

JURISPRUDENCIA PENAL AMBIENTAL
(PRIMER SEMESTRE 2019)

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 Serra Húnter 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

Una de las sentencias más destacables recaída entre finales del año 2018 y principios de 2019 en relación con los delitos sobre la ordenación del territorio, es la emitida por el Tribunal Supremo núm. 83/2019, de 19 de febrero (Sala 2ª, sección 1ª). En esencia, en dicha sentencia se analiza el recurso de casación planteado por quien fue condenada por un delito del art. 319 CP. Los hechos considerados probados por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que la condenó en primera instancia, se refieren a diversas construcciones de obras y edificaciones realizadas sin autorización ni licencia hasta julio de 2011, en un terreno adquirido por una propietaria a través de una persona jurídica (S.L.), en una zona considerada de especial protección por diversos valores de los previstos en el art. 319.1 CP. No obstante la propietaria alegó en el recurso de casación, que en el momento de comprar la finca, ésta se encontraba totalmente urbanizada, por lo que entendía que los hechos no eran imputables a la recurrente, sino a la anterior propiedad. Además de lo anterior, la recurrente alegó diversos argumentos para entender que las construcciones que realizó podían ser autorizables.

En concreto, entre los motivos del recurso de casación, en el Fundamento de Derecho 4º se analiza el alegato de la recurrente por indebida aplicación del delito del apartado 1º del art. 319 CP, dado que entendía que no obraba en la causa, informe alguno que declare la incompatibilidad de las instalaciones con el medio ambiente y, por tanto, la afectación a algún valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural. Por tanto, alega que las construcciones podrían ser autorizadas, pese a la protección administrativa que brindaban las leyes de este sector.

De otro lado, la recurrente alega indebida subsunción de los hechos en el artículo 319.2 CP vigente en el momento de los hechos, que en su opinión, debía

ser el texto del precepto anterior a la reforma operada mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. El TS rechazó esta alegación, considerando, en el Fundamento jurídico 4º (apartado 2.2), que el precepto penal aplicable era el vigente tras la entrada en vigor de la reforma penal de 2010, porque quedó acreditado que “el 1 de julio de 2011 no habían terminado de realizarse determinadas construcciones en la finca”.

Con respecto a la primera alegación, el TS aceptó la postura de la Audiencia Provincial de Madrid que condenó a la recurrente, de modo que entendió que, según las normas subsidiarias del municipio donde tuvieron lugar las construcciones -aprobadas por el Consejo de Gobierno en junio de 2005-, los terrenos donde aquéllas se situaban eran de “especial protección” ya que se clasificaron como “suelo no urbanizable protegido y dentro del mismo, de la clase IV”, es decir, “espacios de interés agropecuario”, Clase III “espacios de interés arqueológico” y Clase I, esto es, “Zona de Especial Protección para las aves (ZEPA)” que afecta a todo el término municipal.

Asimismo, el TS aceptó la reiterada doctrina jurisprudencial, recogida, entre otras, en la STS núm. 491/2018, de 23 de octubre, según la cual “el delito previsto en el artículo 319.1 del Código Penal exige, en primer lugar, que el sujeto activo ha de ser quien reúna alguna de estas condiciones: promotor, constructor o técnico director. En segundo lugar, que ha de realizarse una obra de urbanización, construcción o edificación no autorizables. En tercer lugar, que se lleven a cabo “en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan, legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”.

Muy importante resulta además la postura del TS en la línea de entender en términos materiales el bien jurídico protegido en los delitos del art. 319 CP, pues sostiene que éste no es la normativa sobre ordenación del territorio, sino “la utilización racional del medio como recurso natural y la ordenación de su uso al interés general”. Sobre la base de esta argumentación, el TS entendió que las construcciones realizadas y consideradas delictivas se realizaron en terrenos de

especial protección por su valor ecológico, en coherencia con los informes emitidos por los distintos técnicos.

Además, el TS sostiene, en esta sentencia, que el hecho de que ya hubiera con anterioridad a la compra de la finca por la recurrente, determinadas construcciones o edificaciones en el terreno no implica sin más “una importante alteración del terreno forestal original” sino que ésta se ocasionó como consecuencia de la realización por parte de la recurrente de las obras de urbanización que se detallan en la sentencia. En definitiva, el TS entiende en esta sentencia que “las construcciones llevadas a cabo por la acusada, tal y como explicaron los agentes forestales, no solo han puesto en peligro, sino que afectaron materialmente y de forma grave a las aves y peces de la zona, algunos de ellos en peligro de extinción”.

Por último, el TS consideró probado que las construcciones o edificaciones “ni estaban autorizadas ni son autorizables tanto por no contar con el informe favorable de los organismos correspondientes como por estar fuera de ordenación y no ser legalizables al exceder del máximo permitido para la explotación”. En definitiva, el TS admitió que la conducta de la acusada queda subsumida en el tipo del art. 319.1 CP, entendiéndose además que este delito otorga protección material -en la línea de lo ya sostenido- al aspecto relativo a la ordenación del territorio entendida como el uso del suelo orientado al interés general. Por todas estas razones, finalmente, el TS rechazó los motivos relacionados con la indebida aplicación de los delitos del art. 319 CP, planteados por la recurrente. No obstante, admitió el recurso de casación en la parte relativa a la pena impuesta por este delito, de modo que, a consecuencia de dicho motivo, se dictó una segunda sentencia con fecha 10 de febrero de 2019, en la que se apreció la concurrencia de una circunstancia atenuante y aplicó la pena prevista para el delito del art. 319.1 CP en su mitad inferior.

La segunda de las sentencias que merece ser destacada es la de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 667/2018, de 10 de diciembre, en la que se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Sevilla. Se consideraron hechos probados la adquisición por contrato privado elevado a escritura en fecha

12 de mayo de 2009, de unos terrenos por la acusada, donde se indicaba expresamente que, a pesar de la participación adquirida, no había obtenido del Ayuntamiento la correspondiente licencia de segregación y/o parcelación y que los terrenos no habían sido recalificados teniendo naturaleza de rústicos. Lo anterior impedía su división y parcelación. No obstante, una vez adquirido el terreno, la acusada implantó un módulo prefabricado de 30 m² sobre losa de hormigón, que en octubre de 2009 se encontraba unido a otros dos, formando en su conjunto una sola vivienda, asistida de fosa séptica, con porche de 50 m² y piscina prefabricada, para lo que no solicitó licencia alguna. Además se hace constar que, aunque se hubiera solicitado licencia no podía haberse obtenido, al ser incompatible con el Plan General de Ordenación Urbana de Carmona y la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía.

En atención a estos hechos probados, la sentencia del citado Juzgado de lo Penal núm. 6 condenó a la entonces acusada por un delito del art. 319.1 CP, a penas de nueve meses de prisión, además de multa e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de constructor, por periodo de dos años, así como, finalmente, a la demolición de lo construido en plazo de un mes desde la firmeza de dicha resolución. Contra dicha resolución se planteó un recurso de apelación que, en lo que ahora interesa retener, plantea una serie de argumentos que, en la actualidad, suelen ser los más importantes para, en su caso, revocar el fallo condenatorio por delitos urbanísticos.

En concreto en el Fundamento de Derecho 2º se analiza la alegación de que las obras fueron de menor entidad para constituir delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1 CP, confirmados los hechos probados. No obstante, la Audiencia Provincial de Sevilla entendió que la valoración realizada en cuanto a la realización de los hechos no fue injustificada y que no podían considerarse de menor entidad el hecho de realizar una implantación en la parcela, calificada de suelo no urbanizable y especialmente protegido por zona de acuíferos, de una casa modular en los términos antes descritos.

También se analiza la alegación de un error de prohibición por parte de la acusada, de modo de la Audiencia Provincial de Sevilla reitera la jurisprudencia del TS referida al error sobre la prohibición, previsto en el art.14.3 Código penal,

para aplicar dicha doctrina al caso enjuiciado. De modo que “sin perjuicio que es de general conocimiento que para llevar a efecto una construcción debe de solicitarse la correspondiente licencia, resulta también significativo que como consecuencia del requerimiento notarial promovido por la recurrente se puso de manifiesto que la participación indivisa vendida, no ha obtenido del Ayuntamiento la correspondiente licencia de segregación y/o parcelación ...que los terrenos no han sido aún recalificados y en la actualidad tienen la naturaleza de rústicos (Folios 88 a 91), por lo que, admitido por la recurrente que para la ejecución de las obras no solicitó la preceptiva licencia municipal de obras, no fue al Ayuntamiento a preguntar ... no solicitó licencia..., no puede estimarse que concurra el error alegado sobre la base de una posible conducta fraudulenta por parte de la persona que le transmitió la parcela, pues sin perjuicio de la reclamación que pueda ejercitar contra la misma lo cierto es que, conforme a la valoración efectuada por la Magistrada, también entendemos que, desde un primer momento, conocía que no estaba actuando conforme a Derecho al menos en los términos generales que antes se ha expuesto suficientes para integrar el requisito subjetivo del delito por el que ha sido condenada”.

Sobre la base de este razonamiento, y en la línea de una aplicación restrictiva del error de prohibición, se concluye rechazando la aplicación, en este caso, de dicho error tanto en su modalidad de invencible como vencible.

Por otra parte, se analiza el alegato de la recurrente relativo al principio de intervención mínima, en el Fundamento de Derecho 3º de esta sentencia, para excluir la aplicación del delito del art. 319.1 Código penal. Al respecto, la Audiencia Provincial de Sevilla adoptó un entendimiento de dicho principio penal en términos de un postulado de política criminal que debe ser tenido en cuenta, ante todo, por el legislador “pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe”. En este sentido y siguiendo a la STS núm. 7/2002, de 19 de enero, la Audiencia Provincial de Sevilla considera, en esta sentencia, que el citado principio no solo sirve para descriminalizar delitos denominados de “bagatela” sino, por el contrario, para criminalizar “atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos”. Más allá

de que este último entendimiento del postulado de “ultima ratio” sea discutible, en efecto, cabe coincidir con la STS en que determinados bienes jurídicos con asidero constitucional -en particular, el medio ambiente-, han de ser atendidos dada la escasez de este interés en las actuales sociedades complejas y, por ende, la “necesidad” de tutela que manifiestan en términos del principio de proporcionalidad penal. A semejanza del medio ambiente, la ordenación del territorio ha de ser un bien jurídico desprovisto de formalismos, tal y como postula esta sentencia. Por esa razón se acoge el entendimiento del TS de este bien jurídico, en el sentido de que “se trata de un bien jurídico comunitario de los denominados ‘intereses difusos’, pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica, en mayor o menor medida, a toda una colectividad. Su protección se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de la intervención de los poderes públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado social y democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución. Y si bien es cierto que estamos ante delitos que suponen conductas también sancionadas en vía administrativa, también lo es que el principio de legalidad determina que, por decisión del legislador, se aplique una sanción más contundente a determinados comportamientos, por la especial relevancia de los intereses colectivos implicados”. En definitiva, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, se hace eco de la doctrina del TS (STS núm. 109/2007, de 7 de febrero) según la cual, el legislador penal se ha pronunciado de manera inequívoca sobre la aplicación del Derecho penal en materia medio ambiental al pronunciarse respecto a la previsión legal de una respuesta punitiva, incluso de penas de prisión, y no debe causar extrañeza “ni debe estimarse quiebra del principio de proporcionalidad”.

Sobre la base de este razonamiento, la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso de apelación contra la condena a la recurrente por el delito sobre la ordenación del territorio del art. 319.1 CP. Y por ende, confirmó la resolución recurrida.

2. DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

En el periodo temporal de referencia de esta crónica, son muy pocas las resoluciones judiciales relativas a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Únicamente cabe comentar dos sentencias y en ambos casos sobre supuestos de contaminación acústica.

La primera sentencia es la SAP de Sevilla (Sección 1ª) núm. 582/2018, de 31 de octubre. En la sentencia de instancia se declara probado que los acusados Evelio y Mónica eran socios mancomunados de una entidad que en 2007 llevó a cabo la construcción de un edificio y que el acusado Apolonio se encargaba del seguimiento diario de la empresa aun cuando careciera de cargo formal. A raíz de la falta de presión del agua suficiente en los pisos superiores que fue advertida una vez habitadas las viviendas, los acusados Mónica y Apolonio, a través de la empresa, instalaron, sin adoptar previamente alguna medida de insonorización, un motor en una zona común del edificio que lindaba en el dormitorio del bajo derecha, dando lugar a graves molestias en sus moradores, quienes eran incapaces de conciliar el sueño por el ruido provocado por la máquina. Los acusados se sometieron a un procedimiento de arbitraje que dio lugar a un laudo en el que se ordenaba insonorizar el habitáculo de acuerdo con un dictamen pericial. El laudo arbitral fue sin embargo ignorado por los acusados. La imposibilidad de lograr un descanso normalizado generó en los dos moradores de la vivienda problemas de ansiedad, cefaleas, e hipertensión, lo que les obligó a abandonar la vivienda. En la sentencia apelada se absuelve a Evelio y se condena a Mónica y Apolonio como coautores responsables de un delito contra el medio ambiente del art. 325 CP, en su modalidad de contaminación acústica agravada, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad de atenuante de dilaciones indebidas, con la pena a cada uno de ellos de un año y siete meses y 14 días de prisión, más inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, inhabilitación para el ejercicio de actos de construcción de un año y 8 meses, y multa de 1 año y 15 días de multa. En materia de penalidad, resulta interesante dejar constancia que se acuerda la suspensión de la pena de prisión, una vez firme la sentencia.

El primer motivo de apelación plantea la cuestión de la prescripción del delito ecológico. Los recurrentes consideran que opera la prescripción puesto que desde que se instala la bomba de presión en junio de 2007 hasta que se dirige la acción contra Apolonio cuando se le toma declaración en calidad de imputado el 12 de abril de 2011, ha transcurrido el plazo de tres años, vigente en 2007. Y respecto de Mónica no consta que hubiera estado en el edificio y, además, se le toma declaración en calidad de imputada el día 8 de mayo de 2012 superados los tres años. Para desestimar el motivo, la Sala comparte la argumentación de la Magistrada de instancia, quien había descartado la prescripción del delito por tratarse de un supuesto de emisiones de ruido continuas y, por consiguiente, de un delito permanente, por lo que los plazos de prescripción deben computarse “desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta”.

Invoca también la parte recurrente la aplicación al caso del principio de intervención mínima pues considera que los ruidos no son de tal gravedad. La Sala desestima el motivo argumentando que “no hay que confundir la interpretación que deba darse al termino de grave peligro (para la salud de las personas o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal del bien jurídico protegido) que precisa el tipo penal, con el principio de intervención mínima que sólo queda enmarcado por el legislador en la regulación normativa del tipo en pos de su política criminal. 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”.

En los siguientes fundamentos de Derecho, la sentencia hace un recorrido por la ya reiterada doctrina jurisprudencial sobre esta materia, incidiendo en la más que conocida jurisprudencia del TEDH y de los tribunales españoles sobre la consideración del ruido y el delito de contaminación acústica.

Con relación al requisito de la gravedad del peligro para el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas, la Sala recuerda que “de no alcanzar el nivel grave, el comportamiento sólo podrá dar lugar, en su caso, a reacciones sancionadoras administrativas”, y reconoce que se trata de un elemento ambiguo que para su concreción requiere de asesoramiento pericial

“por expertos que expongan los criterios relacionados sobre la gravedad del perjuicio ecológico y sobre los que se establezca la necesaria contradicción evitando que las percepciones del Juez se conviertan en presupuesto inseguro en la aplicación del tipo penal”. La Sala admite, en cualquier caso, que “en la mayoría de las ocasiones el grave perjuicio es consecuencia de no una acción única, sino de la repetición acumulativa de emisión de ruidos, de humos o vertidos contaminantes al medio ambiente, y esa acumulación produce un riesgo grave exigido por el tipo penal”.

En este sentido, al efecto de valorar la gravedad del ruido, es interesante la última de las consideraciones que hace la sentencia: “No queremos finalizar este fundamento sin apuntar que en nada elimina las consideraciones de gravedad que argumenta la sentencia en el último párrafo del fundamento de derecho cuarto cuando explica que los elementos del tipo quedan acreditados por las mediciones llevadas a cabo indicando que resultó más del doble, estimando, a diferencia del recurrente, que no se equivoca la Magistrada cuando habla de doble, pues se refería a la respuesta que la Técnica explicó en el plenario y que el Ministerio Fiscal aclara en sus alegaciones al recurso de apelación, cuando indicó que a partir de los 6 decibelios más de los permitidos está considerado como "ruido intolerable", y en este caso, se superaba más del doble, en concreto 12.4 dBA respecto de los máximos 30 dBA permitidos. A lo que hay que añadir que el margen del error del aparato es entre 0.5 y 1 decibelio, persistiendo casi más del doble el exceso del ruido intolerable”.

Los recurrentes alegan que la sentencia, de forma equivocada, apreció el elemento subjetivo del tipo penal cuando sus apelantes no conocían la queja del vecino ni la inspección de la oficina Técnica de Medio Ambiente ni fueron convocados para la medición, ni tampoco conocían que los acusadores estaban sufriendo algún padecimiento por el ruido de la bomba de agua. La Sala desestima el motivo afirmando que “a diferencia de otras inmisiones, el ruido, es por todas las personas conocido la afectación negativa que tiene en la persona, y sobre todo, los constructores, tienen conciencia de ello, pues la insonorización de las viviendas no sólo es precisa en la legislación sobre construcción de viviendas sino además, es sabido por cualquiera, que un ruido persistente en zonas de descanso, sobre todo en horario nocturno, conlleva una afectación en

el sueño de toda persona e indirectamente en su salud. Ambos acusados con la instalación de la bomba conocían la grave repercusión en las personas que ocupan la vivienda ubicada al lado del aparato pues se debían haber representado dicho resultado de afectación grave en el sueño de las personas, sobre todo, con el inicio de las quejas, denuncias, y reclamaciones que se expusieron en el arbitraje, que al menos como dolo eventual cubre el tipo penal". A ello hay que añadir que la Sala toma también en cuenta el hecho de que los acusados fueran profesionales de la construcción para descartar la concurrencia de un error de prohibición.

La Sala revoca la sentencia de instancia con relación a la penalidad, entendiéndose que procede apreciar la pena establecida en la legislación vigente por considerarla más favorable, eliminando la mitad superior en las penas de multa y de inhabilitación especial, por cuanto, el tipo agravado sólo se refiere a la pena de prisión y no al resto de las penas y rectificando la superior en grado de la pena de prisión.

La segunda sentencia es la SAP de Madrid (Sección 1ª) núm. 391/2018, de 29 de noviembre. Esta sentencia, que aplica ya la redacción del delito después de la reforma penal de 2015, absuelve al propietario de un bar del delito del art. 325.2 II del Código Penal al considerar que, si bien se da el tipo objetivo del delito, no se puede afirmar lo mismo con relación al tipo subjetivo.

Con relación al tipo objetivo, con el fin de determinar la existencia de un peligro de grave perjuicio para la salud de las personas, el Tribunal valora la intensidad del acto contaminante, la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, 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 las emisiones, la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, y la proximidad de las personas o de elementos de consumo. Con base en estos criterios, la Sala concluye: "tratándose de la emisión durante tres años, y pese a las inspecciones administrativas, de un volumen de ruido tal que impide la vida normal de los vecinos, hasta el punto de tener que abandonar uno de ellos la vivienda, y el otro tener que dormir con tapones en los oídos, consideramos que se ha puesto en peligro grave la salud de las personas

vecinas del bar Hierro's, perturbándose el medio en que tienen que desarrollar su vida, de forma que queda cumplido el tipo penal objetivo del art. 325.2 II del CP”.

Con relación al tipo subjetivo, la Sala recuerda, sobre la base de jurisprudencia, que “debe probarse 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. (...) Obra con dolo el que conociendo el peligro generado con su acción no adopta ninguna medida para evitar la realización del tipo. (...) El dolo de este delito consiste en el conocimiento de que la acción realizada, en el caso las emisiones acústicas, genera un riesgo grave en el bien jurídico, lo que comporta la existencia de una voluntariedad en la causación del riesgo y la representación de que la acción puede generar los perjuicios”.

Pues bien, en el caso enjuiciado, la Sala considera no probada la concurrencia de dolo en el acusado básicamente por tres razones: 1) porque los vecinos no llegaron a quejarse directamente a él mismo; 2) porque no estuvo presente el día en que la policía acudió a inspeccionar el negocio y presumiblemente comunicó las quejas de los vecinos; y 3) porque incluso alegó, en el expediente administrativo sancionador, que el local no tenía viviendas colindantes, pues todos eran locales comerciales que en horario nocturno estaban vacíos. Por todo ello concluye: “A falta de prueba del dolo, de la acción concreta atribuida al acusado y que suponga la causación o aceptación por él, por infracción de un especial deber jurídico, de la producción del repetido riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, debe prevalecer la presunción de inocencia de Moisés, que debe ser absuelto del delito que se le imputa”.

3. DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA, LA FAUNA Y LOS ANIMALES DOMÉSTICOS

En relación con los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (arts. 332 a 337bis CP) destacan los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales emitidos en el periodo de referencia.

En primer lugar, el AAP Álava núm. 548/2018, de 16 de noviembre, en el que se plantea la posible concurrencia de un delito del art. 332 CP en lo relativo a la tala de especies protegidas y del art. 330 por la actuación en un espacio natural protegido ocasionando daños graves. Valorados los indicios resultantes de la investigación efectuada con los elementos configuradores del tipo, la Audiencia acuerda excluir la relevancia penal de los hechos analizados y proceder a sobreseer provisionalmente la causa. El principal argumento vertido por la Sala radica en que, si la encina carrasca o “quercus ilex” no se encuentra en ningún catálogo de especies protegidas o amenazadas, falta un elemento normativo del tipo penal, de tal modo que la localización del bosque de encinas en una Zona de Especial Conservación no comporta que la encina sea una especie protegida. A mayor abundamiento en el caso examinado la Administración autorizó a una cierta tala de árboles en las parcelas titularidad del administrado y estableció que si el aclareo no se llevara a cabo en las condiciones autorizadas ello podría dar lugar a sanciones administrativas, pero no penales. Así, y sin que resulte controvertido que las parcelas se hallan en un espacio natural protegido, la Sala excluye la concurrencia de un daño grave en los términos requeridos por el art. 330CP, al aceptar la calificación como “leve” que efectuó el Servicio de Montes de la Diputación Foral de Álava en relación con la afectación de los actos del investigado, así como la calificación de “escasa” en relación con la naturalidad de la vegetación de la zona.

Cuestión diametralmente distinta se plantea en la SAP Lleida núm. 61/2019, de 11 de febrero, en la que se enjuician los hechos consistentes en la causación de la muerte a dos agentes rurales que en ejercicio de sus funciones y tras sorprender al acusado desarrollando la actividad de caza en un coto privado, pidieron al acusado que descargara el arma que portaba. El acusado portaba una escopeta con sistema semiautomático de tiro sin la correspondiente licencia en vigor y tras haber participado en actividades de caza. La Audiencia condena en este caso al acusado por dos delitos de asesinato del art. 139.1 CP, valorando la concurrencia de la circunstancia de alevosía, al considerar que el acusado disparó de forma sorpresiva e imprevista a los agentes rurales, justo después de que estos se presentaran como tales y sin ninguna posibilidad de defenderse, por estar el acusado a escasos metros de ellos, hallándose ellos sin armas y sin

siquiera posibilidad de activar el botón de alarma del *walkie talkie*. No se declaró, sin embargo, probado por parte del Jurado que el acusado hubiera cometido los dos delitos de asesinato para evitar que fueran descubiertos los delitos de tenencia ilícita de armas y contra la fauna, por lo que no se aprecia en la sentencia la concurrencia del art. 139.1.4º CP, que hubiera conducido a una agravación de la pena. Sí se condena, por el contrario, por el delito de tenencia ilícita de armas de art. 564.1.2º CP, puesto que el acusado carecía de licencia para el tipo de arma que portaba (tipo E). En lo relativo a este delito, señala la Sala que el hecho de que el acusado hubiera solicitado la renovación de la licencia con anterioridad a la comisión de los hechos no hace desaparecer el delito por cuanto la licencia estaba caducada y no había sido autorizado a usarla provisionalmente. Es más, por la tenencia ilícita de armas responde también en este caso en calidad de cooperador necesario el también acusado G. pues aun tener perfecto conocimiento de que el autor de los hechos carecía de la licencia de armas tipo E, consintió que pusiera a su nombre el arma con la finalidad de evitar que la tuviera que depositar en las dependencias de la Guardia Civil y así poder seguir utilizándola.

Finalmente, la sentencia condena también por un delito contra la fauna del artículo 335.2 CP, en la versión del texto legal resultante de la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo. El cuerpo de la sentencia recoge la evolución del debate doctrinal y las contradicciones entre las resoluciones de diversas Audiencias en relación con las redacciones del precepto anteriores a la vigente. Como señala la sentencia, en la actualidad el art. 335.2 CP contempla la caza de “especies distintas de las indicadas en el artículo anterior”, es decir, distintas a las que sean especies protegidas de fauna silvestre. La resolución establece que es precisamente la falta de remisión al apartado primero del 335 CP lo que caracteriza al citado artículo 335.2 del Código Penal. Esto es, “no es tanto su objeto material, es decir, las especies sobre las que debe recaer la acción típica, pues son todas que no estén protegidas, sin necesidad de que esté expresamente prohibida su caza por las normas específicas, sino que centra su esencia en que la caza se desarrolle en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular; además, ello dota de sentido a la norma concursal que incluye el artículo 335.2

del Código Penal, al indicar que las penas establecidas son compatibles con las que pudieran corresponder, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo.”

Se plantea también en la mencionada SAP de Lleida una cuestión de interés relativa a la responsabilidad civil del cazador y en concreto a partir de la negativa de la entidad aseguradora a cubrir los daños en base a la consideración que los mismos no derivan propiamente de la acción de cazar, pues se trató de una conducta totalmente dolosa que no obedecía al uso legítimo del arma siendo además que la póliza exige que el cazador cumpla los requisitos legales para la tenencia de armas y para el desarrollo de la actividad de caza. Al respecto, la Audiencia considera que el tercero perjudicado tiene acción directa frente a la aseguradora también cuando hay una actuación dolosa, que la aseguradora no puede oponer frente a la pretensión del perjudicado la *exceptio doli*, y que la aseguradora tiene derecho para repetir contra el asegurado. En consecuencia, tomando en consideración que “el acusado, que contaba con un seguro de responsabilidad civil del cazador, no sólo obligatorio sino también voluntario, encontrándose desarrollando la actividad asegurada de caza con una escopeta, utilizó este arma para disparar dolosamente a los agentes rurales, que precisamente tienen atribuida la función de controlar dicha actividad; así pues, por un lado resulta irrelevante a los efectos de la responsabilidad civil directa de la compañía de seguros en el pago de la indemnización a los perjudicados que el acusado actuara de forma dolosa, sin perjuicio de su derecho de repetición contra éste, como también que éste no cumpliera con los requisitos legales para la tenencia del arma utilizada, pues tenía la licencia caducada, ni para el ejercicio legítimo de la caza, porque no tenía el permiso preceptivo para cazar en un coto privado, pues se trata de cláusulas de exclusión que pueden oponerse al acusado pero no a los terceros perjudicados, ya que su ámbito de eficacia ha de circunscribirse a las relaciones internas entre el asegurador y el asegurado”.

Retornando al debate doctrinal que genera la determinación del objeto de los arts. 334 y 335 CP y que se aborda en la citada SAP Lleida núm. 61/2019, cabe mencionar que también otras resoluciones han hecho referencia a esta cuestión. Y así, la SAP Barcelona núm. 580/2018 de 16 de noviembre, que, en similar sentido a lo expuesto, establece que el artículo 334 CP regula los atentados

contra las especies de fauna silvestre protegida, mientras que el artículo 335 recae sobre “caza o pesca de especies no amenazadas, es decir, no protegidas, pero que esté expresamente prohibido su caza o pesca por las normas específicas”. En este sentido, el art. 335.1 es aplicable cuando la acción afecte a especies susceptibles de caza o pesca respecto de las que existe una norma que lo prohíba expresamente por motivos concretos, como ocurre en los casos de especies declaradas por las comunidades autónomas como susceptibles de caza o pesca en general pero que posteriormente han sido prohibidas al comprobarse una disminución del número de individuos de la especie o mediante una prohibición específica respecto de un determinado número de ellas o en una zona, por ejemplo por motivos biológicos o sanitarios. Por su parte, el art. 335.2 CP se refiere a conductas de caza o pesca que se realizan en terrenos privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular o sometidos a concesión o autorización sin el debido título administrativo habilitante en un coto cinegético o concesión acuícola sin autorización ni título.

Con relación al art. 336 CP, la SAP Tarragona núm. 514/2018, de 16 de noviembre, clarifica la relevancia penal del método de caza empleando “red japonesa” por su carácter no selectivo. En efecto, dicho método no permite evitar la captura de aves de otras especies al quedar enganchada en la red ciega cualquier ave, siendo su eficacia “no selectiva” de proporción similar al veneno al explosivo puesto que no es posible controlar ni la clase ni el número de aves que en un determinado momento pueden llegar a caer por el efecto de la “red japonesa”.

En otro orden de cosas, constan durante el periodo de referencia diversas sentencias que abordan el delito de maltrato de animales. En sentido absolutorio, fundamentalmente por falta de prueba, resuelven la SAP Valencia núm. 402/2018, de 8 de octubre, en relación con las lesiones percibidas por una burra, la SAP de Badajoz núm. 10/2019, de 10 de enero, en un supuesto de envenenamiento de dos águilas imperiales, y en la SAP de Valencia núm. 602/2018, de 16 de noviembre, en el caso de abandono de un perro.

Sí condenan, por el contrario, la SAP de Girona núm. 566/2018, de 15 de noviembre, aun con prueba indiciaria, por la muerte de un perro. La Audiencia enmienda, no obstante, en este supuesto la aplicación del apartado tercero del art. 337 CP que prevé la aplicación de una pena agravada cuando se diera muerte al animal, por cuanto los hechos se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma que aprobó esta agravación. Igualmente condenatoria resulta la SAP Vizcaya núm. 90307/2018, de 20 de noviembre, para el propietario de dos perros, así como el titular del terreno que acogió a los animales a petición del propietario, y que no aportando ni alimentación ni bebida a los animales contribuyeron a la muerte del cachorro que apareció atado con una correa que le impedía encontrar formas alternativas de alimentarse e hidratarse durante semanas, así como la extrema delgadez de otro can. La sentencia valora que en el mismo lugar estaba también un perro propiedad del titular del terreno en el que no se apreciaron los mismos síntomas, por lo que atribuye a este último individuo el necesario conocimiento del estado que presentaban los animales a los que no se dispensaba ninguna atención, reprochándole la mínima falta de actuación que le era exigible, al encontrarse la finca cerrada, a la que no podían acceder terceros sin autorización y no adoptar ninguna medida para impedir el resultado al que conducía la persistencia en la falta de alimentos para la subsistencia de los animales.

Finalmente, la SAP Madrid núm. 762/2018, de 19 noviembre, condena a una pena de multa por un delito de maltrato leve del art. 337bis CP a los propietarios de un gato al que abandonaron en una casa cerrada tras cambiar de lugar de residencia. El animal logró sobrevivir hasta la entrada de la Policía Local, gracias a la labor de la vecina que no solamente denunció los hechos al Ayuntamiento, sino que en diversas ocasiones estuvo dando agua al animal con una pajita y pequeños trozos de comida a través de una rendija que quedaba libre.