

JURISPRUDENCIA GENERAL: DERECHO PENAL

ELENA GÓRRIZ ROYO

Profesora titular de Derecho Penal

Universitat de València. Estudi General

MARIA MARQUÈS I BANQUÉ

Profesora colaboradora de Derecho Penal

Universitat Rovira i Virgili

NÚRIA TORRES ROSELL

Profesora agregada temporal de Derecho Penal

Universitat Rovira i Virgili

Sumario: 1. Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo. 2. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. 3. Delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos.

1. Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo

El primer pronunciamiento que merece consideración, con respecto a los delitos sobre la ordenación del territorio, es el Auto del Tribunal Supremo núm. 2209/2016, de 25 de febrero, donde se inadmite a trámite una denuncia, entre otros, por delitos de prevaricación administrativa, prevaricación urbanística (artículo 320.2 CP), falsedades y malversación. Interesa conocer los hechos denunciados a este respecto. Según consta en el fundamento de derecho tercero, los hechos relatados por el denunciante se centrarían en que el acusado, alcalde de la localidad de Pastrana —y en el momento de emitir el Auto, senador y, por lo tanto, aforado—, en su condición como tal, intervino en una serie de expedientes urbanísticos en los que se habría vulnerado la legalidad urbanística, entre otros aspectos, omitiendo a sabiendas la autorización preceptiva de la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico-Artístico de Guadalajara. Para ello, se habría amparado en informes emitidos por los técnicos denunciados, que habrían usurpado potestades públicas. En segundo lugar, “se sostiene que el aforado, a pesar de conocer que se otorgaban licencias contra la legalidad urbanística y que se ocultaban infracciones de dicha normativa, habría enajenado viviendas privadas —bienes de primera necesidad—, a sabiendas de que estaban total o parcialmente en suelo público”. Asimismo, el denunciado habría cometido un delito del artículo 432 CP —en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015— “por la permanencia a la renuncia a recibir las compensaciones obligatorias e irrenunciables del Ayuntamiento previas al otorgamiento de licencias de construcción”. Además, en su condición de alcalde de Pastrana, habría reconocido en documento oficial la condición pública de arquitecto municipal a los dos técnicos denunciados, cuando estos “solo tenían reconocimiento honorífico o de asesor externo”. Por ello, serían responsables de un delito de falsedad o, si no se mantiene la condición de funcionarios públicos de estos últimos, de un delito de usurpación de funciones públicas en calidad de cooperadores necesarios. Por último, el citado alcalde habría cometido el delito del artículo 320.2 CP porque era perfecto conocedor de las ilegalidades urbanísticas no informadas por los técnicos. Además de haber incurrido en los delitos de los artículos 321 a 323 CP por las obras autorizadas en la Colegiata, cuya edificabilidad estaba agotada.

No obstante, la Sala 2.^a del TS se detiene ante todo en analizar la concurrencia de los elementos típicos del delito de prevaricación del artículo 404 CP. De modo que entiende que estos no concurren, pues considera que no basta la mera contradicción con la normativa urbanística, sino que, para que la acción sea considerada delictiva, se requiere algo más que una mera ilegalidad administrativa, siendo preciso una conducta constitutiva de infracción penal. Tampoco acepta la prueba de la existencia de una resolución injusta y arbitraria. En consecuencia, se llega a la convicción de que tampoco se habría cometido el delito del artículo 320.2 CP que se le imputaba al citado alcalde por determinadas ilegalidades urbanísticas que, supuestamente, habría conocido pero de las que no le habrían informado los técnicos competentes. Así pues, el TS entiende que el aforado no cometió hechos constitutivos de los delitos de los artículos 320.3, 321 y 323 CP puesto que no consta la existencia de las ilegalidades urbanísticas que se denuncian. En consecuencia, el TS declara la competencia para conocer de la denuncia contra el citado aforado —anterior alcalde— y senador en el momento del enjuiciamiento. No obstante, inadmite a trámite dicha denuncia por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal, por todo lo cual procede al archivo de las actuaciones.

En contraste con este auto del TS, en tiempos recientes cabe apreciar una serie de resoluciones de audiencias provinciales que analizan con exhaustividad los elementos típicos del artículo 320 CP y llegan a fundamentar detenidamente la aplicación de los delitos allí previstos. Así, con respecto al delito del artículo 320 CP, cabe destacar la SAP de Alicante (Sección 7.^a) núm. 711/2015, de 26 de noviembre, por la que se resuelve el recurso de varios condenados por sendos delitos de prevaricación administrativa y prevaricación urbanística.

En concreto, la recurrente, que fue condenada en su condición de alcaldesa, trata de demostrar la inexistencia de aquellos delitos en la relación de los hechos probados, en que se constataba que tuvo pleno conocimiento de que “se pretendía edificar apartamentos con zonas comunes de jardín y piscina, en suelo destinado para la práctica deportiva, lo que así sucedió en definitiva, en fecha 28 de Marzo de 2001”. A tal efecto, “formó parte de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento que aprobó la viabilidad del proyecto presentado por la promotora [...] SL para 44 viviendas sitas en la Urbanización [...] tratándose de suelo dotacional deportivo, contraviniendo el P.G.O.U. Posteriormente, en fecha 28 de Octubre de 2002, la recurrente, que seguía siendo conocedora de que el proyecto era contrario a la normativa urbanística, formó parte de

la Comisión de Gobierno que aprobó el certificado acreditativo de silencio administrativo, requisito previo a la aprobación definitiva de la licencia de obras, la cual se produjo el 17 de Diciembre de 2004, en comisión de gobierno en la que también intervino la recurrente, que evidentemente seguía siendo conocedora de que el proyecto era contrario a la normativa urbanística, concurriendo, pues, en la misma todos los requisitos exigidos para apreciar en su conducta los elementos típicos del delito de prevaricación”.

En efecto, a la luz de estos hechos, la Audiencia confirmó la condena por un delito de prevaricación administrativa y por un delito de prevaricación urbanística. Para ello, se adopta la línea jurisprudencial abierta desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2012. En especial cuando interpreta el delito del artículo 320 CP y destaca que “se trata de una especialidad del delito más genérico de prevaricación del artículo 404, a cuya pena aquél se remite en parte, y de cuya naturaleza y requisitos participa, residiendo dicha especialidad en la materia sobre la que se realiza la conducta, que es la normativa urbanística”. Concretamente, se reproducen los elementos que el TS considera que integran este delito: “1. Resolución dictada por autoridad o funcionario público aprobando o votando a favor de proyectos de edificación o concesión de licencias. 2. Que esa resolución sea contraria a derecho, es decir, ilegal. 3. Que esa ilegalidad no pueda ser explicada con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable, es decir, que sea injusta y arbitraria. 4. Que la resolución se dicte a sabiendas de su injusticia, o sea, con conocimiento de actuar en contra del derecho”. En el caso enjuiciado en la Audiencia de Alicante en 2015, se entiende que estos elementos concurren y, por lo tanto, que se dan en el supuesto enjuiciado los requisitos del delito contra la ordenación del territorio objeto de la condena previa, que queda así confirmada.

Si alguna sentencia resulta digna de mención con respecto al estudio de las prevaricaciones urbanísticas, es la relevante SAP de Barcelona (Sección 8.ª) núm. 764/2015, de 23 de noviembre. En ella, la Audiencia conoce de los hechos que dieron lugar a la incoación de un procedimiento abreviado ante el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Granollers, en el que el Ministerio Fiscal solicitaba la condena del acusado Evelio por, entre otros delitos, una prevaricación urbanística del artículo 320.1 CP, y del acusado Baldomero por la comisión de un delito continuado de prevaricación urbanística del artículo 320.1 CP en concurso medial con un delito de falsedad en

documento oficial previsto y penado en el artículo 390.1.4 CP, en concurso de normas con un delito de prevaricación previsto y penado en el artículo 404 CP, a resolver conforme a lo dispuesto en el artículo 8.1 CP. Dicha imputación de delitos fue sustentada en los siguientes hechos probados: Evelio, en su condición de arquitecto municipal del Ayuntamiento, informó favorablemente, en fecha 6 de octubre de 2008, la licencia de obras mayores interesada por la mercantil Merca*** respecto de un supermercado y plazas de aparcamiento con conocimiento de no haberse concedido la licencia de actividades y que, en todo caso, la actividad pretendida era contraria a los usos que la normativa urbanística permitía en el solar en el que se proyectaba la construcción. Por otro lado, al acusado Baldomero, secretario del Ayuntamiento de la misma localidad, se le imputó la omisión del preceptivo informe jurídico en el expediente de licencia de obras, en el que debía haber puesto de manifiesto el incumplimiento de las normas urbanísticas en lo relativo al uso del suelo, sin que informara sobre ese incumplimiento a la Junta de Gobierno en la junta celebrada en fecha 9 de octubre de 2008. También se le acusaba de haber permitido que se otorgase la licencia de primera ocupación pese a no haberse concedido la licencia de actividades, así como se le imputaba la conducta de haber suscrito mendazmente el certificado de compatibilidad urbanística de fecha 28 de marzo de 2008 cuando no existía el informe favorable cuya existencia, por ende, certificaba, omitiendo también el informe jurídico en el expediente correspondiente a la licencia de actividad. Por último, se le atribuía la conducta de no haber advertido de las incompatibilidades urbanísticas existentes a la Junta de Gobierno, en fecha 18 de marzo de 2010, lo que determinó la concesión de la licencia de actividad.

A la vista de estos hechos probados principales —que eran complementados por otros aspectos más específicos del caso—, la Audiencia analiza los principales requisitos típicos del artículo 320.1 CP. Así, se llega a la convicción de que “el análisis de la legalidad vigente al tiempo de los hechos permite concluir, conforme se anticipaba, que el acusado ahora considerado venía obligado a pronunciarse, con carácter previo a valorar las especificaciones técnicas del proyecto de edificación, su adecuación al planeamiento, y en particular su legalidad de acuerdo con la calificación, clasificación y cualificación, y por tanto debía haber valorado los usos permitidos en el suelo en el que se pretendía edificar”. Ello lleva a la consecuencia de entender que hay una vulneración de la legalidad urbanística, como requiere el artículo 320.1 CP, entre otros motivos

porque “la versión del acusado es contraria a la lógica más elemental. Consideramos totalmente inverosímil que la licencia de obras se limite a analizar las características técnicas de construcción, sea cual sea la ubicación o el uso que se pretenda dar a una edificación, sin entrar a valorar la adecuación con el planeamiento y ordenanzas en cuanto a calificación, clasificación y cualificación del suelo, usos incluidos. Se pretende, en la argumentación esgrimida por la defensa, que en todo caso, y pese a advertir el arquitecto municipal que el proyecto es manifiestamente ilegal, debe emitir un informe favorable si las especificaciones relativas a la construcción son técnicamente ajustadas a la legalidad [...] y decimos que tal argumentación es ilógica ya que siendo la edificación imposible por ilegal, el estudio, los requerimientos para subsanación de defectos y el informe final devendrían totalmente estériles, sin olvidar mencionar el coste que ello representaría tanto para el particular como para el propio Ayuntamiento”. Unido a lo anterior, la Audiencia encuentra un segundo motivo para reputar la actuación del acusado Evelio contraria a la normativa urbanística, pues llevó a cabo “la infracción de lo dispuesto en el artículo 77 del Decreto 179/2005 que aprueba el Reglament d’Obres, Activitats i Serveis dels Ens Locals de Catalunya (ROAS)”. En su defensa, el citado acusado sostuvo que informó favorablemente la licencia de obras mayores ante la renuncia expresa de la solicitante a los perjuicios que se le pudieran derivar en el supuesto de no ser concedida la licencia de actividades en atención a que la licencia de obras se concedía de forma condicionada, y, además, el acusado señaló que, antes de informar favorablemente, había comprobado que existía un informe de compatibilidad urbanística favorable. No obstante, la Audiencia considera que dichas alegaciones no permiten “desactivar la prueba de cargo practicada”. En consecuencia, se concluye que “el acusado estaba obligado a examinar la compatibilidad de la edificación proyectada con las normas de planeamiento urbanístico, usos incluidos, y si tales usos no estaban permitidos, como el caso sucedía, debió de informar en sentido desfavorable a la concesión de la licencia de obras, siendo manifiestamente ilegal el que emitió en fecha 6 de octubre de 2008”.

Con respecto al acusado Evelio, resulta interesante comprobar la cuestión que su defensa plantea acerca del carácter meramente ilegal del informe que emitió, frente al criterio de la Audiencia, que lo consideró injusto ex artículo 320.1 CP. En este sentido, el Tribunal entiende que “la contradicción con el ordenamiento jurídico urbanístico en cuanto a la concreta normativa que hemos venido reiterando no solo era evidente sino

que además tal ilegalidad era fácilmente constatable sin que se pueda sostener que estamos ante una cuestión jurídica compleja o que las normas administrativas vulneradas no satisfagan el requisito de la necesaria certeza jurídica. Nada más lejos de la realidad”. Asimismo, la Audiencia pone el acento en el elemento de la remisión en blanco contenida en el artículo 320.1 CP a las normas urbanísticas vigentes, de modo que lo interpreta como “un reenvío al régimen de autorizaciones previsto para realizar actos de edificación regulados en las leyes estatales, autonómicas y locales, tanto relativas a bienes de dominio público, lugares protegidos por la legislación sectorial de patrimonio histórico, espacio naturales y suelo no urbanizable, a lo que debe añadirse los planes urbanísticos y ordenanzas relativas al régimen de licencias en suelo urbano o urbanizable. La amplitud de la normativa urbanística puesta en relación con el tenor literal del artículo 320.1 llevaría a que cualquier infracción de una de esas normas sería típica, pero la doctrina jurisprudencial sobre las resoluciones que pueden ser objeto de prevaricación lleva a concluir que solo las infracciones más graves de las normas urbanísticas pueden satisfacer el elemento objetivo del delito”. Teniendo esto presente, considera el Tribunal que “el artículo 228.2 del texto refundido de la Ley del Suelo, se refiere, al regular la responsabilidad administrativa del funcionario facultativo, a la existencia de una vulneración grave y manifiesta de la ordenación urbanística, y en concreto, el artículo 226.2 del TRLS califica como infracciones urbanísticas graves, aquellas que constituyen incumplimiento de las normas relativas a parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen y situación de edificaciones, y ocupación permitida de la superficie de las parcelas”.

Por otro lado, la Audiencia analiza la alegación de la defensa de Evelio relativa al hecho de que el informe emitido por el acusado carecía de efecto vinculante. Ello, unido a la invocación del principio de intervención mínima, suponía, en opinión de la defensa, que los hechos debían ser reconducidos a la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, la Audiencia rechaza esta alegación sobre la base de que el delito del artículo 320.1 CP requiere ser cometido, una vez probado el dictado de un informe preceptivo pero no necesariamente vinculante, “sin que sea posible atribuir al informe un contenido decisorio ya que la actividad típica consiste en un acto de trámite; emitir un juicio, deseo o conocimiento sobre la viabilidad de un asunto, de forma que si el informe fuese vinculante y seguido de una resolución que contraríe la normativa urbanística, estaríamos ante una participación en el delito del artículo 320.2 o bien del artículo 404

en su caso”.

Asimismo, la Audiencia entiende que la ilegalidad cometida supuso un peligro concreto para el bien jurídico protegido de tal entidad que el supermercado en cuestión está en la actualidad abierto al público. Además, considera como “prueba de la arbitrariedad del informe emitido por el acusado” el hecho de que las actuaciones se inician por denuncia presentada ante la Fiscalía por un grupo de propietarios a quienes se les denegó cualquier actividad comercial precisamente en parcelas del mismo sector, negativa fundamentada en la incompatibilidad de dicha actividad con los usos permitidos.

En conclusión, el Tribunal estima que el informe emitido por el acusado fue manifiestamente ilegal por ser contrario a las normas urbanísticas vigentes al tiempo de los hechos, normas “tanto con rango de ley como subsidiarias, constatándose que su aplicación por parte del acusado no puede sostenerse con ninguno de los criterios interpretativos de las leyes admitidas dándose por ello la ilicitud de la conducta exigida por el delito del artículo 320.1 CP por existir una contradicción con el ordenamiento jurídico urbanístico de tal entidad que el informe dictado carece de fundamentación objetiva, es totalmente contradictorio con la realidad, con la consecuencia de haber sustituido el acusado la aplicación de la ley vigente al tiempo de los hechos, por la de su propia voluntad”. Asimismo, consideró probado el requisito de que el acusado actuó “a sabiendas de su injusticia” pese a que este sostuviera el desconocimiento de la existencia de la normativa anteriormente citada. En este sentido, la Audiencia entiende que su condición de arquitecto municipal durante más de treinta años es un dato que “necesariamente permite atribuirle el conocimiento de la injusticia y arbitrariedad del informe dictado y la intención de cometer la ilegalidad a fin de vulnerar el ordenamiento jurídico urbanístico. No puede admitirse que el acusado desconociese tanto el contenido y alcance del informe técnico que tenía que emitir, como la normativa aplicable, y en definitiva no es posible admitir que desconociese que se pretendía edificar sobre suelo industrial que estaba afectado por el Plan Parcial del Sector U del municipio (FD 4º)”.

Por otro lado, en el fundamento jurídico quinto se analiza la imputación al segundo acusado, Baldomero, de un delito continuado contra la ordenación del territorio del artículo 320.1 CP en concurso medial con un delito de falsedad en documento oficial del artículo 290.1.4. del mismo texto legal. La imputación del delito de falsedad recayó sobre el certificado de compatibilidad urbanística (de 28 de marzo de 2008), que a juicio de la acusación pública integró una falsedad del artículo 390.1.4 por faltar a la verdad

en la narración de los hechos. Tras realizar las comprobaciones pertinentes (FD 6.º), la Audiencia concluye que el citado certificado era mendaz no solo en cuanto a la fecha de su otorgamiento (que, por lo expuesto, no pudo ser la indicada —y que la propia acusación atribuye a un error material—), sino incluso en cuanto a su contenido, de modo que, una vez acreditada la falsedad del documento, se determina que su naturaleza era, sin duda, la de certificado “que debía ser expedido por el secretario en el plazo máximo de un mes desde la solicitud y, precisamente para su emisión, el Alcalde debía ordenar que se emitiesen los informes técnicos municipales que fueren precisos”. En consecuencia, la Audiencia concluye que el acusado fue autor del delito de falsedad de certificado oficial, previsto y penado en el artículo 398 CP por recaer la conducta mendaz sobre un certificado y no sobre un informe.

Por otro lado, con respecto a la imputación a este mismo acusado, Baldomero, de un delito continuado contra la ordenación del territorio del artículo 320.1 y 74 CP en comisión por omisión, en concurso medial con el delito de falsificación —ya analizado—, la Audiencia explica que todo ello se atribuye al acusado por no haber emitido el preceptivo informe jurídico ni en el expediente de la licencia de obras mayores ni en el expediente de actividades, de forma que se infringía lo dispuesto en el artículo 180 de la Ley de Urbanismo de Cataluña, aprobada por Decreto 1/2005. Además, se tiene en cuenta la conducta omisiva de no haber informado a las juntas de gobierno de que la edificación proyectada contravenía lo dispuesto en la normativa y el planeamiento municipales en lo relativo a los usos, lo que permitió que se aprobasen la licencia de obras mayores, la licencia de primera ocupación y la licencia de actividades. El pronunciamiento tiene, en efecto, gran importancia por lo que respecta a la posibilidad de aplicar el delito del artículo 320.1 CP conforme a la figura de la comisión por omisión (artículo 11 CP). Y a este respecto, la Audiencia Provincial de Barcelona entiende que, teniendo en cuenta que el acusado tenía la función de asesoramiento legal puesta en relación con la obligación de emitir informe preceptivo respecto a la legalidad de la licencia de obras que resulta del artículo 180 de la Ley de Urbanismo, era “garante de la legalidad” y, por lo tanto, venía obligado a advertir a la Junta de Gobierno de la ilegalidad de los acuerdos por los que se aprobaban la licencia de obras y la licencia de primera ocupación, acuerdos manifiestamente contrarios a la legalidad urbanística. No obstante, el Tribunal matiza que “la mera omisión de un informe por preceptivo que sea no puede determinar sin más la responsabilidad criminal del secretario municipal pues

ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los tribunales del orden contencioso-administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho penal, que perdería su carácter de última ‘ratio’”. Pese a lo anterior, la Audiencia concluye que “en el caso, la omisión del informe jurídico unido a la posición de garante que ostentaba el acusado, implica una ilegalidad de tal entidad que determina la nulidad del acto administrativo, pero además, las conductas omisivas del acusado representaron una injusticia y una arbitrariedad, dándose aquí por reproducido lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes”. Por otro lado, el Tribunal considera plenamente acreditado que el acusado actuó “a sabiendas de la injusticia” de su proceder, pues considera probado el conocimiento de la arbitrariedad de emitir el informe preceptivo. Además, “la omisión del informe jurídico inhibiéndose de poner en conocimiento de las Juntas de Gobierno la arbitrariedad de las resoluciones que se acordaron, debe necesariamente ponerse en relación con el certificado de compatibilidad falso que el acusado emitió en fecha 28 de marzo de 2008 y que necesariamente lleva a inferir que era consciente de la imposibilidad de conceder las licencias en relación a la edificación proyectada, pues era conocedor de la cualificación del suelo como industrial, que solo permitía actividades comerciales de forma limitada, a saber aquellas directamente relacionadas con la industria”. Por todo lo anterior, la Audiencia considera que los hechos imputados a Baldomero son subsumibles en el artículo 320.1 CP, cometido en comisión por omisión, en concurso medial con un delito de falsedad. Tanto Evelio como Baldomero son condenados, respectivamente, como responsables criminales en concepto de autores de los anteriores delitos, según la valoración de la prueba practicada, “en tanto que ejecutores directos y materiales de los hechos que integran la tipificación criminal”.

Al margen de las prevaricaciones urbanísticas, resultan reseñables una serie de sentencias recaídas en este período y relativas a delitos sobre la ordenación del territorio en sentido estricto. Así, el caso enjuiciado en la SAP de Madrid (Sección 1.ª) núm. 496/2015, de 3 de diciembre, en la que se considera probado que durante 2011 y hasta abril de 2012 el acusado, propietario de determinadas parcelas de polígonos cercanos a Madrid (Colmenar del Arroyo), realizó varias obras para el levantamiento de un minicircuito de motocross. Así, movimientos de tierras de miles de metros cúbicos, realización de desmontes y terraplenes, con alteración del perfil de la ladera en la parte baja de la parcela, colocación de dos rampas móviles de estructura metálica no ancladas

al suelo, aporte de tierras y explanación de estas en al menos 6.000 metros cuadrados. Para ello, el acusado no solicitó licencia ni autorización, estando la zona afectada incluida en la Orden 903/2001, de 5 de abril, de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid, por la que se inicia el procedimiento de tramitación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Zona de Especial Protección de las Aves Silvestres denominada Encinares de los ríos Cofio y Alberche. El Ministerio Fiscal calificó estos hechos como constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 y 3 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos y del artículo 338 del Código Penal, estimó como autor al acusado y solicitó la aplicación de la demolición del artículo 319.3 CP. Con respecto a esta calificación, el Tribunal analiza además la posible subsunción de la conducta en un delito contra el medio ambiente. Sin embargo, desestima esta posibilidad puesto que entiende que no se ha probado el peligro típico exigible en este delito. Y ello porque resulta acreditado que el acusado detuvo las obras una vez que recibió la denuncia, lo que se constató en la inspección realizada por los agentes forestales que la practicaron. El acusado no llegó a culminar su proyecto y su actividad se limitó a realizar movimientos de tierra, aunque de miles de metros cúbicos, y a colocar dos rampas móviles de estructura metálica no ancladas en el suelo. No obstante, por otro lado, aunque queda acreditado que el acusado frenó su actividad al recibir la denuncia, esta se había desarrollado durante varios meses, como quedó probado a través de la propia declaración del acusado, quien manifestó que había realizado el movimiento en el año 2011. Por todo lo anterior, la Audiencia entiende que los hechos han de calificarse de una construcción “con un significado más amplio que la edificación, pudiendo referirse la construcción a toda modificación mediante obras de albañilería, entendidas éstas en un sentido amplio, de la configuración del suelo que goza de la especial protección a la que alude el artículo 319.1 CP, no exigiéndose, por tanto, la aparición fruto de esa actividad de un cuerpo con un volumen determinado como pudiera ser una edificación, propia del artículo 319.2 CP”. Además, dicha construcción, realizada a instancias del acusado, se llevó a cabo “sin licencia o permiso como así también reconoce y consta en el expediente administrativo y en un espacio especialmente protegido”. También se admite la concurrencia del dolo eventual “pues si bien pudo en su momento desconocer que el suelo sobre el que se asentaba la construcción era un espacio especialmente protegido, de ello fácilmente hubiera podido tomar conocimiento si hubiera operado dentro de la legalidad administrativa de sobra conocida por una persona de al menos una cultura media, como se supone que tiene el

acusado de profesión periodista, y ello al solicitar la licencia o permiso al Ayuntamiento, lo cual no hizo asumiendo un riesgo a todas luces previsible”. Junto a lo anterior, la Audiencia considera que la prolongación en el tiempo de la actividad, unida a los efectos que muy probablemente esta pudo provocar en las especies protegidas, obligó “a subsumir la conducta del acusado en el tipo penal agravado del artículo 319.1 en relación con el artículo 338 del Código Penal”. Por todo ello, se condena al acusado en concepto de autor de los anteriores delitos.

Otra de las sentencias que, en este período, llama la atención es la SAP de Ciudad Real (Sección 2.ª) núm. 124/2015, de 12 de noviembre, ante todo por lo sorprendente que resulta que los más de 30 acusados fueran absueltos ya en primera instancia. La Audiencia conoce del recurso del Ministerio Fiscal en el que se solicitaba castigar a los acusados como autores de un delito contra la ordenación del territorio de los artículos 319.2 y 3 CP a las penas que se solicitaban en el escrito de calificación provisional. Finalmente, la Audiencia fundamenta la absolución en el elemento del dolo, que, a su parecer, no concurre en el caso enjuiciado. Y ello porque, siendo el delito contra la ordenación del territorio un delito doloso (ya sea por dolo directo, ya sea por dolo eventual), el Tribunal entiende que “la apreciación de su concurrencia constituye un hecho de naturaleza subjetiva, pero un hecho, en cualquier caso”. Así, la Audiencia entendió que no cabía variar la apreciación probatoria desarrollada por la juzgadora *a quo*, lo que condujo a rechazar el recurso de apelación “en la medida en que discutido que concorra el elemento subjetivo en los hechos que se enjuician, aspecto de constatación fáctica, una afirmación sobre los mismos, aunque sea de naturaleza subjetiva, conlleva reevaluar las pruebas no solo documentales sino personales como testificales y periciales, lo que nos está vedado”. Por consiguiente, se rechaza el recurso del Ministerio Fiscal y se mantiene la absolución a los acusados.

Otra sentencia en la que se admite un interesante motivo para absolver a los acusados es la SAP de Almería (Sección 2.ª) núm. 539/2015, de 23 de noviembre, en que se analiza el recurso contra la condena por parte de un juzgado de lo penal a dos acusados — Carlos y José— por un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 319.2 y 3 CP, y por el delito de desobediencia, previsto y penado en el artículo 556 CP. Uno de los recurrentes plantea vulneración de su presunción de inocencia por error en la valoración de la prueba, porque la nave edificada y objeto de enjuiciamiento no puede considerarse construcción a los efectos del artículo 319.2 CP. Y, por otro lado,

con respecto a la piscina, según el recurrente no podía reputarse edificación a efectos penales conforme a la normativa aquí aplicable. Así lo entendió también la Audiencia a la vista de la redacción vigente del artículo 319.2, que sanciona la ejecución de “obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable”. Sin embargo, “la redacción aquí aplicable por la fecha del hecho es la anterior a la que acabamos de expresar, es decir, la preexistente a la reforma introducida por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que se refería exclusivamente a ‘edificación no autorizable en el suelo no urbanizable’, no incluyendo las obras de urbanización o construcción en general que fueron añadidas después”. Interesa destacar que la Sentencia acoge la doctrina según la cual “la edificación es un concepto más limitado y específico que los de construcción y urbanización, ciñéndose a las obras de carácter permanente, adheridas al suelo con elementos de uso y habitabilidad que permitan considerar su resultado como edificio para uso bien de vivienda o habitación, bien de carácter profesional, lúdico o de otro tipo, pero partiendo siempre de su habitabilidad en el sentido de susceptibilidad de ser ocupada de modo permanente o transitorio por personas”. En consecuencia, se entiende que una piscina “es reputable como construcción, pero no como edificación y, en consecuencia, la irretroactividad de la norma penal (salvo en lo que favoreciere al reo) impide acudir a la actual redacción, siendo inaplicable la antigua según lo ya expuesto”. De ahí que se dicte sentencia absolutoria respecto a este acusado, siendo extensiva al acusado no recurrente “dado su contenido unitario y común”. Por lo que respecta al delito de desobediencia (artículo 556 CP), la Audiencia entiende que no se aprecian los elementos objetivos precisos para la comisión de este delito. Y, en consecuencia, también absuelve al acusado José del delito de desobediencia por el que se le había condenado.

Pero si alguno de los motivos para excluir las penas de los delitos sobre la ordenación del territorio es destacable, es la prescripción. A tal efecto, conviene traer a colación la SAP de Almería (Sección 2.^a) núm. 399/2015, de 25 de noviembre, en la que se resuelve sobre el recurso interpuesto por el condenado previamente por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Almería, en Sentencia de 23 de marzo de 2015. En ella se condenó a Desiderio como autor criminalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio previsto y penado en el artículo 319.2 y 3 CP. Los hechos probados que fundamentaron dicha condena fueron, resumidamente, que el acusado, mayor de edad y sin antecedentes penales, inició en 2006, en una parcela del término municipal de

Macael, la edificación de una vivienda unifamiliar de 200 m², de los cuales 38 eran de porche, aún sin concluir, aunque realizó la estructura, los cerramientos y el techo, sin licencia municipal de obra, en suelo no urbanizable y sin que la vivienda fuera autorizable. La defensa del acusado recurrió esta condena alegando en primer lugar la prescripción de la acción por haber transcurrido más de tres años desde la fecha del hecho hasta que se inició el procedimiento contra él. En el caso enjuiciado, la pena para el delito del artículo 319.2 CP era de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años. Como se recuerda en la fundamentación de esta sentencia, el plazo de prescripción a tener en cuenta era de tres años conforme a la redacción del artículo 131 del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los hechos (anterior a la reforma introducida por Ley Orgánica 5/2010), computándose a partir del cese de la obra iniciada e interrumpiéndose cuando fue presentada la denuncia en el Juzgado de Instrucción. Para esto último, se atendió a lo establecido en el artículo 132 CP vigente en el momento de los hechos.

Es interesante comprobar cómo aplica estos plazos la Audiencia Provincial, razonando que “como la presentación de la denuncia por el Ministerio Fiscal tuvo lugar el 23 de febrero de 2009, el delito habrá de entenderse prescrito si no consta que la construcción continuase hasta después del 23 de febrero de 2006”. Se atiende, por lo tanto, al momento del cese de la obra, en concreto, edificación iniciada, acudiendo para determinarla a los siguientes indicios: “[...] se sabe con certeza, en cuanto a la fecha en que cesó la construcción inacabada de la obra objeto de enjuiciamiento, que en el vuelo aéreo de 2004 no aparecía, en tanto que sí aparece ya en los vuelos aéreos del Plan Nacional de Ortofotografía Digital y de Google Earth tomados respectivamente en agosto y septiembre de 2006, de manera que sabemos que la obra fue edificada después de 2004 y antes de agosto de 2006. Por tanto, no consta que la construcción haya continuado después de febrero de 2006 y, como resulta que el procedimiento no fue dirigido mediante la recepción de la denuncia frente al acusado hasta febrero de 2009, ha de aplicarse la jurisprudencia antes citada y, en consecuencia, procede entender prescrita la acción para perseguir los hechos en esta jurisdicción penal, prescripción que, al no haber acción penal ejercitable, impide entrar en el enjuiciamiento y valoración de la prueba en torno al detalle de los hechos, elementos típicos de los mismos, participación y circunstancias”. En consecuencia, con estos indicios y con la

determinación de la prescripción del delito se admite el recurso y se dicta sentencia absolutoria a favor del acusado.

Por último, también merece reseñarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería núm. 477/2015, de 4 de diciembre, en especial, con relación al pronunciamiento que realiza revocando la demolición de la obra que había sido previamente decretada. A este respecto, la Audiencia conoce del recurso contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Almería que condenó a Isidro por un delito sobre la ordenación del territorio con imposición de la demolición de la obra construida. Los hechos probados que enjuició dicha sentencia se referían a que el acusado, actuando como promotor y constructor, comenzó en el año 2004 la construcción de una vivienda unifamiliar, la rehabilitación de una balsa y la realización de sondeos en una parcela del término municipal de Albanchez, siendo su intención la de realizar en la zona otras 41 viviendas similares. Además, procedió al asfaltado de 250 metros de un camino que se encuentra sobre la vía pecuaria denominada el cordel de Las Piedras del Pilar. Todo ello lo realizó careciendo de licencia y en terrenos calificados como suelo no urbanizable de especial protección, pertenecientes a una sierra. El recurrente alega, en primer lugar, error de prohibición en la comisión del delito porque “cuando llevó a cabo la construcción enjuiciada, lo hizo convencido de su legalidad, ya que había firmado un convenio urbanístico con el Ayuntamiento para que el suelo donde aquélla se enclava fuera convertido en urbanizable; que el Ayuntamiento le permitió construir; que hay otras muchas viviendas en la zona, y que la parcela está incluida como suelo urbanizable en el Plan General de Ordenación Urbana pendiente de aprobación por la Junta de Andalucía”. Frente a ello, la Audiencia no admite la concurrencia del error alegado sobre la base del siguiente razonamiento: “[...] se trata de una vivienda enclavada en suelo rústico, condición ésta que era claramente conocida por el acusado cuando precisamente negoció con el Ayuntamiento el convenio urbanístico al que se refiere en su alegato. Y dicho convenio, evidentemente, no le facultaba a construir en tanto no fuera aplicable de modo efectivo mediante la aprobación definitiva del PGOU que, por cierto, hoy día sigue sin materializarse como se desprende de la documentación aportada en el acto de la vista. No consta que en el Ayuntamiento se le autorizase a continuar la edificación, autorización que hubiera sido arbitraria e ilegal y, por el contrario, está documentado que, ya en octubre de 2004, la Junta de Andalucía le incoó procedimiento sancionador y le requirió la paralización inmediata de la obra; el hecho

de que sea posible su legalización a través del futuro PGOU no borra el delito cometido años atrás, siendo sabido que las meras expectativas o posibilidades de futuro no privan de ilicitud la construcción, ya que, de entender lo contrario, como todo es modificable todo sería autorizable, cosa que evidentemente no es así”.

Pese a afirmar la comisión del delito sobre la ordenación del territorio, la misma Audiencia considera con respecto a la demolición que no debe llevarse a cabo. Esta es la respuesta que ofrece al alegato del recurrente cuando razona que la demolición no había sido motivada en la Sentencia y que, además, sería desproporcionada habida cuenta de la pluralidad de construcciones vecinas existentes y la próxima legalización de la obra a través del Plan General de Ordenación Urbana. La Audiencia comienza recordando que “normalmente y salvo que concurren circunstancias especiales que aconsejen lo contrario, la demolición debe ser la regla común como medio natural y específicamente idóneo para restaurar la legalidad urbanística vulnerada”. No obstante, a continuación, la Audiencia justifica la revocación de la demolición atendiendo a las serias posibilidades de legalización de la obra llevada a cabo, de modo que señala que “en el presente caso no se trata de una simple elucubración o lejana expectativa, sino que, como consta en la causa mediante certificación del Ayuntamiento aportada en el acto del juicio, el Plan General de Ordenación Urbana está aprobado inicial y provisionalmente, hallándose pendiente de aprobación definitiva por la Junta de Andalucía; ello, teniendo en cuenta la inclusión del terreno como urbanizable en dicho plan y la existencia del convenio urbanístico antes aludido, lleva a considerar la posibilidad cierta y factible de que se produzca una pronta legalización, en cuyo caso sería contraproducente acordar hoy la demolición, ello sin perjuicio de las facultades que competen a la Administración”. En consecuencia, al dejar sin efecto la demolición previamente acordada y, además, admitir, en sede de recurso, la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, la Audiencia concluye fallando la estimación parcial del recurso de apelación.

2. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

Con relación a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, las sentencias destacables en el período de referencia de esta crónica lo son por abordar la aplicación e interpretación de la redacción vigente del artículo 325 y 326 CP, la

agravante de clandestinidad y la responsabilidad civil derivada de delito ambiental. Además, ha recaído también durante este tiempo la sentencia dictada en segunda instancia por el Tribunal Supremo en el “caso *Prestige*”.

La SAP de Madrid (Sección 2.^a) núm. 903/2015, de 6 de noviembre, es una de las primeras sentencias en aplicar el artículo 325 CP en su redacción actual, después de la reforma de 2015, como consecuencia de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable.

Los hechos probados se refieren a una actividad industrial de tratamiento y recubrimiento de metales desarrollada en instalaciones obsoletas, sin contar con licencia municipal para ello, sin autorización de la Confederación Hidrográfica del Tajo y sin estar inscrita en el Registro de Establecimientos Industriales de la Comunidad de Madrid. Se acredita un grave daño al medio ambiente como consecuencia de la formación de lodos provenientes de los residuos de la mencionada actividad industrial, que contamina el suelo mediante la concentración de metales en más de diez veces el máximo permitido con cromo, cobre, níquel, plomo y zinc, pues dichos metales se acumulan y producen una inhibición de la vida bacteriana, que mata el terreno, puede llegar al agua y, a través de la cadena trófica o alimentaria, dar problemas de tipo renal y, por cromo, el metal más peligroso, producir cáncer pulmonar y enfermedades varias. El acusado era conocedor de todas esas infracciones y deficiencias por las diversas inspecciones que le fueron efectuadas desde el año 2002, habiendo continuado con su actividad sin que las corrigiera de modo efectivo.

Es en segunda instancia cuando la Sala advierte sobre la necesidad de examinar con carácter previo la incidencia de la reforma de 2015 en los hechos, que habían tenido lugar con anterioridad al año 2010, siendo el primer documento que figuraba en la causa de octubre de 2011. La introducción por la LO 1/2015 de un nuevo tipo básico en el artículo 325.1 CP, con una pena de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a dos años, junto con la no modificación del régimen de las circunstancias agravantes específicas, lleva a la Sala a concluir que esta es la redacción aplicable por ser la más favorable, y se descarta la que entró en vigor en diciembre de 2010, derogada en 2015.

Aunque nada quepa objetar al examen y a la conclusión alcanzada por la Sala, esta sentencia permite augurar la posible evolución jurisprudencial del delito ecológico hacia

la aplicación del nuevo tipo básico más benévolo del artículo 325.1 CP, en lugar de aplicar las formas más graves del artículo 325.2 CP. Como es sabido, hasta ahora una de las principales dificultades para condenar por delito ecológico ha sido la de acreditar la gravedad del peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, antes elemento típico del tipo básico y ahora figura agravada del artículo 325.2 CP. El nuevo artículo 325.1 CP es un tipo de lesión o, alternativamente, de peligro hipotético que se refiere, en cambio, a daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas. La previsible mayor facilidad de acreditación de un daño sustancial a la calidad de alguno de estos elementos puede tener como consecuencia práctica un mayor número de condenas por delito ecológico, aunque con penas menos severas. Es demasiado pronto todavía para valorar si esta circunstancia va a ser positiva o negativa en términos de protección penal del medio ambiente. En un futuro próximo, deberán analizarse las condenas por el artículo 325.1 CP para determinar si se produce cierta “relajación” en la actividad probatoria, de forma que se condenan por el artículo 325.1 CP hechos que podrían incardinarse en los supuestos del artículo 325.2 CP, o bien, por el contrario, la existencia del nuevo artículo 325.1 CP supondrá la condena de hechos que, por inexistencia suficiente de prueba, hubieran quedado impunes.

La sentencia comentada parece apuntar a la primera de las opciones, pues la Sala condena a la pena de un año de prisión y multa de doce meses con cuota diaria de 10 euros. Esta pena nos sitúa en el artículo 325.1 CP, a pesar de que los peritos técnicos de la Fiscalía coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo acreditan, entre otros extremos, una contaminación importante del suelo con “inhibición de la vida bacteriana, que mata el terreno” y que los metales acumulados “pueden llegar al agua y por la cadena trófica pueden dar problemas de tipo renal y por cromo, cáncer pulmonar y enfermedades varias, siendo el cromo lo más peligroso”.

Una segunda cuestión a destacar de esta sentencia es la no apreciación de la agravante de clandestinidad del artículo 327 a) CP por aplicación de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, derivada de la STS núm. 521/2015, de 13 de octubre.

La STS núm. 521/2015, de 13 de octubre, trae causa de la SAP de Madrid (Sección 3.^a) núm. 711/2014, de 4 de diciembre, ampliamente comentada en el contexto de esta crónica en el vol. 6, núm. 1 (2015). Como puede recordarse, esta sentencia plantea un supuesto de delito ecológico por contaminación atmosférica derivada de la manipulación no autorizada de residuos peligrosos. Los hechos probados hacen

referencia a la actividad de una empresa que, sin tener la necesaria autorización para la gestión de residuos peligrosos, se dedicaba a la compra de frigoríficos a distintos proveedores bajo la denominación de “chapajo” o “línea blanca” y, una vez en sus instalaciones, procedía a su fragmentación introduciéndolos, junto con otros residuos metálicos, en una máquina trituradora de gran capacidad que tenían instalada, con conocimiento de que se liberaban a la atmósfera los gases contenidos en sus circuitos y espumas aislantes, y que tal circunstancia significaba un gran riesgo para el medio ambiente y la salud de las personas.

Con relación a la cuestión específica de la agravante de clandestinidad, en primera instancia la Sala aplicó la doctrina jurisprudencial clásica y apreció la existencia de clandestinidad, a pesar de que los acusados contaban con una habilitación administrativa para la gestión de residuos no peligrosos.

El Tribunal Supremo, en segunda instancia, declara la inexistencia de la agravante de clandestinidad sobre la base de que la concepción jurídico-formal ha de prevalecer sobre la material, “pero bien entendida, sin llegar a exageraciones o exacerbaciones que nublen el fundamento de la agravación que radica en la dificultad de control de actividades cuya existencia no consta a la Administración”. Así, con cita de abundante jurisprudencia, la Sala entiende que “lo que exige la Ley para la aplicación del subtipo es que la industria o actividad funcione clandestinamente, equiparando clandestinamente al hecho de no haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, pero no exige adicionalmente la expresa autorización para la realización de unos concretos vertidos”, entendiéndolo que esto último “implicaría una interpretación extensiva ‘contra reo’ del subtipo agravado, escasamente respetuosa con el principio del legalidad. [...] Ha de apreciarse que interpretar funcionamiento clandestino en el sentido de falta de licencia de actividad o instalación, ya implica una cierta ampliación del subtipo, pues una interpretación material permitiría estimar que existen industrias o actividades carentes de licencia que no son clandestinas sino sobradamente conocidas por la Administración. Pero, en este supuesto, es el propio Legislador el que de modo auténtico, dota de contenido al término, explicando expresamente que se considerará que funciona clandestinamente toda industria o actividad que no haya obtenido la preceptiva autorización o aprobación de sus instalaciones. Partiendo de esta interpretación auténtica, llevar el subtipo hasta el supuesto de reputar que funciona clandestinamente una industria o actividad que actúa

en el tráfico ordinario y que mantiene relaciones fluidas con la administración, como sucede en el caso actual, por el hecho de carecer de una licencia específica de vertidos, es llevar la interpretación de la expresión ‘funcionamiento clandestino’ más allá del sentido natural de las palabras y más allá del contenido propio del tipo”.

En aplicación de esta doctrina, la SAP de Madrid (Sección 2.^a) núm. 903/2015, de 6 de noviembre, considera, en consecuencia, que no es de aplicación la agravante de clandestinidad en un supuesto de extralimitación de la autorización concedida.

La STS núm. 521/2015, de 13 de octubre, es también citada por otra de las sentencias recaídas en el período de la crónica, la SAP de Zaragoza (Sección 6.^a) núm. 308/2015, de 19 de noviembre, esta vez con relación a la cuestión de la responsabilidad civil. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza se refiere, como la del Tribunal Supremo, a un supuesto de contaminación derivado de una actividad de tratamiento y descontaminación de frigoríficos, y condena por un delito ecológico del artículo 325 CP (en su redacción anterior a la reforma de 2015), si bien acuerda la no procedencia de responsabilidad civil derivada de delito por aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia 521/2015, de 13 de octubre, que por su trascendencia merece la pena reproducir aquí parcialmente:

Cuando del delito contra el medio ambiente se derivan perjuicios cuantificables ocasionados en bienes de titularidad concreta (ora pública, ora privada), la infracción llevará aparejada indefectiblemente una indemnización, siempre sustitutiva de la reparación que es la medida preferente (art. 339 CP), en favor de los concretos titulares damnificados identificables. Es remedio prioritario la reparación (entendida como restauración o reposición al estado anterior) a costa del infractor. A esa medida se refiere concretamente el art. 339 CP (tutela reintegradora), acogiendo el más reciente estándar en materia de medio ambiente: —el que contamina, restaura—, que ha desplazado a un segundo plano al clásico el que contamina paga.

Cuando no es posible la reposición al anterior estado de cosas ni se detectan daños singularizables y afectantes a sujetos jurídicos identificables, y no meramente los difusos y colectivos daños asociables a todo delito contra el medio ambiente deformaría el instituto de la responsabilidad civil la búsqueda de un subrogado más o menos simbólico. Se desnaturaliza la esencia de la responsabilidad civil y en particular de su vertiente indemnizatoria regulada en el CP. El pago de una indemnización cuantificada de forma más o menos razonable a una Administración

Autonómica y en concreto a uno de sus departamentos, aquél en que se concentran sus competencias en materia de medio ambiente, es solución imaginativa, sensata, razonable, con sentido... pero no acoplable a los contornos definidos de la institución de la responsabilidad civil nacida de delito desarrollada en los arts. 109 y ss CP y cuya naturaleza, fundamento y principios son esencialmente idénticos a la regulada en el Código Civil (vid. sus arts. 1092, 1093 y 1902 y siguientes). La indemnización contemplada en esos preceptos tiene función compensatoria y no sancionadora, ni de restitución de un enriquecimiento (o ahorro) injusto.

El Tribunal Supremo incide en la función de la pena de multa como instrumento orientado a garantizar la no “rentabilidad” del delito, no pudiéndose atribuir esta función a la responsabilidad civil. Al mismo tiempo, sin embargo, en la misma sentencia considera que “un abono voluntario expresivo de una real operativa y eficaz voluntad de reparación” sí tiene trascendencia penal, pues “la reparación como causa de atenuación, en su caso la específica del art. 340 CP, puede tener esa configuración más bien simbólica y no reconducible a las fórmulas más rígidas y estrictas del art. 110 CP”. Con relación a este pronunciamiento, debe señalarse que en la sentencia de primera instancia se especifica que el abono voluntario es por una cantidad de 32.000 euros, consignada antes de la celebración del juicio oral en concepto de responsabilidad civil por recomendación de la letrada y del fiscal. La consideración, en segunda instancia, de esa misma cantidad como reparación del daño causado a efectos de la aplicación de la circunstancia atenuante no deja de plantear dudas sobre su compatibilidad con la doctrina establecida sobre la responsabilidad civil en la misma sentencia.

Otra sentencia a destacar en este período es la SAP de Zaragoza (Sección 3.ª) núm. 57/2015, de 10 de noviembre. Esta sentencia merece un comentario muy crítico por dos razones:

1) La Sentencia parece mezclar la aplicación de la redacción legal anterior a la reforma de 2015 y la posterior, sin justificar en ningún momento una posible aplicación retroactiva de la ley más favorable. Los hechos probados, relativos a las presuntas lesiones sufridas por dos vecinos como consecuencia del ruido derivado de una actividad industrial, son anteriores al 1 de julio de 2015, fecha de entrada en vigor de la reforma. La calificación jurídica de los hechos se refiere a los antiguos artículos 325, 326b) y 327 del Código Penal, como confirma la descripción de los elementos típicos del artículo 325 que, a través de cita jurisprudencial, se realiza en el fundamento

jurídico primero de la Sentencia.

Sin embargo, el fundamento jurídico cuarto afirma “el tipo delictivo del artículo 326 del Código Penal hace referencia a ‘causar’ o ‘poder causar’ [...] muerte o lesiones a personas”. Al margen de la más que dudosa incardinación de los hechos en el artículo 326 CP, relativo a la gestión de residuos, es evidente que los elementos típicos referidos y analizados en este fundamento jurídico lo son del artículo 326 vigente, tras la reforma de 2015.

2) Aun en el caso de una eventual aplicación retroactiva de la ley más favorable, que debiera haber sido objeto de motivación, y de la justificación de la incardinación de los hechos en el tipo del artículo 326 CP salvando los evidentes problemas que plantearía el principio acusatorio, hay que decir que la interpretación del tipo es también confusa. La Sentencia afirma: “[...] el tipo penal hace referencia a ‘muerte o lesiones graves a personas’ por lo que no cabe considerar cumplido el tipo delictivo si se causan lesiones a un conjunto de personas y no a una concreta o concretas, en este caso dos, no constando denuncia por parte de los demás vecinos cuyos testimonios son dispares según vivan en la proximidad de la deshidratadora”.

Como es fácil de advertir, el párrafo adolece en primer lugar de algún problema gramatical que hace difícil su comprensión. En la hipótesis de que lo que hubiera querido decir es que hay delito siempre que los afectados sean un conjunto de personas, pero no cuando lo sea una persona concreta o personas concretas, el problema sería interpretativo, pues se alejaría de cualquier lógica jurídica. La redacción del vigente artículo 325 CP es consecuencia de la transposición de la Directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal. La expresión “cause o pueda causar [...] muerte o lesiones graves a personas” es transposición literal de la Directiva. A los efectos de interpretar el sentido de la redacción típica, es necesario recurrir a la interpretación teleológica, pues, como es sabido, en el contexto de la Unión Europea la interpretación literal choca con la coexistencia de las lenguas de los Estados miembros como lenguas oficiales. A partir de los trabajos preparatorios y el texto de la propia Directiva, es razonable pensar que el uso del plural es meramente idiomático y que la voluntad es la aplicación del delito también a aquellos supuestos en los que hubiera una única persona afectada. A título indicativo, cabe señalar que, por ejemplo, la versión inglesa de la Directiva se refiere a causar o poder causar la muerte o lesiones “*to any person*”.

Finalmente, más por su impacto mediático que por la novedad de sus razonamientos jurídicos, de obligada aunque breve referencia es la STS 865/2015, de 14 de enero de 2016, dictada en segunda instancia con relación al “caso *Prestige*”. El Tribunal Supremo condena al capitán del buque como autor responsable de un delito imprudente contra el medio ambiente en la modalidad agravada de deterioro catastrófico a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, y a una multa de doce meses a razón de una cuota diaria de 10 euros y a un año y seis meses de inhabilitación para el ejercicio de su profesión como capitán de buque.

La Sentencia realiza un análisis teórico tanto del tipo objetivo como del subjetivo del artículo 325 CP a partir de jurisprudencia consolidada, sin añadir interpretaciones novedosas al respecto. Así, afirma el carácter de norma penal en blanco, la naturaleza de delito de peligro hipotético y la necesaria gravedad de este, concreta el alcance del dolo y recuerda su posible comisión por imprudencia. En el análisis de la concurrencia de todos estos elementos en el caso concreto, con relación al tipo subjetivo la Sala hace hincapié en aquellas cuestiones no tenidas suficientemente en cuenta en primera instancia y que, a su juicio, son relevantes a efectos de integrar la imprudencia. Así, se refiere al hecho de que el buque funcionara con el sistema manual y no con el sistema automático, lo cual era indicativo del estado de conservación del buque; a las condiciones climatológicas concurrentes; al sobrecalado del buque; y a la conducta del capitán con relación a su remolque una vez estallada la crisis, que contribuyó a aumentar el riesgo. Sintetizando aquí necesariamente mucho, puede decirse que la Sala considera que el capitán del buque “incumplió el deber objetivo de cuidado que le incumbía al generar riesgos no permitidos y no neutralizar los provocados por otros”. Con relación a este último punto, la Sala aplica la doctrina según la cual, en un proceso causal complejo, la existencia de otros comportamientos relevantes, cuando son anteriores al comportamiento enjuiciado, no impide la imputación objetiva del resultado.

Como consecuencia de la apreciación de la imprudencia grave, la Sala deja sin efecto la condena que la Sala de instancia realizó por el delito de desobediencia del artículo 556 CP, pues “implicaría tomar en consideración unos hechos que se han valorado para conformar una actuación que en su conjunto resultó gravemente imprudente y que contribuyó de esta manera en la producción y mantenimiento de unos vertidos idóneos

para generar un peligro catastrófico para el medio ambiente”, y, por consiguiente, “implicaría un supuesto de doble sanción vulnerador del principio non bis in idem”.

La Sala rechaza un concurso de delitos con el delito de daños por entender que no debe confundirse el concepto de daño a efectos del delito con el de “otros efectos que son perjuicio derivado del riesgo creado pero no suponen daño en sentido estricto, tales como los gastos realizados para limpiar las costas u otros”. Igualmente, rechaza la aplicación de los artículos 330 y 338 CP porque no se especifica qué espacio natural protegido se afectó y de qué manera, con lo cual no es posible acreditar los elementos ya sea del delito del artículo 330 CP o de la agravación del artículo 338 CP.

No escapa a nadie que la trascendencia de la Sentencia del Tribunal Supremo lo es más con relación a las responsabilidades civiles impuestas como consecuencia de la condena del capitán del buque que por ella en sí misma. Sin embargo, queda todavía por ver cómo se concretarán estas en ejecución de sentencia y qué dificultades jurídicas añadidas deberá afrontar su satisfacción.

3. Delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos

En lo que atañe a la actividad jurisprudencial sobre los delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos, las sentencias vertidas durante el período comprendido por esta crónica jurisprudencial analizan fundamentalmente los tipos penales en materia de caza así como diversos supuestos de maltrato animal. Abordaremos, en primer lugar, el análisis de las resoluciones judiciales motivadas por la actividad de caza, para referirnos, en segundo lugar, a las sentencias sobre el delito de maltrato animal.

En esta ocasión son diversas las sentencias que plantean la aplicación del artículo 335.1 CP. La modificación operada en este precepto por LO 15/2003 vino a incrementar el nivel de exigencia para la aplicación del tipo penal, de tal suerte que la acción de cazar o pescar que constituye la acción típica del delito debe recaer sobre especies distintas de las indicadas en el artículo 334 CP (especies protegidas de fauna silvestre). No obstante, el precepto requiere que la acción se efectúe cuando ello esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca. El requisito de una prohibición expresa de la caza o pesca de determinadas especies ha dado lugar a un interesante

repertorio jurisprudencial. Entre las sentencias emitidas durante el período de análisis, destaca la SAP de Zamora (Sección 1.ª) núm. 97/2015, de 3 de noviembre, que analiza de forma detallada el contenido del precepto mencionado y en particular el alcance de la expresión “cuando esté expresamente prohibido”. La Sentencia declara que “una vez operada la modificación del precepto señalado por la LO 15/2003, sólo la caza de aquellas especies que esté completamente prohibida, por más que no se trate de especies catalogadas como amenazadas o en peligro de extinción, será la que constituya el delito del art. 335.1 CP; es pues indiferente la prohibición general con excepciones o la autorización general con excepciones, puesto que precisamente, la existencia de la excepción en el tiempo, en el espacio o en la concesión provoca que la caza ya no pueda tildarse siempre y en todo caso de un comportamiento ‘expresamente prohibido’”. La Sentencia argumenta, en este sentido, que la conducta de los acusados consistente en la caza durante diversos meses de diferentes especies cinegéticas de ciervo, corzo y jabalí en terrenos de determinadas localidades cuyo aprovechamiento solo puede hacerse si está incluido en la aprobación del plan cinegético del coto y en los períodos establecidos en la Orden MAM 1346/2009, de 25 de junio, cazándolos dentro y fuera de los períodos previstos, careciendo de licencia para cazar en los terrenos acotados e incluso de noche (sin que esté nunca autorizada la caza nocturna de estos animales) y sin atenerse a ningún plan cinegético, cazando indiscriminadamente machos y hembras, no puede considerarse comprendida en el tipo del artículo 335.1 CP. Por el contrario, sí considera de aplicación al supuesto de hechos el delito tipificado en el artículo 335.2 CP. En este sentido, el Tribunal valora que concurren todos los requisitos del tipo toda vez que se trata de especies cinegéticas, por lo tanto, susceptibles de caza conforme al plan cinegético del acotado durante los períodos establecidos en la normativa autonómica que se recoge en dicha resolución y en suelo sometido a régimen cinegético especial sin la autorización de su titular. La Sentencia admite que el tipo del artículo 335.2 CP constituye una modalidad delictiva autónoma que toma del párrafo precedente la noción de “especie distinta de la indicada en el artículo anterior”, y, por lo tanto, alude a especies no amenazadas y castiga la caza en espacios públicos o privados sometidos a régimen cinegético especial sin el debido permiso del titular, sin que la modalidad requiera el plus de que la caza esté expresamente prohibida como, en cambio, sí exige el supuesto tipificado en el artículo 335.1 CP. Sostiene el Tribunal que el tipo penal del artículo 335.2 CP es claramente un tipo independiente del previsto en el 335.1 CP, y muestra de ello es que en su último inciso establece la imposición “además de las penas

que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo”, que sería del todo inexplicable por superfluo si se entendiera que el citado núm. 2 del artículo 335 exige los mismos requisitos del núm. 1. Así, en el inciso primero del núm. 2 se protege la caza en terrenos sometidos a régimen cinegético especial sin el debido permiso de su titular, y se contempla el plus que implica cazar dichas especies del núm. 1 cuando esté expresamente prohibido.

En relación con el artículo 335.1 CP, merece también mención la SAP de Zamora (Sección 1.^a) núm. 102/2015, de 19 de noviembre, que revoca la sentencia de instancia que había procedido a condenar al imputado por el delito descrito en tal precepto. La Audiencia lo absuelve tras valorar que los hechos probados no son subsumibles en el precepto citado porque los animales que fueron objeto de caza (ciervos y jabalí) “se pueden cazar en determinadas circunstancias, por lo que por aplicación del principio de legalidad penal o tipicidad y de intervención mínima no podría condenarse al recurrente en aplicación de dicho precepto legal”. En esta ocasión, no obstante, la Audiencia argumenta que la absolución no se basa únicamente en la inaplicabilidad del artículo 335.1 CP, sino en la no concurrencia de delito alguno relativo a la caza, dado que el acusado era titular de los aprovechamientos cinegéticos de varios cotos de caza, si bien justificó ante la Junta de Castilla y León la muerte de un número menor de animales de los que se comprobó que había vendido. Por ello, el Tribunal remite testimonio de las actuaciones al organismo administrativo competente para valorar la eventual concurrencia de infracción administrativa.

En esta misma línea, la SAP de Madrid (Sección 15.^a) núm. 758/2015, de 11 de noviembre, mantiene la interpretación restrictiva del requisito típico relativo a que la caza de dichas especies esté expresamente prohibida. En este sentido, el Tribunal entiende que no quedan incluidos los supuestos de prohibición genérica que puedan estar, sin embargo, sujetos a un régimen especial de autorización, puesto que la interpretación restrictiva del tipo penal lleva a exigir algo más que la mera falta de autorización administrativa.

Por otro lado, diversas son también las sentencias dictadas en el período de referencia en las que los tribunales valoran la concurrencia del artículo 335.2 CP. En el caso de la SAP de Cáceres (Sección 2.^a) núm. 514/2015, de 20 de noviembre, los magistrados absuelven a los acusados por considerar que, dado que en el supuesto de hechos la caza de la especie objeto de caza —dos piezas de macho montés— no está expresamente

prohibida, la ilicitud de la conducta provendría de haber cazado en un lugar donde no puede actuarse sin la debida autorización. Con apoyo en numerosa jurisprudencia citada en la propia sentencia, el Tribunal sostiene que la caza de la especie objeto de caza ha de estar prohibida. Sin embargo, dado que en el catálogo de especies amenazadas o protegidas de la Comunidad Autónoma de Extremadura el macho montés no está incluido, la conducta quedaría reducida a cazar una pieza no prohibida en un terreno en el que no se tiene permiso para hacerlo. Por todo ello, el Tribunal concluye que la conducta, sin dejar de constituir una infracción administrativa, no comporta ilícito penal por no tratarse de piezas de caza que esté prohibido cazar, y, consiguientemente, concluye que los hechos no son constitutivos de infracción penal, por lo que debe quedar reservada su sanción a la vía administrativa. En distinto sentido resuelve la SAP de Ciudad Real (Sección 2.ª) núm. 152/2015, de 11 de diciembre, que mantiene la condena por el artículo 335.2 CP impuesta a los acusados, que, según consta en los hechos declarados probados, acudieron a un coto privado de caza y, con ánimo de obtener un aprovechamiento cinegético no autorizado por el titular del coto de caza y con el consiguiente perjuicio para este, actuando de común acuerdo, efectuaron un disparo que abatió un macho cervuno. La actividad cinegética desarrollada por los acusados en espacio privado sometido a régimen cinegético especial sin contar con el debido permiso de su titular lleva en este caso a la Audiencia a mantener la condena impuesta por el juez de instancia.

También en la aplicación del artículo 336 CP se observan resoluciones en diverso sentido en lo relativo al empleo de métodos no selectivos de caza. Así, la SAP de Huesca (Sección 1.ª) núm. 160, de 27 de octubre, absuelve al individuo inicialmente condenado por haber instalado y empleado redes para la caza. La sentencia recurrida resolvió considerando las redes como medio no selectivo para la fauna. Por el contrario, la Audiencia estima el recurso interpuesto tras valorar la eficacia selectiva de las redes. Sostiene en este sentido el Tribunal que “no creemos que, a los efectos del artículo 336 del Código Penal, las redes tengan una eficacia destructiva análoga al veneno o los explosivos, con más razón cuando existen publicaciones que sostienen que la tasa de mortalidad en la mayoría de los proyectos de captura de aves con redes es muy próxima a cero, ni podemos afirmar, tampoco, que las redes tengan una eficacia no selectiva análoga al veneno o los explosivos pues, nuevamente a falta de una pericial que evidencie otra cosa, parece que los animales atrapados en ellas sí que pueden ser

liberados si las redes son atendidas debidamente, mientras que el veneno o los explosivos no tienen marcha atrás una vez actúan sobre un animal. Por todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que en su caso pueda exigirse al recurrente, el mismo ahora debe ser absuelto en esta jurisdicción penal, con todos los pronunciamientos favorables”.

En sentido opuesto resuelve la SAP de Lleida (Sección 1.^a) núm. 14/2015, de 25 de enero, que mantiene la condena dictada por el juez de instancia contra el sujeto que instaló una red japonesa con la finalidad de capturar pájaros. Si bien en el recurso se alegó que el acusado no tenía voluntad de dar muerte a los pájaros, el Tribunal sostiene que el tipo penal se configura “como un delito de peligro abstracto que adelanta la respuesta punitiva al momento anterior a la lesión del bien jurídico protegido y además de mera actividad, es decir, sin necesidad de un resultado material derivado de la acción, lo que supone que basta para la realización de la conducta típica y la consumación del delito el simple empleo para la caza de artes o medios de eficacia destructiva o no selectiva para la fauna, acción típica que en este supuesto concurre sin género de dudas desde el momento en que el acusado instaló en dos días consecutivos una red japonesa para la caza de pájaros, catalogada como procedimiento prohibido para la captura o muerte de animales en el Anexo VII de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad”. La consideración de la red empleada como un método no selectivo, si bien no necesariamente destructivo, determina la realización del tipo descrito en el artículo 336 CP. En este sentido, el Tribunal aclara que también la finalidad de coger el pájaro —y no solamente la de matarlo— queda abarcada por el tipo penal, “puesto que los términos ‘caza’ y ‘captura’ no son contrapuestos, estando incluida la acción de capturar en la de cazar, contraponiéndose la captura únicamente a la destrucción o muerte del animal, tal como deriva igualmente del régimen administrativo sancionador contenido en la citada Ley 42/2007, de 13 de diciembre”.

A continuación nos referiremos a las sentencias dictadas durante el período de referencia y en las que los tribunales han resuelto en relación con los delitos de maltrato animal, valorando tanto la comisión del delito por vía activa como omisiva. Un buen ejemplo del proceder de los tribunales lo constituye la SAP de Madrid (Sección 2.^a) núm. 824/2015, de 5 de octubre, que revoca la sentencia absolutoria y condena por maltrato animal al autor de los hechos a una pena de seis meses de prisión,

inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena e inhabilitación especial de dos años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales. Los hechos probados acreditan que el sujeto no cuidó de forma adecuada a los 42 animales (12 potrillos y 30 yeguas) de su propiedad al no proporcionarles suficiente alimento, lo que determinó que los animales tuviesen que comerse las ramas, hojas y corteza de los arbustos y árboles situados en esa finca. Dos de los animales fueron hallados muertos y el resto en un estado de salud deplorable. La absolución se fundamentó en una acreditación insuficiente de la relación de causalidad entre el estado de salud en que se hallaron los animales y la falta prolongada de alimentación. Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia detecta una evidente contradicción en la sentencia inicial y declara que “a juicio de este tribunal y, de conformidad a lo interesado por el Ministerio Fiscal en su recurso, se considera que, el hecho de que no se haya probado la causa de la muerte de dos de estos animales desnutridos y abandonados, no obsta a la condena, a la vista del resultado material de desnutrición de los caballos, por falta de alimentación prolongada en el que les mantuvo el dueño. La Audiencia condena en este caso por el delito de maltrato animal cometido en comisión por omisión, al tratarse la desnutrición por abandono de uno de los peores casos de maltrato, por el menoscabo grave para la salud del animal y por el sufrimiento que se inflige a los animales, en este caso, 30 yeguas muchas de ellas recién paridas y 12 potrillos, lo que produjo la alarma tanto en los vecinos como en los agentes de la policía que acudieron en su auxilio alertados por aquellos”. Sostiene la resolución que el estado de desnutrición constituye en sí mismo la lesión exigida por el precepto, dado que se trata de un menoscabo grave para la salud que puede ocasionar la muerte del animal. Si bien no consta acreditado que la muerte de la yegua y el potrillo se debiese al estado de desnutrición en el que se encontraban, en opinión del Tribunal ello no puede dejar de analizarse como un indicio de un futuro resultado para el resto de los animales al estar en sus mismas condiciones.

En similar sentido resuelve la SAP de Granada (Sección 2.^a) núm. 646/2015, de 3 de noviembre, en la que, ante hechos similares a los acaecidos en la sentencia anteriormente comentada, la Audiencia Provincial de Granada afirma que la comisión por omisión se muestra perfectamente viable como una más de las múltiples modalidades de ejecución del maltrato al animal que resultan posibles en cuanto a los medios o procedimientos empleados por el autor para causar la muerte o lesiones al

animal. Para ello, se requiere que el que omita la conducta se encuentre en posición de garante de la vida y salud del animal en los términos que determina el artículo 11 del Código Penal, y exista, por lo tanto, una obligación jurídica de actuar (legal o contractual) cuya omisión sea la causa del resultado típico.

Condenatoria es también la resolución dictada por la SAP de Zamora (Sección 1.^a) núm. 109/2015, de 10 de diciembre, en la que el Tribunal considera capaz de integrar en el concepto de maltrato la conducta del acusado, quien, después de inmovilizar al animal atándolo a un árbol, le dispara hasta darle muerte, lo que debe considerarse como una muerte angustiosa. Merece también mención en esta sentencia la denegación de la calidad de acusación particular a una asociación que se había personado en las actuaciones. La Audiencia Provincial reconoce a aquella la posibilidad de personarse ejercitando la acción popular, pero no la acusación particular por no ser persona ofendida por el delito, por lo que no entra a resolver sobre las pretensiones de la entidad.

Por su parte, la SAP de Huelva (Sección 3.^a) núm. 162/2015, de 13 de octubre, condena por maltrato animal al individuo que acabó de forma cruel y lenta con la vida de un perro al atarlo a una piedra de grandes dimensiones “que le impedía cualquier tipo de escape, con la finalidad de que el animal se ahogara cuando subiera la marea, causándole no sólo la muerte sino un sufrimiento innecesario e injustificado”. La SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.^a) núm. 541/2015, de 21 de diciembre, mantiene la condena dictada en un supuesto de posesión de perros que eran adiestrados para su empleo en peleas y combates clandestinos de los que resultaban gravemente heridos.

Absolutoria es la SAP de Lleida (Sección 1.^a) núm. 59/2016, de 18 de febrero, que considera que la intención del acusado al dar muerte a un perro no fue la de maltratar al animal injustificadamente, “sino la de defender un interés superior, esto es, la de garantizar la seguridad de los ciudadanos frente a una situación de la que nadie ese hacía cargo”. En este sentido, se consideró probado que el acusado, que había sido requerido por la alcaldesa por cuanto había un perro que desde hacía varios días venía atemorizando a los vecinos, le asestó dos disparos. El animal cayó entonces a un torrente, donde el acusado, para acabar con su agonía, le disparó un tercer tiro y, viendo que todavía seguía con vida, lo golpeó con un palo, lo que le ocasionó la muerte. Y si bien es cierto, admite el Tribunal, que objetivamente podían existir otras alternativas a la actuación que finalmente se llevó a cabo, también lo es que la sentencia de instancia considera probado que desde el Ayuntamiento se intentaron encontrar otras soluciones

acudiendo a la Guardia Civil, a los bomberos, a la protectora de animales y a la perrera, sin resultado.

Finalmente, en relación con el delito de abandono de animales previsto en el artículo 337 bis CP, el Juzgado de Instrucción de Requena (provincia de Valencia), en Sentencia de 24 de noviembre de 2015, condena por un delito leve de abandono de animales a la pena de treinta días de multa por haber abandonado durante varios días a tres perros en un inmueble, lo que provocó la muerte de uno de ellos y el mal estado de los otros dos.