La responsabilitat penal dels funcionaris públics i autoritats en els delictes sobre l'ordenació del territori i l'urbanisme, i contra el medi ambient

Antoni Pelegrín López
Fiscal coordinador de la Secció de Medi Ambient i Urbanisme de la Fiscalia Provincial de Barcelona

1. Introducció
2. El concepte d'autoritat o funcionari públic
3. La responsabilitat penal d'autoritats i funcionaris públics en els delictes sobre l'ordenació del territori i l'urbanisme
3.1. L'informe favorable
3.2. La tolerància administrativa
3.3. La resolució favorable
4. La responsabilitat penal d'autoritats i funcionaris públics en els delictes contra el medi ambient
4.1. L'informe favorable
4.2. La tolerància administrativa
4.3. La resolució favorable
4.4. L'Administració contaminant
Bibliografia

Resum

Les administracions públiques estan obligades per la Constitució i les lleis a vetllar per una utilització racional dels recursos naturals, i a protegir i millorar la nostra qualitat de vida i restaurar el medi ambient. En aquest sentit és molt abundant la normativa vigent sobre aquesta matèria, dirigida a dotar l'Administració de mitjans per tal de complir amb aquesta finalitat. El Codi penal preveu determinats delictes destinats a sancionar les autoritats o els funcionaris que de manera intencionada, en la tasca destinada a controlar les activitats que poden perjudicar el medi ambient o l'ús racional del territori, realitzen determinades accions o omissions. L'objecte d'aquest treball és fer una breu anàlisi dels delictes des de la perspectiva de qui procura la seva aplicació davant els òrgans judicials, en compliment de les seves obligacions com a membre del Ministeri Fiscal.

Paraules clau: *autoritat y funcionari públic; prevaricació urbanística; prevaricació mediambiental; tolerància administrativa.*

The criminal responsibility of civil servants and public authorities for criminal offences regarding to territorial organization, urbanism and the environment

Abstract

Public Authorities are required by the Constitution and legislation to protect the rational use of natural resources, to improve our quality of life and to restore the environment. The Criminal Code typifies several criminal offenses that punish civil servants and public authorities which intentionally carry out some actions or omissions when they monitor activities that could be harmful to the environment. This article pursues to briefly analyze these criminal offences from the standpoint of a public prosecutor who is in charge of its criminal persecution.

Keywords: *civil servant and public authority; prevarication in urbanism; prevarication in the environment protection; administrative tolerance.*

1. Introducció

L'experiència ha anat demostrant que la funció pública d'intervenció ha estat particularment deficient en l'àmbit de l'urbanisme i de la protecció del medi ambient. Aquesta és la raó per la qual el Codi penal ha anat incorporant delictes que sancionen les autoritats o funcionaris públics en relació amb determinats supòsits de control irregular o de tolerància administrativa en aquelles matèries.

D'altra banda, i quasi paral·lelament, dins l'estructura del Ministeri Fiscal s'han creat les seccions especialitzades de Medi Ambient i Urbanisme en cadascuna de les fiscalies provincials espanyoles, al front de les quals hi ha d'haver un fiscal delegat. En aquest sentit, destaca la Instrucció 4/2007 de la Fiscalia General de l'Estat relativa al fiscal coordinador de Medi Ambient i Urbanisme i les seccions de Medi Ambient de les fiscalies provincials. La creació d'aquestes seccions pretén fomentar l'especialització del Ministeri Fiscal en aquestes matèries, ja que, en atenció a la suposada preparació i interès dels fiscals que formen part de les seccions esmentades, es considera que d'aquesta manera serà possible una persecució més eficaç d'aquells delictes. Aquesta especialització present en el Ministeri Fiscal no s'ha traslladat als òrgans judicials de l'àmbit penal.

Precisament a la Fiscalia Provincial de Barcelona aquesta Secció, formada actualment per un fiscal coordinador i dos fiscals especialistes, ha acabat absorbint el Servei o Secció de Delictes Urbanístics que es va crear l'any 2007. La particularitat d'aquell Servei consistia en què tenia per objecte la investigació dels delictes relacionats amb l'urbanisme d'una manera molt àmplia, i no es limitava als relatius a l'ordenació del territori previstos en els articles 319 i 320 del Codi penal.

La investigació que porta a terme la Secció esmentada es pot iniciar d'ofici o bé per denúncia de qualsevol persona o entitat pública o privada. També se sol iniciar per la comunicació dels fets per part dels cossos policials que en tenen coneixement, i, en aquest sentit i en matèria d'ordenació del territori, és rellevant la tasca informativa que el Cos d'Agents Rurals proporciona a la Secció de Medi Ambient i Urbanisme de la Fiscalia.

A diferència del procediment judicial penal, l'Estatut Orgànic del Ministeri Fiscal fixa un termini màxim ordinari per a la investigació dels delictes per part del fiscal, i aquest és de sis mesos, sense perjudici que es poden obtenir successives pròrrogues de sis mesos del fiscal general de l'Estat. Això, a la pràctica, no deixa de ser un clar entrebanc per al fiscal que vol procedir a la investigació dels delictes objecte d'aquesta ponència, ja que, mentre es demana la informació administrativa a l'organisme pertinent, es rep aquesta documentació i es procedeix al seu estudi, ja pot haver passat aquell termini, si es té en compte l'acumulació de feina i la reduïda plantilla d'aquella Secció.

La finalitat de la investigació del fiscal serà la d'obtenir informació sobre si hi ha indicis racionals suficients al voltant de l'existència d'alguna infracció penal, i si hi ha alguna persona presumptament responsable d'aquella, per tal de formular la pertinent denúncia o querella davant dels òrgans judicials. Aquesta tasca investigadora a la Secció es porta a terme directament pel fiscal o bé per mitjà de l'auxili de les unitats especialitzades en matèria d'urbanisme o medi ambient dels cossos policials, com ara l'Àrea Central de Medi

Ambient del Cos dels Mossos d'Esquadra a Catalunya, la Secció de Protecció de la Natura de la Guàrdia Civil, o la Unitat de Delictes Urbanístics de la mateixa Guàrdia Civil.

En aquesta ponència referida a la responsabilitat penal d'autoritats i funcionaris, ens limitem als delictes que poden cometre aquells i que es troben dins del títol XVI del llibre II del Codi penal, anomenat: "Dels delictes relatius a l'ordenació de territori i l'urbanisme, la protecció del patrimoni històric i el medi ambient".

2. El concepte d'autoritat o funcionari públic

Els delictes objecte de comentari exigeixen que l'autor sigui autoritat o funcionari públic. Aquest concepte, des de la perspectiva penal, no és coincident amb el d'autoritat o funcionari públic del dret administratiu. Ens hi podrem trobar que persones que no tenen aquell caràcter des del punt de vista administratiu, tenen aquella consideració des de la vessant penal. I és que l'article 24 del Codi penal estableix una interpretació autèntica sobre qui ha de ser considerat funcionari públic o autoritat als efectes d'aquest text legal. El dit article estableix que:

"1. A l'efecte penal, es considera autoritat el qui per si mateix o com a membre d'alguna corporació, tribunal o òrgan col·legiat tingui comandament o exerceixi jurisdicció pròpia. [...]

"2. Es considera funcionari públic tothom qui per disposició immediata de la llei o per elecció o per nomenament d'una autoritat competent participi en l'exercici de funcions públiques."

El concepte d'autoritat o funcionari per al Codi penal no és, doncs, coincident amb el del dret administratiu. A l'efecte penal és molt més ampli, ja que el defineix l'origen del nomenament, que ha de ser alguna de les vies que preveu l'article 24, i, per altra banda, que la persona participi en funcions públiques amb independència de la incorporació formal a l'Administració pública o de la temporalitat o permanència en el seu càrrec (com reconeix reiteradament la jurisprudència del Tribunal Suprem a les STS núm. 1292/2000, de 10 de juliol, 68/2003, de 27 de gener, 333/2003, de 28 de febrer, i 663/2005, de 23 de maig). És irrellevant la classe de funció pública que es realitzi. La participació en les funcions públiques pot ser-ho tant en les pròpies de l'Estat com de les entitats locals o comunitats autònomes, i també de l'anomenada Administració institucional, que neix quan una entitat pública adopta una forma independent, amb personalitat jurídica pròpia, en ocasions de societat mercantil, amb la finalitat d'aconseguir un funcionament més àgil i eficaç, de manera que qualsevol actuació d'aquestes entitats, quan hi ha un interès públic presidint els seus actes, s'ha de considerar que és funció pública (així ho expressa la STS de 22 d'abril de 2003).

Pel que fa a l'accés a la funció pública per ser considerat funcionari públic a efectes penals, no són rellevants ni els requisits de l'elecció per a l'ingrés, ni la categoria, per modesta que pugui ser, ni el sistema de retribució, ni l'estatut legal i reglamentari, ni el sistema de provisió ni l'estabilitat o temporalitat del càrrec (STS de 4 de desembre de 2001).

Com diu clarament la STS 1608/2005, de 12 de desembre, el factor més determinant de la definició de funcionari a l'efecte penal és el de participació en les funcions públiques. Per aquesta raó serà funcionari per al Codi penal tant el titular com l'interí o el contractat temporalment, ja què allò que importa és que la persona ha d'estar al servei dels ens públics i que la seva activitat ha d'estar sotmesa al control del dret administratiu, encara que no tingui les notes d'incorporació definitives ni, per tant, la permanència (així, també, STS 1292/2000, de 10 de juliol, STS de 4 de desembre de 2002, i STS 1344/2004, de 23 de desembre).

El concepte penal de funcionari té un doble vessant. D'una banda, es tracta de garantir l'actuació correcta de la funció pública, quan es veu alterada per la realització de delictes per part dels qui participen en la dita funció. Aquesta seria la consideració del concepte de funcionari com a subjecte actiu del delicte. D'altra banda, aquell concepte també és aplicable en els casos en què es tracta d'actes de particulars que es dirigeixen contra els qui fan les funcions publiques, i en pertorben el funcionament normal. Aquesta seria la consideració del funcionari com a subjecte passiu o víctima de la infracció penal (així, STS 188/2012, de 14 de març).

És força habitual que alguns ajuntaments, davant la vacant de places, especialment de caràcter tècnic, amb independència de les presumptes irregularitats quant a la fórmula escollida per fer l'adjudicació pertinent, subscriguin contractes anomenats de consultoria o arrendament de serveis amb professionals o amb empreses de professionals, per portar a terme funcions públiques municipals que són habituals. Això sol passar amb l'assessorament tècnic en matèria d'urbanisme, quan no està coberta o no hi ha cap mena d'interès a cobrir la plaça prevista d'arquitecte o arquitecte tècnic municipal. Certament, l'activitat que presta l'arquitec-

te municipal o l'arquitecte tècnic municipal és una de les habituals i necessàries dins l'Administració local, s'ha de prestar de manera continuada, i cal que persones físiques concretes la duguin a terme. Per tant, la naturalesa jurídica del contracte subscrit com de prestació de serveis no impedirà, segons la jurisprudència esmentada i el contingut de l'article 24 del Codi penal, atorgar el caràcter de funcionari públic a les persones que realitzin de manera efectiva la funció pública segons aquest contracte o adjudicació, encara que s'hagi utilitzat prèviament la ficció, pantalla o contracte fraudulent d'adjudicar l'activitat a una persona jurídica com, per exemple, una empresa privada d'arquitectes. S'ha de tenir en compte que, en emprar aquest frau de llei consistent a contractar els serveis personals propis de la funció pública interposant-hi una persona jurídica, moltes vegades el que es pretén realment també és adjudicar els contractes "externs" a la mateixa empresa, evitant formalment i aparentment la prohibició que tot funcionari té de contractar per si o a través d'altres amb la mateixa Administració on es troba prestant els seus serveis (Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques).

També podem trobar supòsits en què l'Administració, per fer la seva funció pública, encarrega a una empresa o a un professional que emeti un informe sobre alguna qüestió específica en matèria urbanística o mediambiental, que s'acabarà incorporant dins d'un expedient i servirà de fonament a la resolució administrativa que es dictarà, com ara l'atorgament d'una llicència urbanística o ambiental, amb les conseqüències que això té. Aquests encàrrecs, en ocasions, els motiva el fet que els serveis tècnics de l'Administració que han participat en els mateixos expedients han emès els informes preceptius, de manera objectiva i legal, però sense ajustar-se als interessos dels responsables públics, els quals decideixen finalment fer els contractes d'assessorament tècnic o jurídic amb tercers. Casualment aquests informes, que podem anomenar "externs", adjudicats per raó de la quantia i habitualment per la via del contracte menor, solen satisfer les pretensions dels responsables públics que decideixen demanar-los, recordant la coneguda dita que afirma que qui paga mana. Davant d'aquesta situació s'hi pot plantejar quina consideració, a l'efecte penal, han de tenir les persones "externes" que fan aquests informes, que han estat contractades per l'Administració per fer els informes que s'han de fer servir en un assumpte administratiu. Des del moment que hi ha hagut una designació per fer aquella activitat pública, encara que sigui puntual i per la via d'un contracte, i es participa en la funció pública amb l'emissió d'un informe o dictamen sol·licitat, que s'incorporarà en un expedient administratiu i que serà algun dels fonaments de la resolució que es dicti, no hi ha dubte que qui emet aquell informe, en un sentit favorable a l'atorgament de la llicència, contrari a l'ordenament jurídic i amb coneixement de la seva il·legalitat, tindrà la consideració de funcionari públic als efectes penals, segons s'ha exposat a dalt. Això implicarà la possibilitat d'incórrer en els delictes d'emissió d'informes contraris a dret que preveuen els articles 320.1 i 329.1 del Codi penal. Aquest és el criteri que podem trobar en la sentència del Tribunal Suprem 901/12, on es ratifica la condemna a un assessor jurídic extern que va emetre un informe favorable injust, amb coneixement de la seva injustícia, i que va servir de fonament per a l'atorgament de la llicència urbanística.

3. La responsabilitat penal d'autoritats i funcionaris públics en els delictes sobre l'ordenació del territori i l'urbanisme

El Codi penal va introduir per primera vegada aquests delictes a partir del nou Codi penal de 1995, i estan inclosos dins l'article 320. La reforma del Codi per mitjà de la Llei orgànica 5/2010, de 22 de juny, va suposar també la modificació d'aquell precepte, amb l'ampliació dels afers urbanístics a informar o a resoldre favorablement, i la inclusió d'un nou comportament consistent en la tolerància administrativa o l'omissió intencionades davant la infracció urbanística. Els diversos comportaments delictius inclosos en aquest precepte i la seva redacció, són molt semblants als que preveu l'article 329, que fa referència a la responsabilitat penal d'autoritats i funcionaris en els delictes contra el medi ambient, per la qual cosa moltes reflexions que es fan en aquest apartat seran perfectament traslladables a aquest delicte, que serà comentat més endavant.

Les penes previstes per als delictes són, d'una banda, la inhabilitació per a ocupació o càrrec públic, que pot anar de set a deu anys, per la remissió que fa l'article a la prevaricació genèrica, on es preveu aquella pena, i, de l'altra, la presó d'un any i sis mesos a quatre anys, i la multa de dotze a vint-i-quatre mesos. Abans de la reforma del Codi penal de 2010, a més de la pena d'inhabilitació es preveien les penes de presó, que era

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 33, octubre de 2013, p. 87-107
Fundació Democràcia i Govern Local

més baixa, ja que anava de sis mesos a dos anys, i la mateixa multa però de manera alternativa. No entenem massa la raó de preveure una pena de presó ostensiblement superior en aquest delicte respecte del mateix delicte en matèria de medi ambient de l'article 329. Possiblement el legislador va apreciar que l'actuació administrativa urbanística al territori espanyol era més preocupant que la relativa al medi ambient, i per això va establir aquesta diferència, pensant que potser amb una major pena privativa de llibertat a partir de la reforma algú s'ho pensaria dues vegades abans d'actuar d'aquella manera.

En aquest delicte, a diferència de l'article 319, que sanciona els particulars que realitzen construccions no autoritzades limitant les conductes a determinats sòls (destinats a vials, zones verdes, béns de domini públic o llocs que tinguin legalment o administrativament reconegut el seu valor paisatgístic, ecològic, artístic, històric o cultural, o que pels mateixos motius hagin estat considerats d'especial protecció, o bé el sòl no urbanitzable), l'article 320 protegeix tota mena de sòls, sigui quina sigui la seva classificació o qualificació, perquè fa referència genèrica a tota mena d'instruments de planejament i gestió i qualsevol llicència urbanística.

Les investigacions penals obertes en relació amb edificacions o construccions denunciades per particulars, o descobertes pels agents dels diferents cossos policials, porten a vegades a la sorpresa esperada que l'Administració local ha arribat a emparar aquells actes per mitjà d'una llicència contrària a l'ordenament jurídic, o bé que coneix els actes i no ha fet absolutament res. A aquest efecte, s'atorguen llicències que no tenen res a veure amb allò que realment es volia fer des d'un principi pel promotor, com ara la recurrent sortida de demanar i obtenir llicència per fer una edificació agrícola en sòl no urbanitzable, presumptament destinada a guardar eines agrícoles, quan finalment es construeix una clara edificació residencial. Altres possibilitats són les naus agrícoles destinades a un ús agrícola inexistent o fictici, emprat també com a simple excusa per emparar la construcció d'un habitatge en sòl no urbanitzable. Tampoc no és estrany trobar llicències municipals d'obra per fer edificacions destinades a habitatge en aquell sòl, sense seguir els coneguts i preceptius tràmits d'informació pública i d'informe vinculant de la Comissió Territorial d'Urbanisme. Hi podríem posar molts més exemples, i hi hauríem d'afegir que en moltes ocasions l'Administració local, una vegada fetes les obres per qui s'empara en aquestes llicències il·legals, no li sol posar desprès cap obstacle dirigit a restablir la legalitat urbanística, fins que s'investiguen els fets penalment, que sol ser quan les coses canvien i de l'omissió administrativa passem a l'acció, encara que sigui aparent. Aquesta experiència investigadora ens porta a la conclusió que aquest delicte té una raó de ser. El legislador ha decidit incloure aquests comportaments perquè a l'urbanisme, a l'igual que en matèria de protecció del medi ambient, l'Administració no actua correctament en moltes ocasions, fent-ho de manera deliberada i posant en risc els valors protegits per aquests delictes en benefici d'interessos particulars.

Dividirem les infraccions contingudes en aquest precepte en tres apartats: l'informe favorable, la tolerància administrativa i la resolució favorable.

3.1. L'informe favorable

L'article 320 del Codi penal sanciona:

"L'autoritat o funcionari públic que, coneixent-ne la injustícia, hagi emès informe favorable sobre instruments de planejament, projectes d'urbanització, parcel·lació, reparcel·lació, construcció o edificació o la concessió de llicències contràries a las normes d'ordenació territorial o urbanística vigents, [...]"

Es parteix de la base evident que per aprovar aquests instruments urbanístics o atorgar aquestes llicències hi ha un procediment administratiu a seguir, al qual s'incorporen informes de caràcter tècnic i jurídic amb caràcter previ a la resolució de l'expedient. La resolució final és precedida per la documentació i els informes de persones que participen en la funció pública i que vetllen pels interessos públics i generals en aquella actuació, teòricament amb plena objectivitat i respecte a l'ordenament jurídic, tal com exigeix la Constitució espanyola. La documentació i els informes serviran de fonament de la resolució final que es dictarà, i la normativa administrativa estableix quins han de ser, de manera que tot expedient els haurà d'incorporar.

En aquest sentit, el text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya de 2010, aprovat pel Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, i el seu Reglament, aprovat pel Decret 305/2006, de 18 de juliol, són un exemple clar del que estem dient. Les resolucions favorables a la transformació o *statu quo* en matèria d'urbanisme, com passa també en matèria mediambiental, en suposar una alteració o modificació dels béns jurídics ordenació del territori o medi ambient, necessiten una fase de reflexió prèvia a l'atorgament de la llicèn-

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 33, octubre de 2013, p. 87-107
Fundació Democràcia i Govern Local

cia o instrument urbanístic que pot implicar aquelles transformacions de l'entorn, reflexions aquestes que s'han de fer amb un estudi curós i tranquil de la proposta a aprovar, tant des d'un punt de vista tècnic com jurídic. La importància d'aquests informes i la seva transcendència quan són favorables, en ser fonament del dictat de la resolució final o de les resolucions de tràmit rellevants que poden posar en perill el respecte a l'ordenació del territori o a l'urbanisme, han suposat la inclusió d'aquest tipus penal. L'experiència ens demostra que l'autoritat o el polític dictarà la resolució en forma de llicència favorable o aprovació d'un instrument urbanístic dels que cita aquell precepte, i s'empararà en el previ informe favorable jurídic o tècnic per justificar la seva decisió favorable a realitzar una determinada actuació urbanística considerada il·legal en una investigació penal. Qui resol, individualment o col·legiadament, al·legarà no ser tècnic en la matèria, i que s'ha limitat a complir amb allò que han informat abans els qui hi entenen, els tècnics, i com que aquests han informat de manera favorable, ha pres la decisió en aquell sentit.

Per tant, la importància de l'informe és tan decisiva en aquests procediments que això ha determinat la inclusió de la conducta delictiva relativa a l'informe favorable, que també apareix, com es comentarà, en els delictes contra el medi ambient de l'article 329.1 del Codi penal. Una previsió idèntica es pot veure en l'article 322.1 del Codi penal en matèria de delictes sobre el patrimoni històric. Curiosament no apareix aquesta previsió en altres àmbits de l'activitat administrativa on també es requereixen informes per resoldre, la qual cosa és indicativa del fet que alguna cosa no es fa bé en matèria urbanística i mediambiental, i el legislador pretén corregir-ho amb la inclusió d'aquestes conductes en el Codi penal.

Com s'ha indicat, l'informe emès per l'autoritat o funcionari públic ha de ser favorable a l'aprovació dels instruments urbanístics de planejament o gestió que s'hi esmenten o a l'atorgament de la llicència urbanística. En un primer moment, el Codi penal de 1995 en aquell delicte només feia referència a informar favorablement projectes d'edificació o la concessió de llicències contràries a les normes urbanístiques vigents, i la reforma esmentada de 2010 ha afegit els informes favorables dels instruments de planejament, projectes d'urbanització, parcel·lació, reparcel·lació o construcció.

En canvi, l'informe desfavorable, encara que es donin la resta de requisits del tipus penal, en ser contrari a l'aprovació dels instruments o a l'atorgament de les llicències que suposen una alteració del territori, dels usos del sòl, o que suposen un pas previ a que això es produeixi en un futur, no és constitutiu d'aquest delicte. Malgrat que el desfavorable sigui un informe manifestament il·legal, no s'haurà produït la conducta exigida per aquest delicte, perquè no implica un pas favorable a que l'Administració empari una possible transformació urbanística. Si l'informe és la base o el fonament d'una resolució manifestament injusta dictada per la persona o l'òrgan competent, ja que aquests es basaran en aquest informe, es podria plantejar si qui ha informat d'aquesta manera ha pogut cometre el delicte genèric de prevaricació de l'article 404, com a inductor o com a autor mediat.

El precepte penal demana que, a més, l'informe favorable es faci "coneixent-ne la injustícia". Per tant, l'autoritat o funcionari públic que fa l'informe ha de saber que el seu dictamen no respecta l'ordenament jurídic, que s'aparta d'aquest de manera evident. La infracció pot ser tant de la normativa urbanística relativa al procediment legal preceptiu a seguir per a l'atorgament de la llicència o l'aprovació de l'instrument urbanístic, com dels fons i requisits de caràcter material exigits per tal de poder informar-los de manera favorable, o de la competència per resoldre, com destaca per exemple la STS 663/05, de 23 de maig. Es tracta d'un delicte dolós, per la qual cosa l'actuació imprudent, encara que sigui greu, és impune. No ha de ser un informe qüestionable jurídicament o tècnicament, sinó que ha de ser clarament contrari a les normes d'ordenació territorial o urbanístiques vigents, i això ho ha de saber clarament qui informi (així, STS 363/06, de 28 de març). Ara bé, per fer aquesta valoració sobre el coneixement de la il·legalitat al temps dels fets per part de l'autoritat o funcionari públic autor de l'informe favorable, el jutge penal no es pot basar en el seus coneixements sobre la matèria al temps de fer el judici, ja que molt probablement per a ell serà la primera vegada que se li planteja aquesta qüestió urbanística, i, atesa la seva falta d'especialització en la matèria, pot arribar a considerar fàcilment que qui va informar no va actuar de manera grollera o clarament contrària a l'ordenament urbanístic, sinó que simplement es va equivocar, quan en matèria urbanística hi ha moltes qüestions que no tenen discussió i que són pacífiques i evidents per qui treballa regularment en aquell àmbit. Es pot pensar, per exemple, en els passos previs i preceptius per a l'atorgament de llicències de construccions de caràcter residencial en sòl no urbanitzable, que

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 33, octubre de 2013, p. 87-107
Fundació Democràcia i Govern Local

són obviats descaradament, perquè hi ha un informe favorable a que l'Ajuntament les atorgui directament, i el mateix es pot dir respecte de llicències d'obres o usos provisionals.

També és possible trobar supòsits en què es considera que per part del funcionari no s'ha comès el delicte en la forma dolosa exigida, però s'ha emès un informe a favor de manera molt negligent, arribant a afirmar qui jutja que el funcionari hauria d'haver llegit el precepte aplicable i no ho va fer, o que es va confiar d'una altra persona i directament va emetre l'informe favorable. Tot això per acabar absolent la persona imputada per manca d'intencionalitat. Respecte d'aquests arguments cal dir que la manera d'actuar de qui, al temps de fer l'informe, actua amb voluntat de no estudiar seriosament la qüestió plantejada, i es posa ja de manera intencionada en una situació d'ignorància deliberada, per tal de fer un informe favorable, equival a la de qui informa de manera intencionada i amb coneixement de causa. El fet de no acudir a aquesta solució de la ignorància deliberada, que a poc a poc està acceptant la jurisprudència del Tribunal Suprem (així, STS de 13 de març i 10 de novembre de 2006), en la pràctica pot suposar en molts casos la impossibilitat de l'aplicació del tipus penal que ara es comenta.

En els expedients administratius objecte de les investigacions penals, no és estrany comprovar com, en ocasions, s'atorguen llicències sense existir el procediment administratiu oportú i amb la pertinent resolució administrativa, malgrat ser aquesta obligatòria en aquell cas. En altres ocasions només hi ha un informe de tipus tècnic, emès per l'arquitecte tècnic o l'arquitecte municipal, però no hi ha cap informe jurídic, malgrat la obligatorietat de l'existència dels dos, segons disposa l'article 188.3 del text refós de la Llei d'urbanisme. En mancar el jurídic, tampoc no es troba en la majoria dels casos un informe concret del secretari municipal, qui normalment es limita a signar el Decret d'atorgament de la llicència. Tot això sol ser aprofitat per les persones implicades a l'hora de la investigació penal. Uns diran que són tècnics que no coneixen de qüestions jurídiques, gens creïble en el cas d'arquitectes superiors i tècnics. Altres diran que simplement es van limitar a donar fe de la decisió municipal atorgant la llicència, sense comprovar la regularitat de l'expedient i dels informes, o la manca dels mateixos, o la necessitat d'acomplir els requisits obligatoris. En definitiva, s'argumentarà que hi ha un cúmul d'irregularitats casuals, sense voluntat d'afavorir ningú. Quant al contingut dels informes favorables, aquest en ocasions és clarament insuficient, sense fer referència a les normes concretes que emparen aquella posició. En ocasions s'arriba a faltar a la veritat en els fets exposats en l'informe, la qual cosa suposarà, quan es faci de manera conscient, la comissió d'un delicte de falsedat ideològica de l'article 390.1.4t del Codi penal, comès per autoritat o funcionari públic.

En moltes ocasions es detecten indicis seriosos per pensar que l'informe ha estat favorable, de manera contrària a les normes urbanístiques i d'ordenació del territori, per determinades pressions dels responsables polítics on s'integra el funcionari informant, que moltes vegades aprofiten la situació de precarietat que presenta el seu càrrec, proveït en forma de contracte d'interinitat o d'arrendament de serveis. En ocasions tampoc no és comprensible ni sostenible que tots els ajuntaments tinguin uns serveis tècnics municipals en matèria urbanística, o que, quan hi manquen, hagin de buscar una empresa o un professional externs als qui es paga per fer un informe urbanístic en un expedient administratiu. Des de la perspectiva de la prevenció penal i la correcció de l'actuació administrativa es considera que, des dels consells comarcals o des de les diputacions, es podrien solucionar molts d'aquests problemes d'irregularitats que comporten la comissió d'aquests delictes, disposant de professionals plenament independents i desvinculats del centre municipal final de decisió per tal de fer les tasques d'informe previ en aquests expedients.

El delicte requereix que la infracció voluntària de l'ordenament jurídic en l'informe favorable no sigui de qualsevol norma administrativa, sinó només de les que estableix expressament aquell precepte, que, de conformitat amb el principi de legalitat, són les normes d'ordenació territorial o les urbanístiques vigents. Per tant, si s'infringeixen altres normes diferents no seria aplicable aquest precepte concret.

A Catalunya seran, doncs, especialment rellevants el text refós de la Llei d'urbanisme, el seu Reglament, així com els diferents plans directors territorials i la normativa urbanística de cada municipi incorporada en els plans generals d'ordenació, les normes subsidiàries o les ordenances urbanístiques.

En alguna ocasió, una vegada oberta la investigació per part del Ministeri Fiscal o del Jutjat d'Instrucció, i conegut aquest fet per part de l'Ajuntament, s'inicien actuacions serioses destinades a modificar la normativa urbanística infringida, per tal que l'informe favorable o la llicència contraris a l'ordenament i objecte de la inves-

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 33, octubre de 2013, p. 87-107
Fundació Democràcia i Govern Local

tigació esdevinguin desprès ajustats a dret. Certament entenem que això no canvia les coses, atès que la infracció penal s'haurà comès encara que desprès es modifiqui la normativa urbanística expressament a aquells efectes. La normativa a tenir en compte al temps de fer l'informe favorable o de dictar la resolució d'aprovació de l'instrument o d'atorgament de la llicència, ha de ser la vigent en el moment d'emetre aquell o de dictar aquella, i això ens ho recorda el mateix precepte quan expressament empra el terme "vigents" a l'hora de referir-se a les normes d'ordenació territorial o urbanística que s'infringeixen. La interlocutòria del Tribunal Suprem de 4 de maig de 2013 (rec. 20296/2012), davant la petició de revisió d'una sentència ferma per un delicte sobre l'ordenació del territori i que acordava la demolició d'una construcció, degut a la intenció de l'Ajuntament de procedir a un canvi urbanístic per regularitzar la zona on es trobava la construcció il·legal a enderrocar, va desestimar la petició de suspendre la demolició per l'expectativa de la modificació urbanística. En aquesta resolució, s'hi recorda que en els delictes sobre l'ordenació del territori es fa referència a normes i condicions vigents i exigibles en el moment en què es porta a terme l'acció. El fet que posteriorment es modifiquin aquestes condicions no afecta a l'antijuridicitat de la conducta passada, ni ha de suposar una valoració diferent o més beneficiosa de la mateixa. El que importa és la normativa vigent al temps dels fets. Només les modificacions legislatives que obeeixin a veritables canvis valoratius, es a dir, quan el legislador consideri que no cal seguir protegint de la mateixa manera un determinat bé jurídic, o que un comportament determinat ja no és lesiu per al bé jurídic, es podran aplicar retroactivament si són favorables. No tenen aquesta vocació de retroactivitat les modificacions normatives que no afecten el nucli de l'injust, sinó altres elements típics.

D'altra banda, no cal que l'informe favorable contrari a les normes i emès de manera conscient acabi suposant el fonament d'una resolució també favorable. Per cometre el delicte és suficient que l'autoritat o funcionari públic emeti l'informe favorable en les condicions esmentades, i que aquest s'incorpori a l'expedient administratiu pertinent per tal de poder produir els seus efectes jurídics. D'aquesta manera queda el delicte consumat, sense necessitat d'esperar res més. Es vol protegir el respecte a la normativa urbanística en la fase d'informe i resolució quan es pot produir amb aquests una transformació urbanística contrària a les normes, sense necessitat que la transformació pretesa i informada o resolta favorablement s'arribi a realitzar.

3.2. La tolerància administrativa

Aquest comportament delictiu és nou, introduït, com s'ha indicat, amb la reforma del Codi penal de l'any 2010, i apareix a continuació del d'emetre informe favorable en l'article 320.1, amb la redacció següent, que pràcticament coincideix amb la prevista per a la tolerància administrativa en matèria mediambiental de l'article 329 del Codi penal:

"L'autoritat o funcionari públic que, coneixent-ne la injustícia, [...] amb motiu d'inspeccions hagi silenciat la infracció de les normes esmentades o que hagi omès la realització d'inspeccions de caràcter obligatori [...]"

El que pretenen els legisladors amb aquest nou delicte és evitar per la via penal la tan comprovada passivitat de les administracions, especialment de la local, a l'hora de promoure la restauració de la legalitat urbanística o d'incoar els expedients destinats a sancionar les infraccions urbanístiques comeses. El mateix Tribunal Suprem ja va fer referència a aquesta situació en la STS 1127/06, de 27 de novembre, on argumenta que la justificació de la raó de ser dels delictes sobre l'ordenació del territori es troba en la desastrosa situació a què s'ha arribat al territori espanyol respecte d'aquesta matèria malgrat la normativa administrativa existent, on s'ha d'incloure la destrucció paisatgística.

En aquest precepte, d'una banda es fa referència al fet que l'autoritat o funcionari competent per perseguir les infraccions urbanístiques ha d'actuar de manera intencionada, sabent que amb l'omissió o la no-persecució del fet delictiu en què consistirà el silenci de la infracció no està respectant la normativa sobre protecció de la legalitat urbanística. Ara bé, a banda d'aquest aspecte sobre la intencionalitat o el coneixement per part de l'autoritat o funcionari del fet que l'omissió és injusta, resulta que es descriuen dos comportaments de passivitat administrativa possibles: el consistent a silenciar la infracció urbanística malgrat haver inspeccionat els actes infractors, i el consistent a decidir no fer les inspeccions per constatar les dites infraccions urbanístiques, la qual cosa també és silenciar, terme que el diccionari defineix com l'acte de callar, ometre o passar en silenci. En tot cas, si es té en compte que es requereix la intencionalitat de no fer res davant la infracció, atesa la referència a l'expressió "coneixent-ne la injustícia", és evident que qui no actua tenint l'obligació de fer-ho per cometre aquest delicte haurà de saber que té davant seu una infracció urbanística i, malgrat poder fer-ho, no fa res, que seria el cas de no fer les inspeccions per determinar l'abast concret de la infracció i que

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 33, octubre de 2013, p. 87-107
Fundació Democràcia i Govern Local

és el pas a través del qual l'Administració constata la realitat de la infracció, o també quan ha fet les inspeccions i no s'adopta cap dels actes destinats a protegir la legalitat urbanística.

El comportament consistent a no fer les inspeccions obligatòries no planteja tants problemes com el consistent a haver silenciat, terme que no sembla massa adient per descriure un delicte, ja que pot plantejar seriosos dubtes de quan hi ha realment el dit silenci a l'efecte penal. Si silenciar és callar o no fer res, llavors es podria entendre que no hi ha cap delicte si simplement s'incoa formalment un procediment sancionador o de restauració de la legalitat urbanística, i no s'adopta després cap decisió seriosa i eficaç davant la infracció. Es podria dir que no hi ha hagut silenci en aquest cas, perquè s'ha dictat alguna resolució, com pot ser l'acord d'incoació esmentat davant la infracció. No obstant això, tot i que en l'expedient s'ha manifestat la infracció en el cas esmentat i per tant no s'ha ocultat formalment, de fet hi ha hagut silenci perquè no s'ha fet res, i per tant estaríem davant del delicte si és que no s'ha adoptat cap resolució eficaç i això ha estat una decisió intencionada i conscient contrària a dret, element subjectiu que també exigeix aquest tipus penal.

El mateix problema es planteja si s'ha obert un procediment de restauració de la legalitat i no s'ha obert el sancionador davant la manifesta infracció urbanística o a l'inrevés, i, com sovint sol passar també en la pràctica, es pot arribar al punt que es dictin resolucions d'imposició de la sanció o de declaració de la il·legalitat dels actes urbanístics contraris a la normativa, però que ni la multa ni l'efectiva restitució a l'estat original s'executin per l'Administració. No hi hauria silenci formal, però sí silenci a l'efecte penal, si la manca d'actuació final ha estat per una voluntat decidida de no complir amb les normes de protecció de la legalitat urbanística que expressament estableixen què s'ha de fer davant la infracció.

L'esmentat text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya de 2010, en el títol VII, "De la protecció de la legalitat urbanística", regula els mitjans de què disposa l'Administració per tal de complir amb aquella obligació. Com expressa l'article 199, totes les accions o omissions que presumptament comportin vulneració de les determinacions contingudes en el text refós, en el planejament urbanístic o en les ordenances urbanístiques municipals, subjectes a sanció de conformitat amb aquella Llei i el seu Reglament, han de donar lloc a les actuacions administratives necessàries per tal d'aclarir els fets, i subsegüentment a la incoació d'un expedient de protecció de la legalitat urbanística. A més, de conformitat amb aquell precepte es deixa clar que la potestat de protecció de la legalitat urbanística és d'exercici preceptiu, i ha de donar lloc a la incoació i tramitació dels procediments que tindran per objecte, conjuntament o separadament, la restauració de la legalitat física alterada i de l'ordre jurídic vulnerat, la imposició de sancions i la determinació dels danys i perjudicis. L'obligació establerta legalment per a l'Administració és indiscutible, i no hi ha cap marge per a la discrecionalitat.

Un cop vistes les exigències clares i contundents establertes en aquest text refós, es podia entendre que no hi haurà silenci penalment rellevant si, almenys, s'adopta algun d'aquells remeis davant la infracció urbanística constatada pel responsable competent. L'experiència de l'examen de les diligències d'investigació penals ens ha il·lustrat que, en la gran majoria dels casos, l'expedient de protecció de la legalitat urbanística, en el seu vessant sancionador o de restauració, s'obre quan els responsables municipals tenen coneixement de la infracció, davant la petició d'informació de les presumptes irregularitats per part dels agents de la Policia que investiguen la presumpta infracció urbanística penal, o quan és el fiscal qui la demana en el marc de les diligències d'investigació. Per tant, gairebé no s'ha fet res en la major part dels casos d'investigació d'infraccions urbanístiques examinats en la via penal. Sol haver-hi una total absència d'actuació destinada a la protecció de la legalitat urbanística fins aquell moment. També s'observa que, en ocasions, s'han obert aquells expedients només per restaurar la realitat física, però no hi ha cap expedient paral·lel destinat a sancionar les infraccions flagrants i evidents, les quals han quedat totalment impunes sense cap mena de justificació. A vegades s'ha obert aquell però només formalment, perquè s'han arribat a fer alguns tràmits inicials i s'han dictat resolucions més o menys contundents, però sense emprar la coerció necessària i gairebé sempre sense arribar a l'extrem –legalment previst i exigit per la normativa– de procedir a la restitució física, com pot ser l'enderroc de les construccions no susceptibles de legalitzar i a costa de la persona infractora. Aquest panorama irregular és el que es presenta també ara, una vegada ha entrat en vigor aquest nou delicte de la tolerància del Codi penal, el mes de desembre de l'any 2010, que és un clar toc d'atenció per a totes les autoritats i funcionaris públics encarregats de la responsabilitat de restaurar la legalitat urbanística.

El text refós de la Llei d'urbanisme, en l'article 200, deixa clar que el responsable i, per tant, l'obligat a in-

coar expedients de protecció de la legalitat urbanística és l'Ajuntament, respecte de les infraccions comeses al seu terme municipal. No obstant això, es preveu que el Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat, per mitjà del seu òrgan competent (Direcció General d'Ordenació del Territori i Urbanisme), pot exercir aquesta potestat respecte de les presumptes infraccions greus i molt greus, però ara, des de la reforma introduïda l'any 2012, sense fer referència al fet que això passaria en els casos d'inacció municipal dins els deu dies següents a la comunicació prèvia, o bé, en supòsits d'urgència, dins els tres dies, com passava en la redacció derogada. Davant la passivitat municipal, doncs, la Llei preveia abans l'exercici subsidiari de la dita potestat per aquell Departament. La redacció actual ja no fa referència a la passivitat com a condició de l'actuació de l'òrgan de la Generalitat, sinó que es remet a les disposicions d'una futura normativa reglamentària que establirà les normes de coordinació per a l'exercici de la potestat de protecció de la legalitat urbanística entre administracions, regulació que estarà inspirada, segons la nova redacció, per l'exercici preferent de la potestat per part dels ajuntaments, sense perjudici que s'hi prevegin supòsits en què no sigui així, quan es tracti de vulneracions de la legalitat que afectin el sòl no urbanitzable i terrenys reservats a sistemes urbanístics generals. Per tant, aquest règim futur pot determinar que, en cas de produir–se una passivitat intencionada de l'òrgan de la Generalitat (Direcció General de Territori i Urbanisme) en les infraccions en què tingui atribuïda aquella potestat, es podrà cometre el delicte de la tolerància administrativa per part de les seves autoritats o funcionaris, en cas d'actuar de conformitat amb el que exigeix aquest delicte. La inspecció urbanística, de conformitat amb l'article 193 del text refós, és una obligació per a aquell Departament i per als òrgans de l'Administració local. L'article 201 del text refós, obliga a comunicar sempre els informes de les inspeccions urbanístiques que facin els òrgans de la Generalitat o altres ens locals als ajuntaments dels municipis on s'hagin produït els fets, i a més atorga la condició d'autoritat al personal al servei de les entitats públiques esmentades, que tenen l'obligació de la inspecció urbanística, facultant-los per inspeccionar tota mena d'obres i instal·lacions i atorgant la presumpció de certesa a les seves actes d'inspecció.

En atenció a la necessitat que per cometre el delicte els autors actuïn intencionadament i amb coneixement de la injustícia de la no-persecució de la infracció o silenci, caldrà de forma evident que coneguin que la infracció que ha de ser objecte de la protecció de la legalitat s'ha comès i quin és el seu abast. Per això es fa referència al fet que el silenci ha de ser amb motiu de les inspeccions. Normalment aquest coneixement pot venir perquè els serveis municipals o d'un altre àmbit hagin fet la inspecció corresponent i hagin donat a aquesta el curs pertinent, amb trasllat a l'autoritat o funcionari obligats a donar el tràmit preceptiu a l'expedient. Pel que fa al delicte de tolerància per no fer les inspeccions obligatòries, s'haurà d'acreditar que es coneix la infracció i es decideix no constatar-la per mitjà de les inspeccions i silenciar-la. Aquest coneixement es produirà normalment per la denúncia de qualsevol persona exposant els fets, ja que en matèria urbanística qualsevol persona té legitimació per fer-ho, o també per la comunicació d'una altra administració. Igualment és normal que la situació d'il·legalitat urbanística pugui ser coneguda pel responsable pel fet d'haver-la vist, especialment quan són manifestes, com ara a llocs visibles o a municipis no gaire grans.

El Reglament de la Llei d'urbanisme de Catalunya (Decret 305/2006, de 18 de juliol) disposa que la substanciació del procés penal no impedeix el manteniment de les mesures provisionals ja adoptades, l'adopció d'altres mesures provisionals, ni tampoc l'adopció i execució de les mesures de restauració de la realitat física alterada o de l'ordre jurídic vulnerat que siguin procedents. Per tant, només escau suspendre el procediment destinat a sancionar la infracció, però no el destinat a la restauració, que ha de continuar, sense que sigui acceptable fonamentar-ne la paralització sota l'excusa de l'existència d'un procés penal, la qual cosa suposaria una actuació il·legal i injustificada, indicativa d'una omissió voluntària.

L'autoritat o funcionari penalment responsable, que, com hem dit, cal que actuï intencionadament a l'hora de silenciar, és evident que ha de tenir alguna posició específica que li permeti que el procediment de la protecció de la legalitat urbanística no s'enceti, o que una vegada posat en marxa quedi en un no res o sigui simple paper mullat. La investigació penal tindrà precisament per objecte veure quines persones eren les que tenien la posició de garants de la tramitació correcta del procediment de protecció de la legalitat, i comprovar les raons que han motivat que aquestes hagin decidit no obrir-lo, o obrir-lo per no fer res o per donar l'aparença que s'ha fet o s'està fent alguna cosa, però realment no es vol restituir ni sancionar res. D'altra banda, aquest delicte d'omissió o de tolerància es pot manifestar amb una acció, com per exemple el dic-

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 33, octubre de 2013, p. 87-107
Fundació Democràcia i Govern Local

tat d'una resolució totalment contrària a dret que acorda donar per finalitzat el procediment de protecció, o alguna de les seves alternatives, amb la finalitat de no fer el que el text refós i el seu Reglament indiquen de manera tan clara. En aquest cas el dictat d'una resolució injusta i arbitrària, destinat a evitar portar a terme la protecció de la legalitat urbanística, constituiria un delicte de prevaricació de l'article 404 del Codi penal, que estaria en concurs ideal medial de l'article 77 d'aquest Codi amb el delicte de tolerància administrativa de l'article 320.1 del mateix text legal.

Com a exemple d'aquesta possible concurrència de delictes, i encara que pugui semblar sorprenent, algun Ajuntament ha arribat a fonamentar la decisió de donar per finalitzat el procediment de protecció de la legalitat urbanística únicament en el fet que ha tingut coneixement que el jutge d'instrucció havia considerat que els mateixos fets, que eren manifestament una infracció urbanística en tractar-se d'una construcció feta sense cap llicència municipal i en sòl no urbanitzable protegit, no eren constitutius de delicte, i havia arxivat l'assumpte judicial penal.

3.3. La resolució favorable

L'article 320.2 del Codi penal sanciona:

"[...] l'autoritat o funcionari públic que per si mateix o com a membre d'un organisme col·legiat hagi resolt o votat a favor de l'aprovació dels instruments de planejament, els projectes d'urbanització, parcel·lació, reparcel·lació, construcció o edificació o la concessió de les llicències a què es refereix l'apartat anterior, essent conscient de la seva injustícia."

Si el número 1 d'aquest article preveia l'informe favorable com a pas previ al dictat de la resolució amb transcendència urbanística, ara es preveu la fase corresponent al dictat o decisió de la resolució contrària a les normes d'ordenació territorial o urbanístiques vigents. Es sanciona en aquell apartat de l'article 320 una autèntica modalitat de delicte de prevaricació de l'article 404 del Codi penal, però referit a les resolucions i a la normativa relacionades amb l'urbanisme, que reuneix tots i cadascun dels requisits de la infracció esmentada. Ara bé, atès que en aquest delicte de la prevaricació urbanística s'afecten o es posen en perill dos béns jurídics diferents, com són el correcte funcionament de l'Administració pública i la protecció de l'ordenació del territori com a forma d'utilització racional dels recursos naturals en benefici de l'interès general (com exposa la STS 363/06, de 28 de març), la penalitat en aquest cas, com s'ha indicat abans, és molt més elevada que en el delicte de la prevaricació genèrica.

Amb la reforma del Codi penal per la Llei orgànica 5/2010, s'ha ampliat el ventall de resolucions susceptibles de la prevaricació urbanística, i és coincident amb les de l'informe favorable comentat abans. Aquestes resolucions, de conformitat amb la normativa administrativa, són normalment precedides d'un o de diversos informes tècnics i jurídics de caràcter preceptiu, que són el suport o fonament del dictat de la resolució, encara que no necessàriament han de tenir caràcter vinculant per a qui ha de dictar-la. Dictar la resolució amb coneixement del fet que no s'ha sol·licitat un informe preceptiu i vinculant previ o en contra d'aquest, quan la normativa urbanística així ho estableix, constituiria un delicte de prevaricació urbanística. Igualment ho seria quan l'informe és preceptiu però no vinculant, però la resolució s'aparta d'aquest quan és desfavorable i sense cap motivació, infringint la normativa urbanística o sobre l'ordenació del territori sabent-ho qui resol en aquelles condicions.

Normalment qui vol resoldre injustament en aquests casos buscarà el suport dels informes preceptius en un sentit favorable, i si la pressió sobre les persones encarregades d'informar en aquest sentit i que formen part de la seva pròpia Administració (o d'una altra) no dóna resultat, es buscarà un informe dels anomenats "externs" per donar una justificació del perquè s'ha dictat una resolució no emparada en els serveis administratius. Si l'informe encarregat no s'ajusta a l'ordenament jurídic, sembla lògic concloure que s'ha fet a la mida i al gust del peticionari interessat, que buscava emparar la resolució en aquest informe fet a mida. Consegüentment, en aquest cas la intencionalitat o el coneixement de la injustícia per part de qui dicta la resolució o en vota a favor serà més fàcil d'acreditar. No obstant això, en la gran majoria dels casos que s'investiguen en l'àmbit penal, la resolució manifestament contrària a l'ordenament jurídic és precedida d'informes de la mateixa Administració favorables al dictat d'aquesta resolució. Això implica que, davant el caràcter tècnic i jurídic de la matèria a resoldre i les típiques excuses d'ignorància sobre la matèria dels responsables polítics que hi resolen, tot el pes de la investigació recaurà directament sobre els tècnics que han informat favorablement, a l'efecte de depurar possibles responsabilitats, de conformitat amb l'article 320.1 del Codi penal, relatiu a l'informe favorable. D'aquesta manera qui ha resolt, que de vegades és el màxim interessat en acon-

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 33, octubre de 2013, p. 87-107
Fundació Democràcia i Govern Local

seguir la resolució injusta per raons diverses, surt indemne, i acabarà no tenint cap responsabilitat penal, ja que s'imposarà una llei del silenci adobada normalment per la defensa lletrada dels tècnics municipals inculpats, d'altra banda sufragada pel mateix organisme al qual aquests pertanyen.

L'article 320.2 del Codi penal fa referència a l'aprovació d'instruments de planejament i de gestió urbanística.

Si s'observa el procediment administratiu previst per a la tramitació i aprovació d'aquests instruments en el text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya de 2010, podem comprovar que alguns dels mateixos tenen vàries resolucions d'aprovació, com és el cas dels plans d'ordenació urbanística municipal i les seves modificacions puntuals, on es preveuen aprovacions inicials, provisionals i definitives, aquestes últimes acordades per una administració diferent de la que ha dictat les aprovacions anteriors.

El Codi penal fa referència només a l'aprovació dels instruments de planejament i no empra cap qualificatiu concret per a la mateixa, per la qual cosa no es pot descartar la tipificació de les aprovacions inicials i provisionals i no hi ha cap raó per limitar-ho a les definitives quan el legislador no ho ha fet, podent-ho fer. Les de caràcter inicial i provisional són resolucions de tràmit necessàries per tirar endavant el procediment d'aprovació final, i produeixen cadascuna d'aquestes efectes jurídics diversos, per la qual cosa el dictat d'una de les mateixes amb vulneració flagrant, arbitrària i grollera de la normativa urbanística o sobre l'ordenació del territori, i amb clar coneixement d'aquesta infracció per part de qui en vota a favor o resol, pot constituir la comissió de delicte, tot i que sigui possible que la decisió sigui modificada posteriorment durant la tramitació.

En el cas dels projectes d'urbanització, també previstos en el precepte, normalment hi ha dues fases diferenciades per a la seva aprovació, la inicial del projecte per l'òrgan competent, que és objecte d'informació pública, i la posterior d'aprovació definitiva, que és tàcita si en el termini d'audiència no hi ha hagut cap al·legació, o expressa si les al·legacions són rebutjades i així s'acorda. Per tant, pot ser il·lustratiu, per tal de comprovar el coneixement de la injustícia en aquests casos, examinar com s'han resolt per part de l'òrgan encarregat de l'aprovació definitiva les possibles al·legacions presentades contra el projecte, quan a través d'aquestes es posen de manifest les il·legalitats manifestes comeses que impedien aquella decisió.

Els projectes de reparcel·lació tenen per objecte principal fer un repartiment equitatiu dels beneficis i de les càrregues d'un determinat polígon d'actuació, i adjudicar a l'Ajuntament els terrenys i les parcel·les que li corresponen com a cessió obligatòria de l'aprofitament urbanístic, que han de fer els propietaris del polígon. Quan algun d'aquest dos aspectes no es respecta i això és conegut pels qui voten a favor de l'aprovació d'aquell instrument, llavors estarem davant d'aquest delicte. Una altra cosa diferent serà en la pràctica poder acreditar el coneixement d'aquestes circumstàncies per part dels qui decideixen, atès l'especial caràcter tècnic de les reparcel·lacions quant al concret repartiment de beneficis i càrregues entre els propietaris, irregularitats que a vegades es troben a les mans dels particulars que han promogut i redactat el projecte, com passa amb el sistema de reparcel·lació pel sistema de compensació, i que només una actuació diligent dels serveis tècnics municipals pot evitar. En aquests casos en què els tècnics particulars o integrats a serveis tècnics municipals hagin provocat, amb la redacció d'un projecte injust, el dictat d'una resolució aprovatòria del mateix també injusta, en ser aprovada pels responsables municipals sense conèixer aquests, al temps de votar, les circumstàncies tècniques que impliquen la il·legalitat de la seva votació, entenem que seria possible considerar els tècnics responsables penals del delicte de prevaricació urbanística, com a inductors o autors mediats o bé com a autors del delicte d'informar favorablement referit abans, si és que fan un pronunciament en aquest sentit en l'expedient i no simplement es limiten a redactar el projecte maliciosament.

Quan a les restants llicències urbanístiques referides en aquell article, aquestes són atorgades normalment per l'alcalde o bé per la junta de govern local en cas de delegació. La competència i el procediment seran els de la legislació de règim local, amb les especialitats sobre la matèria previstes en el text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya, el seu Reglament i la normativa urbanística municipal. Aquest text refós, de conformitat amb els articles 188 núm. 2 i 5.2, recorda que mai no es poden adquirir per la via del silenci positiu previst en la normativa de procediment administratiu facultats urbanístiques que siguin contràries al text mateix o al planejament urbanístic. Per tant, mai no es pot considerar ajustada a dret la facultat urbanística atorgada per aquesta via quan sigui contrària a la normativa urbanística.

A l'efecte penal, el silenci positiu, en afavorir la creença en el peticionari que no ha obtingut una resolució

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 33, octubre de 2013, p. 87-107
Fundació Democràcia i Govern Local

expressa, però que ha obtingut l'autorització presumpta per fer les construccions o edificacions, podria emparar l'error de dret del particular peticionari en basar-se en la llicència obtinguda per silenci positiu encara que aquesta fos contrària a l'ordenament urbanístic, a l'efecte de l'aplicació de l'article 319 del Codi penal, que sanciona els supòsits de delictes contra l'ordenació del territori i l'urbanisme comesos pels particulars. Diferent seria la responsabilitat de l'autoritat i funcionari públic que, de manera maliciosa, decideix provocar la situació del silenci en sentit positiu perquè el promotor particular s'empari en aquell per fer les obres contràries a la normativa urbanística. En aquest supòsit entenem que, en tenir el silenci un sentit positiu com si fos una resolució i produir els efectes esmentats, podria aquell incórrer en el delicte de la prevaricació urbanística i també podria ser considerat cooperador necessari del delicte de l'article 319 del Codi penal, en cas de tractar-se de les edificacions i construccions que s'hi preveuen. Igualment, en cas de produir-se les obres il·legals emparades en la llicència atorgada per silenci administratiu, els responsables de l'Administració local, si no realitzen les accions encaminades a restablir la legalitat urbanística, com ara la revisió d'ofici d'aquella resolució presumpta, la paralització de les obres i la restauració de la realitat alterada, podrien incórrer en el delicte de tolerància administrativa de l'article 319.2 del Codi penal, abans comentat.

Es podria haver aprofitat la reforma del Codi penal de 2010 per incloure alguna referència a un dels instruments més polèmics utilitzats els últims anys per les administracions públiques, especialment pels ajuntaments, i que en alguns casos ha pogut servir de fonament de moltes irregularitats urbanístiques: el conveni urbanístic. Tot i que no s'ha previst expressament en la prevaricació urbanística, la signatura del conveni o la seva aprovació administrativa, en cas de reunir els elements exigits, podria ser constitutiva de la prevaricació administrativa de l'article 404 del Codi penal, que sanciona amb la pena d'inhabilitació especial per a ocupació o càrrec públic de set a deu anys "l'autoritat o funcionari públic que, sabent-ne la injustícia, dicti una resolució arbitrària en un assumpte administratiu". Això, a banda de l'aprovació d'instruments o l'atorgament de llicències derivades del compliment del conveni, sí que podria ser objecte de la prevaricació urbanística. Aprofitant la poca regulació del conveni urbanístic, i malgrat la contundència de la jurisprudència contenciosa administrativa, és fàcil trobar convenis de tota mena. En ocasions, sota un interès públic buscat, inventat o dubtós, es pacta l'atorgament de llicències contràries a l'ordenament urbanístic o amb certa urgència a canvi de prestacions o quantitats que el particular beneficiari satisfarà a l'Administració, quan tothom sap que les llicències són un acte reglat. Això també s'ha utilitzat reiteradament per part d'ajuntaments o altres administracions per procedir a la venda del seu patrimoni públic a favor de l'altra part signatària, de forma directa i sense concurrència pública, i, a més, no seria estrany que la venda fos en unes condicions on la valoració del patrimoni públic no anés acompanyada de cap informe tècnic municipal, o que aquest estigués fet de manera deficient, provocant un perjudici econòmic per a l'Administració i un guany per a l'entitat particular que adquireix el patrimoni, a banda de no destinar aquest patrimoni públic a les finalitats establertes legalment. El conveni urbanístic té una ombra de sospita sempre que se'n detecten il·legalitats en l'articulat o en la gestació. El procés previ a la seva signatura no és gens transparent i queda fora del procediment. Es desconeix qui ha picat a la porta de qui i de què s'ha parlat abans de la signatura del conveni. En ocasions, el conveni s'amaga, ja no perquè no es publica ni s'exposa al públic, la qual cosa exigeix clarament el text refós de la Llei d'urbanisme, sinó també perquè s'oculta en el procés administratiu posterior. D'altra banda, és un instrument que revela en moltes ocasions que alguna persona ha tingut un accés a l'Administració que possiblement altres no han tingut. Per exemple, un canvi de propietari d'una finca motiva o excita, casualment, un interès de l'Administració a fer quelcom de suposat interès públic, per la qual cosa aquesta té llavors la voluntat de comprar-la per mitjà del conveni urbanístic. La forma de pagar serà normalment a través d'aquest instrument amb la cessió de patrimoni públic que, de ben segur, interessa a la promotora titular de la finca, compromís de cessió d'un patrimoni públic que, en ocasions, l'Ajuntament realment encara no ha obtingut, però que preveu rebre com a cessió obligatòria en un determinat sector de sòl urbanitzable no desenvolupat.

Aquest delicte de prevaricació urbanística de l'article 320 del Codi penal exigeix que l'autoritat o funcionari dicti la resolució, especialment en casos de llicències urbanístiques quan s'ostenta legalment o per delegació aquesta facultat, o bé quan es vota a favor de la resolució injusta, tant en casos de llicències urbanístiques com en els instruments de planejament i gestió referits en el precepte. Per tant, qui no vota a favor no tindrà cap responsabilitat penal en aquests casos,

encara que amb l'abstenció es faciliti l'adopció de l'acord injust, ja que l'autor ha de votar a favor. Ara bé, la votació a favor perquè sigui constitutiva de delicte haurà de servir per aprovar la resolució injusta, per la qual cosa no serà delictiva quan es vota a favor de la resolució injusta i aquesta no s'acaba aprovant per l'òrgan col·legiat. No cal que la resolució manifestament injusta s'arribi a executar i que, per tant, es produeixi una transformació efectiva del sòl, sinó que és suficient per consumar el delicte que s'aprovi algun dels instruments i llicències referits en el precepte.

4. La responsabilitat penal d'autoritats i funcionaris públics en els delictes contra el medi ambient

Com s'ha comentat abans, l'estructura de l'article 320 del Codi penal actualment és pràcticament la mateixa que la de l'article 329, que estableix la responsabilitat penal d'autoritats i funcionaris en matèria mediambiental. Com succeeix amb l'àmbit de l'urbanisme, les investigacions penals normalment van dirigides a esbrinar actes de contaminació realitzats per empreses o particulars que poden suposar un risc greu per a l'equilibri dels sistemes naturals o per a la salut de les persones, previstos principalment en els articles 325, 326 o 328 del Codi penal. Podem pensar en el supòsit de l'abocament de residus efectuat per indústries a les lleres dels rius, o les seves emissions atmosfèriques, o igualment quan es tracta de dipòsits de residus tòxics o perillosos. Tampoc no podem oblidar la problemàtica creixent de les molèsties per sorolls, produïdes als veïns per les activitats classificades, i que hi impedeixen el descans. En tots aquests casos es tracta normalment d'activitats econòmiques susceptibles de produir uns efectes negatius de caràcter ambiental, i que necessiten per al seu funcionament una llicència ambiental.

Així ho disposa igualment la Llei catalana 20/2009, de 4 de desembre, de prevenció i control ambiental de les activitats, que substitueix l'anterior de 1998, a banda de l'aplicació de les normes de caràcter sectorial.

En el curs de les investigacions penals obertes a causa dels actes contaminants, sempre es coneixerà què ha fet l'Administració competent, ja sigui autonòmica o local, a fi de controlar l'activitat i fer que aquesta s'ajusti als paràmetres administratius admesos. Aquest control previ s'expressarà en l'anomenat expedient d'autorització o llicència ambiental, a on davant d'una petició de l'interessat de portar a terme una activitat amb un determinat projecte tècnic, l'Administració, en base als informes preceptius de caràcter jurídic i tècnic, haurà de valorar si aquella activitat es pot desenvolupar allà on es vol portar a terme (aspecte urbanístic rellevant en matèria ambiental) i si es respecten els requisits exigits per la diversa normativa sectorial, per tal de no generar un risc ambiental no acceptat, especialment en matèria d'abocaments i emissions. Per aquesta raó, serà molt important que l'Administració tingui una informació completa i fidel d'allò que es vol construir i de l'activitat real que es portarà a terme. De la mateixa manera, l'acta de control inicial està destinada a assegurar que la indústria no generi problemes ambientals no admesos per la normativa urbanística ambiental en les seves diferents vessants. D'altra banda, l'Administració no acabarà aquí la seva funció de vetllar pel respecte al medi ambient, ja que d'ofici o a petició d'interessat haurà de fer els seguiments pertinents i instar les correccions necessàries perquè no es generin situacions de risc contràries a la normativa ambiental, per la qual cosa compta amb eines fiscalitzadores que poden arribar a suposar fins i tot la paralització immediata de l'activitat.

Doncs bé, un cop reconeguda la importància d'una actuació correcta i eficaç de l'Administració en aquelles fases, la realitat ens demostra, com passava en referirnos a l'àmbit urbanístic, que no serà estrany que darrere d'uns actes contaminants denunciats com a presumptament delictius descobrim una actuació administrativa molt deficient o, fins i tot, inexistent, malgrat conèixer aquella la situació perillosa i contrària a dret. Novament les deficiències en el funcionament de l'Administració en aquest cas han provocat que el legislador hagi previst aquesta sanció específica per a les autoritats i funcionaris públics en els delictes contra el medi ambient, possiblement confiant que, introduint una regulació com la que veurem en l'article 329 del Codi penal, aquells actuaran d'una altra manera en el futur. El Tribunal Suprem, en la sentència 449/03, de 24 de maig, considera que la responsabilitat penal en matèria dels delictes contra el medi ambient s'ha d'estendre no només als causants o titulars de la font de contaminació, sinó també als administradors públics, als quals s'ha d'exigir un compliment escrupulós de les seves responsabilitats, malgrat reconèixer que cal deixar a les seves mans una certa discrecionalitat tècnica per conjugar polítiques de desenvolupament sostenible amb la promoció de fonts de creació d'activitat econòmica. S'afegeix en aquesta resolució que amb aquests delictes es produeix un dany, consistent en el

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 33, octubre de 2013, p. 87-107
Fundació Democràcia i Govern Local

trencament de la confiança i credibilitat que els ciutadans donen a les institucions públiques, perquè, com a responsables que són del respecte de la legalitat, són les primeres obligades a fer-ho, i res no consolida millor l'Estat de dret que la confiança dels ciutadans en el fet que les seves institucions actuen legalment i que, si algú pertanyent a aquestes s'aparta de la llei, rebrà l'adequada sanció que restableixi la confiança trencada.

L'actuació que es suposa de l'Administració està ben present en la regulació de la sanció del delicte bàsic contra el medi ambient de l'article 325 del Codi penal. Qui realitza aquest delicte (per exemple, la contaminació greu) tindrà una pena notablement superior si es donen alguns dels supòsits agreujats que apareixen en l'article 326 del mateix Codi, a on en els quatre primers apartats la relació infractor mediambiental–Administració determina una major repulsa de l'acció, que justifica l'augment de la pena. Aquests supòsits són: la manca d'autorització o aprovació de les instal·lacions; desobeir les ordres expresses de l'autoritat de correcció o suspensió de l'activitat delictiva; haver falsejat o ocultat aspectes ambientals d'aquella, o haver obstaculitzat la tasca inspectora de l'Administració.

La pena prevista per als delictes inclosos en l'article 329 és la inhabilitació per a ocupació o càrrec públic, que pot anar de set a deu anys, per la remissió que també fa l'article a la pena de la prevaricació genèrica que preveu l'article 404, i, a més, la de presó de sis mesos a tres anys i la de multa de vuit a vint-i-quatre mesos.

Atès que la descripció de les accions constitutives de delicte en l'article 329 del Codi penal és pràcticament idèntica a la del comentat article 320 del mateix Codi, seguirem també el comentari de cada delicte de manera separada, sota els apartats: l'informe favorable; la tolerància administrativa, i la resolució favorable. Afegirem un apartat final per tractar de l'Administració contaminant a Catalunya i la seva problemàtica.

4.1. L'informe favorable

L'article 329 del Codi penal sanciona:

"L'autoritat o funcionari públic que, sabent-ho, hagi emès informe favorable sobre la concessió de llicències manifestament il·legals que autoritzin el funcionament de les indústries o activitats contaminants a què es refereixen els articles anteriors, [...]"

Com passava en l'article 320.1 referit abans, es preveu també un delicte d'informar favorablement l'atorgament de llicències manifestament contràries a la normativa administrativa, que permetin les activitats contaminants que preveuen els articles 325 i 328 del Codi penal. Per tant, es tracta d'un delicte eminentment dolós, i qui informa ha de saber que ho fa favorablement i que, d'acord amb la normativa administrativa que infringeix clarament i conscientment, hauria d'haver fet un informe en sentit contrari a l'emès.

L'article fa referència a l'informe favorable de llicències manifestament il·legals, per la qual cosa la contradicció amb el dret pot ser de qualsevol norma administrativa, ambiental o no, que impedeixi en aquell cas la concessió d'aquella autorització de l'activitat classificada. L'activitat a autoritzar, que és definida com a indústria o activitat contaminant, haurà de ser alguna de les relacionades amb els articles 325 i 328 del Codi penal; per tant, seran les que poden produir abocaments, emissions, aterraments, dipòsits, sorolls o vibracions susceptibles de perjudicar greument l'equilibri dels sistemes naturals o de posar en risc greu la salut de les persones. S'ha de tenir en compte que, amb la reforma del Codi penal per la Llei orgànica 5/2010, s'hi han afegit també les activitats susceptibles de perjudicar el medi ambient introduïdes per aquesta reforma, en els números 2 i 3 de l'article 328 del Codi. Aquestes són: l'explotació d'instal·lacions en les quals es realitzin activitats perilloses, o les tasques de recollida, transport, valorització, eliminació o aprofitament de residus, sempre que suposin la creació d'un risc greu ambiental o per a la salut humana.

Un dels aspectes rellevants en les llicències ambientals, és el relatiu a la comprovació del fet que la indústria que s'ha d'autoritzar es situarà a un indret on la normativa urbanística en permeti la implantació, per la qual cosa serà important en aquests casos un informe relatiu a aquesta qüestió en l'expedient, que es manifestarà normalment amb una certificació municipal de compatibilitat urbanística que s'acompanyarà de la sol·licitud de la llicència d'activitats. La ubicació de l'activitat i la seva adequació a l'ordenament urbanístic tenen una gran importància en la pràctica, ja que el planejament general té la finalitat teòrica de determinar on s'han de situar les possibles indústries a un territori, de la manera menys molesta per als ciutadans i amb respecte als recursos naturals. És el planificador qui ha de determinar a on es situen les activitats classificades, no un acord exprés o tàcit entre un particular i un responsable municipal. Per tant, l'informe favorable fet desconeixent de manera intencionada la normativa urbanística, per tal que s'atorgui la llicència d'activitats

a desenvolupar a uns terrenys on no és possible, suposarà la comissió d'aquest delicte. Precisament, l'article 60 de la Llei catalana 20/2009, de 4 de desembre, de prevenció i control ambiental de les activitats, preveu l'emissió d'un informe urbanístic en els expedients d'autorització o llicència ambiental destinats a valorar aquest important aspecte, deixant clar que, si aquest informe és desfavorable, l'òrgan ambiental que ha de resoldre ha de dictar una resolució que posi fi al procediment i arxivi les actuacions.

És habitual que, si es demana la llicència d'activitats, paral·lelament o després es demani una llicència municipal d'obres per construir l'edificació que acollirà la indústria o la seva ampliació. Per tal d'evitar situacions contradictòries i construccions fetes sense una finalitat admissible, l'article 77.3 del Decret 179/1995, de 13 de juny, que aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, estableix clarament que no s'ha d'atorgar una llicència d'obres sense la concessió prèvia o simultània de la llicència municipal d'activitats, precepte aquest que és objecte d'infracció en moltes ocasions, com demostra l'experiència en la investigació d'aquests delictes. No respectar la normativa urbanística a l'hora d'autoritzar l'activitat classificada moltes vegades sol ser el pas previ a la comissió dels delictes dels articles 325 i 328 del Codi penal. Autoritzar certes indústries contaminants al mig de la zona no urbanitzable o just al costat de les zones residencials, és afavorir la comissió d'aquests delictes, i les causes penals obertes ho demostren.

L'informe, com passava en el delicte sobre l'ordenació del territori, ha de ser favorable a la concessió de la llicència. Queda fora d'aquest delicte, doncs, l'informe desfavorable, encara que sigui manifestament contrari a l'ordenament jurídic i ho conegui perfectament qui ho fa. Tampoc no cal que l'activitat s'arribi a autoritzar gràcies a aquest informe injust. A més, el mateix pot ser contrari a dret per infringir aspectes essencials de procediment, de competència, o aspectes materials o de fons exigits per la legislació.

La citada Llei catalana de prevenció i control ambiental de les activitats, en els diversos procediments que preveu per tal d'obtenir les diferents modalitats de resolucions ambientals necessàries per a l'exercici de l'activitat susceptible d'afectar el medi ambient, estableix la necessitat de complir determinats tràmits previs. Segons la modalitat, s'hi preveuen resolucions preliminars i informes previs al dictat de la resolució final. Així hi trobem, per exemple, resolucions administratives dictades per l'òrgan autonòmic anomenat Ponència Ambiental, que resolen la consulta sobre si l'activitat projectada necessita o no la declaració d'impacte ambiental segons la seva possible repercussió ambiental, la qual cosa determinarà uns tràmits o uns altres. També correspon a aquesta Ponència o als organismes comarcals de suport de la mateixa, anomenats Oficines de Gestió Ambiental Unificada (OGAU), resoldre sobre la idoneïtat del projecte ambiental presentat pels promotors del projecte, i si de manera motivada i amb l'audiència prèvia de la part interessada resol en el sentit que no és idoni o és insuficient el projecte d'activitat presentat, aquesta resolució posarà fi al procediment. Per tant, des de la perspectiva penal, ens trobem en aquest cas davant resolucions administratives i no informes, als efectes d'allò que disposa el delicte d'informe favorable de l'article 329 del Codi penal.

En l'annex VI d'aquella Llei s'estableixen les activitats que necessiten un informe preceptiu en matèria de medi ambient, que s'ha d'obtenir de l'Administració hidràulica quan comporten abocaments directes o indirectes a les aigües subterrànies, directes a les aigües superficials o al domini marítim i terrestre, i abocaments no domèstics a sistemes de sanejament a càrrec d'aquesta Administració. També es preveuen en aquest annex els supòsits en què es necessiten informes previs de l'Administració en matèria de residus i de protecció de l'ambient atmosfèric. Aquests informes i els emesos pels òrgans competents en matèria de prevenció d'incendis forestals (activitats projectades situades a menys de cinc-cents metres de masses forestals o municipis declarats d'alt risc d'incendi forestal) segons la Llei tenen sempre caràcter vinculant si són desfavorables o imposen condicions. Igualment s'hi preveu l'informe de l'Ajuntament en els aspectes ambientals del projecte respecte dels quals tingui competència, amb la particularitat que les determinacions d'aquest informe s'incorporaran a l'autorització ambiental.

4.2. La tolerància administrativa

L'article 329.1 del Codi penal inclou també aquesta acció delictiva:

"L'autoritat o funcionari públic que, sabent-ho, [...] amb motiu de les seves inspeccions hagi silenciat la infracció de lleis o disposicions normatives de caràcter general que les regulin, o que hagi omès la realització d'inspeccions de caràcter obligatori [...]"

Tot allò que s'ha exposat en l'apartat del delicte de la tolerància administrativa sobre l'ordenació del terri-

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 33, octubre de 2013, p. 87-107
Fundació Democràcia i Govern Local

tori, és aplicable *mutatis mutandis* en aquest punt, ja que l'acció està descrita quasi de la mateixa manera. Aquest delicte no exigeix que la indústria o l'activitat contaminant referida en els articles 325 o 328 del Codi penal hagi comès un delicte contra el medi ambient, per tal que l'autoritat o funcionari públic puguin incórrer en aquest delicte de tolerància administrativa. Només és necessita que per part d'aquella activitat susceptible de posar en risc la salut humana o el medi ambient es produeixi una infracció de les lleis o disposicions de caràcter general que la regulen, per la qual cosa no s'exigeix que sigui constitutiva de delicte. Davant d'aquesta situació d'infracció es produirà la conseqüent situació de passivitat intencionada. Qui omet i tolera ha de tenir coneixement de la situació, i hi ha de tenir una posició de garant, com a persona que pot iniciar, tirar endavant el procediment, decidir la tramitació o l'impuls de les sancions, o adoptar-ne les mesures cautelars i correctores. L'autor decideix no actuar i permetre la infracció mediambiental que coneix, quan té l'obligació de fer tot el contrari en atenció a la seva responsabilitat pública.

La Llei de prevenció i control ambiental catalana referida preveu el règim de control de les activitats susceptibles de tenir una incidència ambiental, i fomenta el principi de l'autocontrol per part de qui desenvolupa l'activitat. S'hi preveu un control inicial de l'activitat amb un període de prova o posada en marxa, per tal de comprovar que la mateixa s'ajusta a les condicions ambientals establertes en l'autorització o llicència ambiental, i, en cas de ser favorable aquesta supervisió, això implicarà que l'activitat estarà legalment habilitada per portar-se a terme. Aquest control és de gran importància, i no és estrany en les investigacions penals trobar supòsits en què una indústria contaminant, susceptible de provocar un delicte ambiental, no l'hagi arribat a passar mai, desenvolupant l'activitat durant anys i tenint la corresponent llicència ambiental atorgada, però sense que s'hagi fet la comprovació preceptiva del compliment de les mesures imposades, el que si s'hagués fet hauria evitat amb tota seguretat el problema ambiental penal denunciat. Per tant, en aquests supòsits hi haurà un incompliment per part dels funcionaris o autoritats obligats a que el control es faci, que pot suposar, quan aquests el coneguin, la comissió del delicte, en haver-se omès una inspecció de caràcter obligatori. Cal tenir en compte també que la Llei preveu que el control inicial el pugui realitzar, en la majoria dels casos, una entitat privada contractada per la mateixa empresa titular de l'activitat objecte del control; aquestes entitats s'anomenen entitats col·laboradores de l'Administració (regulades a través del Decret 267/2003, pel qual s'aprova el Reglament de les entitats de control ambiental). Aquesta tasca rellevant ha estat delegada legalment a aquestes empreses particulars, les quals han obtingut una genèrica autorització especifica per fer-la. A efectes del delicte, atès el caràcter tan genèric de l'autorització administrativa obtinguda per les entitats esmentades per tal de fer aquella funció pública, i el fet que l'encàrrec per fer el control ambiental el rebran de les empreses o indústries particulars, fa que, de conformitat amb l'article 24 del Codi penal, no sigui possible considerar que els tècnics d'aquestes empreses col·laboradores puguin tenir la consideració de funcionari públic a l'efecte penal, encara que la tasca que fan està legalment prevista en la Llei i té una gran transcendència pública. Aquesta qüestió té importància perquè els tècnics d'aquestes entitats col·laboradores, en portar a terme la tasca inspectora, poden ocultar transgressions ambientals en la fase de control previ o en els controls posteriors preceptius que facin a l'activitat classificada. Si per part d'aquests tècnics particulars s'informa favorablement el control inicial o no es posen de manifest les deficiències detectades, l'Administració ambiental, probablement, no coneixerà les deficiències a corregir, i, per tant, els responsables públics de fer les actuacions coercitives necessàries per reconduir la situació, evitar els riscos i sancionar, no estaran en condicions de fer-ho. Es podria entendre que el document emès pel tècnic particular, en certificar-se una cosa incerta, és a dir, que l'activitat funciona correctament, és fals, ja que no recull la veritat i es tracta d'un document que, encara que emès per un particular, podria ser considerat per la teoria de la incorporació com un document oficial, ja que la seva confecció només serveix per donar trasllat a l'Administració i incorporar-se en un expedient. No obstant això, la possibilitat de considerar la falsedat del tècnic particular com a delicte xoca amb el fet que es tractarà normalment d'una falsedat de tipus ideològic (redactar o reflectir fets o dades incertes), i aquesta mena de falsedats només se sanciona penalment quan és realitzada per una autoritat o funcionari (article 392 del Codi penal).

Per la seva banda, la Llei de prevenció i control catalana estableix que la funció inspectora, sense perjudici d'allò que pugui establir la normativa ambiental sectorial, correspondrà a l'organisme corresponent del Departament que sigui competent en matèria de Medi Ambient de la Generalitat (actualment la Direcció Ge-

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 33, octubre de 2013, p. 87-107
Fundació Democràcia i Govern Local

neral de Qualitat Ambiental) i l'Ajuntament, segons les seves respectives competències. Per tant, seran les autoritats o funcionaris d'aquests els que podran fer inspecció de les activitats en qualsevol moment que creguin oportú, al marge dels control inicials i periòdics, de les revisions de les autoritzacions o llicències ambientals, i de la funció inspectora atribuïda a altres ens públics per la normativa sectorial. S'atorga per part d'aquesta Llei el caràcter d'agent de l'autoritat al personal que fa la tasca inspectora. A més, els titulars de les activitats a inspeccionar hauran de facilitar la tasca al personal habilitat per l'Administració per a l'activitat inspectora. En la regulació del procediment a seguir en cas de detectar una infracció, es preveuen en aquesta Llei mesures cautelars per evitar la continuació de risc, restaurar les coses a la situació anterior a la infracció, determinar la indemnització de danys i perjudicis de conformitat amb la legislació de responsabilitat ambiental, a més de la imposició de la sanció pertinent, i multes coercitives en cas d'incompliment de les ordres administratives de restauració o prevenció que s'acordin. Per tant, com passava amb la tolerància administrativa en matèria d'urbanisme, la conducta delictiva de l'autoritat o funcionari consistirà a conèixer d'alguna manera les infraccions ambientals i no fer absolutament res (no fer les inspeccions obligatòries), o bé silenciar la infracció que coneix degut a les inspeccions prèvies que s'hagin fet, que entenem que tant poden ser realitzades per la mateixa Administració com per una entitat col·laboradora de l'Administració que dóna trasllat de la informació a aquesta. En aquest cas del silenci estarem davant d'un delicte quan, coneguda la infracció ambiental, sempre d'una manera intencionada, no s'hagi fet res per sancionar o evitar el risc ambiental generat per la infracció, o s'hagin adoptat una o diverses resolucions però com una simple aparença, sense voluntat real que es compleixi la normativa ambiental i que es recondueixi la situació.

El Tribunal Suprem ha tingut l'ocasió de pronunciar-se algunes vegades sobre aquest delicte. En la STS 1091/06, de 19 d'octubre, sanciona l'alcalde que resulta acreditat que coneix la infracció per molèsties per soroll als veïns del seu terme municipal, i decideix enviar agents de la Policia local per prendre mostres amb aparells per mesurar-lo que eren inútils, per tal d'afavorir un arxivament de l'expedient administratiu contra l'empresa infractora. D'aquesta manera el Tribunal entén que l'alcalde es va posar al costat d'una indústria contaminant i en contra dels interessos dels ciutadans afectats, tot sabent o coneixent perfectament que d'aquella manera infringia la legalitat que regulava el soroll. En la STS 449/03, de 24 de maig, se sanciona de la mateixa manera un alcalde, ja que ni ell personalment ni cap dels equips tècnics municipals que presidia van fer inspeccions a les instal·lacions de la granja contaminant, i s'afirma que aquesta manera de comportar-se porta implícita l'afirmació que la instal·lació era coneguda per l'Ajuntament, i que ningú no hi va actuar de conformitat amb les exigències legals, ocasionant aquesta conducta omissiva un dany al medi ambient.

4.3. La resolució favorable

L'article 329.2 sanciona:

"[...] l'autoritat o el funcionari públic que pel seu compte o com a membre d'un organisme col·legiat hagi resolt o votat a favor de la concessió sabent-ne la injustícia."

Ens trobem davant l'anomenada prevaricació mediambiental, que coincideix plenament, quant a la descripció de l'acció, amb la prevaricació urbanística de l'article 320.2 del Codi penal, referida abans, per la qual cosa ens remetem a allò que s'ha exposat en tractar aquesta. Se sanciona aquí el fet de resoldre o votar a favor de la concessió d'una llicència manifestament il·legal, que permeti el funcionament de les activitats susceptibles de provocar un risc per al medi ambient o per a la salut humana que preveuen els articles 325 i 328 del Codi penal. La resolució o el vot a favor s'haurà de fer sabent que la llicència esmentada no respecta de manera manifesta l'ordenament jurídic, ja que s'ha infringit aquest per no seguir algun tràmit preceptiu, per manca de competència o per no respectar les raons de fons necessàries per tal d'obtenir aquella autorització.

La citada Llei catalana de prevenció i control ambiental de les activitats preveu un sistema d'autoritzacions o llicències ambientals a obtenir, amb el seu respectiu procediment diferenciat, segons la major o menor incidència ambiental que tingui a priori l'activitat objecte de l'autorització. Es tracta d'una autorització limitada als aspectes ambientals, i les activitats estan ordenades en diferents categories enumerades en els annexos I a IV de la Llei segons la seva repercussió en el medi ambient, la qual cosa determinarà el tipus d'autorització a obtenir i el procediment a seguir. Hi trobem les autoritzacions ambientals i les declaracions d'impacte ambiental, que han de ser resoltes pel Departament de la Generalitat competent en aquella matèria, i afecten les activitats productives que poden te-

nir una incidència important en el medi ambient. També s'hi preveuen les llicències ambientals, que són de competència municipal, i que afecten les altres activitats que han de tenir un control previ degut a la seva possible incidència mediambiental. En aquestes autoritzacions i llicències intervenen els organismes competents segons la normativa sectorial, els quals hauran d'emetre els informes preceptius i exigits per la normativa, que tindran caràcter vinculant quan siguin desfavorables. D'altra banda, en les llicències ambientals de competència municipal es preveu la intervenció de les esmentades OGAU, d'àmbit comarcal, que han d'emetre els informes preceptius. A la vista del procediment previst i de la participació d'organismes pertanyents a diverses administracions, alguns dels mateixos molt més allunyats de la persona o empresa interessada a obtenir la llicència que qui ha de resoldre, l'adopció d'una resolució favorable contrària a la normativa ambiental serà molt més difícil en aquests casos, o, en cas que s'adopti, hi serà més clara la intencionalitat delictiva, per la presència probable d'informes contraris a l'atorgament de la llicència.

A més de les autoritzacions i llicències ambientals, es preveu en la repetida Llei el règim de les anomenades comunicacions ambientals per a les activitats previstes en l'annex III. En aquest cas no es dicta una resolució expressa de l'Ajuntament, sinó que l'interessat a portar a terme l'activitat ha d'adjuntar la documentació tècnica exigida a la comunicació, i ja podrà iniciar l'exercici d'aquesta, sota la responsabilitat de les persones titulars o tècniques que hagin lliurat les certificacions, els mesuraments, les anàlisis i els documents tècnics acreditatius del compliment dels aspectes ambientals.

No es preveu en la Llei un règim de silenci de caràcter positiu, com passava amb la llicència urbanística, ja que, si l'Administració no resol la petició en els terminis establerts, l'interessat ha d'entendre desestimada la seva pretensió, per la qual cosa ja no es planteja en aquest cas la possibilitat de la comissió del delicte a través de la comissió per omissió.

La posició de garant que té l'Administració en els casos d'autorització il·legal de les activitats classificades, podria arribar a suposar una forma de participació dels responsables públics que en van votar a favor o que van resoldre atorgar aquella, en el delicte contra el medi ambient que es pogués generar per l'empresa o particular que hagués obtingut la llicència il·legal. Podem pensar en el cas d'una empresa que aconsegueix una autorització per abocar a la llera pública les seves aigües residuals industrials, per sobre dels límits legalment permesos. Si, degut a aquesta autorització contrària a dret, es genera per l'empresa autoritzada un risc per a l'ecosistema o per a la salut humana, és clar que els qui han atorgat l'autorització o n'han informat a favor, sabent-ne la injustícia, podran incórrer no només en el corresponent delicte de l'article 329 del Codi penal, sinó també en el delicte contra el medi ambient de contaminació greu que preveu l'article 325. La STS 1073/03, de 25 de maig, així ho recull, i afirma que si degut a una decisió prevaricadora, que té entitat pròpia i independent, es dóna via lliure a un altre comportament que incideix, de manera directa i autònoma, sobre un altre bé jurídic protegit com és el medi ambient, llavors serà possible aïllar dues modalitats delictives diferents, i es podrà afirmar que s'ha prevaricat i, a més, s'ha ocasionat un dany al medi ambient que, d'una altra manera, no s'hagués causat.

4.4. L'Administració contaminant

L'article 325 del Codi penal recull el delicte bàsic contra el medi ambient de la manera següent:

"S'ha de castigar amb les penes de presó de dos a cinc anys, multa de vuit a vint-i-quatre mesos i inhabilitació especial per a la professió o ofici per un temps d'un a tres anys el qui, contravenint a les lleis o altres disposicions de caràcter general protectores del medi ambient, provoqui o realitzi directament o indirectament emissions, abocaments, radiacions, extraccions o excavacions, aterraments, sorolls, vibracions, injeccions o dipòsits, a l'atmosfera, el sòl, el subsòl o les aigües terrestres, subterrànies o marítimes, inclosa l'alta mar, amb incidència fins i tot en els espais transfronterers, així com les captacions d'aigües que puguin perjudicar greument l'equilibri dels sistemes naturals. Si el risc de greu perjudici fos per a la salut de les persones, la pena de presó s'ha d'imposar en la meitat superior."

A la majoria dels casos objecte d'investigació per aquesta infracció, que és la més habitual dins els delictes contra el medi ambient, el responsable penal serà una persona o empresa particular. D'alguna manera, en aquests supòsits, el preceptiu control administratiu destinat a tutelar el medi ambient apareixerà amb el control previ de l'autorització administrativa, i també amb el control posterior per mitjà del procediment sancionador d'adopció de les mesures cautelars i els actes administratius destinats a evitar la situació perillosa, restituint les coses a l'estat anterior.

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 33, octubre de 2013, p. 87-107
Fundació Democràcia i Govern Local

Ara bé, malgrat que l'article 45.2 de la Constitució espanyola disposa que els poders públics han de defensar i restaurar el medi ambient, i vetllar per la utilització racional dels recursos naturals, i que el número 3 del mateix article estableix que per als qui ho infringeixin s'establiran per part del legislador sancions penals o administratives, així com l'obligació de reparar el dany causat, pot passar que, quan qui contamina és directament la mateixa Administració pública, aquesta arribi a oblidar aquestes normes tan elementals, i l'obligat control i respecte del medi ambient quedi substituït per una tolerància administrativa amb una cobertura legal buscada, encara que simplement formal i aparent.

Aquest és el cas de les aigües residuals urbanes a alguns municipis de Catalunya, que, malgrat l'abundància de normativa administrativa europea i estatal que obliga al seu adequat tractament, s'aboquen directament a la llera pública, provocant situacions de risc greu per al medi ambient.

La Disposició transitòria quarta incorporada a la Llei del Parlament de Catalunya de mesures fiscals i financeres 16/2008, de 23 de desembre, estableix que l'abocament d'aigües residuals la depuració de les quals hagi estat assumida per l'Agència Catalana de l'Aigua (ACA) per mitjà de la seva inclusió en el Programa de Sanejament d'Aigües Residuals Urbanes (PSARU), aprovat per acord del Govern de la Generalitat de 20 de juny de 2006, queda autoritzat en les condicions en què es trobi en entrar en vigor aquella Llei, sigui quin sigui el seu abast ambiental, i només es preveu una autorització d'abocament en els casos on hi hagi un increment de càrrega contaminant per un desenvolupament urbanístic no previst al PSARU. Aquesta norma ha suposat que alguns ajuntaments infractors s'hi emparin, injustificadament, per no fer res per evitar la greu situació d'abocaments existent al seu territori, tot al·legant davant una possible investigació penal que la situació és coneguda, però que la seva solució està prevista dins el PSARU. D'altra banda, els expedients administratius per infracció ambiental deguda a la contaminació per aigües residuals municipals, que havia obert l'ACA contra alguns ajuntaments per aquesta mena d'abocaments incontrolats i perillosos, van ser directament arxivats amb l'entrada en vigor d'aquella peculiar Disposició transitòria. No obstant això, la possible responsabilitat penal dels qui, dins l'Ajuntament, coneixen la situació i estan obligats a evitar el risc greu ambiental no desapareix malgrat aquella norma, perquè la legislació bàsica estatal i la distribució competencial en matèria de medi ambient entre l'Estat i les comunitats autònomes permeten a aquestes dictar normes addicionals de protecció, però no limitar les dictades per l'Estat o la Unió Europea. I en aquest sentit tota aquesta normativa obliga a evitar la contaminació i a controlar-la i no a autoritzar-la d'una manera genèrica. Per exemple, la Llei estatal d'aigües aprovada per mitjà del Reial decret legislatiu 1/2001 i modificada parcialment per la Llei 62/2003 prohibeix expressament la contaminació de les aigües continentals, i qualsevol activitat que pugui comportar una degradació del domini públic hidràulic. A més, exigeix que tot abocament ha de tenir una autorització específica, no genèrica, on s'hauran de determinar les instal·lacions de depuració, els límits d'abocament a respectar i els mitjans per controlar el funcionament d'aquelles. Tot això sense oblidar la vigència del Reial decret llei 11/1995, de 28 de desembre, pel qual s'estableixen les normes aplicables al tractament de les aigües residuals urbanes, i el Reglament que el desplega, que obliguen els municipis a adoptar mesures per tal d'evitar la contaminació per les aigües residuals urbanes. L'obligació dels responsables municipals d'impedir la contaminació en aquests casos es recull en les normes ambientals de directa aplicació a Catalunya, i, a més, en la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (articles 25.2, 26 i 86.3), el text refós de la legislació en matèria d'aigües de Catalunya (Decret legislatiu 3/2003, de 4 de novembre), o el Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (articles 66, 67 i 68).

La sentència del Tribunal Suprem 45/2007, de 29 de gener, va refusar els arguments amb pretensió exculpatòria de l'alcalde d'una població del Vallès Oriental, condemnat per un delicte contra el medi ambient per tolerar els abocaments de les aigües residuals urbanes del seu municipi, de manera constant i coneguda, a la llera pública, i que pretenia traslladar la responsabilitat dels fets a l'ACA. El Tribunal va confirmar la condemna de l'alcalde, i va considerar que havia infringit amb la seva omissió o passivitat les disposicions de la Llei reguladora de les bases del règim local que li atorgaven la posició de garant de la protecció del medi ambient i la salut pública en l'àmbit territorial del seu terme municipal, en no haver impedit durant molt de temps, podent-ho fer, uns abocaments d'aigües residuals urbanes fecals que anaven a parar directament a un torrent públic, malgrat tenir el deure de controlar aquesta font de perill segons la normativa administrativa.

Bibliografia

Alcalde Sánchez, María, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Editorial Bosch, 2011.

Diversos autors, *Corrupción y urbanismo*, Cuadernos Penales Jose María Lidón 5, Deusto Publicaciones, 2008.

Pelegrín López, Antoni, "La actuación de la Administración y su incidencia sobre los tipos penales protectores de la ordenación del territorio y del medio ambiente", en Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Col·lecció "Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal", vol. I, any 2000.

Pelegrín López, Antoni, "Los delitos urbanísticos y la actividad notarial", en d. a., *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*, Thomson-Civitas, 2007. ■