

JURISPRUDENCIA GENERAL: DERECHO PENAL

JOAN BAUCCELLS I LLADÓS

Profesor titular de Derecho Penal

Universitat Autònoma de Barcelona

ESTHER HAVA GARCÍA

Profesora titular de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

MARIA MARQUÈS I BANQUÉ

Profesora colaboradora de Derecho Penal

Universitat Rovira i Virgili

Con relación a los delitos contra la ordenación del territorio y, más concretamente, por lo que respecta al artículo 319 CP, en el período de referencia de esta crónica pueden destacarse algunos pronunciamientos en torno al principio de intervención mínima, el bien jurídico protegido, el concepto de promotor, el elemento típico “no autorizable”, el error de prohibición y la ordenación de la demolición de la obra.

Así, mientras que en la crónica correspondiente al número de abril de 2011 celebrábamos la denuncia, cada vez más frecuente, que los tribunales hacen respecto de la invocación “inoportuna e inconveniente” del principio de intervención mínima, en el período de referencia de la presente crónica cabe señalar una sentencia que se pronuncia en sentido contrario. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7.ª) núm. 176/2012, de 22 de marzo, considera la inexistencia de delito por aplicación del principio de intervención mínima. Para ello, con base en jurisprudencia del Tribunal Supremo, recuerda que el principio de intervención mínima, “pese a configurar prioritariamente un mandato dirigido al Legislador, subyace en el ordenamiento punitivo y constituye uno de sus principios inspiradores, lleva a la protección únicamente de los bienes jurídicos más importantes para el orden social y frente a los ataques que deban tenerse como de mayor envergadura y trascendencia, de manera que las conductas que afronten dichos bienes pericialmente protegidos deben ser suficientemente relevantes, ya que el derecho penal sólo despliega sus efectos cuando la protección de los aludidos bienes jurídicos sea imposible o inadecuada a través de otros medios menos lesivos”; y con base en jurisprudencia del Tribunal Constitucional, recuerda asimismo “la necesidad de atender en la interpretación de las figuras delictivas a los principios generales limitadores del *ius puniendi*, que excluyen la existencia de ilícitos penales meramente formales que penalicen el incumplimiento de un mandato administrativo; es necesario atender en todo caso al bien jurídico frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. En virtud del carácter de ultima ratio, que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, solo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado”.

Como es fácil de comprobar, afirmaciones de este tenor se alejan mucho de la línea jurisprudencial expresada por ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 5.ª) núm. 313/2012, de 30 de julio, que, apelando a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recuerda que “no es al juez sino al legislador a

quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal”.

Un aspecto positivo a señalar de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla citada es la relativa al bien jurídico protegido, cuya definición recoge igualmente de una sentencia del Tribunal Supremo que, destacando su carácter colectivo o supraindividual, recuerda que en el “delito urbanístico” no se tutela la normativa urbanística —un valor formal o meramente instrumental—, sino el valor material de la ordenación del territorio en su sentido constitucional de “utilización racional del suelo orientada a los intereses generales” (arts. 45 y 47), es decir, “la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general”. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 529/2012, de 21 de junio.

Con relación a la autoría del delito urbanístico y, más concretamente, con relación a la figura del promotor, la jurisprudencia sigue pronunciándose en la línea de consolidar el criterio según el cual “como la Ley de Ordenación de la edificación de 1999 considera que promotor lo puede ser cualquiera, incluso ocasionalmente, la figura del promotor parte de una realidad preexistente, no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, de manera que en el ámbito del artículo 319 será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, propugna o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón [Sección 1.ª] núm. 287/2012, de 11 de julio, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [Sección 6.ª] núm. 136/2012, de 13 de abril).

Como hemos tenido ocasión de señalar en anteriores crónicas, el elemento típico “no autorizable” ha dado lugar a distintas interpretaciones durante los últimos años, planteándose la posibilidad de referir el carácter autorizable a una posible legalización futura. Pues bien, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3.ª) núm. 264/2012, de 12 de abril, no puede ser más clara al respecto: “autorizable es lo que es susceptible de ser autorizado, cuestión que hay que ventilar con lo que hay, no con lo que pueda haber no se sabe cuándo”.

En materia de error se han producido varios pronunciamientos en este período. Siguiendo criterios generales y consolidados de interpretación y aplicación de esta

figura, los tribunales suelen rechazar la aplicación del error de prohibición en un ámbito como el urbanístico en el que la necesidad de contar con una autorización para realizar una obra es sobradamente conocida por la ciudadanía (STS Sala de lo Penal [Sección 1.ª] núm. 196/2012, de 21 de marzo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla [Sección 1.ª] núm. 325/2012, de 4 de junio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra [Sección 5.ª] núm. 313/2012, de 30 de julio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real [Sección 1.ª] núm. 145/2012, de 6 de septiembre). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29.ª) núm. 150/2012, de 26 de abril, añade incluso que “no tiene incidencia el hecho de que en la zona existan otras construcciones o incluso el concepto de tolerancia administrativa ya que la existencia de previas construcciones [...] no implican por sí mismas la exoneración de responsabilidad penal, y el que no se haya perseguido a quien haya realizado la misma conducta, o lo que es lo mismo, la ilegalidad cometida por plurales sujetos no ampara la pretendida impunidad”. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1.ª) núm. 100/2012, de 24 de mayo.

Finalmente, con relación a la cuestión de la demolición de la obra, sobre la que hemos analizado en otras ocasiones la jurisprudencia enfrentada de las audiencias provinciales, hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 529/2012, de 21 de junio, que establece como regla general que “la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción de la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad de rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial. De este modo, en principio podría estimarse bastante y suficiente la comisión de un delito contra la ordenación del territorio unido a la persistencia o permanencia de la obra infractora para acordar la restauración del orden quebrantado, sin que quepan aquí referencias al principio de intervención mínima, que no es un principio de interpretación del derecho penal sino de política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador que es quien incumbe mediante la fijación en los tipos y las penas, cuáles caben ser los límites de la intervención del derecho penal —ni tampoco al de proporcionalidad— pues siempre será proporcionado acordar la demolición cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado;

tampoco puede aceptarse la tesis de remitir a la ulterior actuación administrativa tal demolición; lo que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales y reincidiría procesalmente en la propia causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección penal, cual es la histórica ineficacia de la administración para proteger adecuadamente ese interés general que representa el valor colectivo de la ordenación del territorio. Conforme a estas ideas podrían admitirse como excepciones las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa y aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción, esto en atención al tiempo que puede haber transcurrido entre la comisión del delito y la emisión de la sentencia firme, puede insertarse que las obras de potencial demolición se encuentran en área consolidada de urbanización, pero no puede extenderse esa última excepción a tan futuras como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán competencialmente en exclusiva de la autoridad municipal; pues de acceder a ello no solo se consagrarían todas las negativas consecuencias sino que incluso se consumaría un nuevo atentado a la colectividad beneficiándose los infractores en el futuro de servicios de saneamiento y otros de carácter público que les habrían de ser prestados, en detrimento de quienes adquirieron el suelo a precio de urbano, con repercusión de tales servicios y acometieron la construcción con los oportunos proyectos y licencias, amén de que la eficacia de las normas no puede quedar indefinidamente al albor de posibles cambios futuros de criterio, lo que llevado a sus últimas consecuencias, obligaría a suspender la mayoría de las sentencias, ante la posibilidad o el riesgo de que el legislador modifique los tipos correspondientes o incluso despenalice la conducta. Fuera de estos casos debe entenderse que la demolición es del todo necesaria para restaurar el orden jurídico y reparar en la medida de lo posible el bien jurídico dañado y obviamente no es argumento de suficiente entidad frente a ello que no puede repararse todo el daño causado genéricamente en la zona por existir otras construcciones en la misma, pues ello supondría una torticera interpretación de la normativa urbanística en vigor con la finalidad de alterar el régimen jurídico del suelo —suelo urbano donde no lo había— y posibilitar luego una consolidación de las edificaciones con una apariencia de legalidad y con afectación de terceros de buena fe —los posibles compradores—. No es factible por ello argüir la impunidad administrativa o desidia de los poderes públicos en su labor de policía urbanística para pretender que los jueces y tribunales no restablezcan la legalidad tratando de restaurar el bien jurídico protegido por el delito al estado en que se

encontraba antes de ser lesionado”.

En esta misma línea y consolidando su propia jurisprudencia, se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 2.^a) núm. 176/2012, de 28 de junio.

En relación con la jurisprudencia relativa a los delitos contra el medio ambiente, durante este período el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), en Sentencia núm. 411/2012, de 18 de mayo (RJ 2012\6392), tuvo la oportunidad de referirse a si el principio acusatorio se veía menoscabado cuando el elemento típico de la contravención de las leyes u otras disposiciones de carácter general reguladoras del medio ambiente se complementaba en la acusación con una norma que había sido derogada en el momento de los hechos. En concreto, si se consideraba por el Ministerio Fiscal y por el juez de primera instancia como infringida la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, título V, capítulo II, artículo 92, precepto que, sin embargo, estaba derogado con anterioridad a la fecha de los hechos enjuiciados por el Real Decreto Legislativo 1/2001.

Según el Alto Tribunal, “es cierto que la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, vigente hasta el 25 de julio de 2001, fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2001, 20 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Aguas. Pero como apunta el Ministerio Fiscal, el art. 100 del nuevo texto legal reproduce de forma prácticamente literal el art. 92 de la Ley de Aguas de 1985 (RCL 1985, 1981 y 2429). [...] Se olvida, en fin, que la Ley de Aguas de 1985 no forma parte del tipo descrito en el art. 325 del CP. Éste incorpora un elemento normativo, como tal exigido de una valoración en el momento de formular el juicio de tipicidad. Lo decisivo, al fin y al cabo, es que, con uno u otro enunciado, subsista la prohibición de verter sustancias contaminantes en los cauces de los ríos. Y así acontece en el presente caso, en el que, tanto el texto previgente como el actual, siguen prohibiendo de forma expresa verter de forma directa o indirecta aguas o productos residuales en elementos del dominio público hidráulico”.

También merece ser destacada la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a) núm. 152/2012, de 2 de marzo, en la que, en relación con el exceso de ruido en una discoteca, ha tenido la posibilidad de pronunciarse respecto a otros aspectos típicos del delito ecológico.

En primer lugar, se pronuncia sobre la gravedad del peligro puesto que las defensas alegaban que las contravenciones de la normativa administrativa no tendrían la

consideración de “muy graves” por no superar en más de 15 dBA los valores límite establecidos, por lo que se estimaba que no se había infringido la normativa protectora del medio ambiente con la entidad suficiente. El TS recuerda que, según pronunciamientos anteriores (STS 96/2002, de 30 de enero de 2002 [RJ 2002, 3065]), “semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (STS 105/99, 27 de enero (RJ 1999, 826). Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 del CP habrá que acudir [...] a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro. Cuando se trata de contaminaciones acústicas, tanto el Tribunal de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ponen de manifiesto las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos de ruido. Se refiere, pues, a duración e intensidad del ruido”.

Los hechos que se declaran probados evidencian la trasgresión de disposiciones generales administrativas protectoras del medio ambiente, en este caso por superar los mínimos de ruido establecidos por la Ordenanza Medioambiental del Concello de Burela, disposición de carácter general, y el grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales ya “que tratándose de la contaminación acústica se sitúa en las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, y el relato fáctico, al que antes se ha hecho referencia, es bien expresivo de que se han alcanzado estos atentados a derecho esenciales de la intimidad y

personalidad de los afectados e incluso su salud, a consecuencia de esa exposición continuada a unos niveles intensos de ruido”. Y concluye: “no se trata, como se pretende en el motivo, de que concurran o no los requisitos para una determinada sanción administrativa, que exigiría distinguir la modalidad de la infracción, sino de un ilícito penal que junto a la trasgresión de la disposición administrativa requiere un grave perjuicio para los derechos a los que antes se ha hecho referencia que en este caso ha quedado plenamente acreditado y recogido en los hechos que se declaran probados”.

En relación con el concepto de gravedad, otra sentencia de este período, en este caso la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1.ª) núm. 16/2012, de 9 de julio, declara la absolución de los acusados precisamente por considerar que las captaciones de agua realizadas en los pozos no reunían ese nivel de gravedad. Apoyándose en una reciente STS de 8 de noviembre de 2011, se señala que “para la determinación de la potencialidad del riesgo y su calificación de grave ha de atenderse, en primer lugar, a la probabilidad de la concreción del riesgo, de manera que si este es altamente improbable, no se rellenará la tipicidad del delito. En segundo término, ha de estarse a la medición del riesgo, de manera que si este afectara de forma no relevante al bien jurídico, tampoco se rellenaría la tipicidad. Pero no ha de olvidarse que el delito es de riesgo y que no requiere la efectiva producción de un efectivo daño ecológico, pues la pretensión de la norma es adelantar la barrera de protección a un momento anterior a la producción del resultado, esto es la probabilidad de la producción del resultado”.

De todos modos, algunos matices importantes diferencian ambas sentencias puesto que la Audiencia Provincial de Ciudad Real consideró que estábamos ante una técnica de peligro concreto que exigía un nivel de prueba algo más elaborado. “Así las cosas — afirma la Audiencia— entramos a razonar por qué las pruebas practicadas en el acto del juicio oral nos conducen a no considerar acreditado este último elemento del tipo penal, el peligro concreto y grave para el equilibrio de los sistemas naturales”. Razonamiento que por su fundamentación pasamos a reproducir literalmente: “[...] en primer lugar, los años 2003 y 2004 no resultaron especialmente secos, sino que fue un año hidrológico considerado de tipo medio, como se expone por el Perito D. Simón. Por otro lado, el descenso del que se habla por los peritos en el nivel freático del acuífero, correspondiente a la zona de autos, no se ha puesto en relación concreta con los distintos pozos que se hallan dependientes del acuífero, sin que se haya hecho siquiera una mención numérica de los mismos ni la captación de agua de ellos para poder contrastar

la trascendencia que requiere el precepto penal. Únicamente se sostiene en las periciales que con arreglo a una cantidad, determinada de forma objetiva, sin medición por aparatos útiles, habría de corresponder de manera matemática con el caudal que se ha fijado para la primera denuncia y el correspondiente a la segunda. Sin embargo, para la propia Confederación, en el supuesto fáctico de la primera denuncia, merece la propuesta de sanción de infracción Menos Grave, en aplicación del art. 316 ap. a, b y c del Texto Refundido de la Ley de Aguas y el Reglamento que lo desarrolla; calificación que se corresponde de igual modo, con la entidad de menor relevancia, en consonancia misma de que no adoptó medida conminatoria alguna a su iniciativa para evitar el supuesto perjuicio grave que podía ocasionarse con tales captaciones excesivas de agua. Tal es así que fue a instancia de la parte querellante cuando se produce el precinto de los pozos en el marco de esta causa penal. En definitiva, la no comisión delictiva en el supuesto enjuiciado se corresponde igualmente con la posición procesal de la propia Confederación Hidrográfica del Guadiana que, a través de El Abogado del Estado, no formuló acusación por los hechos que se enjuician e interesó el sobreseimiento libre”.

También son ejemplos de absolucón por falta de esa gravedad un par de sentencias más de este período. En primer lugar, la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 2.^a), en Sentencia núm. 131/2012, de 9 de julio, concluye que “de los informes periciales aportados no puede concluirse la existencia de un riesgo o la causación de un grave perjuicio, (que resultase de muy difícil recuperación), y ello, a la vista, por un lado, del reportaje fotográfico, —no impugnado—, aportado en el acto de juicio, en donde se apreciaba una considerable restauración natural del terreno, sin haberse realizado operación específica alguna, esto es, sin haberse llevado a cabo ninguna labor de restauración, volviendo, sin embargo, —sin, como se dijo, haber realizado ningún plan ni aplicada ninguna técnica de restauración— a colonizar, progresivamente, la vegetación, una vez cesada la explotación minera, recuperación natural que también asumían y reconocían las, en su día, acusaciones particulares”.

La segunda sentencia es del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Manresa (provincia de Barcelona), en la que partiendo ahora, dicho sea de paso, de la consideración de este peligro como un peligro hipotético o potencial (STS de 25/10/2002 [RJ 2002, 10461], 1/4/2003 [RJ 2003, 4062], 27/4/2007 [RJ 2007, 4724], 20/6-/2007 [RJ 2007, 4749]), atendiendo por tal un híbrido “a medio camino entre el peligro concreto y abstracto (STS 27/9/2004 [RJ 2004, 6770]), [...] lo que significa que habrá que analizar, no sólo

la composición y peligrosidad de los vertidos (administrativamente prohibidos), sino también si tales vertidos hubieran podido tener importantes efectos nocivos sobre el cauce del río y su caudal. Lo que debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta” (STS 25/5/2004 [RJ 2004, 4166]). Ahora bien se acoja la estructura del tipo penal de peligro concreto, abstracto-concreto o hipotético, como últimamente se afirma en la doctrina y jurisprudencia, lo cierto es que el art. 325 exige como elemento de tipicidad, la gravedad del peligro a que se somete al equilibrio de los sistemas naturales, o en su caso, a la salud de las personas. De no alcanzar este nivel, el comportamiento sólo podrá dar lugar, en su caso, a reacciones sancionadoras administrativas.

Afirma el juez de Manresa que “parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo”. Y concluye que en el caso concreto no existe, puesto que el informe aportado por la defensa de los acusados y elaborado por el perito recoge que las muestras recogidas en la riera Rajadell “no caracterizan completamente el vertido en relación a su caudal y composición ni tampoco el caudal de la Riera y su composición”. Sostiene que “hay resultados contradictorios en los análisis en relación a los valores de algunos de los parámetros analizados. Ello es muestra de que existe algún error en la toma de muestras, en su conservación o en su análisis”. Asimismo, mantiene que “con estos datos puntuales y contradictorios no se puede valorar correctamente el impacto ambiental y atribuir completamente la situación del tramo afectado de la Riera aguas abajo al vertido de aguas residuales”. Finalmente, concluye que “el tramo afectado [...] actúa como una depuradora natural y aguas abajo el agua vuelve a ser agua ‘limpia’. Por tanto, el impacto es compatible con el ambiente reversible (el medio se recupera al cesar el vertido), y se puede calificar entre Compatible y Moderado, es decir no grave o severo, no precisa prácticas protectoras o correctoras, solo requiere cierto tiempo. Además, el policía con TIP NUM001 declaró que en la parte alta de la riera antes del vertido no hay peces y que en la parte baja de la misma, una vez que hemos pasado el vertido, no se encontraron peces ni siquiera muertos. [...] El indicado policía con TIP

NUM001 afirmó que durante el recorrido de la riera que hizo en compañía de la perito no encontraron junto a la riera ni casas ni urbanizaciones que pudieran usar el agua de la misma”. Y lo que es más importante, concluye que “en las actuaciones, no se describen ni se recogen expresamente daños ni riesgos ecológicos que sean atribuibles al vertido de la riera, siendo los productos vertidos (aguas fecales) susceptibles de ser degradados por los ecosistemas receptores de dichas aguas residuales. Las características de las aguas observadas en la parte superior de la Riera antes del vertido son características de un ecosistema de aguas deficientes que apenas permite la vida de organismos, mientras que las aguas en el lugar del vertido y en su parte inferior son calificadas de malas, pues solo permite la vida de organismos anaeróbicos. Esto nos indica, que en la Riera Rajadell no existe vida animal ni aguas arriba del vertido ni aguas abajo”.

Regresando a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 152/2012, de 2 de marzo, también apunta aspectos interesantes sobre la autoría. Acorde con jurisprudencia de esta sala, como es exponente la Sentencia 327/2007, de 27 de abril (RJ 2007, 4724), declara que el delito no es de los llamados de propia mano, es decir, de los que excluyen la posibilidad de coautoría y de autoría mediata: “Lo decisivo de la imputación típica no es el movimiento corporal del operador de los aparatos, sino la infracción de los deberes legales y reglamentarios que incumben al titular de una organización respecto de los bienes ajenos que puedan ser lesionados. Por lo tanto, en la medida en la que el delito tiene un autor legalmente determinado que puede valerse de otros para el cumplimiento o para el incumplimiento de sus deberes” los propietarios del local son autores mediatos del delito del artículo 325, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28, ambos del Código Penal.

En relación con los elementos subjetivos, recuerda que la Sala tiene declarado, como es exponente la Sentencia 52/2003, de 24 de febrero (RJ 2003, 950), que el tipo subjetivo se integra por el “conocimiento del grave riesgo originado por la conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro. También se ha dicho que obra con dolo el que conociendo el peligro generado con su acción no adopta ninguna medida para evitar la realización del tipo (Cfr. STS 327/2007, de 27 de abril [RJ 2007, 4724]). En este caso, los recurrentes, como se ha dejado expresado al examinar anteriores motivos, eran plenamente conscientes del grave peligro generado por el excesivo ruido procedente de la

explotación del Pub que trascendía a la salud de las personas, situación que había mantenido durante años siendo claramente insuficientes las medidas adoptadas para reducirlo”.

En este mismo período la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1.^a), en Sentencia núm. 155/2012, de 20 de marzo, también ha podido pronunciarse sobre los elementos subjetivos, en concreto sobre la existencia, en este caso, de imprudencia en el sujeto. En esta ocasión se trataba de unas obras que, según el mandato recibido de la Junta Local, debían dejar sin rellenar una franja de terreno de 5 metros a ambos lados del lecho del río Fraga y otra en el límite del Plan Especial de las Brañas, espacio este que por razón de su singular protección no podía verse afectado por labor alguna, sin que conste que, pese a ello, el alcalde tuviese la precaución de indicar al constructor dónde se encontraban los límites del terreno protegido. Entiende la Audiencia “que las obras de encauzamiento del río Fraga y la tala de árboles existentes sobre la franja de policía de sus márgenes se adecuaron a la normativa medioambiental vigente y, como sostienen las defensas, lo que se produjo en relación a ellas fue un adelanto irregular de la ejecución sin poseer las autorizaciones de los órganos competentes. Es ilustrativo de esto el texto de la resolución del organismo de cuenca de 11 de julio de 2005 (folios 259 y ss.), en donde Aguas de Galicia da cuenta del informe favorable al proyecto por parte del Servicio de Conservación de la Naturaleza del 15 de abril de ese año”. En nuestra opinión, esta circunstancia excluye el elemento subjetivo de la infracción por tratarse de un tipo cuyo dolo (STS de 8 de noviembre de 2011) “exige el conocimiento de los elementos de la tipicidad, esto es, el conocimiento de cualquiera de las distintas modalidades de la acción y también de la generación del riesgo grave que a consecuencia de la acción puede producirse al bien jurídico o a la salud de las personas, lo que incluye desde la voluntariedad en la causación del riesgo hasta la representación de su causación y la decisión de no desistir de ella”, concluyendo el Alto Tribunal que “obra con dolo quien conociendo el peligro generado por su acción no adopta ninguna medida para evitar la producción del peligro”, con cita de la STS 327/2007, de 27 de abril. Y continúa: “Y desde esa perspectiva no consideramos que quien interviene en la autorización o encomienda obras en una zona cuya urbanización ya está proyectada y autorizada años atrás pueda representarse que pone en grave peligro el equilibrio de sistema natural alguno salvo, claro está, que los trabajos cegaran los cauces que aportan las aguas a la zona de humedal, que no es el caso según se deriva de las periciales

obrantes. Del mencionado delito imprudente contra el medio ambiente aparece como responsable en concepto de autor el acusado Diego, por no haber tomado en su calidad de Alcalde de Sada las precauciones necesarias para evitar que las obras de relleno traspasaran los límites del Plan Parcial del Sector Residencial adentrándose en la zona protegida”.

Por último, la ya aludida Audiencia Provincial de Lugo (Sección 2.^a), en Sentencia núm. 131/2012, de 9 de julio, se pronuncia sobre la agravante de clandestinidad del artículo 326, considerando que no procede en este supuesto puesto que, aunque no concedida, la licencia de actividad fue solicitada y se fueron emitiendo los correspondientes planes de labores. En consecuencia, la actividad no era ocultada a la Administración. En efecto, se afirma que “la empresa [...] solicitó, —al igual que hiciera para la concesión del Aprovechamiento de recursos mineros de la Sección A) y para la concesión de la Declaración de Efectos Ambientales (D.E.A.), (y que le fueron concedidas ambas autorizaciones)— con fecha 23 de junio de 1998, licencia municipal de Actividad ante el Ayuntamiento de Abadín, licencia que, sin embargo, no le ha sido concedida, (ni tampoco denegada expresamente) habiéndose llevado a cabo por el propio Ayuntamiento una serie de actuaciones administrativas, con petición de diversa documentación e informes, pero que, sin embargo, no desembocaron en la concesión de la licencia que había sido solicitada, sin que consten las razones o motivos para ello. Pero es que, ha de añadirse, que, una vez iniciada la explotación de la cantera, por parte del Director Facultativo de la Obra, —y como era exigible— se fueron presentando anualmente, los correspondientes Planes de Labores, hasta los últimos años de actividad —años 2005 y 2006— siendo aprobados por el organismo competente, lo que, desde luego, parece que descarta una conducta evasiva, u oscurantista de los responsables de la empresa”.

En otro orden de consideraciones también merece destacarse el Auto núm. 120/2012, de 17 abril, de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1.^a), que revoca el auto de sobreseimiento del juzgado de instrucción “a la vista de que no consta informe técnico alguno que en principio ponga de relieve que los vertidos hayan afectado de forma grave el equilibrio de los sistemas naturales, únicamente constan a los folios 12 y 30 dos inspecciones oculares y fotografías, pero no consta informe a dicho respecto. Igualmente consideramos que no se ha practicado diligencia de instrucción alguna, ni siquiera la ratificación en sede judicial de la denuncia interpuesta, así como ninguna

diligencia a fin de averiguar la autoría de los vertidos en la parcela de la denunciante; por lo que una vez verificado lo anterior estimamos necesarias en este momento inicial de la investigación las diligencias de prueba pedidas por la parte denunciante, a fin de indagar si existió a causa de los vertidos el tal grave perjuicio citado; y que de resultar negativo, procedería el archivo”.

Finalmente, y respecto de los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, debe destacarse la Sentencia 101/2012, de 8 de mayo, del Tribunal Constitucional, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 4246-2001 planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Granada en relación con el artículo 335 CP, en su redacción originaria, que castigaba con la pena de multa de cuatro a ocho meses a “el que cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia”. En su Auto de planteamiento de 12 de julio de 2001, el Juzgado núm. 6 de Granada considera que dicha redacción, en cuanto norma penal totalmente en blanco carente del núcleo esencial de la materia de prohibición, vulnera los principios de seguridad jurídica y de legalidad penal establecidos en los artículos 9.3 y 25.1 CE.

Con carácter previo al análisis de fondo de la cuestión de inconstitucionalidad, el TC se plantea la posible pérdida sobrevenida de su objeto, habida cuenta de que con posterioridad a su interposición, el artículo 335.1 fue modificado por LO 15/2003, de 25 de noviembre, quedando tras ello redactado del siguiente modo: “El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años”. En este sentido, el TC no descarta que “en virtud de la citada modificación legal, la norma penal cuestionada haya dejado de ser relevante para la resolución del proceso judicial del que trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad, al no poder resolver ya el órgano judicial mediante la aplicación del art. 335 CP en su redacción entonces vigente, sino con arreglo a la nueva redacción introducida por Ley Orgánica 15/2003, como consecuencia de la forzosa aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable”. No obstante, y dado que “la determinación del alcance del citado principio de retroactividad es una operación que corresponde en principio efectuar al propio órgano judicial proponente”, la Sentencia entiende que “no es posible concluir con la necesaria seguridad que el

precepto penal cuestionado haya dejado de ser relevante para la resolución del proceso judicial a quo, lo que exige que nos pronunciemos sobre la tacha de inconstitucionalidad planteada, siendo así que la regla general es que las cuestiones de inconstitucionalidad han de ser resueltas de acuerdo con la legislación en vigor al tiempo de su planteamiento”.

Entrando ya en el análisis de fondo de la cuestión, el TC recuerda los requisitos que el propio TC ha establecido para declarar constitucionalmente admisibles las remisiones a normas administrativas contenidas en una ley penal (entre otras, en la SSTC 283/2006, de 9 de octubre): a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c) que sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, “que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada” (STC 127/1990, de 5 de julio). Pues bien, la Sentencia entiende que el precepto cuestionado cumpliría el primero de dichos requisitos (esto es, que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal —“la biodiversidad, los recursos naturales y el medio ambiente y, de modo particular, la fauna silvestre”—), habida cuenta de “la complejidad técnica de la materia y el carácter variable del grado de protección de las especies cinegéticas, lo que hace imprescindible la acomodación de la normativa a esa evolución y justifica la remisión a la legislación administrativa para determinar las especies de caza autorizadas, sin necesidad de acudir a la constante actualización de la norma penal”. Sin embargo, el TC rechaza que pueda mantenerse lo mismo respecto de los otros dos requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para admitir las remisiones a normas extrapenales: “La norma penal cuestionada en el presente proceso constitucional no contiene efectivamente el núcleo esencial de la prohibición toda vez que remite íntegramente y sin ninguna precisión añadida la determinación de las especies no expresamente autorizadas a las normas específicas en materia de caza, de modo que es el Gobierno, a través de normas reglamentarias y, en particular, de los correspondientes listados de especies cinegéticas, y no el Parlamento, el que en forma por completo independiente y no subordinada a la ley termina en rigor por definir libremente la conducta típica. De hecho, con el citado art. 335 CP en la

mano, basta simplemente con que la Administración guarde silencio y no se pronuncie sobre la caza o no de una determinada especie animal para que su captura o muerte pase a integrar el tipo penal que consideramos [...]. Esta libertad absoluta e incondicionada para que sea una norma la que defina el tipo es, en efecto, manifiesta puesto que, como prueba su propio tenor literal, la norma penal cuestionada no contiene tampoco ninguna exigencia específica de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (la fauna silvestre) que sirva para precisar el núcleo esencial de la prohibición penal y cualificar de este modo, entre las acciones abstractas que identifica (cazar o pescar), las que por ese motivo merecen reproche penal. Este déficit en la definición del núcleo esencial de la prohibición es tanto más acusado y significativo si comparamos ahora el art. 335 CP cuestionado con el resto de normas penales previstas en el propio capítulo IV del título XVI del libro II del Código penal de 1995, sobre los ‘delitos relativos a la protección de la flora y fauna’, y en los que el legislador penal sí exige que la correspondiente conducta, además de vulnerar las normas extrapenales en la materia, afecte a especies de flora y fauna ‘amenazadas’ (arts. 332 y 334 CP), ‘perjudique el equilibrio biológico’ (art. 333 CP) o consista en la utilización de instrumentos o artes de caza o pesca de innegable ‘eficacia destructiva’ (art. 336 CP). Lo que supone ciertamente un plus de antijuridicidad material que coadyuva a precisar la correspondiente conducta penal típica y permite cumplir con la comentada exigencia constitucional (STC 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3); una circunstancia, sin embargo, que, como se ha comprobado, no concurre en el caso del art. 335 CP 1995”. Por lo que respecta al requisito de la exigencia de certeza, también de cumplimiento obligado en virtud del artículo 25.1 CE, el TC da la razón al Juzgado de lo Penal núm. 6 de Granada, que advertía en su Auto de planteamiento, con apoyo en la STS de 8 de febrero de 2000, del amplísimo espacio de inseguridad jurídica generado por la tipificación como delictivas de todas las conductas de caza no expresamente autorizadas ni prohibidas; “tan amplio, de hecho, que conductas tan inocuas para el Derecho penal como matar ratas o insectos pasarían a integrar el tipo penal del art. 335 CP 1995, simplemente porque esas especies, al igual que los jilgueros y verderones, no figuran tampoco en el listado de especies cuya captura en vivo o muerte está autorizada expresamente por las correspondientes normas específicas”. A partir de todo lo anterior, concluye el TC que el precepto cuestionado “contiene una formulación tan abierta e indefinida que su aplicación depende en último término de una decisión prácticamente libre y arbitraria, primero del Gobierno y la Administración, a través de normas reglamentarias, y más tarde, del intérprete y

juzgador encargado de su aplicación, y que resulta constitucionalmente incompatible con el principio de legalidad que garantiza el art. 25.1 CE”, razón por la cual falla declarando inconstitucional y nulo el artículo 335 CP en su redacción dada por LO 10/1995.

Tal declaración coincide, en esencia, con la interpretación que de dicha redacción del artículo 335 CP realizaba la mayor parte de la doctrina, y en este sentido puede valorarse positivamente la Sentencia comentada, aunque llega con notorio retraso, pues como puede comprobarse entre la interposición de la cuestión de constitucionalidad y su resolución han pasado casi once años (y ello a pesar de que el último trámite previo a la deliberación —la presentación de alegaciones por parte del Fiscal General del Estado— tuvo lugar en diciembre de 2001), lo que hace que dicho pronunciamiento constitucional haya perdido buena parte de su eficacia, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la reforma penal operada por la LO 15/2003 (que como se vio dotó de una nueva redacción típica al artículo 335 CP). No obstante, es posible que dicha Sentencia pueda desplegar aún ciertos efectos retroactivos en la medida en que el artículo 40.1 LOTC permite revisar procesos culminados mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de leyes o disposiciones inconstitucionales siempre que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de pena o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad del enjuiciado.

De este modo y al menos en teoría, la nulidad de la redacción inicial del artículo 335 CP debería llevar a la revisión y posible anulación de todas aquellas sentencias penales que, hasta la entrada en vigor de la reforma penal operada por LO 15/2003, dictaron un fallo condenatorio en virtud de dicho precepto.

Por lo demás, buena parte de la argumentación que lleva al TC a declarar la inconstitucionalidad del artículo 335 CP originario parece perfectamente aplicable a la redacción actual de dicho precepto, pues lo cierto es que este sigue remitiéndose íntegramente a las normas específicas sobre caza y pesca para determinar las especies que son objeto de tutela penal (aquellas cuya caza o pesca esté expresamente prohibida) y continúa sin incluir referencia alguna a la necesaria afectación del bien jurídico protegido (la biodiversidad o la fauna silvestre) que todo tipo debe conllevar con el fin de precisar el núcleo esencial de la materia de prohibición penal y de posibilitar su diferenciación frente a injustos meramente administrativos.