto resulta mucho más sencillo adoptar cualquier clase de medida legislativa que no suponga incremento del déficit del Estado, a pesar de que ese tipo de medida tenga poca o ninguna influencia en la resolución de los problemas de los ciudadanos. El resultado es que la modificación de la legislación penal es una forma “barata” de afrontar cualquier tema que se pretenda regular, a pesar de que la eficacia de las normas penales para influir en la conducta de los ciudadanos resulta una cuestión que se halla todavía por dilucidar.



prohibición de la analogía son limitaciones desde el punto de vista de la creación del derecho a través de la interpretación del mismo, pero esa limitación es cada vez menos importante por el papel cada vez más relevante de las interpretaciones extensivas. En cualquier caso, la exigencia de taxatividad no afecta a la creación de nuevas normas punitivas, lo que explica el cada vez mayor número de tipos cuya antijuridicidad material es cada vez más discutible³.

Pero puede que el problema se encuentre en el hecho de que utilizamos una terminología que quizá ya no sea la adecuada. La relativización del concepto de bien jurídico protegido, con una huida del concepto material de bien jurídico a un concepto formal del mismo, está multiplicando los objetos de protección y convirtiendo el derecho penal en una herramienta más de regulación normativa, cuando lo cierto es que no lo debiera ser. En este fenómeno juega un papel cada vez mayor el Derecho penal *derivado*, es decir, la normativa penal que se genera como consecuencia, o con la excusa, de la aplicación de las normas provenientes de la Unión Europea⁴.

En este contexto, un fenómeno cada vez más habitual es la huida desde el derecho administrativo hacia el derecho penal; fenómeno en el que ya hace años que el derecho penal medioambiental juega un papel muy destacado, y cada vez se extiende a áreas más amplias de la actuación administrativa⁵. Creo que la contaminación acústica se puede tomar como un supuesto

3 Un ejemplo destacado es la nueva definición de terrorismo que realiza la redacción del artículo 373 del Código penal introducida en España por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, que amplía los contornos del concepto de terrorismo hasta el punto de desdibujarlos. Un resumen de la evolución de los delitos de terrorismo en España puede hallarse en E. GÓRRIZ ROYO, “*Contraterrorismo emergente a raíz de la reforma penal de LO 1/2019 de 20 de febrero y de la Directiva 2017/541/EU: ¿europeización del Derecho penal del enemigo?*”, *RECPC* 22-01 (2020), p. 26 *passim*. Éste es el último trabajo publicado por la autora, a quien hemos perdido muy recientemente: una trabajadora incansable del Derecho penal y, sobre todo, una persona realmente entrañable, que es lo que de verdad cuenta en la vida.

4 Se trata ésta de una tendencia que se inició ya hace mucho tiempo y, precisamente, con la normativa medioambiental como principal protagonista. Así, fue el TJUE quien irrumpió de forma inopinada en el Derecho penal de los estados miembros al señalar, que, pese a carecer de una competencia general para legislar en materia de Derecho penal, éste puede ser utilizado como un medio para asegurar la efectividad y el carácter armonizado de la normativa comunitaria en los países miembros. Véase, en este sentido, la STJUE de 13 de septiembre de 2005, C-176/03, asunto Comisión vs Consejo, que anulaba la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal, por considerar que invadía la competencia de la Comunidad Europea en materia medioambiental.

Se debe señalar especialmente el párrafo 48 de la sentencia, del que se deduce el carácter instrumental que el TJUE asigna al derecho penal como elemento de cierre de una competencia genérica, y que abrió la puerta a la competencia de la Unión Europea en el establecimiento de normas penales, a las que asigna además un carácter “funcional” - en sus términos luhmannianos más estrictos-.

Sobre el desarrollo histórico de la competencia para la creación de normas penales por parte de la Unión Europea, véase V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, 2009, p. 65 *passim*.

5 Un buen ejemplo de extensión del Derecho penal a toda la actuación administrativa son los procedimientos penales por fraccionamiento de contratos. Así, comienza a ser habitual la interposición de querrelas por prevaricación, malversación de caudales o tráfico de influencias en relación con estas conductas, normalmente iniciadas por rivales políticos que, además, cuando gobernaban llevaban a cabo conductas de la misma índole.

Parece claro que muchas de esas conductas constituyen irregularidades administrativas, pero tampoco hay duda de que muchas de ellas no se merecen salir de ese ámbito concreto, y que las mismas se producen en su mayor parte por la complejidad de la actual normativa en materia de contratos de los entes públicos, por un lado; y, por el otro, por la deficiente organización administrativa de la que adolecen la mayor parte de los órganos administrativos de nuestro país: entidades locales, comunidades autónomas y gobierno central. Existen múltiples mecanismos de carácter administrativo que pueden y deben ser usados para evitar esta clase de irregularidades, siendo el primero de ellos la actuación de los



paradigmático del fracaso en España del derecho administrativo que determina una huida absurda hacia el derecho penal, y trataré de explicar por qué.

No hay ninguna duda sobre la importancia del problema de la contaminación acústica, ni sobre los efectos que este problema puede suponer para la salud de las personas. En este sentido, se hallan ampliamente probados los efectos nocivos que la contaminación supone para la salud, sobre todo, los producidos como consecuencia de las alteraciones del sueño⁶. No hay que olvidar que incluso la privación del mismo ha sido considerado un método de tortura de gran efectividad, con consecuencias perjudiciales para el bienestar físico y mental de las personas sometidas a estos métodos de maltrato⁷. Cuestión distinta es la necesaria prueba que debe existir sobre estas cuestiones, así como sobre la gravedad de la inmisión, por cuanto el proceso penal debe hallarse en todo caso revestido de una serie de garantías, entre ellas, la presunción de inocencia, que deben respetarse en todo caso.

Por otro lado, debe ser puesto de manifiesto que la sociedad española es una sociedad extraordinariamente tolerante con el ruido, y esto tiene reflejo en nuestra legislación sobre contaminación acústica, tanto en la nacional como en la de las Comunidades Autónomas, de forma que esa misma normativa sobre contaminación acústica sitúa, en ocasiones, el derecho al ocio sobre el derecho al descanso, permitiendo la posibilidad de que cualquier autoridad – *v.gr.* cualquier alcalde- pueda dejar sin efecto la aplicación de dicha normativa para la celebración de eventos festivos. Un ejemplo de aplicación de esta normativa son los festivales de música que se desarrollan durante todo el año, pero sobre todo durante los meses de verano⁸.

órganos de intervención y las auditorías, cuya actuación es, a menudo, *a posteriori*, una vez iniciados los procedimientos penales y, por ello, puramente defensiva.

Es cierto que existen pronunciamientos del Tribunal Supremo que limitan el alcance del uso del derecho penal en esta clase de situaciones, delimitando los supuestos cuyo injusto puede resultar relevante para el derecho penal, pero es cierto, asimismo, que existen otros pronunciamientos de signo contrario que tienden a ampliar la aplicación del Derecho penal a conductas de este tenor lo que me parece un error.

6 WHO (Regional Office for Europe), *Burden of disease from environmental noise. Quantification of healthy life years lost in Europe*, Copenhagen, 2011, p. 3, en la cual se señala que los riesgos de la contaminación acústica para la salud se concretan, fundamentalmente, en enfermedades cardiovasculares, deficiencias cognitivas para el aprendizaje en menores, alteraciones del sueño (que pueden dar lugar, a su vez, a un rosario de otras enfermedades relacionadas con la propia alteración del sueño, y que incluyen los problemas cardiovasculares ya expuestos, pero también muchos otros), *tinnitus* y molestias originadas por el ruido.

7 E. CAKAL, “*Befogging reason, undermining will: Understanding sleep deprivation as torture and other ill-treatment in international law*”, *TORTURE*, 29 (2019): 11-22.

8 Así, la Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de protección contra la contaminación acústica, de la Generalitat Valenciana, de aplicación en la Comunidad Valenciana, establece en la Disposición adicional primera de denominada “Situaciones especiales”:

“1. La autoridad competente por razón de la materia a que pertenezca la fuente generadora del ruido o vibraciones podrá eximir, con carácter temporal, del cumplimiento de los niveles de perturbación máximos fijados en la presente Ley en determinados actos de carácter oficial, cultural, festivo, religioso y otros análogos”.

Esto significa, en *román paladino*, que la autoridad administrativa tiene capacidad para eliminar las restricciones en materia de contaminación acústica en los momentos en que estime pertinente, competencia que, por su redacción, puede utilizar cualquier Alcalde – la legislación valenciana sitúa el núcleo de la competencia en materia de contaminación acústica en los Ayuntamientos-, en términos de una amplitud y vaguedad tal que han permitido toda clase de actuaciones carentes del necesario control.



Otro elemento que debe ser destacado es que la aplicación de la normativa de contaminación acústica ha quedado en manos de los ayuntamientos. Esto, que parece muy razonable en tanto que se trata de la administración que se encuentra más cercana a los ciudadanos y, en consecuencia, la que parece más adecuada para reaccionar tempranamente a los problemas de contaminación acústica – sobre todo si tenemos en cuenta que la mayor parte de los problemas derivan de actividades para cuya funcionamiento se depende de licencias municipales-, se convierte en realidad en un problema más para la aplicación de la normativa contra la contaminación acústica.

Los problemas que han surgido son de una naturaleza variada. En primer término, la dificultad inicial que surgió fue la ausencia de personal competente y de material adecuado para realizar las mediciones acústicas que exige la normativa administrativa para el control de las diferentes actividades, tanto para la autorización de las actividades como, más tarde, para su control. Este problema provenía, en los municipios más pequeños, de la inexistencia de personal técnico especializado para realizar este tipo de mediciones, así como por la ausencia de sonómetros homologados y verificados correctamente para las mismas: pocos de dichos municipios contaban con los medios suficientes para aplicar correctamente la normativa.

La excesiva amplitud de esta cláusula ha motivado su reciente modificación por medio del art. 83 de la Ley 9/2019, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, para tratar el creciente problema de la proliferación de festivales de música que ha invadido casi todas las zonas de playa de la Comunidad durante el verano. Se ha añadido el siguiente texto al anterior párrafo:

“En estos últimos se consideran comprendidos los acontecimientos musicales que se celebren en la Comunitat Valenciana, a los cuales se exigirá que dispongan de marca turística contemplada en la normativa autonómica y que adopten las mejores tecnologías disponibles a fin de reducir los niveles de ruido transmitido a los receptores más próximos que, en ningún caso, podrán superar los límites máximos establecidos en la correspondiente resolución específica”.

Es decir, se establecen algunas restricciones específicas en materia de eventos musicales mediante la introducción de la referencia a “las mejores tecnologías disponibles”, pero deberá ser la resolución específica la que establezca el límite máximo – distinto del que fija la Ley-. El problema, como siempre, es el control sobre estos límites.

La legislación nacional, la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, prevé una disposición parecida en el apartado 1 del artículo 9:

“1. Con motivo de la organización de actos de especial proyección oficial, cultural, religiosa o de naturaleza análoga, las Administraciones públicas competentes podrán adoptar, en determinadas áreas acústicas, previa valoración de la incidencia acústica, las medidas necesarias que dejen en suspenso temporalmente el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica que sean de aplicación a aquéllas”.

Como se puede ver, se trata de una disposición muy parecida a la valenciana, excepto por el hecho de que interesa que los actos que den lugar a la suspensión temporal sean “**de especial proyección**”, algo que no exige la normativa autonómica.

Sin embargo, el núcleo del problema (la vaguedad y amplitud de los supuestos y la posibilidad de que cualquiera pueda, *de facto*, “derogar la ley”) existe tanto en la disposición autonómica como en la nacional.

Esta cuestión, dado que implica una autorización de carácter administrativo para superar los límites legales, tiene también su interés para la aplicación de los delitos de prevaricación medioambiental, que trataremos en el último punto.

Sobre esta cuestión, *vid.* SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNITAT VALENCIANA, *Informe especial a les Corts Valencianes sobre la Contaminación acústica en la Comunitat Valenciana*, Febrero 2019, pp. 79-80 (en <https://www.elsindic.com/wp-content/uploads/2020/02/informe-especial-contaminacion-acustica-comunitat.pdf>, consultado por última vez el 28.02.2020), en el que se hace una reflexión crítica parecida a la que se plantea en el texto:

“15. La celebración de las fiestas locales y los espectáculos en la vía pública (conciertos, verbenas, etc.) no debe entenderse como un derecho a generar ruido sin límite alguno.

Estas actividades generan muchas quejas en materia de contaminación acústica. En parte, porque existe una excepción legal que parece permitir que «todo vale», que son fiestas y que se puede molestar porque no hay ningún límite que lo impida.



Este problema se extendía a la mayor parte de municipios, incluyendo a las capitales de provincia, cuando se trataba de la realización de mediciones de actividades que reciben quejas por incumplimiento de los límites acústicos fijados por la Ley en horario nocturno⁹: los ingenieros municipales no solían acudir a realizar esta clase de mediciones. En su lugar, se remitía a funcionarios de la policía local, los cuales, con mayor voluntad que conocimientos de acústica, realizaban las mediciones. Esto daba lugar, en ocasiones, a que dichas mediciones no fuesen válidas, al menos, en el ámbito administrativo, un problema que, como veremos, no ha sido un obstáculo para la condena en el ámbito penal en muchas ocasiones, con los consiguientes problemas para el derecho fundamental a la presunción de inocencia¹⁰.

El segundo problema es de carácter eminentemente político, y tiene que ver con la dificultad con la que se encontraban los representantes políticos, sobre todo, en el ámbito municipal, para conciliar los intereses de una mayoría de los ciudadanos que exigía la existencia de zonas de ocio en el interior de la ciudad, incluyendo los propios propietarios de las zonas de ocio, frente a aquellos ciudadanos que sufrían las consecuencias de esas zonas de ocio, normalmente una minoría, pero que

9 Como es lógico, es en horario nocturno cuando el nivel sonoro máximo permitido de inmisión es más bajo, y éste suele establecerse en la mayor parte de las normas vigentes en España en el límite de 30dB(A), o en incluso en 25 dB (A). Esto es lo que sucede, por ejemplo, en la normativa estatal, la cual establece, en la Tabla B2. “Valores límite de ruido transmitido a locales colindantes por actividades” del Anexo III del Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas, que en los supuestos de locales colindantes – que el art. 24 del citado Real Decreto como aquellos respecto de los que “en ningún momento se produce la transmisión de ruido entre el emisor y el receptor a través del medio ambiente exterior”- establece un límite máximo de inmisión de 25 dB(A) para dormitorios y un límite de 35 dB(A) para el resto de estancias del domicilio. Se debe señalar que esta legislación distingue entre horario de tarde (19:00 a 23:00) y horario de noche (23:00 a 07.00), en la hora local (Anexo I, A.1.b) del Real Decreto). En la ley catalana, la Ley 16/2002, de 28 de junio, de Protección contra la Contaminación Acústica, y anexos modificados conforme el Decreto 176/2009, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley, se establece en el Anexo 4 como valores límites de inmisión los de 30 dB(A) y los de 25 dB (A) para dormitorios en período nocturno (que se define de 23:00 a 07.00). En la Comunidad Valenciana, la Ley 7/2002, de 3 de diciembre, se establece como límites de inmisión en el ambiente interior los 30 dB(A) en período nocturno para todas la piezas de la vivienda (Anexo II, Tabla 2 de la Ley), definiendo dicho período nocturno de 22:00 a 08:00 (art. 7.3 de la Ley).

10 Podemos citar el caso de la STS 1091/2006, de 19 octubre, Recurso 1973/2005 -Ponente Exemo. Sr. José Antonio Martín Pallín). En este supuesto la Sentencia 34/2004, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón absolvió a todos los acusados tras afirmarse, en los hechos probados, que no se podía concretar que los ruidos objeto del procedimiento proviniesen de la empresa ROCERSA, conforme a los informes periciales aportados, y haciendo constar en esos mismos hechos probados que

“No se han practicado mediciones sonométricas que resulten fiables y permitan concluir con seguridad que los niveles sonoros alcanzados en Villareal, y en concreto emitidos por la mercantil Rocersa, pudieron afectar gravemente a la salud de las personas.

No consta que D. Antonio Flich Ripollés y D^a Concepción Capella Pérez sufrieran perturbaciones de carácter físico o psíquico como consecuencia del ruido percibido en su vivienda sita en la Partida Madrigal”.

No obstante, la referida sentencia del Tribunal Supremo modificó los hechos probados y, sin práctica de prueba alguna y valorando la prueba practicada en la instancia sin intermediación, condenó a todos los acusados. El TC inadmitió el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del TS, por lo que se interpuso demandante ante el TEDH, que consideró en la STEDH de 27 de noviembre 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García vs. España, que el Tribunal Supremo había vulnerado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia de los acusados por las razones expuestas. Como consecuencia de dicha sentencia del TEDH, la STS 1091/2006, de 19 de octubre fue objeto de un recurso de revisión, y así mediante la STS 633/2015, de 23 de octubre, que resolvió dicho recurso, se anuló la sentencia de casación y la segunda sentencia condenatoria, recobrando plena vigencia la sentencia de instancia de carácter absolutorio.

Sin embargo, y como veremos, no en todos los casos prevalecen los derechos fundamentales de los ciudadanos.



tenía la ley de su lado. El resultado es que los representantes políticos, que por definición actúan con la finalidad de ser reelegidos, y favorecen la voluntad de la mayoría, suelen soslayar el problema hasta que el mismo se convierte en insoslayable, sea en la forma de procedimientos administrativos o en procedimientos penales iniciados por los afectados. Por ello, la situación de la resolución del problema en la propia administración local no parece la mejor de las ideas, porque su cercanía al problema dificulta la actuación de las autoridades¹¹.

También ha existido cierta controversia respecto a la reacción jurídica que los ayuntamientos debían llevar a cabo en caso de vulneración de la normativa de contaminación acústica. Así, la práctica habitual de los ayuntamientos desde el inicio fue la imposición de sanciones por la vulneración de la normativa en materia de contaminación acústica y la adopción de medidas correctoras para el cumplimiento de dichas medidas. Sin embargo, pocas veces se optó por la revocación de las licencias, con apoyo, en muchas ocasiones, de los propios tribunales¹², lo que ha supuesto en muchas ocasiones un “juego del rato y el ratón” entre la administración y los titulares de la actividad. Y en esta clase de situación la administración siempre tiene las de perder, porque la administración no tiene ni las condiciones ni la voluntad de actuar con agilidad: organizada como pequeños reinos de taifas, en los que cualquier trámite requiere la intervención de responsables y subresponsables sin funciones bien definidas, con unos funcionarios cuyo trabajo no se halla orientado por objetivos y no existe responsabilidad individual por cada procedimiento, sino una de carácter colectivo que recae sólo sobre los jefes políticos y sobre las arcas de la administración – en forma de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la administración, en los casos en que la administración debió actuar y no lo hizo¹³– resulta imposible exigir responsabilidades salvo a los responsables políticos.

Con estos antecedentes, se puede pensar que la solución es que las propias autoridades autonómicas tomaran cartas en el asunto. Sin embargo, esto tampoco se ha mostrado como una solución efectiva, sino que más bien es el cuarto problema. Así, en el caso de la Comunidad Valenciana, en la que la competencia sancionadora en materia de contaminación acústica corresponde con carácter general a los ayuntamientos – con una competencia subsidiaria del Conseller de la materia, para los casos en que el ayuntamiento no sancionaba-, pero la competencia para sancionar en materia de incumplimiento de horarios recae en la Comunidad Autónoma – cuestión especialmente relevante

11 *Ibidem*, p. 79.

12 Éste es, aunque parezca paradójico, uno de los motivos de la huida del derecho administrativo al derecho penal, porque a pesar de que resulta evidente que en la mayoría de las ocasiones las resoluciones de los tribunales del orden contencioso-administrativo suelen respaldar las decisiones de la administración, los tribunales del orden contencioso-administrativo son más garantistas que los propios tribunales penales, lo que, lamentablemente, dice poco a favor de estos últimos.

13 Existe una amplia jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por funcionamiento anormal, como consecuencia de la falta de actuación en materia de contaminación acústica, incluyendo sentencias del TEDH en las que se condena al estado español por vulneración del art. 8 CEDH por la pasividad de las autoridades municipales, y en las que cabe citar, entre las más recientes Sentencias de 16 de noviembre de 2004, caso Moreno Gómez vs. España, y más recientemente, en la de 16 de enero de 2018, caso Cuenca Zarzoso vs. España, referidas ambas al Ayuntamiento de Valencia. Son numerosas las sentencias de los tribunales contencioso-administrativos en este mismo sentido.



en los supuestos de declaración de Zona Acústicamente Saturada¹⁴, en los que la ley prevé una limitación muy relevante de horarios para las actividades contaminantes-, la actuación de la Comunidad Autónoma ha sido inexistente. Lo mismo ha sucedido con el ejercicio subsidiario de la competencia sancionadora por parte de la Comunidad Autónoma. Esa ausencia de actividad por la administración autonómica da lugar a la prescripción de una parte muy significativa de los procedimientos¹⁵.

El quinto problema es también de carácter administrativo, pero corresponde a un momento temporal distinto, que es el de la construcción de la vivienda, y tiene que ver con la existencia de un parque de viviendas significativo que carece de un aislamiento acústico efectivo. Esto se debe, por un lado, a la antigüedad de las viviendas – porque son anteriores a la existencia de una normativa en materia de aislamiento acústico, y porque la tecnología en materia de aislamiento ha evolucionado pero las viviendas no se han adaptado al mismo- y, por el otro, a la ausencia de un efectivo control

14 Las zonas acústicamente saturadas (art. 28 de la Ley Valenciana), también denominadas zonas de protección acústica especial por la ley estatal (art. 25 Ley 37/2003) y zonas acústicas de régimen especial por la ley catalana (art. 8 Ley 16/2002, de Protección contra la Contaminación Acústica de la Generalitat de Catalunya) son espacios que, por su excesiva contaminación ambiental, normalmente causadas por la concentración de actividades que generan molestias acústicas (normalmente, locales de ocio) reciben un declaración administrativa como tales, adoptándose medidas administrativas para mejorar dicha situación: limitación de licencias a nuevos locales, limitación significativa de horarios de apertura muy por debajo de los de otras zonas, retirada de terrazas de bares y cafeterías, etc. A todo ello se suma un control intensivo del cumplimiento de las medidas de insonorización de los locales, de los horarios de cierre, y del resto de requisitos administrativos por parte de la policía local y los técnicos municipales. Esa declaración se obtiene tras sondeos acústicos realizados durante varias semanas, y sólo puede retirarse si, tras la adopción de dichas medidas, la mejora de la situación persiste en el tiempo. Lo que se consigue con ello es eliminar lo que vulgarmente se denomina zona de ocio mediante el cierre de los locales, porque los clientes se dirigen a zonas donde los horarios de apertura son más amplios, y quienes los regentan, en muchas ocasiones, no pueden afrontar los gastos de insonorización ni el descenso de ingresos por la reducción de clientela.

15 *Ibidem*, p. 82. Sobre este particular, el informe señala:

“19. La prescripción de las infracciones graves y muy graves por falta de medios para tramitar los correspondientes expedientes sancionadores es inaceptable porque genera una impunidad injustificable.

Teniendo en cuenta lo informado por el Ayuntamiento de València y la Dirección General de la Agencia de Seguridad y respuesta a las Emergencias de la Generalitat Valenciana, la atribución legal de la competencia sancionadora de las infracciones graves y muy graves a la Administración autonómica junto con la insuficiencia de medios autonómicos para tramitar todas las actas de Informe especial a les Corts Valencianes sobre la contaminación acústica en la Comunitat Valenciana denuncia, está provocando una situación inaceptable: la prescripción de un 30 al 40% de las actas de denuncia referidos a locales de la ciudad de València en los últimos tres años (2015, 2016 y 2017).

El Ayuntamiento de València nos dice que «viene reclamando desde hace años hacerse cargo de dichas denuncias para poder ejercer una verdadera labor policial y sancionadora completa que permita concienciar a los infractores que deben respetar las normas en vigor. Hasta el momento no se ha conseguido» y la Dirección General de la Agencia de Seguridad y respuesta a las Emergencias de la Generalitat Valenciana, nos aclara que «se trata de una cuestión que está, ahora mismo, siendo objeto de estudio y consideración por los órganos competentes».

Esta institución considera que la prescripción de las actas de denuncia es un problema muy grave, ya que genera una impunidad injustificable. El infractor no tiene interés en cumplir la ley porque, sencillamente, no pasa nada. Esta situación está agravando todavía más la contaminación acústica existente.

Por ello, es necesario adoptar medidas con urgencia para evitar que sigan prescribiendo las actas de denuncia por infracciones graves y muy graves, bien atribuyendo legalmente la competencia sancionadora a los ayuntamientos, al menos, a los que funcionan en régimen de gran población, bien incrementando notablemente los medios económicos, técnicos y personales de la administración autonómica”.

Aunque ya han transcurrido algunos años desde la última vez que he intervenido como abogado en este tipo de asuntos, no me sorprende comprobar que los problemas que se dan en la práctica son exactamente los mismos, y que la administración, al menos la valenciana, ha sido incapaz de avanzar un ápice en su estrategia para afrontar el problema del ruido.



administrativo sobre el aislamiento de la vivienda, ni siquiera cuando la normativa existe. Así, en España existe normativa sobre aislamiento acústico desde el año 1981¹⁶, cuyos requerimientos se han ido incrementando con el tiempo hasta llegar al actual Documento Básico HR de Protección contra el Ruido¹⁷, pero el aislamiento acústico y, con carácter general, la calidad constructiva de las viviendas, continua siendo muy deficiente. Esto, en parte, ha sido la consecuencia de un mercado de la vivienda en constante burbuja, que exigía la rápida construcción de vivienda que se vendía en todo caso, y a precios altos, por cuanto el precio de la vivienda estaba condicionado sobre todo por el precio del suelo, y en el que el control administrativo de esa vivienda terminada era muy laxo.

Un factor de gran importancia para esta cuestión es que España es un país con unas regiones con un clima cada vez más cálido. Esto implica que la forma más habitual de combatir el calor en verano en las viviendas, es decir, la apertura de las ventanas para refrescar las estancias, inutiliza por completo las medidas contra la contaminación acústica. No sólo porque de esa forma se neutraliza el aislamiento acústico, sino también porque la normativa administrativa en materia de contaminación acústica exige, como es lógico, que las mediciones se realicen con puertas y ventanas cerradas. Con los mismos niveles de emisión e inmisión sonora en verano y en invierno, esto obliga a quien no quiere sufrir niveles superiores de inmisión a encerrarse en casa y utilizar el aire acondicionado, que a su vez es una fuente de emisión sonora, contribuyendo a una mayor gasto energético e incrementando la temperatura media de las ciudades. En otro caso, se debe sufrir la molestia proveniente del ruido sin que quepa adoptar medidas de restricción.

Esto resulta extraordinariamente relevante en zonas de segunda residencia de verano, en las que las actividades de ocio suelen funcionar precisamente durante la temporada estival, coincidiendo con el uso más intensivo de dichas viviendas. Asimismo, la tramitación de los expedientes administrativos respecto de este tipo de viviendas se ve habitualmente dificultada porque, al tratarse de segundas residencias, se dilatan los trámites necesarios para la aplicación de la normativa en materia de contaminación acústica, con problemas derivados de la ausencia de respuesta a las notificaciones, imposibilidad de realizar mediciones de contraste, etc.

Todas las circunstancias expuestas ponen de manifiesto las razones por la que el derecho administrativo ha fracasado en la gestión de la contaminación acústica, y ha dado lugar a que, en muchas ocasiones, la aplicación del derecho penal sea la única respuesta. Y esto es un error, porque

16 Real Decreto 1909/1981, de 24 de julio, por el que se aprueba la Norma Básica de la Edificación NBE-CA-81, sobre condiciones acústicas en los edificios. Con carácter previo existió una normativa de aislamiento aplicable a las viviendas de protección oficial, que no distinguía entre aislamiento acústico y aislamiento térmico, y que no cuantificaba ni uno ni otro desde una perspectiva técnica (véase Ordenanza 25ª B) de la Orden ministerial de 20 de mayo de 1969 que aprueba las Ordenanzas Provisionales de Viviendas de Protección Oficial, el texto de las Ordenanzas Técnicas y Normas Constructivas para viviendas de renta limitada, modificada por Orden de 4 de mayo de 1970 por la que se modifican las Ordenanzas Provisionales de Viviendas de Protección Oficial, aprobadas por la Orden de 20 de mayo de 1969).

17 Que forma parte del Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006 de 17 de marzo, fecha a partir de la cual han venido sucediéndose diferentes actualizaciones. El articulado de este Documento Básico fue aprobado por el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre y posteriormente ha sido modificado por las disposiciones siguientes: Real Decreto 1675/2008, de 17 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 1371/2007, Orden VIV/984/2009, de 15 de abril y Real Decreto 732/2019 de 20 de diciembre.



esa respuesta es lenta¹⁸, insatisfactoria para todos los implicados y, en ocasiones, además, extraordinariamente injusta. Y la razón es sencilla: el derecho penal no tiene como objetivo regular conductas, sino castigar atentados a bienes jurídicos, es decir, intervenir cuando no haya otra forma de actuación. Por más que el uso del derecho penal tenga claros efectos simbólicos – para quienes entiendan que esto justifica la imposición de una pena-, las penas impuestas en estos supuestos no solucionan los problemas de contaminación acústica con los que los ciudadanos se enfrentan a diario.

Muchas de las cuestiones expuestas, sobre todo las que tienen que ver con el funcionamiento de la administración española, resultan perfectamente aplicables a muchos otros supuestos de incumplimiento de normativa medioambiental. Sólo la situación de incumplimiento de normativa medioambiental en materia urbanística tiene perfiles propios, más relacionados con delitos contra la administración pública que con el derecho penal medioambiental.

2 La contaminación acústica como delito contra el medio ambiente en España.

a) Una cuestión teórica con efectos prácticos: la naturaleza del tipo de injusto en los delitos contra el medio ambiente desde una perspectiva dinámica.

Hace años, y antes de que el TS estableciese con claridad que el delito contra el medio ambiente del artículo 325 Cp¹⁹ no era un delito de peligro concreto²⁰, sino un delito de peligro abstracto o

18 La duración de los procedimientos en la jurisprudencia analizada para la realización de este trabajo, más de veinte resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo, es en su mayor parte de, al menos, 6 años hasta el dictado de sentencia firme. En muchas de esas sentencias se aplica ya por el tribunal de instancia la atenuante de dilaciones indebidas, porque el procedimiento durante la instrucción ya ha tenido una duración significativa. Y estamos dejando fuera todos aquellos supuestos que, no siendo de aplicación las agravaciones del artículo 326 del Código penal, por la pena aplicable eran competencia del Juzgado de lo Penal, y en los que únicamente cabía recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, por cuanto hasta la modificación del art. 325 Cp realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la pena máxima del delito, también en los casos de riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas era de 5 años (art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en estos supuestos la duración de los procedimientos tenía una duración también prolongada. En este sentido, en los asuntos en los que he participado como abogado, y de cuyo enjuiciamiento se ocupó el Juzgado de lo Penal, el período transcurrido entre el inicio de los hechos y el enjuiciamiento de los mismos era superior en todo caso a los diez años. En cuanto a la duración de los procedimientos, oscila entre los 6 y los 9 años. Esto pone de manifiesto, con total claridad, que la respuesta penal, por definición, resulta inadecuada, aunque sólo sea por el hecho de que llega tarde.

19 El tipo básico del delito contra el medio ambiente se halla recogido en el art. 325 del Código penal. El mismo ha tenido históricamente las siguientes redacciones. En primer lugar, la realizada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en vigor desde el 24 de mayo de 1996, que tenía el tenor siguiente:

“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 o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o



depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas 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, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

Dicho precepto fue modificado por el art. único.118 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, convirtiéndolo en el apartado primero del precepto, y añadiéndose un segundo apartado que incluía la emisión de radiaciones ionizantes:

“2. El que dolosamente libere, emita o introduzca radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles, será castigado, además de con la pena que corresponda por el daño causado a las personas, con la prisión de dos a cuatro años”.

Esta redacción se modifica de nuevo por el art. único.92 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en la cual se elimina el apartado relativo a las radiaciones ionizantes (que se traslada al artículo 343 Cp, dedicado a los delito de riesgo catastrófico), pero se eleva la pena mínima del delito de seis meses a dos años, y la pena máxima del mismo de cuatro a cinco años, sin realizar cambio alguno a la conducta típica (aunque se clarifica que en el concepto de aguas marítima, incluyéndose el término “alta mar”, es decir, se aclara que se sostiene una tipificación de la contaminación extraterritorial, cuando la persecución penal sea posible conforme la Ley Orgánica del Poder Judicial), de forma que cualquier condena por este delito podía dar lugar, si no eran aplicables circunstancias atenuantes, a la entrada en prisión, por cuanto el límite para la suspensión y la sustitución está en la imposición de una pena de 2 años.

“Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco 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 o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, 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, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

El precepto sufrió su última modificación mediante el art. único.173 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015. En esta última modificación se añade un nuevo tipo básico, convirtiéndose el actual tipo básico en un tipo agravado, e incrementándose la pena para el supuesto de grave perjuicio para la salud de las personas, que ahora va de la mitad superior de la pena del tipo agravado hasta la pena superior en grado (de 5 años a 7 años y 6 meses de prisión).

“1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

2. Si las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.

Si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

20 Una parte de la doctrina, junto con la jurisprudencia, interpretaba, desde la introducción del delito contra el medio ambiente en nuestro ordenamiento jurídico, que dicho delito era de peligro concreto, por cuanto sólo de esa forma se respetaban las exigencias de lesividad ante un precepto, el art. 347 bis del Código penal de 1973 (introducido por el art. primero de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal) que ya tenía problemas de vaguedad en ese momento. Véase, en este sentido, J. BOIX, “*Delitos de riesgo en general (Continuación). Delitos contra el medio ambiente*”, T.S. VIVES ANTÓN, J. BOIX REIG, E. ORTS BERENGUER, J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 1993, p. 380; también Rodríguez Devesa, que se remite a los debates parlamentarios, J.M. RODRÍGUEZ DEVESEA Y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español: Parte especial*, Dykinson, 1995, p. 1108.

Esa doctrina siguió manteniendo esa misma postura con la aprobación del art. 325 Cp – y sus incluso mayores problemas de taxatividad-, y coincidiendo también con la jurisprudencia, aunque con una notable parquedad



“hipotético”²¹, ya puse de manifiesto en un artículo anterior, por un lado, que cuando los tribunales condenaban por un delito contra el medio ambiente por la existencia de un peligro en concreto en usualmente sólo existía prueba de la existencia de un delito de peligro abstracto²²; por el otro, puse también de manifiesto las dificultades de determinación del contenido del injusto que se derivaban del establecimiento de un elemento normativo para el que no existían referencias concretas, y que debía ser concretado contextualmente, dificultando así la concreción de un contenido autónomo, propio de la infracción penal, y su distinción respecto de las infracciones administrativas²³.

Así, señalaba en aquel lugar que:

argumental, J. BOIX REIG Y A. JARENO LEAL, “Comentario al artículo 325 Cp”, en VIVES ANTON, T. S., *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. 11, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1.598.

Sin embargo, como después señalaré, a pesar de que la jurisprudencia en ese momento exigía que el peligro fuera concreto, en realidad la prueba que se exigía era sólo del peligro abstracto.

21 El TS manifiesta lo siguiente sobre la naturaleza de delito de peligro del delito medioambiental en la STS 713/2014 de 22 octubre, Recurso de Casación 811/2014 (Ponente:Excmo Sr. Luciano Varela Castro):

“Un sector doctrinal estima que es insatisfactoria la forma de estructurarlo como delito de peligro concreto, que es lo que se había consolidado en la jurisprudencia de esta Sala - SS 11-3-1992 , 16-12-1998 , que fue la primera tras la vigencia del nuevo Código, 14-2-2001 (RJ 2001, 1240), 30-1 - 2002 y 26-6-2002 -, sugiriéndose, como más acertado considerarlo como de peligro hipotético.

En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido . En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.

En nuestra STS 141/2008 de 8 de abril , establecimos que la categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien determinado. Basta la producción de un estado de riesgo pero desde la perspectiva meramente ex ante.

Esa tipificación se asimila a la de los tipos de resultado en la medida que aquel estado de riesgo ha de valorarse en cuanto resultado separado de la conducta. Ello no impide que la existencia del delito se constate por la mera concurrencia de la conducta típica sin que la verificación deba extenderse a la valoración de ese resultado, que resulta implícito en la tipificación del comportamiento por el legislador.

Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24-6-2004 se dejó establecido que, después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial (STS nº 388/2003, de 1 de abril Aunque no siempre se haya coincidido en la configuración esta modalidad típica. Puede consultarse la STS 840/2013 de 11 de noviembre o la nº 838/2012 de 23 de octubre).

De acuerdo con ello, es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido. Pero cuando consta tal potencialidad, y no se prueban circunstancias que la conjuren, este presupuesto objetivo del tipo penal ha de tenerse por concurrente”

22 E. FRÍGOLS I BRINES, “La prueba en el delito medioambiental: Artículo 325 del Código penal”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* 12 (2004), p. 72, en el que se pone de manifiesto el carácter irrelevante del debate sobre la naturaleza de peligro abstracto o concreto del resultado de peligro del tipo penal, cuando resultaba evidente que el resultado probatorio para afirmar la existencia de uno o de otro era el mismo.

A partir de ahí resultaba natural que el TS acabase interpretando que el delito sólo exigía un resultado de un peligro hipotético o abstracto, y no un peligro concreto, como luego ha confirmado en una jurisprudencia consolidada. Cabe citar, únicamente entre las más recientes que se ocupan de la contaminación acústica, la STS 431/2018 de 27 septiembre, Recurso de Casación 1701/2017 (Ponente:Excmo Sr. Andrés Martínez Arrieta), STS 370/2016 de 28 abril, Recurso de Casación 1906/2015 (Ponente:Excmo Sr. Alberto Jorge Barreiro) y la STS 557/2015 de 6 octubre, Recurso de Casación 538/2015 (Ponente:Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano), entre otras muchas resoluciones.

23 E. FRÍGOLS I BRINES, “La prueba...”, p. 76.



“La principal fuente de indeterminación del precepto se debe al uso de la proposición "equilibrio de los sistemas naturales". La razón para ello es que tanto la naturaleza del peligro como su gravedad se encuentran últimamente referidos a dicha proposición. Proposición de la que caben interpretaciones muy diversas.

Cabe interpretarla, en primer lugar, desde una perspectiva radicalmente ecocéntrica, a partir de la cual se puede entender que la expresión "sistema natural" es un sinónimo del término "ecosistema", empleado en biología. Ello significaría que el precepto protege-según una parte de la doctrina, y según la jurisprudencia dominante- mediante una infracción de peligro abstracto las afectaciones a cualquier ecosistema terrestre, al menos, de los presentes en territorio español. Lo que significaría castigar como delito medioambiental incluso la puesta en peligro de la fauna microbiana nociva para el ser humano (...). Por el contrario, cabe interpretar la noción de "sistema natural" en un sentido absolutamente contrapuesto, entendiéndolo por tal la totalidad del sistema biológico de un lugar o región. Así, únicamente las acciones que pusiesen en peligro grave la totalidad del sistema biológico de un lugar o región podrían entenderse merecedoras del reproche penal que recoge el precepto (...). Estas dos interpretaciones, absolutamente contrapuestas, son ambas posibles con la formulación normativa que recoge el artículo 325 del Código penal, y es precisamente la posibilidad de realizar interpretaciones tan dispares del tipo, lo que determina la radical falta de taxatividad del mismo. Uno de los pilares del principio de legalidad es, precisamente, el hecho de que debe ser el Legislador, como representante de la voluntad popular, quien establezca los límites de la potestad punitiva. Eso no impide que los jueces -de forma irremediable, dada la naturaleza del lenguaje- establezcan la norma concreta que se extrae del precepto legal. Sin embargo, cuando el precepto legal no aporta la mínima univocidad que lleve a determinar cuál es la norma, los jueces no pueden remediar el déficit de taxatividad, puesto que realizarán una tarea que no les compete, sino que pertenece al Legislador.

A mi juicio es esto, precisamente, lo que sucede con el delito medioambiental. No existiendo referentes legales concretos, será la concepción que cada Juez o Tribunal posea de lo que debe ser el medio ambiente lo que determinará en unos supuestos u otros la absolución o la condena. O bien será el perito, si el órgano jurisdiccional decide seguir acríticamente el dictamen de los expertos, y dada la importancia decisiva de la prueba pericial en estos supuestos, quien determine qué concepto de medio ambiente recoge el tipo y, a partir de ahí, si la conducta resulta perjudicial para el equilibrio de los sistemas naturales. En estas circunstancias, y teniendo en cuenta además que se trata de una de las denominadas "leyes penales en blanco", se puede concluir que existen dudas legítimas sobre la constitucionalidad de este tipo penal por vulneración del principio de legalidad”²⁴.

A los mencionados problemas de taxatividad del tipo penal, se sumó el hecho de que en la modificación sufrida por el precepto mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se incrementaba el marco penal de forma muy significativa, aumentando el límite inferior de la pena de prisión de los 6 meses a los dos años y el límite superior de la misma de los 4 a los 5 años, sin

²⁴ *Ibidem*, p. 75-77.



ninguna modificación de la conducta que justificase la imposición de penas más graves. La explicación dada en el preámbulo de la citada Ley Orgánica, en el que se justificaba el incremento de las penas en la adaptación a lo establecido en la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, carece por completo de fundamento²⁵. La consecuencia es que la comisión del delito podía llevar a prisión incluso a los delincuentes primarios, lo que da lugar a un planteamiento punitivista poco comprensible, sobre todo si se tiene en cuenta que en materia medioambiental la conductas más dañosas se encuentran justificadas como “riesgo permitido”, porque forman parte de nuestra vida diaria²⁶.

Pues bien, si como hemos visto la determinación de las conductas punibles ya era compleja, como también era compleja la discriminación entre las infracciones administrativas y las penales, dicha tarea se ha vuelto todavía más compleja con la nueva redacción del artículo 325 del Código penal, que regula el delito medioambiental, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Dicha modificación añade un nuevo tipo básico²⁷ en el que se castiga con la pena de seis meses a dos años aquellos actos contaminantes que “*por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas*”. Frente a ello, el previo tipo básico pasa a ser un tipo agravado, en el que se mantiene la pena establecida para el tipo básico en la redacción anterior, es decir, para los casos en los que “*las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*”.

Finalmente, se separa la conducta consistente en la creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, incrementando la pena también respecto de las regulaciones anteriores,

25 El artículo 5 de la citada Directiva únicamente exige la adopción, por parte de los Estados miembros, que los delitos contra el medio ambiente “se castiguen con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias”, de forma que entiendo, junto con la doctrina, que éste no puede ser el motivo para la modificación. Así, C. JUANATEY DORADO Y E. ANARTE BORRALLA, “*Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*”, J. BOIX REIG (dir.), *Derecho penal: Parte Especial*, vol. III, Iustel, 2012, p. 135.

Creo que en modo alguno se puede afirmar que las penas existentes con anterioridad no satisfacían los requisitos establecidos por la Directiva.

26 Según la Agencia Europea Medioambiental, en su informe del año 2015 (EEA, *Air quality in Europe — 2015 report*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, p. 44, tabla 9.2) e lo que respecta a España, se atribuye a las partículas de diámetro inferior a 2.5 micrómetros (PM 2.5 µm) un total de 25.500 muertes anuales, 1.800 muertes anuales a la contaminación por ozono (O3), y 5.900 muertes anuales al dióxido de nitrógeno (NO2). Sin embargo, la poca disposición de los Estados, y especialmente de la Unión Europea (léase, Alemania), para afrontar este problema se ha podido observar a la vista de la reacción habida frente al denominado “Dieselgate”.

27 Hay doctrina que contempla este supuesto, no como un tipo básico, sino como un tipo atenuado o privilegiado. Vid. E. GÓRRIZ ROYO, “*Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente* (art. 325, 326, 326 bis, 327 y 328 CP)” en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís (Dir.) *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2ª de. 2015”, p. 97 *passim* (versión electrónica), con base en una interpretación de la enmienda n.º 846 que, sin embargo, no se sostiene con la lectura íntegra del precepto. De hecho, la propia autora lo pone en duda en páginas posteriores. *Ibidem*, p. 978 *passim*. Valorándolo también como un nuevo tipo básico, C. JUANATEY DORADO, “*Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*”, J. BOIX REIG (dir.), *Derecho penal: Parte Especial*, vol. II, Iustel, 2020, pp. 939 a 940. Reconociendo que es el planteamiento de la doctrina mayoritaria, y asumiéndolo, P. JERICÓ OJER, “*Análisis de la relevancia penal de contaminación acústica en ámbitos urbanos tras la reforma de los delitos contra el medio ambiente (LO 1/2015, DE 30 DE MARZO)*”, *RECPC* 18-12 (2016), p. 14 *passim*.



porque dicha pena no se limita a imponer la pena superior en grado respecto del tipo agravado (antes tipo básico), sino que ése es ahora el límite inferior, siendo el límite superior la pena superior en grado, lo que nos sitúa en un marco penal que va desde los 3 años y 6 meses de prisión a los 7 años y 6 meses de prisión, aunque el exceso de la mitad superior es potestativo y no obligatorio para el órgano jurisdiccional.

Esta modificación, sobre la que se guarda silencio en la exposición de motivos, añade una todavía mayor complejidad a la hora de establecer cuál es el contenido de la conducta objeto de punición en el art. 325 Cp, no sólo respecto del nuevo tipo básico, sino también respecto del tipo agravado, anterior tipo básico²⁸, por cuanto si en la práctica ya se estaba castigando el mero hecho de realizar vertidos que superan los máximos autorizados por la legislación como delitos contra el medio ambiente²⁹, precisamente con base en la redacción que exige un riesgo de grave perjuicio del equilibrio de los sistemas naturales, ¿qué sucederá ahora con esas mismas conductas? ¿Se deberán castigar conforme al tipo básico, en el que se equipara el resultado de peligro sustancial al de daño sustancial de las aguas³⁰? ¿O, por el contrario, esas conductas se seguirán castigando conforme al tipo agravado, que lo es solamente, según el TS, de riesgo hipotético?

A mi juicio, esto supone, necesariamente, una reinterpretación del concepto del riesgo de perjuicio del equilibrio de los sistemas naturales en un sentido que vaya más allá del que se ha mantenido hasta el momento, ya que si el tipo básico comprende ya el daño sustancial de la calidad del aire, del agua, de los animales y las plantas, el concepto de “equilibrio de los sistemas naturales” debe ser otro, que implique, por ejemplo un riesgo para los ecosistemas de una determinada zona o región³¹.

Se trata, por tanto, de un problema de reinterpretación del contenido de injusto de los distintos preceptos³², pero, además, de una cuestión de continuidad típica que no es baladí, por cuanto de la respuesta depende una diferencia significativa de pena, siendo así que, adicionalmente, la reforma del Código penal de 2015 podría ser norma más favorable y, por tanto, de aplicación obligatoria por

28 En relación a estas dificultades, *vid.* C. JUANATEY DORADO, “*Delitos contra los recursos naturales ...*”, p. 944 a 945; también J. BAUCCELLS LLADÓS, “*Tentativa inacabada de protección del medio ambiente*”, *Revista Catalana de Dret Ambiental* 1 (2019): 1 – 31.

29 E. FRÍGOLS I BRINES, “*La prueba...*”, p. 77 y 78.

30 Con lo que difícilmente se podrá seguir sosteniendo que se trata de un peligro hipotético, porque aunque resulta absurdo y desproporcionado equiparar la causación del daño al peligro, resulta en todo caso más equiparable el peligro concreto a la lesión que el peligro hipotético.

31 Aunque las interacciones medioambientales tienen un evidente carácter transfronterizo e incluso mundial (*vid.* Ellison, et. al. “*Trees, forests and water: cool insights for a hot world*”. *Global Environmental Change* 43 (2017): 51-61), el enfoque miope del derecho penal – que tanto aman nuestros políticos- sólo puede ocuparse de daños perceptibles y que sean susceptibles de ser investigados por nuestras autoridades nacionales o, como máximo, por las autoridades europeas.

32 Hemos dejado fuera otros problemas de la nueva redacción, como son las referencias a “por sí mismos o conjuntamente con otros” del tipo básico y a “por sí mismas o conjuntamente con otras” del tipo agravado, porque, como veremos, la naturaleza del delito de contaminación acústica es, en sí, acumulativa. Sobre esta cuestión de la reforma, J. BAUCCELLS LLADÓS, “*Tentativa...*”, p. 19-20.



ser norma más favorable³³. Y todo ello porque no se ha querido romper con una descripción típica que era, desde el principio, muy defectuosa por cuanto adolece de excesiva vaguedad.

Por lo demás, la nueva redacción del tipo básico no surge de la nada, por cuanto parece tener un sospechoso aire de familia con la redacción del art. 3 a) de la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre³⁴. Pero si se quería plantear la persecución penal conforme a esta redacción, debería haberse reflexionado cuidadosamente cuál era la redacción de la que se partía, y qué consecuencias podía tener su mantenimiento tras la modificación. En ese contexto, la introducción de un tipo básico con una pena inferior no soluciona nada y, por el contrario, complica mucho las cosas.

b) Evolución de la jurisprudencia del TS sobre la naturaleza del peligro y su influencia en la determinación de la conducta de contaminación acústica.

El delito de contaminación acústica no se ha visto afectado por la introducción del nuevo tipo básico³⁵, por cuanto su tenor literal no permite, por sus objetos de protección, el castigo de esta clase de supuestos, al menos en la medida en que afecten a las personas, y no a los animales o a las plantas³⁶.

De hecho, aunque teóricamente cabría pensar en situaciones en las que un exceso de ruido podía dar lugar a la comisión del delito en relación con la afectación a los animales – tanto respecto del anterior tipo básico, como respecto del tipo básico actual³⁷, las condenas que se han producido

33 Véanse las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Es más, las limitaciones a la revisión de sentencias que se establecen en esas disposiciones transitorias no serían conformes con la Constitución. Sobre esta cuestión, véase, E. FRÍGOLS I BRINES, “La determinación de la norma más favorable a partir de las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y el fundamento de la retroactividad favorable: A propósito de la nueva redacción del artículo 368 del Código penal”, *Revista General de Derecho Penal* 16 (2011), pp. 7 y 8; El mismo, *Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho penal español*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, pp. 427-428 y 518-519.

34 Así, el citado art. 3, en su letra a) se refiere a “daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas”.

35 Sin embargo, y como veremos, la introducción de ese nuevo tipo básico sí puede dar lugar a una nueva interpretación conjunta de todos los preceptos para que el resultado tenga algún sentido, y de esa forma, afectar al delito de contaminación acústica.

36 En el mismo sentido, J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal española: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 930.

37 Parece razonable pensar que las molestias padecidas por las personas como consecuencia del ruido de origen humano puedan afectar a los animales -porque es lo que somos, al fin y al cabo-, por más que considero que no debemos ser englobados en el término típico del actual tipo básico desde una perspectiva de interpretación sistemática respecto del resto del Código penal.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. Desde los años 70 del siglo pasado se viene planteando la posibilidad de que el ruido generado por la actividad humana ha podido influir negativamente en los animales, especialmente los mamíferos marinos, de los que se sabe que utilizan el sonido como forma de comunicación, orientación y búsqueda de alimento. Sin embargo, los estudios científicos en la materia han puesto de manifiesto la complejidad para probar esta hipótesis, así como la complejidad del estudio de este problema – se ha probado que determinados mamíferos marinos tienen sistemas para regular la captación de la ganancia acústica, de forma que tienen un sistema de protección, cuando esperan escuchar sonidos de alta intensidad, del que carecemos los humanos-, que varía entre especies y géneros de la



hasta el momento únicamente lo han sido respecto del subtipo agravado de creación de un riesgo grave para la salud de las personas y, a mi juicio, no cabría hacerlo de ninguna otra forma³⁸.

Esto ,además, determina un marco penal muy elevado, que está dando lugar a peticiones de indulto por parte de los mismos tribunales que dictan sentencia³⁹, y supone, adicionalmente, el castigo de las lesiones producidas en concurso ideal, que dará lugar en la mayor parte de las ocasiones a la condena de las conductas separadamente, ya que dada la cuantía de las penas aplicables resulta casi siempre más favorable⁴⁰.

A mi juicio, para el castigo de la contaminación acústica ha sido extremadamente relevante la interpretación por parte del TS de la naturaleza de delito de peligro hipotético del delito contra el medio ambiente, simplificando así la prueba que hubiese requerido un resultado de peligro concreto respecto del grave perjuicio para la salud de las personas. Si examinamos la jurisprudencia del TS en la materia, podremos ver que, en muchos supuestos, la condena sólo es posible porque se parte de la prueba de un peligro hipotético, ya que los resultados probatorios obtenidos en el juicio oral no hubiesen permitido una condena en caso de exigencia de un peligro concreto⁴¹.

misma especie de forma significativa, dificultando sobremanera llegar a conclusiones unívocas sobre los efectos de la contaminación acústica marina en la fauna. Sobre la cuestión, *vid.* B.L. SOUTHALL et alii, “*Marine Mammal Noise Exposure Criteria: Updated Scientific Recommendations for Residual Hearing Effects*”, *Aquatic Mammals* 2019, 45(2), pp. 125-232.

38 Soy consciente de que existe una parte de la doctrina que plantea que cabría aplicar el entonces tipo básico de afectación al equilibrio de los sistemas naturales en supuestos relativos a contaminación acústica a las personas, pero creo que ello implica realizar una interpretación extensiva y fuera del sentido común del lenguaje que debe rechazarse, aunque como señala JERICÓ OJER, se puede deducir de una parte de las sentencias del TS. P. JERICÓ OJER, “*Análisis de la relevancia...*”, p. 9.

A pesar de ello, en el único caso que conozco en el que el TS ha revisado una sentencia que aplicaba el tipo básico a la contaminación acústica, aunque también recoge esta metáfora – porque creo que no se puede utilizar este concepto de otro modo- del domicilio como hábitat, la revoca y aplica el tipo agravado. Véase la STS 370/2016 de 28 abril, Recurso de Casación 1906/2015 (Ponente: Excmo Sr. Alberto Jorge Barreiro).

Por el contrario, la jurisprudencia del TS basa fundamentalmente el motivo de la incriminación de la contaminación acústica en el derecho a la intimidad domiciliaria, con base en la jurisprudencia del TEDH (basada, por cierto, en casos en parte españoles), y a partir de ahí lo relevante es determinar qué casos de inmisión se pueden considerar de suficiente gravedad para ser punibles penalmente, y qué casos deben ser protegidos por otras vías legales. Sobre el carácter claramente antropocéntrico de esta modalidad delictiva, C. JUANATEY DORADO, “*Delitos contra los recursos naturales...*”, p. 948.

39 Véase, entre otras, la STS 858/2014 de 17 diciembre, Recurso de Casación 959/2014 (Ponente: Excmo Sr. Perfecto Andrés Ibáñez); la STS 838/2012 de 23 octubre, Recurso de Casación 151/2012 (Ponente: Excmo Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca); la STS 109/2007 de 7 febrero, Recurso 749/2006 (Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García) y la STS 52/2003 de 24 febrero, Recurso de Casación 312/2001 (Ponente: Excmo Sr. Carlos Granados Pérez).

40 *Vid.* STS 244/2015 de 22 abril, Recurso de Casación 1574/2014 (Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García), que corrige el error incurrido en la sentencia de instancia al no realizar los cálculos de la pena conjunta y separadamente.

41 En este sentido, cabe citar, entre otras, la STS 370/2016 de 28 abril, Recurso de Casación 1906/2015 (Ponente: Excmo Sr. Alberto Jorge Barreiro), que en su FJ 1º, señala:

“*Frente a ello no cabe afirmar para excluir la situación de riesgo propia del tipo penal la circunstancia de que la paciente no fue explorada por la médico forense para comprobar cómo le afectaba el ruido, pues este argumento que utiliza la Audiencia para inaplicar el tipo penal agravado que contempla el art. 325 del C. Penal sería correcto para apreciar un delito de resultado, ya sea de resultado de peligro concreto o de resultado material de lesiones. Pero no lo es en cambio para operar como razonamiento de exclusión de un delito de peligro hipotético, de peligro abstracto-concreto o de aptitud, ya que con respecto a él no se precisa explorar a la víctima para verificar si se materializó en*



El análisis de la jurisprudencia permite establecer el contenido de la conducta del delito de contaminación acústica, **hasta la entrada en vigor de la reforma de 2015**, mediante los siguientes elementos básicos.

En primer lugar, se debe dar lugar a la contravención de la normativa en materia de contaminación acústica aplicable, habiéndose encargado el TS de disipar cualquier duda que pudiese surgir en relación con la aplicación de normativa con rango inferior a la Ley⁴². Para establecer esta contravención de la normativa legal, sin embargo, el TS ha llegado a afirmar que no resultaría

ella una situación de peligro concreto o de resultado material, al considerarse ambas innecesarias para aplicar la modalidad de delito postulada por el Fiscal.

Así las cosas, no se precisa para aplicar el tipo penal del último inciso del art. 325 del C. Penal acudir a los otros informes periciales que se reseñan en la causa. Por cierto, se ignora por qué no opera con ellos la Audiencia a pesar de que algunos los recoge en la sentencia. A diferencia del voto particular, en el que se hace constar, entre otras afirmaciones, que " no es posible establecer el ambiente sonoro como responsable único de la patología psíquica. Pero también es cierto que la denunciante pertenece a uno de los grupos especialmente vulnerables a los efectos del ruido: ancianos y enfermos ".

El único argumento que utiliza la sentencia para rechazar la aplicación del tipo agravado que solicita la acusación, referente a que la médico forense no examinó los efectos que produjo en la denunciante la emisión de los ruidos ilícitos, sería pertinente si estuviéramos ante un delito de peligro concreto o de resultado lesivo, pero no cuando se opera con un delito de peligro hipotético o de aptitud, en los que es suficiente para aplicarlo que concurra una conducta del acusado que muestre una idoneidad ex ante para llegar a producir un peligro concreto o un resultado material lesivo en el bien jurídico, ponderando para ello las circunstancias que se daban en el supuesto específico del caso que se juzga: persona de avanzada edad, que presentaba un cuadro de Alzheimer y unas precarias condiciones psicosomáticas (según la narración de los hechos probados).

En algunos supuestos similares al que ahora se juzga, también referentes al delito de contaminación acústica, se llega a afirmar en la sentencia que no es preciso que el médico forense llegue a observar o explorar a las presuntas víctimas, puesto que es sabido y por lo tanto público y notorio que una larga exposición a ruidos perturbadores del sueño entraña un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas (STS 327/2007, de 27 de abril). Y en la sentencia 713/2014, de 22 de octubre , se dice que la perito médico forense que informó en el juicio oral, si bien no pudo examinar a las víctimas en el tiempo inmediato al padecimiento de la agresión padecida en su bienestar, pudo afirmar que, por encima de los niveles que se indica, aún más bajos que el pericialmente constatado, se afecta incluso a la salud y no al mero bienestar ".

En el mismo sentido, la STS 713/2014 de 22 octubre, Recurso de Casación 811/2014 (Ponente:Excmo Sr. Luciano Varela Castro), FJ 2º, punto 4; la STS 916/2012 de 28 noviembre, Recurso de Casación 558/2012 (Ponente: Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar), la STS 327/2007 de 27 abril. Recurso 885/2006 Ponente:Excmo Sr. Enrique Bacigalupo Zapater

42 Creo que el problema se podría haber planteado cuando no existía normativa con rango legal que permitiese dar lugar a la integración de la referida normativa, lo que en, en ocasiones, podía ser dudoso con anterioridad a la aprobación de la normativa legal específica en materia de contaminación acústica, por cuanto eran las ordenanzas municipales las que definían las sanciones y el procedimiento para la realización de las mediciones de emisión y de inmisión. Esto podía dar lugar a dos clases de problemas: uno relativo al rango legal de las disposiciones, y otro relativo a la corrección técnica de los sistemas de medición. En relación con la cuestión del rango normativo, el TS se ha contentado con un mínimo respaldo ofrecido por una Ley (del Estado o de las Comunidades Autónomas) que permita el desarrollo posterior por los Ayuntamientos, como por ejemplo, el art. 42.3 b) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, o el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, que dan ambas competencias a los municipios para las molestias derivadas del ruido (vid. STS 52/2003 de 24 febrero, Recurso de Casación 312/2001 (Ponente:Excmo Sr. Carlos Granados Pérez)). En cuanto a la segunda cuestión, no existían problemas respecto de aquellas ordenanzas cuyos sistemas de medición del ruido seguían las especificaciones de las reglas técnicas aplicables ,como sucedía, por ejemplo, con la Ordenanza municipal de Ruidos y Vibraciones del Ayuntamiento de Valencia, aprobada el 28 de junio de 1996 (Boletín Oficial de la Provincia de Valencia de 23.07.1996).



imprescindible la realización de mediciones sonométricas⁴³. Sin embargo, esto resulta una interpretación contraria al principio de legalidad, contenido en el artículo 25.1 CE, por cuanto la normativa administrativa exige el incumplimiento de los límites acústicos de inmisión, y éstos son, en la mayor parte de las legislaciones, de carácter cuantitativo⁴⁴. Siendo así que el tipo penal exige la contravención de “las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”, cualquier otra interpretación resulta contraria al tenor literal de la norma penal.

En segundo lugar, y una vez acreditado que con la conducta se exceden los límites legales de inmisión, el TS estima que el riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas se alcanza mediante la exposición prolongada a ruidos superiores a los así definidos⁴⁵, con base a lo establecido por informes de las autoridades sanitarias de carácter general, que no tienen por qué analizar el supuesto concreto⁴⁶.

A partir de ahí, ya no necesita más prueba para condenar, por cuanto estima que el riesgo de la conducta para el bien jurídico deriva del carácter reiterado y/o prolongado en el tiempo de la misma, por cuanto el peligro hipotético únicamente exige que la conducta pueda, potencialmente, dar lugar al daño, no que se ponga en peligro concreto el bien jurídico. En este sentido, en los casos en los que se produzcan lesiones, aunque no sean de carácter grave, se habrá concretado el riesgo hipotético en un resultado de peligro concreto (cuyo objeto es el grave perjuicio para la salud de las personas), que al mismo tiempo es un resultado de lesión de otro tipo penal (falta o delito menos

43 La ATS 932/2012 de 19 abril, Recurso de Casación 1947/2011 (Ponente:Excmo Sr. Manuel Marchena Gómez), el cual, en su FJ 1º, afirma:

“En tales términos, debe recordarse que la obtención de la convicción por el Tribunal de instancia no está ceñida a una prueba específica y concreta. Si bien una prueba de medición sonométrica objetiva es un medio de acreditación de los hechos, no es la única diligencia para probar la existencia de ruido; por lo que es factible, integrando el conjunto de los indicios existentes, estimar que el ruido producido por la actividad del acusado producía evidentes molestias en la vida de sus vecinos”.

El TS realiza, también en este caso, una interpretación que vulnera el principio de legalidad, por cuanto el Decreto 3/1995 de Castilla y León, de 12 de enero, por el que se establecen las condiciones a cumplir por los niveles sonoros o de vibraciones producidos en actividades clasificadas (BOCL 17.01.1995) que se aplica en este supuesto establece, en su art. 7, un límite cuantitativo que sólo puede entenderse sobrepasado mediante una medición sonométrica.

En idéntico sentido al auto comentado, la ya citada STS 1091/2006.

44 Así sucede en la normativa estatal (arts. 12 en relación con el 28, Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido,) y en la de las Comunidades Autónomas (art.13, Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de protección contra la contaminación acústica, de la Generalitat Valenciana, para la Comunidad Valenciana; art. 14, Ley 16/2002, de 28 de junio, de Protección contra la Contaminación Acústica, aplicable a Cataluña, entre otras).

45 Véase, por ejemplo, la STS 557/2015 de 6 octubre, Recurso de Casación 538/2015 (Ponente:Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano), que en el FJ 1º, señala:

“Item más el dictamen pericial no niega de forma categórica la relación de causalidad entre la perturbación acústica soportada y los daños físicos (relación entre el agente causal y patología detectada), ya que figurando en autos las historias clínicas de los afectados, en las mismas no aparece que éstas presentasen con anterioridad a los hechos enjuiciados ninguno de los problemas en su salud que a raíz de los mismos se le ocasionaron.

En cualquier caso quedó acreditado por el dictamen que ambos estuvieron expuestos por un período prolongado a una contaminación acústica superior al nivel permitido y susceptible de ocasionar daños en las personas.”

En resumen, es suficiente con que la causa posibles de las lesiones sea el ruido, aunque haya otras posibles explicaciones. En el mismo sentido, la STS 370/2016 de 28 abril, Recurso de Casación 1906/2015 (Ponente:Excmo Sr. Alberto Jorge Barreiro), FJ 6º.

46 Así, por ejemplo, la STS 52/2003 de 24 febrero. Recurso de Casación 312/2001 (Ponente:Excmo Sr. Carlos Granados Pérez), con referencia a los informes de la OMS en relación con la cuestión.



grave de lesiones, de los artículos 617 y 147 del Código penal). Como hemos visto, el planteamiento del TS es que existe un concurso ideal del artículo 77.1 del Código penal.

Esta solución a la relación entre el delito de contaminación y los delitos de lesiones que ha aplicado el TS hasta la reforma del Código penal de 2015 es técnicamente correcta si se parte de la concepción como delito de peligro hipotético del delito contra la contaminación acústica, como delito que exige un grave perjuicio para la salud. Sin embargo, discuto, coincidiendo con la doctrina citada⁴⁷, al menos respecto del delito de contaminación acústica, que el peligro se deba considerar hipotético y no concreto, en la medida en que exige el riesgo de grave perjuicio para la salud. Ello es todavía más discutible desde la agravación de la pena a la que se dio lugar mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que elevó el marco penal, situándolo de los 3 años y 6 meses de prisión hasta los 5 años de prisión. En este contexto, el hecho de considerar que el peligro exigido por el tipo es únicamente hipotético resulta muy discutible.

También resulta claramente desproporcionado el hecho de considerar que las lesiones – delitos menos graves y faltas- deben ser interpretadas en el marco de un concurso ideal.

Así, aunque se sostenga el carácter teóricamente pluriofensivo del delito de contaminación acústica, huyendo de una consideración meramente formal del delito, y centrándonos en una perspectiva material del mismo que tenga en cuenta su aplicación en la práctica, lo cierto es que el subtipo agravado de riesgo de un grave perjuicio para la salud sólo va dirigido a proteger la salud de las personas.

Así las cosas, y teniendo en perspectiva como único bien jurídico la salud de las personas, resulta muy evidente la desproporción, por cuanto el delito de riesgo hipotético, aunque sea de riesgo de un resultado más grave, no puede comportar una pena mayor que la efectiva lesión, como sucede en todos los supuestos, al menos desde la reforma indicada. Es cierto que para que se produzca la consunción los resultados de peligro deberán haberse concretado en lesión respecto de todos los afectados, porque de otra forma se debería seguir castigando el delito de peligro y las lesiones de forma separada. Sin embargo, en la mayor parte de casos coinciden las puestas en peligro con las lesiones.

Debemos concluir, en consecuencia, que la interpretación del TS en relación con el contenido de antijuridicidad del delito de contaminación acústica lleva a resultados claramente desproporcionados, que provienen tanto de la consideración como un delito de peligro hipotético como de la consideración del mismo como delito pluriofensivo, a pesar de que el propio tribunal reconoce que lo que se defiende no es propiamente el medio ambiente⁴⁸; desproporción, además, que reconocen los propios tribunales al interesar el indulto parcial respecto de estas conductas.

47 V.gr. J. BOIX REIG y A. JAREÑO LEAL, *op. cit.*, *loc. cit.* Más recientemente, P. JERICÓ OJER, *op. cit.*, p. 19.

48 Así, la STS 244/2015 de 22 abril, ya citada, que



2. Esta interpretación del tipo como delito de peligro concreto, así como su consideración como un delito cuyo objeto principal de protección es la salud de las personas – permitiendo la consunción entre el delito de riesgo y sus resultados-, es tanto o más necesaria **a partir de la reforma del Código penal de 2015**, porque así lo exige la necesidad de reinterpretar el contenido del tipo agravado respecto del tipo básico, tal y como se ha expuesto. Con mayor motivo cuando el tipo básico ya nos habla de la existencia de peligro o daño respecto de determinados recursos, y porque la agravación del marco de pena es todavía mayor tras la reforma, con un pena de prisión que va desde los 3 años y 6 meses a los 7 años y 6 meses.

c) Un cuestión fundamental: la prueba de la contaminación acústica. En especial, los informes periciales en materia de contaminación acústica.

Uno de los elementos básicos sobre la prueba de los delitos de contaminación acústica ya se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, al señalar que para la existencia de una infracción administrativa en materia de contaminación acústica, exigida por el tipo penal, se deben realizar mediciones sismométricas que acrediten que se excede el límite de inmisión legalmente establecido. Se trata de un elemento imprescindible y, dada su importancia, el mismo debe realizarse con las máximas garantías.

Como bien señala el TS en su jurisprudencia⁴⁹, las pruebas periciales sismométricas no constituyen prueba preconstituida – salvo que se practiquen, claro está, en el marco del procedimiento-, por cuanto carecen de las notas esenciales que definen éstas, es decir, que se lleve a cabo en el marco del proceso, con intermediación, contradicción y garantía del derecho de defensa.

Esa imposibilidad es obvia, por cuanto las mediciones se deberán realizar, en muchas ocasiones, sin que las personas que luego pueden ser susceptibles de ser investigadas tomen parte en la mismas, al menos en determinados momentos, ya que resulta imprescindible que la medición se lleve a cabo sin que lo conozcan las personas que controlan la fuente del ruido⁵⁰. El hecho de las mediciones se efectúen subrepticamente impide, lógicamente, llevar a cabo periciales de signo contrario.

“la protección del medio ambiente a través de la interdicción del ruido es un bien jurídico que queda enmarcado en el ataque a los derechos fundamentales como el derecho a la salud y a la intimidad personal y familiar y que ya ha pasado a formar parte del acervo de valores comúnmente aceptados por nuestra sociedad”.

La realidad es que estamos protegiendo la salud de las personas, no el medio ambiente. También con mucha claridad, la STS 109/2007 de 7 febrero, Recurso 749/2006 (Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García).

49 En este sentido, extensamente, la STS 52/2003 de 24 febrero, citada, FJ 2º.

50 La realización de las mediciones se debe iniciar de forma subrepticia para quienes controlan la fuente de ruido, a fin de que no la modifiquen para alterar los resultados normales. A menudo se observa en la práctica que los propietarios de locales u otras fuentes de ruido las manipulan cuando tienen conocimiento de que se va a realizar la medición, lo que



Y esta imposibilidad de realizar contrapericias, en otras ocasiones, proviene del propio obstruccionismo de quienes denuncian la existencia de molestias sonoras, porque esos informes necesariamente requieren realizar mediciones sonométricas desde su domicilio.

Ante ello, los informes periciales de la defensa en esta clase de delitos se centran, más que en la realización de un nuevo informe pericial – que ya no es posible- en la comprobación de que las mediciones y los informes periciales elaborados conforme a las mismas se adecuan al procedimiento establecido en la Ley y a los estándares técnicos aplicables. Y este control es necesario, a la vista de los problemas que presentan estos informes en la práctica.

Entre los defectos más habituales de estos informes se hallan cuestiones tan básicas como el no haber podido atribuir a una actividad el ruido a una fuente concreta (lo que sucede por no haber determinado el ruido de fondo mediante el paro de la actividad que se sospecha como originadora del ruido, ni haber tenido en cuenta otras fuentes de ruido posibles), no haber descontado el ruido de fondo a la hora de realizar los cálculos, la no aportación de los certificados de verificación anual de los sonómetros ni tampoco de los calibradores que se utilizan para la calibración de los aparatos antes de las medidas, no haber calibrado adecuadamente los sonómetros antes de la medición, no haber realizado la medición en el intervalo temporal adecuado conforme a la normativa ni haber utilizado los parámetros de medida adecuados, no haber colocado los micrófonos en los lugares indicados ni con las protecciones exigidas por la normativa⁵¹..

La exigencia de esos requisitos no es baladí, ni estos estándares técnicos resultan siempre sencillos de aplicar. Ésta es la razón por la que estos informes los realizan ingenieros de telecomunicaciones (otros ingenieros o incluso físicos los pueden realizar también, con la formación adicional adecuada), puesto que en muchas ocasiones, y con la finalidad de recoger adecuadamente la entidad del sonido, resulta necesario realizar mediciones con parámetros distintos, a la hora de establecer el más adecuado para valorar adecuadamente la naturaleza y la fuente del ruido.

Y, con todo el respeto a los agentes de los cuerpos policiales que se ven forzados en muchas ocasiones a realizar estas mediciones, los mismos no suelen gozar de la capacidad técnica necesaria para la realización de las mismas: una medición sonométrica no se puede comparar a realizar una prueba con un etilómetro, en lo que respecta a la intervención de quien la realiza.

obliga, al menos, a iniciar las mediciones de forma subrepticia. Después de esas mediciones, quien controle la fuente del ruido deberá conocer la existencia de las mismas, por cuanto para medir el ruido de fondo la mejor práctica es detener la actividad. El hecho de realizar las mediciones sin detener la actividad, *v.gr.*, esperando a que el local cierre, puede suponer una modificación de las condiciones, porque si se hacen las mediciones inmediatamente después del cierre se recogerá el vocerío de los clientes que abandonan el local, o el ruido del tráfico, de otras fuentes sonoras puede haber variado en intensidad, lo que dificulta, cuando no impide, la identificación de la fuente del ruido. El hecho de solicitar la detención de la actividad permite también que quienes controlen la fuente de ruido estén presentes durante el resto de las mediciones, si demuestran interés en ello..

51 No es raro ver informes en los que no se cumplen requisitos mínimos para su validez técnica, aunque sean los más elementales, incluso de sentido común. En mi actividad profesional he visto, por ejemplo, informes que ni siquiera indicaban que la unidad de medida era el dB(A) o decibelio ponderado (que se utiliza para simular la percepción de la presión sonora por el oído humano), ya que posiblemente no fue lo que se midió, o en los que se realizaba la medición del ruido de fondo con la actividad en marcha.



De poco sirve, no obstante, que esta clase de informes periciales no se consideren prueba preconstituida si después no resulta posible una efectiva defensa contra los mismos. En este sentido, se refleja en la jurisprudencia una ausencia de consideración de la indudable importancia de estas cuestiones, que se deduce, por ejemplo del hecho de que ni siquiera en los hechos probados de las sentencias las mediciones recogidas determinan debidamente la unidad de medida correspondiente, el decibelio ponderado a) o dB (A)⁵², o en el hecho de que no se revise una condena en la que sólo hay una medición válida⁵³, o que se den por válidas las mediciones con sonómetros no “homologados”⁵⁴ o cuyos certificados de “calibración”⁵⁵ no constan, y la misma se complementa a través de las pruebas testificales⁵⁶, o en un caso extremo, estimando la validez de las mediciones sonométricas frente a lo consignado en los hechos probados sobre su invalidez⁵⁷. O cuando se censura que el informe pericial consista en la revisión crítica de los informes de la acusación, aunque se reconozca que los denunciados no dejaron acceder al perito de la defensa para realizar mediciones⁵⁸.

Considero que se debe prestar la debida atención a estas cuestiones, y se debe permitir articular la defensa frente a informes periciales respecto los que no ha existido una posibilidad de defensa efectiva en el momento de su realización, con un verdadero respeto a los principios de igualdad de armas y de contradicción, que forma parte esencial del derecho al proceso justo (art. 6.1 CEDH)⁵⁹ y al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Un informe pericial que no cumpla la normativa y los estándares técnicos carece por completo de fiabilidad y de validez y, en consecuencia, una prueba que carece de validez técnica no resulta susceptible de ser considerada prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia⁶⁰; con

52 Vid., por ejemplo, la STS 1317/2011 de 2 diciembre, Recurso de Casación 756/2011 (Ponente:Excmo Sr. José Manuel Maza Martín); la STS 540/2007 de 20 junio, Recurso de Casación 637/2006 (Ponente:Excmo Sr. José Manuel Maza Martín), la STS 244/2015 de 22 abril, Recurso de Casación 1574/2014 (Ponente:Excmo Sr. Joaquín Giménez García), entre otras. Este defecto, que proviene de los hechos probados de las sentencias de instancia, no se hecho notar, sin embargo, ni por las sentencias del TS ni, al parecer, por los recursos.

53 ATS 932/2012 de 19 abril, citada.

54 Así, la STS 557/2015 de 6 octubre. Recurso de Casación 538/2015 (Ponente:Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano), entendemos por el contexto, que no se habla de homologación, sino de verificación del sonómetro, por cuanto la homologación no caduca.

55 Se referirá la sentencia, probablemente, al certificado de verificación del sonómetro o del calibrador.

56 Véase, en este sentido, la STS 244/2015 de 22 abril. Recurso de Casación 1574/2014 (Ponente:Excmo Sr. Joaquín Giménez García).

57 Vid. *supra* nota .

58 Así, la SAP Barcelona, Secc. III, de 20 de marzo de 2006, FJ 2º, punto B. Cuestión distinta es los términos en los que tal informe se hallase redactado.

59 La jurisprudencia del TEDH es bastante clara a este respecto. Sobre el principio de contradicción e igualdad de armas en referencia a los informes periciales en la jurisprudencia del TEDH, E. FRÍGOLS I BRINES, *Peritos dependientes de organismos públicos y su imparcialidad en el proceso penal*, Francis Lefebvre, 2020, p. 65 y *passim*, en relación con la imparcialidad de los peritos. Sobre otros aspectos relacionados con el principio de contradicción en el ámbito pericial, *Ibidem*, p. 83 y 84.

60 Así, por ejemplo, la STS 916/2012 de 28 noviembre, Recurso de Casación 558/2012 (Ponente: Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar), confirmando una sentencia absolutoria respecto de un sonómetro no verificado. En otros ámbitos similares, como el caso de etilómetros no verificados o de carácter no evidencial, la jurisprudencia es unánime en cuanto a la invalidez de los resultados y sobre el hecho de que no pueden ser tenidos en cuenta para superar la presunción de inocencia, pudiéndose citar, entre muchas otras, la SAP Navarra, Secc. I, de 4 de noviembre de 2008; la



mayor motivo cuando, como en este caso, integra un elemento típico fundamental de la infracción penal.

3. La respuesta del derecho penal a la inacción de la administración en materia de contaminación acústica: el delito de prevaricación medioambiental. En especial, en especial, la prevaricación omisiva.

La ausencia de respuesta de la administración al problema de la contaminación acústica acaba, en muchas ocasiones, volviéndose en contra de las autoridades municipales competentes en forma de procedimientos penales por la comisión de un delito de prevaricación.

La ley regula como una prevaricación específica, la denominada prevaricación medioambiental, las conductas de mayor gravedad, recogidas en el artículo 329 Cp, y que se castigan no sólo con la pena de inhabilitación de la prevaricación genérica, sino también con una pena de prisión de 6 meses a 3 años o multa de 8 a 24 meses. La redacción original recogía, en el primer apartado, la conducta de quien, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales de actividades contaminantes, o hubieren silenciado infracciones de la normativa administrativa con motivo de inspecciones; en el segundo apartado, se castiga a las autoridades o funcionarios públicos que, por sí mismos o como miembro de un organismo colegiado, hubiesen resuelto o votado a favor de la concesión de tales licencias a sabiendas de su injusticia⁶¹.

Tras la reforma penal realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, a las conductas recogidas se añade la de la omisión de la “realización de inspecciones de carácter obligatorio” en el primer apartado del precepto.

Se trata de un tipo doloso, de carácter especial por cuanto sólo pueden ser autores del mismo autoridades o funcionarios públicos, y respecto del que además se exige, como corresponde a la prevaricación administrativa, que la conducta se lleve a cabo “a sabiendas”, excluyendo así la posibilidad de su comisión imprudente.

Las conductas de este tipo penal se hallan definidas muy claramente en la Ley, sean de carácter activo como omisivo, y la configuración típica que se realiza no deja lugar a dudas sobre el hecho de que la intencionalidad de la autoridad o funcionario público es la de hacer posible la actividad contaminante con incumplimiento de los deberes de control que le impone la Ley. Sin embargo, en lo que respecta al núcleo de la conducta de la prevaricación genérica, como adopción de un

SAP Madrid, Secc. IV, de 9 de marzo de 2000; la SAP Cantabria, Secc. I, de 4 de febrero de 1999; la SAP Madrid, Secc. I, de 27 de septiembre de 1999, entre muchísimas otras.

61 Aprobada mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y en vigor desde el 24 de mayo de 1996.



resolución injusta (art. 329.2 Cp), la conducta tipificada es sólo de carácter activo, y sólo referida a la concesión de licencias manifiestamente injustas.

El problema, en consecuencia, no se halla en este tipo de conductas, que por su naturaleza son claramente favorecedoras de la actividad contaminante o de quien la realiza, sino en las conductas de pasividad completa o de apariencia de cumplimiento de la normativa que, en realidad, no son tales.

Al respecto, querría plantear dos cuestiones. En primer lugar, se podría plantear cuál sería la calificación adecuada.

Creo que la descripción típica impide su calificación de esta clase de supuestos conforme el artículo 329 Cp, porque en lo que respecta a la adopción de resoluciones sólo se habla de adoptar o votar a favor de resoluciones que concedan autorizaciones⁶², aunque si la pasividad afecta a las conductas omisivas (silenciamiento de infracciones u omisión de inspecciones obligadas por la Ley), sí que sería de aplicación en situaciones de pasividad absoluta (frente a los supuestos en que es obligado actuar). Pero no se podría invocar en los supuestos de apariencia de cumplimiento, en los que no se da lugar a las referidas conductas expresamente tipificadas. Téngase en cuenta que no existe en el precepto una cláusula que permita la incriminación de conductas análogas⁶³.

La segunda opción sería la de condenar por un delito de prevaricación del artículo 404 Cp, en su modalidad omisiva. En este sentido se ha pronunciado el TS en la STS 244/2015 de 22 abril, Recurso de Casación 1574/2014 (Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García), que justifica la condena de la siguiente forma:

“Resulta evidente que la recurrente que ostentaba el cargo de Alcaldesa de Pliego, pueblo de la Comunidad de Murcia de poco más de 4000 habitantes, recibió durante más de seis años los informes de la policía local así como las denuncias del perjudicado, manteniendo al respecto una actuación de total pasividad, no obstante tener competencias para la vigilancia y control de las actividades susceptibles de generar ruido, incluso llegando a desatender un informe del Órgano de Calidad Ambiental de la Comunidad Autónoma que le llegó a indicar que en uso de sus competencias podía acordar la clausura de la actividad causante del ruido.

En definitiva, lo que está en juego es el principio de efectividad de las facultades de control de la Alcaldesa en relación al hecho enjuiciado (...).”

62 Condena por este tipo penal la STS 1091/2006 de 19 octubre, ya citada, y como hemos visto en la nota , en contra de los hechos probados. Lo más discutible es que condene por conductas activas y omisivas por el mismo tipo delictivo. A mi juicio, si se acusa por el tipo del art. 329 Cp, y en lo que respecta a la adopción de resoluciones, sólo cabe la condena por las mismas cuando se refiera a la concesión de licencias, pero no cabría condenar por conductas omisivas no incluidas en el mismo.

63 Cabe citar, en este sentido, la SJPenal n.º CUATRO de Valencia, de 12 de mayo de 2014, en la que se acusaba por el art. 329 Cp en un supuesto en el que las acusaciones sostenían que había habido tolerancia por parte del alcalde de una localidad valenciana, con pasividad y mera apariencia de cumplimiento, pero en la que no se entró a discutir sobre el contenido del tipo, ya que se absolvió al entender que se actuó para controlar el exceso de ruido.



Sin embargo, como pone de manifiesto el voto particular a dicha sentencia, la jurisprudencia del TS – y así lo recoge la propia sentencia citada- considera que la prevaricación omisiva sólo se puede dar en supuestos excepcionales (SSTS de 2 de julio de 1997 , 9 de junio de 1998 , 426/2000 de 18 de marzo , 647/2002, de 16 de abril , y 1382/2012 , de 17 de julio, así como acuerdo plenario de 30 de junio de 1997), concretamente en aquellos casos especiales en que era imperativo para el funcionario dictar una resolución y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida que la Ley 30/92 de Régimen Administrativo Común equipara en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas⁶⁴.

Es dudoso, a mi juicio, que esa equivalencia de actuaciones se pueda predicar en relación con un procedimiento sancionador o de retirada de licencia, entendido éste como un expediente completo, tramitado desde el inicio hasta el final, entre otras cuestiones, porque en los expedientes administrativos deben intervenir los técnicos, y los cargos políticos suelen carecer de los conocimientos necesarios para adoptar las resoluciones necesarias sin la participación de éstos. Cuestión distinta es que no se lleve a cabo ninguna actuación, ni siquiera la incoación del procedimiento, supuestos en los que resulta más sencillo concluir que sí que existía una conducta que necesariamente debía ser llevada a cabo.

Otra cuestión de interés que suscita esta sentencia, aunque no se condena finalmente a quien la realiza, es el planteamiento de otro supuesto dudoso, el de la realización de vías de hecho que son contrarias a la decisión adoptada formalmente. Entiendo que esta clase de conductas sería dudoso enjuiciarlas como prevaricación, salvo que adoptemos una concepción de resolución muy amplia que resulta, a mi juicio, contraria a la descripción típica.

Por último, y en lo que respecta a la tipificación, podríamos plantearnos si cabría un concurso ideal, para las autoridades y funcionarios públicos, entre el delito de prevaricación y una cooperación necesaria en el delito de contaminación acústica en esta clase de supuestos. Pero, aunque ello supusiese recoger toda la antijuridicidad, sus resultados punitivos serían claramente desproporcionados, dado que al aplicar la mitad superior de la mitad superior del delito con la pena más grave, la pena de prisión del delito contra el medio ambiente, el marco penal imponible iría de los 5 años y 6 meses a los 7 años y 6 meses, lo que supone penar más a la autoridad o funcionario que al propio autor de los hechos, lo que resulta claramente desproporcionado. Sería recomendable, en este sentido, y huyendo de interpretaciones absurdamente punitivistas, limitarse al delito de prevaricación en tanto el texto de la prevaricación medioambiental no se adecúe a este tipo de supuestos.

La segunda de las cuestiones que quería plantear, en relación con la prevaricación omisiva, es que no se puede confundir pasividad con inefectividad de las medidas adoptadas por las autoridades o

64 Esta sentencia tiene un voto particular del magistrado Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar, en el que considera que no puede existir el delito en comisión por omisión, en la medida en que no hubo una total pasividad y se adoptaron resoluciones. Sin embargo, los hechos probados no permiten concluir que la actividad fue real, por cuanto se dice que sólo se inició la tramitación de un expediente en el año 2010, siete años después de ser nombrada alcaldesa, y tres años después de la incoación de la querrela en relación con los hechos.



funcionarios públicos, por cuanto, como ya se ha expuesto al principio, el problema de la contaminación acústica es muy complejo, y depende de varias administraciones, y de múltiples personas dentro de la administración. No se puede pensar, como parece deducirse de la jurisprudencia, que el alcalde es un ser omnipotente que sabe de todo y lo controla todo⁶⁵. La complejidad es todavía mayor cuando el problema no proviene de una actividad en concreto, sino que depende de muchas actividades, como sucede con las zonas acústicamente saturadas o zonas de protección acústica especial. En este sentido, el derecho penal no sustituye a la jurisdicción contencioso-administrativa, ni puede entrar a valorar el acierto de las medidas adoptadas, sino valorar si se dio respuesta o no las peticiones de los ciudadanos, aunque las decisiones adoptadas no fueran las idóneas⁶⁶.

4 A modo de conclusión.

Como hemos podido ver a lo largo del presente artículo, el problema de la contaminación acústica en España presenta múltiples caras y aristas que han dado lugar a que una cuestión que en principio debería ser resuelta únicamente en sede administrativa acabe en la mayoría de las ocasiones en la vía penal. Vía que, como hemos podido ver, resulta insatisfactoria porque da una respuesta tardía a quienes lo padecen. Respuesta, además, que no es la esperada por quienes reclaman, sobre todo cuando se aplican las garantías penales. La huida del derecho administrativo suele ser una huida a ninguna parte.

Pero, además, se ha podido comprobar que la regulación penal presenta toda una serie de problemas que, en lugar de ser paulatinamente resueltos con el tiempo, van empeorando con cada una de las reformas que sufre el artículo 325 Cp. En la situación actual, considero que sólo es posible una conciliación de los diferentes supuestos contemplados en el precepto si se realiza un intento de reinterpretación del delito que exija un mayor contenido de injusto para la conducta del riesgo grave para el equilibrio de los sistemas naturales, y con la exigencia de peligro concreto, al menos para la conducta de grave perjuicio para la salud de las personas. Asimismo, se debe dar la necesaria importancia a los informes periciales que recojan las mediciones acústicas, por cuanto se trata de un requisito típico ineludible para condenar por esta clase de supuestos.

⁶⁵ Por más que así se manifieste por funcionarios preocupados por las consecuencias de un procedimiento penal, con un indudable ánimo defensivo. Aunque puede suceder que una administración sea llevada con mano de hierro por su responsable político en algunos casos, la realidad es compleja y no puede ser sometida a simplificaciones.

⁶⁶ Decisiones, además, que no siempre dependen de la autoridad política municipal, sino del asesoramiento que reciba de los técnicos municipales, dado el carácter lego de muchos de nuestros responsables políticos.



Esta situación normativa no es mucho mejor en lo que respecta a la prevaricación administrativa, sobre todo en lo que concierne a la prevaricación omisiva, que considero que no puede ser estimada la panacea que solucione los problemas administrativos convirtiéndolos en problemas penales.