

## F) Jurisdicción penal

**Tribunal Supremo. El sentido legal de clandestinidad es el de carencia de la autorización o la licencia exigidas para desarrollar una actividad, precisamente, con objeto de preservar el medio ambiente. Una actividad está bien considerada como clandestina, cuando discurre bajo la apariencia de otra diversa de aquella para la que se había obtenido permiso, terciaria, sí, pero cualitativamente distinta, y, por eso, oculta bajo esa otra constitutiva de una simple apariencia, que es lo que la hace “clandestina” a efectos legales**

**Órgano:** Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Recurso de casación núm. 599/2009

**Resolución:** Sentencia núm. 1112/2009

**Fecha:** 16 de noviembre de 2009

**Ponente:** Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez

**Doctrina:** El sentido legal de clandestinidad es el de carencia de la autorización o la licencia exigidas para desarrollar una actividad, precisamente, con objeto de preservar el medio ambiente. Una actividad está bien considerada como clandestina, cuando discurre bajo la apariencia de otra diversa de aquella para la que se había obtenido permiso, terciaria, sí, pero cualitativamente distinta, y, por eso, oculta bajo esa otra constitutiva de una simple apariencia, que es lo que la hace “clandestina” a efectos legales.

Los hechos probados acreditan que la actividad de discoteca-*after*, afectó de manera intensa al ambiente, calidad de vida y salud de los perjudicados, que experimentaron tal efecto en sus propios domicilios, de este modo invadidos merced a la perturbadora injerencia del acusado, a la que no pudieron sustraerse. Tales hechos constituyen el ilícito establecido en el artículo 325 del Código Penal, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo

### Supuesto de hecho

D. Camilo, en calidad de propietario y administrador único gerente de la empresa Otroletravaladina, S.L., suscribió contrato de arrendamiento como arrendataria del local sito en la calle Entenza nº 37 bajos de Barcelona.

Inició en dicho local su actividad de bar musical o discoteca “242”, como mínimo a partir del 9.12.06, obteniendo en fecha 10 de enero de 2007 la transmisión de la licencia municipal ordinaria de apertura de establecimiento para ejercer la actividad de bar.

El horario y actividad real era de discoteca-*after*, de jueves a domingos desde las 6 horas de la mañana a las 13 horas, no ajustándose dicha actividad a la licencia concedida, tratándose, pues, de una actividad clandestina.

La actividad ilegal de discoteca-*after* regentada por el acusado, generó continuas denuncias por continuadas y reiteradas inmisiones.

En fecha 3 de febrero de 2007 –sábado–, la Unitat de Policia Administrativa i Seguretat (U.P.A.S.) de la Guardia Urbana de Barcelona realizó una inspección ocular del local situado en los bajos del nº 37 de la calle Entenza de Barcelona, comprobando:

a) Que el acusado ejercía en el local destinado a bar una ilegal actividad de discoteca, que se desarrollaba de las 22 a las 3 horas de la madrugada (de jueves a sábado) y de las 5 a las 13 horas (de viernes a domingo).

b) Que en el local el acusado había instalado ilegalmente una pista de baile, seis altavoces y un equipo de música de 700 W marca Samson, sin limitador de ruido alguno.

Asimismo, la Policía judicial comprobó la grave afeción sonora que las emisiones de ruido procedentes de la música de la discoteca generaban en domicilios privados.

En fechas 4 de febrero de 2007 –domingo– y 9 de febrero de 2007 –viernes–, agentes de la Guardia Urbana (U.P.A.S.) de Barcelona realizaron toma de muestras sismométricas de las inmisiones generadas por la música en los domicilios de los perjudicados y una nueva inspección ocular en el local. Ante la reiteración de los ruidos y la existencia de nuevas denuncias, se hicieron nuevas inspecciones y tomas de muestras sismométricas.

El 27 de abril de 2007 el gerente del Distrito municipal de l'Eixample dictó Resolución, notificada al acusado en fecha 28 de abril de 2007, por la que se acordaba ordenar el cese de la actividad y requerir al acusado la solicitud de la licencia correspondiente para legalizar la actividad, a la que el acusado hizo caso omiso.

Por resolución del gerente del Distrito, en fecha 3 de abril de 2008, se acordó incoar expediente sancionador y se inicia una serie de legalizaciones e incumplimientos sistemáticos. Instruida la causa penal correspondiente, la Audiencia de Barcelona dictó la sentencia, con el fallo siguiente:

“Que debemos absolver y absolvemos a D. Camilo, mayor de edad y sin antecedentes penales de los nueve delitos de lesiones de que venía acusado por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las 9/10 partes. Y debemos condenar y condenamos a D. Camilo, como autor criminalmente responsable de un delito contra el medio ambiente de los artículos 325.1 y 326 a) del Código penal, no concurriendo circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal a las siguientes penas: cuatro años y un día de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de veinticinco meses, con cuota diaria de 20 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas en caso de insolvencia, y a cuatro años de inhabilitación especial para el ejercicio de actividades relacionadas con actividades de bar, espectáculo y lúdico-musicales. No ha lugar a acordar la clausura

temporal del local de autos, pretendida por el Ministerio Fiscal. En concepto de responsabilidad civil, el acusado indemnizará a D. Segismundo, D<sup>a</sup> Felisa y José Francisco en la suma de 5.000 euros a cada uno de ellos, por los daños y perjuicios y daños morales causados a los mismos, con responsabilidad civil subsidiaria de la empresa del acusado OTRALETRAVALADINA S.L., y al pago de las costas procesales causadas en esta instancia en 1/10 parte.”

Contra esta sentencia se formula recurso de casación por el Ministerio Fiscal y el condenado.

### Fundamentos de Derecho

En uno de los motivos de casación, el Ministerio Fiscal alega infracción de ley, por inaplicación del artículo 617,1º del Código Penal, al entender que la condena tendría que haberse impuesto asimismo por falta de lesiones, debido a que en la sentencia se dice que los perjudicados por las inmisiones ruidosas sufrieron insomnio, dolores de cabeza y mal humor, si bien no necesitaron tratamiento.

El TS establece que “(...) es claro que la acusación se formuló también por la agresión al bien jurídico de la salud de los afectados; que la sentencia constata que la misma, en efecto, existió; y que, no obstante esto, el precepto del art. 617,1º Cpenal dejó de aplicarse indebidamente; que es por lo que este motivo debe igualmente estimarse.”

Los motivos de casación formulados por el condenado son dos.

Se alega la infracción del artículo 849,1º y 2º Lecrim, por aplicación indebida del artículo 325 Cpenal y por error en la valoración de la prueba. Esto último por entender que la Sala tendría que haber dejado constancia en los hechos de que los valores de las muestras sobre las que se produjeron los informes sonométricos elaborados por los agentes de la Guardia Urbana de Barcelona oscilaron entre valores mínimos y máximos que no se recogen y que el valor final fijado en cada supuesto fue el resultado de aplicar ciertos factores de corrección (K1, K2 y K3); un modo de operar sobre el que técnicos de sonido que informaron a instancia del recurrente no habrían estado conformes.

El TS le da la respuesta siguiente:

“Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba. De otra parte, hay que tener en cuenta que, como regla, los informes periciales carecen de la calidad de documentos (en sentido técnico-procesal) a los efectos del art. 849,2º, por más que puedan acogerse como tales en algún caso, como cuando existiendo una sola pericia o varias coincidentes, el tribunal se hubiera apartado sin motivación razonable del contenido de los mismos [por todas, STS de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1193) y 30 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9259)].”

El TS afirma que en contra de lo que sostiene el recurrente, la conclusión de las periciales que discute no puede decirse desmentida, sin más, por la de las producidas a su instancia.

“Así, no es que la Audiencia, al construir los hechos probados, se hubiese apartado de manera arbitraria de un resultado de prueba documentado que fuera incuestionable; sino que, por el contrario, el criterio de la sala tiene firme apoyo en los dictámenes periciales de carácter oficial; y, de este modo, lo que hay es una discrepancia del recurrente con lo dictaminado por los agentes, que ajustaron sus estimaciones a la normativa municipal en la materia.

“Pero es que, además, como la propia sala pone de manifiesto, concurren otros elementos de juicio que ella tomó en consideración. Así, los que se desprenden de la directa observación de los agentes que inspeccionaron el local, y que declararon en la vista en el sentido de que la instalación era pésima, no había ningún limitador de sonido, ni protección alguna y vibraban las paredes. Por otro lado, está la evidencia, asimismo recogida en los fundamentos de la resolución, de que, una vez efectuadas las necesarias correcciones en el aislamiento e instalado un nuevo equipo, a partir de abril de 2008, cambió esencialmente la situación, al mantenerse el nivel de ruido dentro de los límites legales, con el resultado también de que cesaron las molestias causadas a los vecinos. Lo que, unido a todo lo que se ha expuesto, confirma con claridad la existencia de las gravísimas deficiencias apuntadas.”

Por tanto, no puede hablarse de error en la apreciación de la prueba, y la impugnación de este fundamento tiene que desestimarse.

De este modo, no cabe duda, señala el TS que: “(...) el supuesto descrito en los hechos probados afectó de manera intensa al ambiente, calidad de vida y salud de los perjudicados, que experimentaron tal efecto en sus propios domicilios, de este modo invadidos merced a la perturbadora injerencia del acusado, a la que no pudieron sustraerse. Es por lo que ninguna objeción cabe hacer a la calificación de los hechos de la sentencia, que responde, además, con inobjetable rigor, a la interpretación del art. 325 Cpenal realizada por esta sala en sentencias que se citan en la de instancia.”

En el segundo motivo de casación alega infracción de Ley, del artículo 849,1º Lecrim, en concreto, del artículo 326 a) Cpenal. El argumento es que la actividad del recurrente en el local de referencia no puede ser considerada clandestina a los efectos de este último precepto, ya que aquel estaba habilitado por la Administración municipal para el desarrollo de una actividad de carácter terciario.

La respuesta del TS es la siguiente:

“Tanto según el Diccionario de la Real Academia Española como en su acepción usual, el término clandestino denota algo que es o está oculto, en el sentido de realizado de espaldas a la ley o a la autoridad, que es lo sucedido en este caso, con la concreta actividad de discoteca, la efectivamente ejercida en el local del que recurre.”

“Pero es que, además, el propio legislador, al concebir el precepto del art. 326 a) Cpenal, ha querido ofrecer una interpretación auténtica de aquel concepto, aclarando que, en el contexto normativo de referencia, clandestino es lo que se realiza sin haber obtenido la autorización o la aprobación administrativa requerida para la regular utilización de las instalaciones de que se trate.

“De este modo, no cabe duda, la actividad desarrollada por el recurrente está bien considerada clandestina, porque discurría bajo la apariencia de otra diversa de aquella para la que se había obtenido permiso, terciaria, sí, pero cualitativamente distinta, y, por eso, oculta bajo esa otra constitutiva de una simple apariencia, que es lo que la hizo ‘clandestina’ a efectos legales.

“Esta lectura de la norma cuya aplicación se cuestiona es la que resulta de sentencias de esta sala como la nº 875/2006, de 6 de septiembre, y 70/2005, de 26 de enero, que ponen buen cuidado en subrayar que el sentido legal de clandestinidad es el de carencia de la autorización o la licencia exigidas para desarrollar una actividad, precisamente, con objeto de preservar el medio ambiente.”

El TS estima el motivo segundo del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y por ello condena también a Don Camilo como autor de nueve faltas de lesiones a la pena de un mes de multa por cada una de ellas, a razón de 10 euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un día por cada 100 euros, con imposición de las costas de un juicio de faltas.