

2.17. JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN MURCIA (pp. 2-17)

—

2.17. JURISPRUDÈNCIA AMBIENTAL A MÚRCIA (pp. 18-32)

SANTIAGO M. ÁLVAREZ CARREÑO

Profesor titular de Derecho Administrativo / Professor titular de dret administratiu

Universidad de Murcia

EDUARDO SALAZAR ORTUÑO

Abogado / Advocat

Sumario: 1. Jurisprudencia administrativa del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia. 1.1. Jurisprudencia en materia sancionadora. 1.2. Resolución judicial en materia de medidas cautelares. 2. Jurisprudencia penal de la audiencia provincial de Murcia. 3. Resoluciones judiciales ante otros juzgados. 3.1. Medida cautelar penal en el yacimiento islámico del jardín de San Esteban en Murcia. 3.2. Derechos fundamentales y contaminación por olores ante el Juzgado Contencioso-administrativo de Cartagena. 4. Resolución del Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus frente al Gobierno español y al Ayuntamiento de Murcia.

El examen de la jurisprudencia ambiental del período objeto de crónica en los Tribunales con sede en la Región de Murcia nos conduce a analizar fundamentalmente las resoluciones judiciales dictadas en asuntos tramitados ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia, complementadas éstas con sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial o bien de Juzgados contenciosos y penales. Finalmente haremos mención, por su interés jurídico ambiental y relevancia estatal e internacional, al resultado de una comunicación por incumplimiento de autoridades locales y regionales murcianas del Convenio de Aarhus presentada ante su Comité de Cumplimiento.

1. Jurisprudencia administrativa del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia

El análisis de la actividad jurisdiccional en la Sala contenciosa arroja unas constantes en las cuestiones ambientales que han accedido a la justicia que, a nuestro juicio, podrían carecer de un especial valor hermenéutico de las disposiciones administrativas ambientales pero que muestran una realidad en relación a qué cuestiones de la práctica del Derecho ambiental son sometidas a revisión jurisdiccional. Del estudio de la jurisprudencia del año 2009 se desprende que la Sala se ha ocupado mayoritariamente, por un lado, de la impugnación de sanciones impuestas por las autoridades con competencias ambientales y, por otro, de recursos frente a actos desfavorables concretados en denegaciones de subvenciones para la agricultura ecológica. Esta temática reiterada se complementa en el último período con cuestiones urbanísticas en la costa, de las que resaltaremos las vicisitudes de la medida cautelar impuesta en el caso de Puerto Mayor en La Manga del Mar Menor.

1.1. Jurisprudencia en materia sancionadora

En relación a la actividad punitiva de la Confederación Hidrográfica del Segura, las sentencias 1144/2009 de 28 de diciembre, de la Sección Segunda (Ponente: Abel Ángel Sánchez Doménech) y 1181/2009, de 30 de diciembre, también de la Sección Segunda (Ponente: Ascensión Martín Sánchez), declaran la improcedencia de sanciones por vertidos al cauce público de aguas residuales sin depurar impuestas a los Ayuntamientos de Águilas (recurso 559/2005) y Mazarrón (recurso 480/2005), respectivamente, por causas imputables a la tramitación del procedimiento sancionador por parte de la Confederación Hidrográfica del Segura. En dichos pronunciamientos se hace mención a otras resoluciones judiciales que procedían igualmente a anular sanciones a otros Ayuntamientos por las mismas causas —Albudeite, Ceutí, Moratalla y Caravaca, éste último mediante sentencia 245/2009 de 18 de marzo—, lo que nos permitiría deducir un problema ambiental generalizado: la falta de control municipal de los vertidos de aguas residuales pese a ser una competencia local. Ante dicha situación se produce una reacción represiva del organismo de cuenca que pretende sancionar a los Ayuntamientos competentes usando el título de “culpa in vigilando”, conforme a jurisprudencia anterior de la propia Sala (sentencia 203/2003 de 28 de marzo), pero que por defectos de prueba resulta insuficiente como lo muestra el hecho de que finalmente los Ayuntamientos consiguen evitar el pago de la sanción, por otro lado irrisorio, sin que conste en los autos la efectiva implantación de sistema de depuración. En la Sentencia de 30 de diciembre se afirma que el Ayuntamiento de Mazarrón aduce “que está por la labor de tener una EDAR modelo”, sin que se haga mención alguna en el procedimiento sancionador ni en la Sentencia del eventual incumplimiento de las Directivas comunitarias en la materia.

Ambas sentencias, que remiten a otras anteriores, con marcado carácter revisor, tienen un contenido jurídico primordialmente sancionador y basan la improcedencia de las sanciones en la vulneración del principio de tipicidad por la ausencia de toma de muestras que revelen la superación de los límites del Reglamento de Dominio Público Hidráulico y la falta de acreditación de daños al dominio público hidráulico, lo que supone indefensión para los entes municipales sancionados por la falta de oportunidad de contradecir la existencia del vertido contaminante.

El interés que suscitan estas resoluciones judiciales nos remite a la cuestión de la eficacia administrativa para exigir el cumplimiento de las normas ambientales, en este

caso por parte de la Confederación Hidrográfica del Segura en un tema tan relevante como el vertido a los cauces públicos de aguas residuales sin depurar superados ampliamente los plazos concedidos por las normas europeas para la instalaciones de depuradoras. Una vez superada una situación generalizada de tolerancia, como lo acreditan las múltiples denuncias ciudadanas e instrucciones penales tramitadas en relación a municipios como Murcia, Alcantarilla, Molina de Segura y Lorca, parece que se evidencia una represión ineficiente por parte del órgano de cuenca. Los defectos alegados por los Ayuntamientos y asumidos por la Sala como motivo para invalidar las sanciones son tan básicos en la técnica sancionadora que resulta difícil entender cómo la Comisaría de Aguas no ha procedido a comprobar y documentar fehacientemente la entidad de los vertidos y el daño al dominio público hidráulico si además desde años la Sala se ha venido exigiendo tales requisitos, por otro lado al alcance de cualquier jurista y presentes en cualquier instrucción penal.

También resulta preocupante en el mismo ejercicio la declaración de nulidad de sanciones a empresas químicas de reconocida conflictividad ambiental en las sentencias 187/2009, de 27 de febrero y 207/2009, de 13 de marzo, por las mismas causas que las aducidas por los Ayuntamientos, lo que suscita la necesidad de revisar el ejercicio de la potestad sancionadora por el organismo de cuenca de cara a medir la efectividad del mismo en la defensa del dominio público hidráulico y la efectiva implantación de tratamiento depurativo para las aguas residuales.

La sentencia 1040/2009, de 11 de diciembre, de la Sección Primera (Ponente: María Esperanza Sánchez de la Vega) nos muestra, en una materia similar al tratarse de un procedimiento sancionador en materia ambiental, una diferente ventura de la impugnación por cuanto la Sala confirma la resolución sancionadora de la Dirección General de Calidad Ambiental de la entonces Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente. En este caso se trataba de una empresa constructora que había emprendido una actividad minera sin licencia de actividad ni declaración de impacto ambiental favorable y que había sido denunciada por la Guardería Forestal por lo que había sido convenientemente sancionada por la autoridad ambiental, incluyendo la medida de restauración de los terrenos afectados. Los argumentos para la impugnación de la sanción aducidos por la empresa, y basados en la ausencia de acusación, la necesidad de una nueva propuesta de resolución tras variar la pena inicial y la desproporcionalidad de la sanción son rechazados de plano por la Sala, una vez acreditada en el expediente la

clandestinidad de la actividad y la tramitación del expediente sancionador, el que la variación de la pena se debe a la graduación de la sanción sin necesidad de una nueva propuesta de resolución. La Sala rechaza la desproporcionalidad interpretando que se da el requisito de la gravedad concretado en que “la extracción a cielo abierto de áridos, implica un peligro para el medio ambiente, por lo que, si no hay una Evaluación anterior, no se puede tampoco adoptar ninguna medida correctora al respecto, con todo lo que ello supone para el hábitat de la zona que resulte afectada así como para la atmósfera que se ve igualmente contaminada.” Este concepto de gravedad, basado no sólo en la peligrosidad de la actividad y su impacto en el medio natural, sino en la ausencia de medidas correctoras tras la pertinente Evaluación de Impacto Ambiental, supone un conocimiento profundo del sentido de la evaluación ambiental y brinda un criterio jurisprudencial para la graduación de las sanciones.

1.2. Resolución judicial en materia de medidas cautelares

De especial relevancia por su trascendencia social y ambiental resulta el Auto de la Sección Primera de la Sala, de 13 de octubre de 2009, referido al “Caso de Puerto Mayor”. Esta resolución judicial desestima el recurso de súplica interpuesto por la Abogacía del Estado frente al Auto de 21 de octubre de 2008, que autorizó la continuación de las obras de conservación de lo construido conforme al contenido de la medida cautelar de suspensión parcial del proyecto de un puerto deportivo en La Manga del Mar Menor adoptada mediante Auto de 17 de junio de 2005 y posteriormente confirmada por la Sección Quinta del Tribunal Supremo mediante Sentencia de 23 de enero de 2008 (recurso 7620/2005, Ponente: Rafael Fernández Valverde). La colisión de intereses entre diferentes Administraciones y de éstas a su vez con la de organizaciones de defensa de la naturaleza en un espacio de alto valor ambiental justifican el seguimiento al devenir procesal de este caso.

El avance del procedimiento en la vía contencioso-administrativa supone una mayor complejidad de este asunto sobre el que se desató un conflicto de competencias en la costa por la oposición social al proyecto, en la parte menos construida de La Manga del Mar Menor, junto a Lugares de Importancia Comunitaria y praderas de poseidonia oceánica: la autorización para la construcción de este puerto deportivo se remonta al año 1975 y fue prorrogada mediante una resolución del 16 de diciembre de 1988 del

Director General de Carreteras, Canales y Puertos de la Comunidad de la Autónoma de la Región de Murcia que exigió además la tramitación de una Evaluación de Impacto Ambiental. En esos años, en especial, en 1988 y en 2001, una vez tramitada la EIA, se añadieron al proyecto nuevas obras que la medida cautelar suspendió por ausencia del informe preceptivo de la Demarcación de Costas del Estado. La medida cautelar adoptada en 2005 no sólo era parcial sino indeterminada por cuanto no especificó qué obras se hallaban realmente suspendidas, algo que se ha concretado tras la aportación a la pieza separada de medidas cautelares de un informe pericial de 21 de octubre de 2008, modificado posteriormente en otros informes de 19 de septiembre de 2008 y de 29 de julio de 2009. Organizaciones de defensa de la naturaleza como la Asociación de Naturalistas del Sureste y Greenpeace, que con diferentes acciones de protesta forzaron la petición de medida cautelar por parte del Ministerio de Medio Ambiente en 2005, pusieron en duda la objetividad del perito autor de los informes citados, que han recusado en otro procedimiento judicial paralelo, pues aquél había desarrollado trabajos para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en otros puertos deportivos conflictivos como el de Pormán y Marina de Cope.

El recurso de súplica interpuesto por la Abogacía del Estado se basó en que la realización de las obras haría perder la finalidad legítima al recurso —basado en la inviabilidad del puerto deportivo por sus impactos ambientales no analizados en 1975—, en que se estaba realizando una modificación de la medida cautelar incumpliendo el mandato del artículo 132 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que requería esperar hasta la sentencia firme, en que se iba a causar un daño irreversible a los hábitats protegidos y a la laguna del Mar Menor, y en que se estaban autorizando obras que iban más allá de la mera conservación de lo construido. El auto de la Sala rechaza las argumentaciones del Abogado del Estado por cuanto entiende que la medida cautelar era parcial, que los daños ambientales que se aducen como resultado de las obras que se autorizan ya se produjeron decenios atrás conforme afirma el perito en su informe y que no se ha producido una modificación de la medida cautelar pues sólo se autorizan obras tendentes a la conservación de lo construido, si bien algunas de dichas obras son fruto de modificaciones al proyecto introducidas en 2001 merced a la Declaración de Impacto Ambiental de 9 de mayo de 2000. Este Auto no ha adquirido firmeza por cuanto ha sido recurrido en casación por la Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo.

2. Jurisprudencia penal de la audiencia provincial de Murcia

Durante el período de crónica que nos ocupa la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia ha dictado una sentencia relevante que confirma la tercera condena por delito ecológico en su variante de emisión de ruidos y tras la cual se producirá el ingreso en prisión de los titulares de un establecimiento de bar en la población de Archena. Tras unos años de zozobra inicial en la jurisdicción penal para el conocimiento de casos relacionados con el ruido, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2003 (Ponente: Carlos Granados Pérez), supuso la confirmación de la necesidad de acudir al Derecho penal en los casos más graves, que suponían daños a la salud de los afectados y que provenían de una ineficacia de las normas administrativas para adecuar la actividad a los niveles permitidos.

La sentencia de la Audiencia Provincial 34/2010, de quince de febrero (Ponente: Juan del Olmo Gálvez) desestima los recursos de apelación interpuestos por los condenados contra la sentencia de 29 de abril de 2009 del Juzgado de lo Penal número 5 de Murcia. Esta resolución reconociendo que “la situación de permanente y continuada contaminación acústica, que supuso un auténtico calvario en las vidas de los perjudicados de forma permanente”, había tenido como resultado diferentes patologías psiquiátricas, tales como insomnio producido por trauma acústico, síndrome ansioso depresivo y cuadro depresivo crónico, condenó a los autores criminalmente responsables de un delito contra el medio ambiente, a la pena de dos años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, a catorce meses de multa con una cuota diaria de 6 euros e inhabilitación especial para la profesión u oficio relacionado con bar-cafetería o local abierto al público con música por tiempo de dos años, clausura del local por un período de cuatro años y pago de las costas. Así mismo obligó a indemnizar a los perjudicados en cantidad de 10.000 euros para cada uno de ellos.

Los recursos de apelación presentados se basaron en errores en la apreciación y valoración de las pruebas practicadas, indebida aplicación de las normas legales, errónea valoración del daño —ya habían sido resarcidos merced a otros procedimientos—, inaplicación del principio “in dubio pro reo” así como también se insiste en la solicitud de indulto parcial al Gobierno.

La Audiencia rechaza los motivos del recurso por varias razones: por un lado considera que la prueba ha sido prolija y plural, por cuanto se han presentado numerosos documentos —denuncias, actas acerca de comprobaciones sonométricas en los domicilios de los perjudicados— ratificadas por miembros de la Policía Local, el ingeniero del Ayuntamiento y los perjudicados que habían presentado más de 38 denuncias e incluso habían informado a los acusados de las molestias que venían sufriendo. Tales pruebas determinaron el foco de los ruidos en el local denunciado, teniendo en cuenta el contexto en ocasiones de fiestas patronales y de la existencia de otros establecimientos con música.

Ante el argumento de que las actas contenidas en los siete expedientes sancionadores administrativos previos no habían respetado las garantías exigidas en la Ordenanza de ruidos del Ayuntamiento de Archena, relativas a la entrega de copia a la parte denunciada y las características técnicas del sonómetro, la Audiencia realiza una impecable argumentación de la accesoriedad administrativa presente en los delitos medioambientales, aplicada a su vez al campo de la prueba. “Olvidan los recurrentes que no nos encontramos en la vía administrativa, y que las actas (en su formalidad) no constituyen la única base en la que se funda la valoración penal y la acreditación del tipo penal, de ahí que cuestiones relativas a la notificación o no en tiempo de las actas levantadas, no empece para dotar de valor al resultado del aparato técnico utilizado, a las apreciaciones de los agentes policiales, a las testificales de los denunciados, al testimonio del técnico municipal, etc. La tipificación penal, fundada obviamente en una remisión a la previsión administrativa en orden a los extremos de emisiones de ruidos autorizados o no autorizados (certeza de la norma penal), es la exigencia ineludible, en el sentido de que los ruidos no encuentren amparo en una norma habilitante (intensidad de los mismos), y se ha visto cumplida en este caso, desde el momento que la Ordenanza Municipal de Archena establece unos límites de decibelios que han sido superados”.

En relación a la indebida aplicación de preceptos legales la Audiencia afirma que “es doctrina jurisprudencial reiterada que la comisión de un delito del artículo 325 del Código Penal, en su manifestación de emisiones ruidosas, cuando genera un resultado lesivo o menoscabo de la salud psíquica de los afectados ha de merecer una respuesta sancionatoria por dicho resultado lesivo, que será de falta o de delito atendiendo a si las dolencias padecidas han necesitado o no de tratamiento médico”. A la alegación de

inexistencia de dolo la Audiencia remite a una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimo Primera, de 2 de enero de 2009 (Ponente: Birulés i Beltrán) que señala: “conforme analiza la mencionada STS 24.02.2003, el elemento subjetivo del injusto se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por la conducta activa u omisiva del acusado/a, en una gama que alcanza desde la pura intencionalidad de causar el efecto, al dolo eventual según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro”. El dolo se vio acreditado en el asunto por las circunstancias de que dos de las acusadas eran camareras en otro establecimiento denunciado y clausurado previamente y de que se venían usando un sistema para evitar los controles de la Policía Local. Como afirmó la sentencia citada de la Audiencia Provincial de Barcelona: “conforme con la actual redacción del vigente tipo penal de artículo 325 Cp estamos ante un delito que no es de propia mano, es decir que excluya la posibilidad de coautoría o autoría mediata pues conforme asentada ya doctrina del Tribunal Supremo lo decisivo de la imputación típica no es el movimiento corporal del operador de los aparatos, sino la infracción de los deberes legales y reglamentarios que le incumben al titular”.

En relación a la valoración del daño la Audiencia descarta que puedan considerarse resarcidos los denunciadores por indemnizaciones previas por otro procedimiento penal, por la pervivencia de los ruidos, o por otro procedimiento contencioso-administrativo, por que atendía a otra vía de análisis y de criterios aplicativos. Asimismo, “ante una falta de criterios de determinación de la indemnización por el Juzgado de lo Penal, la Audiencia considera que el período temporal de incidencia ha abarcado casi cuatro años —significativamente amplio—, que por la edad de los perjudicados sus padecimientos no sólo son estrictamente físicos y psicológicos - tratamiento mantenido durante dos años, dependencia a psico-fármacos que aunque ha desaparecido la causa motivadora de su ingesta —los ruidos— les obligan ya a ingerirlos para poder dormir - sino relevantemente limitativos de su calidad de vida y expectativas en sus últimos años de vida, lo cual es un plus de agravación añadido” justifican que la cantidad no sea desorbitada o desproporcionada.

Dada la prueba plural e incriminatoria la Audiencia excluye toda duda racional así como se impide la aplicación del principio in dubio pro reo y la no estimación del indulto.

Esta sentencia supone que los condenados ingresarán en prisión al no poder beneficiarse de ninguna ventaja superados los dos años de pena privativa de libertad y que tendrán

que abonar cantidades a los perjudicados. Condena que supuso un acontecimiento mediático regional y que en virtud del principio de prevención general disuadirá a muchos ciudadanos y en especial a propietarios de bares-cafeterías de la comisión de estos delitos y que a su vez evitará el calvario de muchos vecinos. Esta disuasión será quizá más efectiva que la provocada por la sentencias de responsabilidad patrimonial que condenaban a los Ayuntamientos que hacía dejación de la labor inspectora en materia de ruidos, pues complementa la persecución de estas conductas. Al mismo tiempo, esta Sentencia, establece diversos elementos importantes de interpretación en relación a los “delitos ambientales acústicos” —en cuanto a la prueba, el dolo y la relación con las normas administrativas— y refleja la cuidada y efectiva actuación del Fiscal de Medio Ambiente y Urbanismo y el Juzgado de Instrucción para incriminar a los acusados.

3. Resoluciones judiciales ante otros juzgados

3.1. Medida cautelar penal en el yacimiento islámico del jardín de San Esteban en Murcia

De especial relevancia social y ambiental, si bien en materia de patrimonio histórico, resulta el Auto de 9 de diciembre de 2009, del Juzgado de Instrucción número Uno de los de Murcia, que ordenó la “paralización de la extracción, almacenamiento y reubicación de los restos arqueológicos del Jardín de San Esteban, que fueron acordadas por la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales el 30 de noviembre de 2009”. Tal medida cautelar, que ha supuesto la evitación de un perjuicio irreparable en bienes arqueológicos de gran valor —una trama urbana de un barrio andalusí de los siglos XII y XIII con un complejo palatino y mezquitas— se produjo merced a denuncia del Fiscal de Medio Ambiente y Urbanismo por la presunta comisión de delitos contra el patrimonio histórico (artículos. 322 a 324 del Código Penal), que a su vez le fueron denunciados a aquél por diversas asociaciones y ciudadanos agrupados en torno a una Plataforma cívica. La medida cautelar, que posteriormente analizaremos en su construcción jurídico-procesal, supuso la puesta en marcha de un operativo judicial sin precedentes por cuanto el mismo día el Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil y el Secretario Judicial se personaron en el yacimiento e impidieron la continuación de la extracción de restos que pretendía agilizar la ulterior construcción de

un parking subterráneo. Esta actuación judicial supuso un importante acicate para la defensa del yacimiento islámico y produjo que en pocas horas las autoridades regionales comunicaran el abandono del proyecto de construcción del parking dada la relevancia de los restos hallados.

La justicia cautelar, especialmente importante en los asuntos ambientales dado el potencial dañino de determinados proyectos y la irreparabilidad de los bienes colectivos en juego [en este caso construcciones andaluzas de tapial extremadamente frágiles—, mostró en este caso su potencialidad tuitiva en relación no sólo con la indemnidad del yacimiento sino con la eficacia en la aplicación de las normas de patrimonio histórico. Cuestión muy diferente a la actual hubiera sido la no adopción de medida cautelar y posterior condena por delitos contra el patrimonio histórico, que no hubiera servido para salvaguardar los bienes jurídicos protegidos. La titular del Juzgado, en una brillante resolución, fundamentó la adopción de la medida cautelar tanto en el genérico artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que busca la evitación de un perjuicio irreparable y la posibilidad de restaurar el daño, como en el artículo 339 del Código Penal que permite la adopción de cualquier medida cautelar tendente a proteger los bienes tutelados en el Título XVI, entre los que se incluyen los bienes del Patrimonio Histórico. A dichos presupuestos procesales la titular del Juzgado sumó los requisitos generales del *periculum in mora* y *fumus bonum iuris*, acreditados en la denuncia del Fiscal, el primero por la fragilidad del yacimiento y el segundo por la aplicación de la Ley Regional 4/2007, de Patrimonio Histórico, que incluye en éste a las zonas arqueológicas, permite la adopción de medidas cautelares incluso antes de la incoación de expediente de declaración de Bien de Interés Cultural solicitado por una asociación ciudadana defensora del patrimonio y exige que para decisiones como la de la reubicación de los restos hubiesen intervenidos órganos consultivos de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales. La orden de paralización de la extracción de los restos serviría para permitir una investigación judicial eficaz de los hechos denunciados y la obtención de los informes pertinentes, como el de diferentes expertos nombrados por la Jueza y citados para un reconocimiento judicial.

Posteriormente, y dado el abandono de los promotores de las obras y la autoridad regional del yacimiento, quedando este descubierto y sin vigilancia, este Auto fue complementado por otro de 14 de diciembre que explicitaba que el impedir la extracción no suponía ordenar la paralización de la excavación o cuantas acciones

fuera pertinentes para el descubrimiento de nuevos restos arqueológicos así como para la conservación y protección de los ya encontrados. Por ello la titular del Juzgado ordenó precisamente a la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales adoptar medidas de protección y conservación del yacimiento, mientras continúa la instrucción relativa a los hechos denunciados.

3.2. Derechos fundamentales y contaminación por olores ante el Juzgado Contencioso-administrativo de Cartagena

De especial interés en cuanto al procedimiento y a la materia resulta la sentencia 5/2010 de 15 de enero del Juzgado Contencioso número Uno de Cartagena en procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales interpuesto por tres vecinos del municipio de San Pedro del Pinatar frente a la inactividad de su Ayuntamiento para protegerlos de las emisiones olorríficas de una empresa dedicada a la fabricación de asfalto. Tanto el uso del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales como las cuestiones relacionadas con la contaminación por olores suponen novedades relativas en la práctica forense del Derecho Ambiental en Murcia.

En este caso la titular del Juzgado desestimó la demanda de los vecinos afectados que pedían que el Tribunal evaluase la lesión a derechos fundamentales a la integridad física (artículo 15 de la Constitución Española, CE), la intimidad familiar (art. 18.1) y la inviolabilidad del domicilio (art.18.2) derivada de la inactividad del Ayuntamiento de San Pedro tras numerosas denuncias en relación con sus deberes de protección e inspección ambiental, así como que condenase a éste a actuar y a indemnizar a los recurrentes. La tutela solicitada se basaba en la doctrina jurisprudencial reconocida en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 29 de mayo de 2003, que reconoce que “la tutela del domicilio incluye la de los atentados ambientales que dificulten gravemente su normal disfrute”, haciéndose eco del precedente del “Caso López Ostra” ante la Corte Europea de Derechos Humanos”, a su vez recogida en otras sentencias citadas por la Juzgadora como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 1 de junio de 1999 (recurso 728/1998), la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 12 de mayo de 1999 (recurso 2105/1998) y la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2001. El uso de otros derechos fundamentales y humanos para la protección del derecho a un medio ambiente sano,

desacertadamente reducido a un papel de principio rector, ha sido uno de los mayores logros de la defensa de la calidad de vida y es plenamente acogido en tribunales de todo el planeta.

La titular del Juzgado acude sin embargo a comprobar si la empresa cuya actividad resulta molesta para los vecinos ostenta los debidos permisos administrativos para su funcionamiento y si cumple con las condiciones impuestas en los mismos y descubre que existe numerosa documentación que afirma que la empresa ostenta diferentes permisos ambientales y que aparentemente cumple con todas las obligaciones derivadas de la normativa ambiental aplicable.

Por otro lado cuestiona la prueba pericial de medición de olores —la Olfatometría de campo, una *rara avis* en los procesos ambientales— por cuanto el instrumento medidor no está calibrado ni certificado por ninguna autoridad española, que la titular del Juzgado entiende debió ser el Consejo Superior de Metrología.

El comentario a la sentencia lo ceñiremos a la afirmación de que la vulneración o conformidad con la normativa ambiental, así como la ostentación de autorizaciones ambientales, resulta intrascendente, pues el procedimiento se debe limitar a comprobar si se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se reclama, independientemente de que haya o no incumplimientos de otro tipo e independientemente de que la mercantil cuente con las pertinentes licencias y/o autorizaciones. No existe en España regulación alguna que imponga unos determinados niveles de olores con carácter genérico. La jurisprudencia tanto civil como contencioso-administrativa es clara al desvincularla posesión de licencias de la posible vulneración de derechos fundamentales. Especial atención merece en este sentido la sentencia 92/2001 TSJ de Murcia, Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 21 de febrero (Ponente: Abel Ángel Sáez Domenech) que afirma que “de darse la violación del derecho fundamental invocado, no se debería a la inexistencia de dicha licencia o a la falta de tramitación de dicho procedimiento, sino a la existencia en sí de la instalación y a los malos olores que produce sobre las viviendas de los actores, con independencia de que se haya concedido o no dicha licencia (podría existir la licencia y darse la violación del derecho fundamental alegada)”.

4. Resolución del Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus frente al Gobierno español y al Ayuntamiento de Murcia

El 18 de diciembre de 2009 el Comité de Cumplimiento del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y al acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998, dictaminó que el Estado español, que había ratificado el Tratado el quince de diciembre de 2004 (*BOE*, de 16 de febrero de 2005) había incumplido las obligaciones impuestas en el Convenio de Aarhus por actuaciones concretas de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia, normas autonómicas en materia de ordenación del territorio que habían impedido el acceso a la información y la participación del público así como por decisiones concretas del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que, en base al ordenamiento jurídico procesal, no habían garantizado un acceso efectivo a la justicia.

Las conclusiones y resoluciones se deben a una comunicación presentada en mayo de 2008 por la Asociación de Vecinos Senda de Granada Oeste, asesorada por la Asociación para la Justicia Ambiental, y que ha supuesto el primer caso español que se ha beneficiado de este mecanismo participativo de cumplimiento del que se dotó el Convenio de Aarhus, y que servirá como referente no sólo en Murcia, sino en todo el ámbito de aplicación del Convenio, dada la función hermenéutica del Comité. Asimismo se han impuesto determinadas recomendaciones al Estado español, algunas de ellas ejemplarizantes, cuyo cumplimiento será exigido por el Comité antes del próximo encuentro de las Partes del Convenio.

El contexto de la comunicación proviene de la reclasificación de terrenos de la Huerta tradicional de Murcia para la construcción de una urbanización sin la realización de evaluación ambiental y sin participación alguna del público, por cuanto todo se decidió en un convenio urbanístico que determinó la posterior modificación del planeamiento municipal. Cuando la asociación de vecinos pretendió ejercer los derechos del Convenio de Aarhus ante la Gerencia de Urbanismo se encontró con numerosos obstáculos y una actitud contraria al fomento de la participación y el acceso a la información por parte de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia. Una vez en la jurisdicción contencioso-administrativa, los procesos se eternizaron, la solicitud de una medida cautelar requirió el transcurso de casi un año y además se impusieron costas ante la denegación de la misma, lo que impidió una adecuada tutela judicial.

Lo que la asociación vecinal pudo demostrar ante el Comité de Cumplimiento es que pese a la ratificación del Convenio y su inclusión formal en el ordenamiento directamente y a través de la Ley 27/2006, de 18 de julio y la transposición de las Directivas comunitarias que se derivan del Convenio de Aarhus, en la práctica de esta Administración local y en la materia de acceso a la justicia, los derechos que otorgaba el Tratado internacional no estaban plenamente garantizados en España.

El caso¹ sirve además para mostrar la potencialidad del Convenio de Aarhus como Tratado abierto al público en relación a la implementación del mismo y como instancia a la que los ciudadanos pueden acudir para mejorar la aplicación de aquél en los Estados parte y favorecer la democracia ambiental y la transparencia, tan necesarias en el ámbito de lo urbanístico. Actualmente el Comité recibe comunicaciones de ciudadanos de todo el espacio de la Comisión Económica para Europa, incluso frente a la Unión Europea que también ratificó el Tratado, y hay una segunda comunicación frente al Estado español por falta de acceso a la información en Almendralejo (Extremadura).

El procedimiento fue relativamente sencillo y ágil, por cuanto las comunicaciones entre el Comité y los comunicantes fueron fluidas, si bien la falta de respuesta de los representantes del Estado español y su no comparecencia en la audiencia celebrada en Ginebra el 1 de abril de 2009, supusieron un anormal situación que fue corregida mediante la incorporación posterior de la representación estatal, que negó los hechos afirmados, si bien el Comité apercibió en su Resolución al Estado en su resolución para que colaborase en lo sucesivo en la credibilidad y eficacia del mecanismo de cumplimiento.

Entre las conclusiones podemos destacar que:

“1. El Comité concluye que como consecuencia de que una autoridad pública haya ignorado una solicitud de acceso a la información ambiental por un período de tres meses desde la presentación de aquélla, al no proveer de la información requerida en el formato solicitado —soporte digital frente a soporte papel—, sin dar motivación alguna y al imponer un coste no razonable a las copias de los documentos —2,05 euros por fotocopia—, España no cumplió con el artículo 4, apartados 1(b), 2 y 8 del Convenio.

¹ Referenciado como ACCC/C/2008/24 y disponible íntegramente en <http://www.unece.org/env/pp/compliance/Compliance%20Committee/24TableSpain.htm>.

2. El Comité concluye que como consecuencia de que una autoridad pública haya establecido un plazo de 20 días durante las vacaciones de Navidad para que el público examinase una documentación y realizase alegaciones al Proyecto de Urbanización de la Unidad de Actuación 1, España ha incumplido con los requisitos del artículo 6, apartado 3º del Convenio, referidos a su vez en el artículo 7.

3. El Comité considera que la carencia del sistema español de acceso a la justicia para proveer de recursos adecuados y efectivos, como se ha demostrado en este caso, constituye una violación del artículo 9, apartado 4 del Convenio. Además, si la tendencia mostrada en los Tribunales de apelación en España en relación a las costas, esto también constituiría un situación de incumplimiento del artículo 9, apartado 4º”.

Posteriormente el Comité recomienda al Gobierno de España:

“1. Que tome las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas así como las disposiciones prácticas necesarias para asegurar que:

A. Sólo se exija el coste razonable, equivalente al precio de una fotocopia en papel o el soporte electrónico (CD/DVD), cuando se provea de información ambiental al público, bien sea en el nivel estatal, regional o local, lo que significa medidas que impliquen la revisión de las Tasas por Servicio Público del Ayuntamiento de Murcia;

B. La información ambiental requerida sea atendida lo más pronto posible y como máximo un mes desde que aquélla sea solicitada, salvo que el volumen y la complejidad de la información justifiquen una tardanza de hasta dos meses desde la solicitud; además la legislación referida a la información ambiental debe proveer de un procedimiento fácil y específico que pueda iniciarse ante la falta de respuesta a una solicitud;

C. Haya claridad en los requisitos que se impongan para informar al público de los procedimientos de toma de decisión, de una manera adecuada, temprana y efectiva, informando a las autoridades de que la celebración de acuerdos o convenios relevantes para el Convenio que determinen decisiones sin participación del público puede contravenir el artículo 6 del Convenio – referido a los convenios urbanísticos.

D. Se realice un estudio acerca de cómo se está desarrollando el artículo 9.4 en los Tribunales de apelación en España; y si el caso demostrase que la práctica general

no está en consonancia con las provisiones del Convenio, se adopten medidas apropiadas para estarlo.

E. Los procedimientos de participación del público deben incluir plazos razonables para las diferentes fases permitiendo que el público tenga suficiente tiempo para preparar una participación efectiva, teniendo en cuenta que los períodos vacacionales impiden aquélla; debido a la complejidad y a la necesidad de acudir a expertos, la legislación urbanística debe ser revisada para ampliar los plazos de 20 días de acuerdo con las conclusiones del Comité;

F. Debe haber procedimientos y recursos adecuados, rápidos y efectivos, incluyendo la adopción de medidas cautelares y de reparación, que sean claros, equitativos y que no tengan un coste prohibitivo disponibles para el público en la primera y en la segunda instancia de los tribunales administrativos, en asuntos ambientales y

2. Debe desarrollar un programa de capacitación y proveer de cursos de formación en el desarrollo del Convenio de Aarhus a las autoridades estatales, regionales y locales responsables de las competencias relacionadas con el Convenio, incluyendo a las Comisiones Provinciales que garantizan la asistencia jurídica gratuita, jueces, fiscales y abogados; así como desarrollar programas que difundan y conciencien sobre los derechos para el público que establece el Convenio”.

Sumari: 1. Jurisprudència administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Regió de Múrcia. 1.1. Jurisprudència en matèria sancionadora. 1.2. Resolució judicial en matèria de mesures cautelars. 2. Jurisprudència penal de l'audiència provincial de Múrcia.

L'examen de la jurisprudència ambiental del període objecte de la crònica als tribunals amb seu a la Regió de Múrcia ens porta a analitzar fonamentalment les resolucions judicials dictades pel que fa als afers tramitats davant la Sala Contenciosa del Tribunal Superior de Justícia, complementades amb sentències de la Sala Penal de l'Audiència Provincial o bé dels jutjats contenciosos i penals. Finalment, per l'interès jurídic ambiental i atesa la rellevància estatal i internacional, farem referència al resultat de la comunicació d'autoritats locals i regionals murcianes per incompliment del Conveni d'Aarhus, presentada davant el Comitè de Compliment.

1. Jurisprudència administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Regió de Múrcia

L'anàlisi de l'activitat jurisdiccional a la Sala Contenciosa projecta constants en les qüestions ambientals que han accedit a la justícia que, segons el nostre parer, podrien no tenir un valor hermenèutic especial de les disposicions administratives ambientals però que mostren una realitat amb relació a determinades qüestions de la pràctica del dret ambiental que se sotmeten a revisió jurisdiccional. De l'estudi de la jurisprudència de l'any 2009 se'n desprèn que la Sala, d'una banda, s'ha ocupat majoritàriament de la impugnació de sancions imposades per les autoritats amb competències ambientals i, de l'altra, de recursos davant dels actes desfavorables que es concreten en la denegació de subvencions a l'agricultura ecològica. En l'últim període, aquesta temàtica reiterada es complementa amb qüestions urbanístiques a la costa, de les quals en ressaltarem les vicissituds de la mesura cautelar imposada en el cas de Puerto Mayor a La Manga del Mar Menor.

1.1. Jurisprudència en matèria sancionadora

Pel que fa a l'activitat punitiva de la Confederació Hidrogràfica del Segura, les sentències 1144/2009, de 28 de desembre, de la Secció Segona (ponent: Abel Ángel Sánchez Doménech) i 1181/2009, de 30 de desembre, també de la Secció Segona (ponent: Ascensión Martín Sánchez), declaren la improcedència de sancions per

abocaments al llit públic d'aigües residuals sense depurar, que s'han imposat als ajuntaments d'Àguilas (recurs 559/2005) i Mazarrón (recurs 480/2005) respectivament, per causes imputables a la tramitació del procediment sancionador per part de la Confederació Hidrogràfica del Segura. En aquests pronunciaments s'esmenten altres resolucions judicials que anul·laven sancions a altres ajuntaments per les mateixes causes —Albudeite, Ceutí, Moratalla i Caravaca, aquest últim mitjançant la Sentència 245/2009, de 18 de març—, la qual cosa ens permet deduir que hi ha un problema ambiental generalitzat: la falta de control municipal dels abocaments d'aigües residuals malgrat ser competència local. Davant aquesta situació, es produeix una reacció repressiva de l'organisme de conca que pretén sancionar els ajuntaments competents utilitzant el títol de *culpa in vigilando*, d'acord amb la jurisprudència anterior de la mateixa Sala (Sentència 203/2003, de 28 de març), però que, per defectes de prova, és insuficient, com ho mostra el fet que finalment els ajuntaments eviten pagar la sanció, d'altra banda irrisori, sense que la implantació efectiva del sistema de depuració consti en les interlocutòries. En la Sentència de 30 de desembre s'afirma que l'Ajuntament de Mazarrón addueix “que treballa per tenir una EDAR model”, sense que se n'anomeni cap en el procediment sancionador ni en la sentència de l'incompliment eventual de les directives comunitàries en la matèria.

Ambdues sentències, que remeten a altres anteriors, amb marcat caràcter revisor, tenen un contingut jurídic primordialment sancionador i basen la improcedència de les sancions en la vulneració del principi de tipicitat per l'absència de presa de mostres que revelin la superació dels límits del Reglament de domini públic hidràulic i la falta d'acreditació de danys al domini públic hidràulic, la qual cosa suposa indefensió per als ens municipals sancionats per la manca d'oportunitat a contradir l'existència de l'abocament contaminant.

L'interès que susciten aquestes resolucions judicials ens remet a la qüestió de l'eficàcia administrativa per exigir el compliment de les normes ambientals, en aquest cas per part de la Confederació Hidrogràfica del Segura en un tema tan rellevant com l'abocament d'aigües residuals sense depurar als llits públics, exhaurits àmpliament els terminis que concedeixen les normes europees per instal·lar depuradores. Un cop superada la situació generalitzada de tolerància, com ho acrediten les múltiples denúncies ciutadanes i les instruccions penals que s'han tramitat amb relació a municipis com Múrcia, Alcantarilla, Molina de Segura i Lorca, sembla que s'evidencia una repressió ineficient

per part de l'òrgan de conca. Els defectes al·legats pels Ajuntaments i assumits per la Sala com a motiu per invalidar les sancions són tan bàsics pel que fa a la tècnica sancionadora que és difícil entendre com la Comissaria d'Aigües no ha comprovat ni documentat fefaentment l'entitat dels abocaments i el dany al domini públic hidràulic si, a més a més, des de fa anys, la Sala s'ha exigit tals requisits, d'altra banda a l'abast de qualsevol jurista i presents en qualsevol instrucció penal.

En el mateix exercici també és preocupant la declaració de nul·litat de sancions a empreses químiques de reconeguda conflictivitat ambiental en les sentències 187/2009, de 27 de febrer i 207/2009, de 13 de març, per les mateixes causes que les adduïdes pels ajuntaments, la qual cosa suscita la necessitat que l'organisme de conca revisi l'exercici de la potestat sancionadora de cara a mesurar-ne l'efectivitat en la defensa del domini públic hidràulic i en la efectiva implantació de tractament depuratiu per a les aigües residuals.

La Sentència 1040/2009, d'11 de desembre, de la Secció Primera (ponent: María Esperanza Sánchez de la Vega) ens mostra, en una matèria similar, ja que es tracta d'un procediment sancionador en matèria ambiental, una diferent ventura de la impugnació perquè la Sala confirma la resolució sancionadora de la Direcció General de Qualitat Ambiental de l'anterior Conselleria d'Agricultura, Aigua i Medi Ambient. En aquest cas, es tractava d'una empresa constructora que havia començat una activitat minera sense llicència d'activitat ni declaració d'impacte ambiental favorable i que havia estat denunciada per la Guarderia Forestal, per la qual cosa l'autoritat ambiental l'havia sancionada convenientment, incloent la mesura de restauració dels terrenys afectats. Els arguments per impugnar la sanció adduïts per l'empresa, i basats en l'absència d'acusació, la necessitat d'una nova proposta de resolució després de variar la pena inicial i la desproporció de la sanció són rebutjats de ple per la Sala, un cop acreditada en l'expedient la clandestinitat de l'activitat i la tramitació de l'expedient sancionador, per la qual cosa la modificació de la pena es deu a la graduació de la sanció sense necessitat de cap proposta de resolució. La Sala en rebutja la desproporció, interpretant que hi ha el requisit de la gravetat, concretat que "l'extracció a cel obert d'àrids, implica perill per al medi ambient, per la qual cosa, si no hi ha cap avaluació anterior, tampoc no es pot adoptar cap mesura correctora respecte d'això, amb tot el que això suposa per a l'hàbitat de la zona que en resulti afectada així com per a l'atmosfera que igualment es veu contaminada." Aquest concepte de gravetat, basat no només en la perillositat de

l'activitat ni en el seu impacte en el medi natural, sinó en l'absència de mesures correctores després de l'avaluació d'impacte ambiental pertinent, suposa el coneixement profund del sentit de l'avaluació ambiental i ofereix un criteri jurisprudencial per graduar les sancions.

1.2. Resolució judicial en matèria de mesures cautelars

La interlocutòria de la Secció Primera de la Sala, de 13 d'octubre de 2009, referida al cas de Puerto Mayor és especialment rellevant per la seva transcendència. Aquesta resolució judicial desestima el recurs de súplica interposat per l'advocacia de l'Estat enfront de la interlocutòria de 21 d'octubre de 2008, que va autoritzar la continuació de les obres de conservació del que s'havia construït d'acord amb la mesura cautelar de suspensió parcial del projecte del port esportiu a La Manga del Mar Menor adoptada mitjançant la interlocutòria de 17 de juny de 2005 i posteriorment confirmada per la Secció Cinquena del Tribunal Suprem mitjançant la Sentència de 23 de gener de 2008 (recurs 7620/2005, ponent: Rafael Fernández Valverde). La col·lisió d'interessos entre diferents administracions i d'aquestes, al seu torn, amb la d'organitzacions de defensa de la natura en un espai d'alt valor ambiental justifiquen el seguiment en l'esdevenir processal d'aquest cas.

L'avanç del procediment en la via contenciosa administrativa suposa una complexitat més gran d'aquest afer sobre el qual es va desencadenar un conflicte de competències a la costa per l'oposició social al projecte, a la part menys construïda de La Manga del Mar Menor, al costat de llocs d'importància comunitària i praderies de poseidonia oceànica: l'autorització per construir aquest port esportiu es remunta a l'any 1975 i es va prorrogar mitjançant la resolució de 16 de desembre de 1988 del director general de Carreteres, Canals i Ports de la Comunitat de l'Autònoma de la Regió de Múrcia, que va exigir, a més a més, l'avaluació d'impacte ambiental. En aquests anys, especialment el 1988 i el 2001, un cop tramitada l'EIA, es van afegir al projecte obres noves que la mesura cautelar va suspendre per l'absència de l'informe preceptiu de la Demarcació de Costes de l'Estat. La mesura cautelar adoptada el 2005 no només era parcial sinó indeterminada, ja que no va especificar quines obres es trobaven realment suspeses, cosa que s'ha concretat després de l'aportació a la peça separada de mesures cautelars d'un informe pericial de 21 d'octubre de 2008, modificat posteriorment en altres

informes de 19 de setembre de 2008 i de 29 de juliol de 2009. Organitzacions de defensa de la natura com l'Associació de Naturalistes del Sud-est i Greenpeace, que amb diferents accions de protesta van forçar la petició de mesura cautelar per part del Ministeri de Medi Ambient el 2005, van posar en dubte l'objectivitat del perit autor dels informes esmentats, que han recusat en un altre procediment judicial paral·lel, perquè aquell havia realitzat treballs per a la Comunitat Autònoma de la Regió de Múrcia en altres ports esportius conflictius com en el de Pormán i el de Marina de Cope.

El recurs de súplica interposat per l'advocacia de l'Estat es va basar que la realització de les obres faria perdre la finalitat legítima al recurs —fonamentat en la inviabilitat del port esportiu pels seus impactes ambientals no analitzats el 1975—, en què es modificava la mesura cautelar que incomplia el mandat de l'article 132 de la llei de la jurisdicció contenciosa administrativa que requeria esperar la sentència ferma, en què es causaria un dany irreversible als hàbitats protegits i a la llacuna del Mar Menor, i que s'estaven autoritzant obres que anaven més enllà de la mera conservació de la part construïda. La interlocutòria de la Sala rebutja les argumentacions de l'advocat de l'Estat, ja que considera que la mesura cautelar és parcial, que els danys ambientals que s'addueixen com a resultat de les obres que s'autoritzen ja es van produir decennis abans segons el que afirma el perit en l'informe i que no s'ha produït cap modificació de la mesura cautelar perquè només s'autoritzen obres tendents a conservar-la part construïda, si bé algunes de les obres esmentades són fruit de modificacions al projecte introduïdes el 2001 gràcies a la declaració d'impacte ambiental de 9 de maig de 2000. Aquesta interlocutòria no ha adquirit fermesa, atès que l'advocacia de l'Estat l'ha recorreguda en cassació davant el Tribunal Suprem.

2. Jurisprudència penal de l'audiència provincial de Múrcia

Durant el període de la crònica que ens ocupa, la Secció Tercera de l'Audiència Provincial de Múrcia ha dictat una sentència rellevant que confirma la tercera condemna per delictes ecològics en la variant d'emissió de sorolls, i després de la qual s'ha de produir l'ingrés a la presó dels titulars d'un establiment de bar de la població d'Archena. Després d'uns quants anys de sotsobre inicial a la jurisdicció penal per al coneixement de casos relacionats amb el soroll, la Sentència de la Sala Segona del Tribunal Suprem de 24 de febrer de 2003 (ponent: Carlos Granados Pérez) va suposar la

confirmació de la necessitat d'arribar al dret penal en els casos més greus que suposaven danys a la salut dels afectats i que provenien de la ineficàcia de les normes administratives per adequar l'activitat als nivells permesos.

La Sentència de l'Audiència Provincial 34/2010, de 15 de febrer (ponent: Juan de l'Olmo Gálvez), desestima els recursos d'apel·lació interposats pels condemnats contra la Sentència de 29 d'abril de 2009 del Jutjat Penal núm. 5 de Múrcia. Aquesta resolució que reconeix que “la situació de contaminació acústica permanent i continuada, que va suposar un autèntic calvari en les vides de les persones perjudicades de forma permanent” havia tingut com a resultat diverses patologies psiquiàtriques, com insomni produït per trauma acústic, síndrome ansiosa depressiva i quadre depressiu crònic, va condemnar els autors criminalment responsables d'un delictes contra el medi ambient, a la pena de dos anys i sis mesos de presó, a la inhabilitació especial per exercir el dret de sufragi passiu, a catorze mesos de multa amb una quota diària de 6 euros i a la inhabilitació especial per a la professió o l'ofici relacionat amb bar-cafeteria o local obert al públic amb música pel temps de dos anys, a clausurar el local durant un període de quatre anys i a pagar les costes. Així mateix va obligar a indemnitzar els perjudicats amb 10.000 euros cadascun.

Els recursos d'apel·lació presentats es van basar en l'existència d'errors en l'apreciació i la valoració de les proves, en l'aplicació indeguda de les normes legals, en la valoració errònia dels danys —ja havien estat rescabats gràcies a altres procediments—, en la inaplicació del principi *in dubio pro reo*; i també es va insistir al Govern en la sol·licitud d'indult parcial.

L'Audiència va rebutjar els motius del recurs per raons diverses: d'una banda, va considerar que la prova havia estat prolixa i plural, ja que s'havien presentat nombrosos documents —denúncies, actes sobre comprovacions sonomètriques als domicilis dels perjudicats— ratificats per la Policia Local, l'enginyer de l'Ajuntament i els perjudicats, que havien presentat més de 38 denúncies i fins i tot havien informat els acusats de les molèsties que patien. Aquestes proves van determinar el focus del soroll al local, tenint en compte el context ocasional de festes patronals i l'existència d'altres establiments amb música.

Davant l'argument que les actes dels set expedients sancionadors administratius previs no havien respectat les garanties que exigeix l'ordenança de sorolls de l'Ajuntament

d'Archena, relatives al lliurament de còpies a la part denunciada i a les característiques tècniques del sonòmetre, l'Audiència va fer una argumentació impecable de l'accessorietat administrativa present en els delictes mediambientals, aplicada, al seu torn, al camp de la prova:

“Els recurrents s’han oblidat que no ens trobem en la via administrativa, i que les actes (en la seva formalitat) no constitueixen l’única base en què es fonamenta la valoració penal i l’acreditació del tipus penal, d’aquí ve que qüestions relatives a la notificació o no en temps de les actes que s’han aixecat, no obsta per dotar de valor el resultat de l’aparell tècnic utilitzat, les apreciacions dels agents policials, les testificals dels denunciants, el testimoni del tècnic municipal, etc. La tipificació penal, basada òbviament en la remissió a la previsió administrativa amb vista als extrems d’emissions de soroll autoritzades o no autoritzades (certesa de la norma penal), és l’exigència ineludible, en el sentit que els sorolls no trobin empara en una norma habilitant (intensitat dels mateixos), i s’ha vist complerta en aquest cas, des del moment que l’ordenança municipal d’Archena estableix uns límits de decibels que han estat superats”.

Amb relació a l’aplicació indeguda de preceptes legals, l’Audiència afirma que “la comissió d’un delicte de l’article 325 del Codi penal és doctrina jurisprudencial reiterada, quan es manifesta amb emissions sorolloses, quan genera un resultat lesiu o menyscabava la salut psíquica dels afectats ha de merèixer una resposta sancionatòria pel resultat lesiu, que és de falta o de delicte segons si les malalties patides han necessitat o no tractament mèdic”. En l’al·legació d’inexistència de frau l’Audiència remet a la Sentència de l’Audiència Provincial de Barcelona, Secció Vint-i-unena, de 2 de gener de 2009 (ponent: Birulés i Beltrán), que assenyala:

“A mesura que analitza la STS 24.02.2003 esmentada, l’element subjectiu del que és injust s’integra pel coneixement del risc greu originat per la conducta activa o omissiva del pronunciat/da, en una gamma que va des de la intencionalitat pura a causar l’efecte fins al frau eventual segons el nivell de representació de la probabilitat alta que es produís aquesta greu situació de perill”.

El frau es va acreditar en l’afer per les circumstàncies que dues de les acusades eren cambres en un altre establiment denunciat i clausurat prèviament i tenien un sistema per evitar els controls de la Policia Local. Com afirma la sentència esmentada de l’Audiència Provincial de Barcelona: “d’acord amb la redacció actual del vigent tipus penal d’article 325 CP, ens trobem davant un delicte que no és de pròpia mà, és a dir,

que exclogui la possibilitat de coautoría o autoría mediata, ja que d'acord amb l'assentada doctrina del Tribunal Suprem, l'aspecte decisiu de la imputació típica no és el moviment corporal de l'operador dels aparells, sinó la infracció dels deures legals i reglamentaris que incumbeixen al titular”.

Amb relació a la valoració del dany, l'Audiència descarta que els denunciants puguin considerar-se rescabats per indemnitzacions prèvies per un altre procediment penal, per la pervivència dels sorolls, o per algun altre procediment contenciós administratiu, perquè atenia una altra via d'anàlisi i de criteris aplicatius. Així mateix, “davant la falta de criteris del Jutjat Penal que determinin la indemnització, l'Audiència considera que el període temporal d'incidència ha comprès gairebé quatre anys —significativament ampli—, que segons l'edat dels perjudicats el patiment no només ha estat estrictament físic i psicològic (tractament durant dos anys, dependència a psicofàrmacs, que tot i que n'ha desaparegut la causa motivadora de la ingesta —els sorolls— els obliguen a ingerir-los per poder dormir), sinó rellevantment limitador de la qualitat de vida i de les expectatives en els últims anys de vida, la qual cosa és un plus d'agreujament afegit”, justifiquen que la quantitat no sigui desorbitada o desproporcionada.

Donada la prova plural i incriminatòria, l'Audiència exclou tot dubte racional i impedeix aplicar el principi *in dubio pro reo* i la no-estimació de l'indult.

Aquesta sentència suposa que els condemnats han d'ingressar a la presó perquè no poden beneficiar-se de cap avantatge, exhaurits els dos anys de pena privativa de llibertat, i que han d'abonar quantitats als perjudicats. Condemna que va suposar un esdeveniment mediàtic regional i que, en virtut del principi de prevenció general, dissuadirà molts ciutadans i especialment propietaris de bars-cafeteries de cometre aquests delictes, cosa que, al seu torn, evitarà el calvari de molts veïns. Aquesta dissuasió potser serà més efectiva que la que van provocar les sentències de responsabilitat patrimonial que condemnaven els ajuntaments que deixaven la feina inspectora en matèria de sorolls, perquè complementa la persecució d'aquestes conductes. Al mateix temps, aquesta sentència estableix diversos elements importants d'interpretació amb relació als “delictes ambientals acústics” —quant a la prova, l'engany i la relació amb les normes administratives— i reflecteix l'actuació cuidada i efectiva del fiscal de Medi Ambient i Urbanisme i del Jutjat d'Instrucció per incriminar els acusats.

3. Resolucions judicials davant altres jutjats

3.1. Mesura cautelar penal al jaciment islàmic del jardí de San Esteban a Múrcia

D'especial rellevància social i ambiental, si bé en matèria de patrimoni històric, és la interlocutòria de 9 de desembre de 2009, del Jutjat d'Instrucció núm. 1 de Múrcia, que va ordenar la “paralització de l'extracció, l'emmagatzemament i la reubicació de les restes arqueològiques del jardí de San Esteban, que va acordar la Direcció General de Belles Arts i Béns Culturals el 30 de novembre de 2009”. Aquesta mesura cautelar, que ha suposat evitar perjudicis irreparables en béns arqueològics de gran valor —la trama urbana d'un barri andalusí dels segles XII i XIII amb un palatí complex i mesquites—, es va produir gràcies a la denúncia del fiscal de Medi Ambient i Urbanisme per la presumpta comissió de delictes contra el patrimoni històric (articles 322 a 324 del Codi penal), que, al seu torn, li van ser denunciats per diverses associacions i ciutadans agrupats entorn d'una plataforma cívica. La mesura cautelar, que posteriorment analitzarem en la construcció juridicoprocessal, va suposar la posada en marxa d'un operatiu judicial sense precedents, perquè el mateix dia el Servei de Protecció de la Natura de la Guàrdia Civil i el secretari judicial van presentar-se al jaciment i van impedir continuar l'extracció de restes que pretenia agilitar la ulterior construcció d'un pàrquing subterrani. Aquesta actuació judicial va suposar un esperó important per defensar el jaciment islàmic i va fer que en poques hores les autoritats regionals comunicessin l'abandonament del projecte de construcció del pàrquing atesa la rellevància de les restes trobades.

La justícia cautelar, especialment important en els afers ambientals, atès el potencial perjudicial de determinats projectes i la irreparabilitat dels béns col·lectius en joc —en aquest cas, construccions andalusines de tàpia extremadament fràgil—, va mostrar, en aquest cas, la potencialitat tuitiva amb relació no sols amb la indemnitat del jaciment, sinó amb l'eficàcia a aplicar les normes de patrimoni històric. Una qüestió molt diferent de l'actual hagués estat la no-adopció de la mesura cautelar i la posterior condemna per delictes contra el patrimoni històric, que no hagués servit per salvaguardar els béns jurídics protegits. La titular del Jutjat, en una resolució brillant, va fonamentar l'adopció de la mesura cautelar tant en el genèric article 13 de la llei d'enjudiciament criminal, que cerca evitar un perjudici irreparable i la possibilitat de restaurar el dany, com en l'article 339 del Codi penal, que permet adoptar qualsevol mesura cautelar tendent a protegir els béns tutelats en el títol XVI, entre els quals s'inclouen els béns del patrimoni

històric. A aquests pressupòsits processals la titular del Jutjat hi va sumar els requisits generals del *periculum in mora* i *fumus bonum iuris*, acreditats en la denúncia del fiscal, el primer per la fragilitat del jaciment i el segon per l'aplicació de la Llei regional 4/2007, de patrimoni històric, que inclou les zones arqueològiques, permet adoptar mesures cautelars fins i tot abans d'incoar l'expedient de declaració de bé d'interès cultural sol·licitat per una associació ciutadana defensora del patrimoni, i exigeix que per a decisions com la de reubicar les restes hagin d'intervenir òrgans consultius de la Direcció General de Belles Arts i Béns Culturals. L'ordre de paraitzar l'extracció de les restes havia de permetre una investigació judicial eficaç dels fets denunciats i obtenir els informes pertinents, com el de diferents experts nomenats per la jutgessa i citats per al reconeixement judicial.

Posteriorment, i atès que els promotors i l'autoritat regional del jaciment van abandonar les obres, i havent quedat el jaciment descobert i sense vigilància, aquesta interlocutòria es va complementar amb un altra de 14 de desembre, que explicitava que impedir l'extracció no suposava ordenar la paraització de l'excavació o totes les accions que fossin pertinents per descobrir noves restes arqueològiques així com per conservar i protegir les que ja s'havien trobat. Per això, la titular del jutjat va ordenar precisament a la Direcció General de Belles Arts i Béns Culturals adoptar mesures per conservar i protegir el jaciment mentre continua la instrucció relativa als fets denunciats.

3.2. Drets fonamentals i contaminació per olors davant el Jutjat Contenciós Administratiu de Cartagena

És especialment interessant, pel que fa al procediment i a la matèria, la Sentència 5/2010, de 15 de gener, del Jutjat Contenciós núm. 1 de Cartagena en procediment especial per protegir drets fonamentals, interposat per tres veïns del municipi de San Pedro del Pinatar enfront de la inactivitat de l'Ajuntament per protegir-los de les emissions d'olors d'una empresa dedicada a la fabricació d'asfalt. Tant l'ús del procediment especial per protegir drets fonamentals com les qüestions relacionades amb la contaminació per olors suposen novetats relatives en la pràctica forense del dret ambiental a Múrcia.

En aquest cas, la titular del Jutjat ha desestimat la demanda dels veïns afectats que demanaven que el Tribunal avalués la lesió a drets fonamentals a la integritat física

(article 15 de la Constitució espanyola, CE), la intimitat familiar (art. 18.1) i la inviolabilitat del domicili (art.18.2) derivada de la inactivitat de l'Ajuntament de San Pedro després de nombroses denúncies amb relació als seus deures de protecció i inspecció ambiental, i que el condemnes a actuar i a indemnitzar els recurrents. La tutela sol·licitada es basava en la doctrina jurisprudencial reconeguda en la Sentència del Tribunal Suprem, Sala Tercera, de 29 de maig de 2003, que reconeix que “la tutela del domicili inclou la dels atemptats ambientals que en dificultin greument el gaudi normal”, fent-se ressò del precedent del “cas López Ostra” davant la Cort Europea de Drets Humans, al seu torn recollida en altres sentències esmentades per la jutjadora com la sentència del Tribunal Superior de Justícia de València d'1 de juny de 1999 (recurs 728/1998), la del Tribunal Superior de Justícia de Castella-la Manxa de 12 de maig de 1999 (recurs 2105/1998) i la sentència del Tribunal Constitucional de 24 de maig de 2001. L'ús d'altres drets fonamentals i humans per protegir el dret a un medi ambient sa, desencertadament reduït a un paper de principi rector, ha estat un dels èxits més grans de la defensa de la qualitat de vida, i és plenament acollit en els tribunals de tot el planeta.

No obstant això, la titular del Jutjat es presenta a comprovar si l'empresa l'activitat de la qual molesta als veïns té les llicències administratives corresponents i si compleix les condicions imposades. Descobreix que hi ha força documentació que afirma que l'empresa té diferents llicències ambientals i que aparentment compleix totes les obligacions derivades de la normativa ambiental aplicable.

D'altra banda, qüestiona la prova pericial de mesurament d'olors —l'olfatometria de camp, una *rara avis* en els processos ambientals —, ja que l'instrument mesurador no està calibrat ni certificat per cap autoritat espanyola, que, en tot cas, la titular del Jutjat considera que hauria de ser el Consell Superior de Metrologia.

El comentari de la sentència el cenyirem a l'afirmació que la vulneració o la conformitat amb la normativa ambiental, així com la tinença d'autoritzacions ambientals, és intrascendent, perquè el procediment s'ha de limitar a comprovar si s'ha produït cap vulneració dels drets fonamentals la protecció de la qual es reclama, independentment que hi hagi o no incompliments d'un altra mena i independentment que la mercantil tingui les pertinents llicències o autoritzacions. A Espanya no hi ha cap norma que imposi determinats nivells d'olors amb caràcter genèric. La jurisprudència tant civil com contenciosa administrativa és clara en desvincular la possessió de llicències de la

possible vulneració de drets fonamentals. Mereix especial atenció en aquest sentit la Sentència 92/2001 TSJ de Múrcia, Secció 2a de la Sala Contenciosa Administrativa, de 21 de febrer (ponent: Abel Ángel Sáez Domenech), que afirma que “si es viola el dret fonamental invocat, no es deu a la inexistència de la llicència ni perquè no s’ha tramitat el procediment, sinó a l’existència en si de la instal·lació i a les males olors que produeix als habitatges dels actors, amb independència que s’hagi concedit o no la llicència (podria existir la llicència i haver-hi la violació del dret fonamental al·legada)”.

4. Resolució del Comitè de Compliment del Conveni d’Aarhus davant del Govern espanyol i de l’Ajuntament de Múrcia

El 18 de desembre de 2009 el Comitè de Compliment del Conveni sobre l’accés a la informació, la participació del públic en la presa de decisions i a l’accés a la justícia en matèria de medi ambient, fet a Aarhus (Dinamarca), el 25 de juny de 1998, va dictaminar que l’Estat espanyol, que havia ratificat el tractat el 15 de desembre de 2004 (BOE de 16 de febrer de 2005), havia incomplert les obligacions imposades en el Conveni d’Aarhus per actuacions concretes de la gerència d’Urbanisme de l’Ajuntament de Múrcia, normes autonòmiques en matèria d’ordenació del territori que havien impedit l’accés a la informació i a la participació del públic per decisions concretes del Tribunal Superior de Justícia de Múrcia, que, basant-se en l’ordenament jurídic processal, no havien garantit l’accés efectiu a la justícia.

Les conclusions i les resolucions es deuen a la comunicació que al maig de 2008 va presentar l’associació de veïns Senda de Granada Oeste, assessorada per l’Associació per a la Justícia Ambiental, i que ha suposat el primer cas espanyol que s’ha beneficiat d’aquest mecanisme participatiu de compliment de què es va dotar el Conveni d’Aarhus, i que ha de servir com a referent no només a Múrcia, sinó en tot l’àmbit d’aplicació del Conveni, atesa la funció hermenèutica del Comitè. Així mateix, s’han imposat determinades recomanacions a l’Estat espanyol, algunes de les quals exemplaritzants, el compliment de les qual ha d’exigir el Comitè abans de la propera trobada de les parts del Conveni.

El context de la comunicació prové de reclassificar terrenys de l’Horta tradicional de Múrcia per construir una urbanització sense avaluació ambiental i sense participació del públic, ja que tot es va decidir en un conveni urbanístic que va determinar la posterior

modificació del planejament municipal. Quan l'associació de veïns va pretendre exercir els drets del Conveni d'Aarhus davant la gerència d'Urbanisme de l'Ajuntament de Múrcia, es va trobar amb nombrosos obstacles i una actitud contrària al foment de la participació i a l'accés a la informació. Un cop a la jurisdicció contenciosa administrativa, els processos es van eternitzar, la sol·licitud de la mesura cautelar va requerir el transcurs de gairebé un any i, a més a més, es van imposar costes davant la denegació, la qual cosa va impedir-ne l'adequada tutela judicial.

El que l'associació veïnal va poder demostrar davant el Comitè de Compliment és que malgrat la ratificació del Conveni i la seva inclusió formal directament en l'ordenament i a través de la Llei 27/2006, de 18 de juliol, i la transposició de les directives comunitàries que es deriven del Conveni d'Aarhus, en la pràctica d'aquesta Administració local i en la matèria d'accés a la justícia, els drets que atorgava el tractat internacional, a Espanya no es garantien plenament.

El cas² serveix, a més a més, per mostrar la potencialitat del Conveni d'Aarhus com a tractat obert al públic amb relació a la seva implementació i com a instància a què els ciutadans poden acudir per millorar l'aplicació en els estats part i afavorir la democràcia ambiental i la transparència, necessàries en l'àmbit urbanístic. Actualment, el Comitè rep comunicacions de ciutadans de tot l'àmbit de la Comissió Econòmica per a Europa, fins i tot enfront de la Unió Europea, que també va ratificar el tractat, i a Almendralejo (Extremadura) hi ha una segona comunicació davant de l'Estat espanyol per falta d'accés a la informació.

El procediment va ser relativament senzill i àgil, ja que les comunicacions entre el Comitè i els comunicants van ser fluides, si bé la falta de resposta dels representants de l'Estat espanyol i la no-compareixença a l'audiència realitzada a Ginebra l'1 d'abril de 2009, van suposar una situació anormal que va ser corregida mitjançant la incorporació posterior de la representació estatal, que va negar els fets afirmats, si bé el Comitè va advertir en la Resolució a l'Estat que col·laborés d'ara endavant en la credibilitat i en l'eficàcia del mecanisme de compliment.

Entre les conclusions podem destacar que:

² Amb referència ACCC/C/2008/24 i disponible íntegrament a <http://www.unece.org/env/pp/compliance/Compliance%20Committee/24TableSpain.htm>.

“1. El Comitè conclou que, com a conseqüència que una autoritat pública hagi ignorat una sol·licitud d'accés a la informació ambiental per a un període de tres mesos des de la seva presentació, com que no facilitava la informació requerida en el format sol·licitat —suport digital enfront de suport paper—, sense donar cap motivació i com que imposava un cost no raonable a les còpies dels documents — 2,05 euros per fotocòpia—, Espanya no va complir l'article 4, apartats 1(b), 2 i 8 del Conveni.

2. El Comitè conclou que, com a conseqüència que una autoritat pública hagi establert un termini de 20 dies durant les vacances de Nadal perquè el públic examini la documentació i realitzi al·legacions al Projecte d'urbanització de la unitat d'actuació 1, Espanya ha incomplert els requisits de l'article 6, apartat 3r del Conveni, al seu torn, esmentats en l'article 7.

3. El Comitè considera que la carència del sistema espanyol d'accés a la justícia per proveir recursos adequats i efectius, com s'ha demostrat en aquest cas, viola l'article 9, apartat 4 del Conveni. A més a més, la tendència mostrada en els Tribunals d'apel·lació a Espanya amb relació a les costes, també constituiria un situació d'incompliment de l'article 9, apartat 4t”.

Posteriorment, el Comitè recomana al Govern d'Espanya:

“1. Que prengui les mesures legislatives, reglamentàries i administratives i les disposicions pràctiques necessàries per assegurar que:

A. Només s'exigeixi el cost raonable, equivalent al preu d'una fotocòpia en paper o el suport electrònic (CD/DVD), quan es faciliti informació ambiental al públic, ja sigui en l'àmbit estatal, regional o local, la qual cosa significa mesures que impliquin revisar les taxes del servei públic de l'Ajuntament de Múrcia.

B. La informació ambiental requerida sigui atesa al més aviat possible i com a màxim un mes des que se sol·liciti, tret que el volum i la complexitat de la informació justifiquin una tardança de fins a dos mesos des de la sol·licitud; a més a més, la legislació referida a la informació ambiental ha de proveir un procediment fàcil i específic que pugui iniciar-se davant la falta de resposta a la sol·licitud.

C. Hi hagi claredat en els requisits que s'imposin per informar el públic dels procediments de presa decisió, d'una manera adequada, primerenca i efectiva, i que s'informi les autoritats que la signatura d'acords o convenis rellevants per al Conveni que determinin decisions sense participació del públic pot contravenir l'article 6 del Conveni —referit als convenis urbanístics.

D. Es realitzi un estudi sobre la manera com es desplega l'article 9.4 als tribunals d'apel·lació a Espanya; i si el cas demostrés que la pràctica general no està d'acord amb les provisions del Conveni, que s'adoptin les mesures corresponents.

E. Els procediments de participació del públic han d'incloure terminis raonables per a les diferents fases i han de permetre que el públic tingui prou temps per preparar una participació efectiva, tenint en compte que els períodes vacacionals ho impideixen; a causa de la complexitat i de la necessitat d'acudir a experts, la legislació urbanística s'ha de revisar per ampliar els terminis de vint dies d'acord amb les conclusions del Comitè.

F. Ha d'haver-hi procediments i recursos adequats, ràpids i efectius, incloent l'adopció de mesures cautelars i de reparació, que siguin clars, equitatius i que no tinguin cap cost prohibitiu disponible per al públic en la primera instància i en la segona dels tribunals administratius, en afers ambientals.

2. Ha de desplegar un programa de capacitació i proveir de cursos de formació en el desplegament del Conveni d'Aarhus les autoritats estatals, regionals i locals responsables de les competències relacionades amb el Conveni, incloent-hi les comissions provincials que garanteixen l'assistència jurídica gratuïta, jutges, fiscals i advocats; i ha de desplegar programes que conscienciïn sobre els drets per al públic que estableix el Conveni i els difonguin".